ZABRANA PREINAČENJA NA GORE (čl. 378. ZKP-a) I UBLAŽAVANJE KAZNE*

— Analiza jednog slučaja iz naše sudske prakse¹ —

1. Presudom Okružnog suda u Novom Sadu br. K. 146/95. od 01. 11. 1995. godine optuženi L. G. oglašen je krivim zbog krivičnog dela razbojništva u pokušaju iz člana 168. stav 2. u vezi stava 1. KZRS i u vezi člana 19. KZSRJ, te ga je sud na osnovu pomenutog zakonskog propisa, te primenom članova 5, 33, 98, 41, 42. i 43. KZSRJ osudio na kaznu zatvora u trajanju od 2 (dve) godine. Protiv navedene presude blagovremeno je žalbu izjavio samo branilac okrivljenog L. G., te je Vrhovni sud Srbije povodom žalbe branioca okrivljenog L. G. iz Novog Sada, a po službenoj dužnosti, ukinuo presudu Okružnog suda u Novom Sadu br. K. 146/95. od 01. 11. 1995. godine u osuđujućem delu i predmet vratio prvostepenom sudu na ponovno suđenje.

Nakon ponovno sprovedenog postupka, u ovom predmetu, Okružni sud u Novom Sadu je doneo Presudu br. K. 96/96. od 08. 07. 1996. godine kojom je oglasio krivim optuženog L. G., a u pogledu bitno istog činjeničnog stanja kao i u prethodnoj gore navedenoj presudi, zbog krivičnog dela teške krađe iz člana 166. stav 1. KZRS, u sticaju sa krivičnim delom razbojništva u pokušaju iz člana 168. stav 1. KZRS u vezi člana 20. KZSRJ, pa mu je sud prethodno utvrdio za izvršeno krivično delo teške krađe iz člana 166. stav 1. KZRS, a primenom člana 5, 33, 38. i 41. KZSRJ kaznu zatvora u trajanju od 1 (jedne) godine, a za izvršeno krivično delo razbojništva u pokušaju iz člana 168. stav 1. KZRS u vezi člana 20. KZSRJ, a primenom člana 5, 33, 38, 41, kao i člana 42. i 43. KZSRJ kaznu zatvora u trajanju od 11 (jedanaest) meseci, pa ga je sud na osnovu člana 48. KZSRJ osudio na jednu jedinstvenu kaznu zatvora u trajanju od 1 (jedne) godine i 10 (deset) meseci.

Protiv ove presude branilac okrivljenog L. G. je uložio žalbu, između ostalog, i zbog bitne povrede odredaba krivičnog postupka. Jedan od žalbenih navoda

* Rad primljen: 14. III 2001.

¹ Autor se zahvaljuje Mike Ester, advokatu u Novom Sadu, na ustupanju spisa predmeta koji se u ovom radu analizira.

se odnosio na povredu odredbe člana 364. stav 1. tačka 10. ZKP-a. U obrazloženju ove žalbe, u pogledu na navedenu povredu odredbe člana 378. ZKP-a, brani-lac okrivljenog je istakao sledeće: „Naime, iako je to pomenutom odredbom za-branjeno, pomenutom presudom sud je presudu br. K. 146/95. od 01. 11. 1995. godine, koja je ukinuta povodom žalbe branioca okrivljenog, odnosno žalbe izja-vljene samo u korist optuženog, izmenio na njegovu štetu u odnosu na pravnu ocenu dela. Naime, u odnosu na delo razbojništvo u pokušaju iz člana 168. stav 2. ZKP-a u vezi člana 19. KZSRJ za koje je okrivljeni oglašen krivim ukinutom presudom, lakša je pravna kvalifikacija od one koja se daje u pobijanoj presudi. Za delo razbojništvo u pokušaju iz člana 168. stav 2. u vezi člana 19. KZSRJ propisana je kazna od najmanje 3 godine zatvora, a može se blaže kazniti po članu 19. KZSRJ, dok u vezi pravne kvalifikacije u pobijanoj presudi stvari drugačije stoje. Ona se odnosi na jedno izvršeno krivično delo teške krađe iz člana 166. stav 1. tačka 1. KZRS u sticaju sa krivičnim delom razbojništva u pokušaju iz člana 168. stav 1. KZRS u vezi člana 20. KZSRJ. Pre nego što se upustimo u poređenje težine ovih kvalifikacija valja pomenuti i povredu odredaba krivičnog postupka iz člana 364. stav 1. tačka 11. ZKP-a, a koja može biti od uticaja na poređenje o ko-me je reč. Naime, izreka presude je nerazumljiva odnosno protivrečna sama sebi jer pravna kvalifikacija za jedno delo glasi „krivično delo razbojništvo u pokušaju iz člana 168. stav 1. KZRS u vezi člana 20. KZSRJ”. Nejasno je koja je odredba ovde primenjena, da li je u pitanju pokušaj krivičnog dela ili nepodoban pokušaj krivičnog dela odnosno da li je primenjena odredba člana 19. KZSRJ ili odredba člana 20. KZSRJ. Što se tiče pravnih kvalifikacija u pitanju, u ukinutoj presudi imamo teži oblik razbojništva ali u pokušaju, znači može se blaže kazniti, dok u pobijanoj presudi imamo dva dela u sticaju od kojih je jedno, teška krađa iz člana 166. stav 1. tačka 1. KZRS, izvršeno krivično delo, što znači da se kazna ne može ublažiti po osnovu člana 19. KZSRJ, već će se odmeriti kazna u okviru posebnog minimuma i maksimuma (od 1 do 10 godina zatvora), dok je drugo delo koje je sa prednjim u sticaju osnovni oblik razbojništva u pokušaju ili pak u nepodobnom pokušaju (opisana nejasnoća). Za to delo predviđena kazna je najmanje jedna go-dina, a maksimum je opšti od 15 godina, kao i kod težeg oblika ovog dela. Ukolí-ko je sud imao u vidu pokušaj iz člana 19. KZSRJ tada je mogao učinioca blaže kazniti, dok ukoliko je imao u vidu nepodoban pokušaj iz člana 20. KZSRJ tada je mogao učinioca ne samo blaže kazniti nego ga i osloboditi od kazne. No, u oba slučaja nije se morao koristiti ovim ovlašćenjima, već je mogao isto tako učiniocu izreći kaznu u granicama propisane kazne. Smatramo da je pravna kvalifikacija iz pobijane presude teža od one u ukinutoj presudi. Naime, za izvršeno krivično delo teške krađe i za osnovni oblik razbojništva u pokušaju sud je mogao, kao što je mogao i samo za kvalifikovani oblik razbojništva, izreći kaznu zatvora od 15 go-dina, prema ovlašćenjima u zakonu. Štaviše, isti maksimum važi i za osnovni i za teži oblik razbojništva, ako i ne uzmemo u obzir krivično delo teške krađe u pita-nju. Ako uzmemo u obzir moguće minimume kod ove dve kvalifikacije onda mo-žemo videti da za krivično delo razbojništvo u pokušaju iz člana 168. stav 2. KZRS u vezi člana 19. KZSRJ, propisana kazna u trajanju od najmanje tri godine zatvora može, primenom člana 42. stav 1. tačka 1. u vezi člana 43. stav 1. tačka 1. KZSRJ, biti ublažena najviše do jedne godine zatvora, a ne i ispod toga, dok je za

svršeno krivično delo teške krađe iz člana 166. stav 1. tačka 1. KZRS posebni minimum jedna godina zatvora, ne uzimajući u obzir još i delo, sa kojim je delo teške krađe u ovom slučaju u sticaju, razbojništvo iz člana 168. stav 1. tačka 1. KZRS, kao ni to da li je u pobijanoj presudi reč o pokušaju iz člana 19. ili pak o nepodobnom pokušaju iz člana 20. KZSRJ. Znači, u konkretnom slučaju pravna kvalifikacija iz pobijane presude teža je ako uzmemo u obzir i minimume kazni koje se ovde, po ovlašćenjima iz zakona, mogu izreći, jer za svršeno krivično delo teške krađe iz člana 166. stav 1. tačka 1. KZRS ne može se ublažiti kazna i njen zakonski minimum je jedna godina zatvora, a za delo koje je sa ovim, prema pobijanoj presudi, u sticaju minimum propisane kazne je jedna godina, koja se u ovom slučaju može ali i ne mora ublažiti ili pak, zavisi od shvatanja izreke pobijane presude, može ali i ne mora za njega osloboditi od kazne ili pak za to delo izreći blaža kazna.”

Navedenu žalbu branioca okrivljenog L. G. na presudu Okružnog suda u Novom Sadu br. K. 96/96. Vrhovni sud Srbije je, u svojoj Presudi br. Kž. I 1478/96. od 09. 01. 1997. godine, odbio kao neosnovanu, te potvrdio pobijanu presudu Okružnog suda u Novom Sadu. U obrazloženju ove presude istaknuto je, između ostalog, i sledeće: „Neosnovano je isticanje u žalbi, da je pobijana presuda doneta povredom člana 364. stav 1. tačka 10. u vezi člana 378. ZKP, i da je u odnosu na raniju presudu, optuženi sada osuđen po strožem zakonu. Jedino je tačno, da je ranijom presudom u ovom predmetu, optuženi bio oglašen krivim zbog krivičnog dela razbojništva iz člana 168. stav 2. u vezi stava 1. KZRS, u pokušaju u vezi člana 19. KZSRJ, i osuđen na kaznu zatvora u trajanju od 2 godine, i da je ova presuda ukinuta, povodom žalbe branioca optuženog. Za ovo krivično delo se inače, zbog, u zakonu propisane najmanje kazne, može izreći ublažavanjem, kazna zatvora samo u trajanju od 1 godine, a blaža kazna se ne može izreći. Sada, u novom postupku, u skladu sa opisom radnje izvršenja iz optužnice, Okružni javni tužilac u Novom Sadu je stavio na teret optuženom L. G., dva krivična dela, i to: tešku krađu iz člana 166. stav 1. tačka 1. KZRS, i krivično delo razbojništva iz člana 168. stav 1. KZRS, u pokušaju, u vezi člana 19. KZSRJ. Ovakve kvalifikacije prihvatio je i prvostepeni sud, s tim da je razbojništvo kvalifikovao, da je izvršeno u nepodobnom pokušaju, u vezi člana 20. KZSRJ, umesto običnog pokušaja iz člana 19. KZSRJ. Ova krivična dela su blaža po zakonu u odnosu na krivično delo iz prvobitne prvostepene presude. Naime, po u zakonu propisanoj kazni za krivično delo teške krađe iz člana 166. stav 1. tačka 1. KZRS, ublažavanjem kazne, može se izreći kazna zatvora do 3 meseca, a za krivično delo razbojništva iz člana 168. stav 1. KZRS, u nepodobnom pokušaju u vezi člana 20. KZSRJ, ublažavanje kazne može se izvršiti bez ograničenja, a može se i osloboditi od kazne. Prema tome navedenom kvalifikacijom krivičnih dela, sada u prvostepenoj presudi, optuženi nije doveden u teži položaj, nego ranije, a i izrečena jedinstvena kazna zatvora u trajanju od ukupno 1 godine i 10 meseci, blaža je od ranije izrečene kazne od 2 godine, za jedno krivično delo. Prema tome nova prvostepena presuda nije doneta povredom člana 378. ZKP, kako se u žalbi branioca neosnovano to ističe, i nije prvostepeni sud povredio odredbe člana 364. stav 1. tačka 10 ZKP.”

Mada, na prvi pogled, izgleda ispravnom argumentacija Vrhovnog suda, u odnosu na postavljeno pitanje, ima određenih slabosti, kao što ni argumentacija branioca iz citirane žalbe nije sasvim dosledna. Upravo su slabosti i nedoslednosti u argumentaciji i zauzimanju stavova branioca i Vrhovnog suda, u ovom konkretnom slučaju, predmet koji se pretresa u ovom radu.

2. Veći stepen slabosti je izražen u argumentaciji Vrhovnog suda, te se na nju ukazuje na prvom mestu. Naime, pažnju privlači sledeća rečenica iz obrazloženja Presude Vrhovnog suda Srbije broj KŽ. 1478/96. od 09. 01. 1997. godine: „Naime, po u zakonu propisanoj kazni za krivično delo teške krađe iz člana 166. stav 1. tačka 1. KZRS, ublažavanjem kazne, može se izreći kazna zatvora do 3 meseca...” Uz to, da podsetimo, da je prvostepeni sud utvrdio kaznu za ovo krivično delo, u konkretnom slučaju, na osnovu člana 5, 33, 38. i 41. KZSRJ, i to kaznu zatvora u trajanju od 1 (jedne) godine.

U konkretnom slučaju postavlja se pitanje da li je pravna ocena dela teža prema ukinutoj ili pak prema pobijanoj presudi. „Zabrana preinačenja na gore znači da se presuda u materijalno-pravnom pogledu ne može izmeniti na štetu okrivljenog, tj. u pogledu kvalifikacije krivičnog dela i krivične sankcije.”² Pri tome, valja istaći da pravna ocena dela podrazumeva uzimanje u obzir svih materijalnih pravnih propisa koji su u konkretnom slučaju primenjeni na izvesno činjenično stanje, delo. Dakle, kao i kod pitanja primene blažeg zakona, i ovde se, kod upoređivanja pravnih ocena dela, može reći da „da bi doneo odluku koji je zakon blaži, sudija mora, takoreći uvek, da izvrši kvalifikaciju dela po oba zakona i da uporedi rezultate do kojih je došao. Ovo zato što postoje samo neki iskustvom određeni principi i pokazatelji pri shvatanju kada je određeni zakon blaži, pa sudija može znati, orijentira radi, samo izvestan broj takvih slučajeva, ali je svaki novi zakon i njegova povreda u pravilu novo iskušenje, nova nepoznanica, i dilemu je moguće rešiti tako što se upoređivanje zakona ne vrši in abstracto, već in concreto. da li se radi o blažem propisu zavisno od ocene okolnosti koje postoje kod konkretnog učinioca.”³ Za razliku od pitanja primene blažeg zakona, ovde imamo pitanje težine pravnih ocena dela, tako da njihova konkretizacija već postoji u prvostepenim presudama, a u smislu određenosti svih materijalno-pravnih odredaba koje su primenjene u oba slučaja u navedenim presudama. Stoga, posao suda koji odlučuje o žalbi koja ističe povredu zabrane preinačenja na gore u pogledu pravnih ocena dela se svodi na upoređivanje primenjenih materijalno-pravnih odredaba u obe pravne kvalifikacije, od kojih je, u žalbi, za drugu istaknuto da je teža od prve. Njegova uloga, dakle, ne može biti u tome da primenjuje odredbe materijalnog prava na utvrđeno činjenično stanje. Naprotiv, ona se iscrpljuje u tome da uporedi primenjene odredbe materijalnog prava u prvoj i drugoj presudi, odnosno pravne kvalifikacije, ocene dela.

Stoga, navod, iz obrazloženja Presude Vrhovnog suda Srbije broj KŽ. 1478/96. od 09. 01. 1997. godine: „Naime, po u zakonu propisanoj kazni za krivično delo teške krađe iz člana 166. stav 1. tačka 1. KZRS, ublažavanjem kazne, može

² Prof. dr Tihomir Vasiljević — prof. dr Momčilo Grubač, *Komentar Zakona o krivičnom postupku*, Četvrto dopunjeno izdanje, Savremena administracija, Beograd, 1990, str. 507.

³ Dr Tomica Delibašić, *Primena blažeg zakona*, Nomos, Beograd, 1995, str. 52.

se izreći kazna zatvora do 3 meseca...”, se ne može prihvatiti, jer, u konkretnom slučaju, u prvostepenoj presudi, prilikom utvrđivanja kazne za ovo krivično delo, nije primenjena odredba člana 42. i 43. KZSRJ. „Redovan način odmeravanja kazne jeste onaj koji se vrši u okviru propisane kazne za određeno krivično delo, dok se ublažavanje, odnosno pooštavanje kazne može vršiti izuzetno i to pod uslovima predviđenim zakonom.”⁴ Kako, postojanje ovih izuzetnih uslova prvostepeni sud nije utvrdio, a drugostepeni sud, povodom ispitivanja presude u svetlu instituta zabrane preinačenja na gore, nema takvo ovlašćenje, to je i navedena argumentacija neispravna. Ukoliko bi se pak, argumentacija drugostepenog suda prihvatila kao ispravna tada bi se gubio i smisao određivanja posebnog minimuma i maksimuma kazne u zakonu, jer bi se oni mogli prekoračivati do granica određenih propisima o ublažavanju kazne. Tako bi se, takođe, izgubio i izuzetan karakter primene propisa o ublažavanju kazne. S druge strane, drugostepeni sud je mogao naći razloge za primenu instituta ublažavanja kazne, ali, u tom slučaju, morao je žalbu uvažiti i presudu preinačiti, ili, ako je bilo i drugih razloga za to, presudu ukinuti i predmet vratiti prvostepenom sudu na ponovno suđenje.

3. U pogledu argumentacije koju je izneo branilac u svojoj žalbi moguće je, takođe, staviti određene primedbe. No, one nisu od takvog značaja kao prethodno navedene, a i odnose se na samo upoređivanje težine pravnih ocena dela do kojeg je valjalo doći i u presudi drugostepenog suda.

U prvoj presudi imamo pravnu kvalifikaciju po kojoj je reč o krivičnom delu razbojništva u pokušaju iz člana 168. stav 2. u vezi stava 1. KZRS i u vezi člana 19. KZSRJ, dok je u drugoj pravna kvalifikacija glasila na krivično delo teške krađe iz člana 166. stav 1. KZRS, u sticaju sa krivičnim delom razbojništva u pokušaju odnosno u nepodobnom pokušaju iz člana 168. stav 1. KZRS u vezi člana 20. KZSRJ. Jasno je i to da „okrivljeni ne može biti osuđen po nepovoljnijem (strožem) krivičnom zakonu ni onda kad bi mu se po nepovoljnijem zakonu izrekla blaža sankcija”⁵, te u našem slučaju nije od značaja činjenica što je blaža krivična sankcija izrečena u drugoj osudi. Pitanje je, dakle, da li ukupnost primenjenih materijalno-pravnih odredaba ukazuje na to koja je pravna ocena dela teža.

Prema jednom stavu „ako drugostepeni sud nađe da umesto jednog složenog krivičnog dela stoje dva krivična dela u sticaju nije povredio zabranu preinačenja na gore ako primenom odredaba o odmeravanju kazne nije izrekao težu kaznu od kazne za složeno krivično delo (VS BiH, Kž. 310/78. od 17. V 78)”⁶. Ipak, čini se da se ovaj stav ne može primeniti na naš slučaj. U našem slučaju reč je o razdvajanju jednog na dva događaja, tako da nije složeno krivično delo rastavljeno na njegove sastavne delove (krivično delo prinude i krivično delo krađe), već je prema tako razdvojenom događaju delo kvalifikovano i kao krivično delo teške krađe, koje je sastavni deo krivičnog dela razbojništva, ali i na drugo delo, koje je upravo krivično delo razbojništva u nepodobnom pokušaju, dakle složeno krivično delo koje nije rastavljeno.

⁴ Dr Zoran Stojanović, *Krivično pravo — opšti deo*, Službeni glasnik, Beograd, 2000, str. 269.

⁵ Prof. dr Tihomir Vasiljević — prof. dr Momčilo Grubač, *op. cit.*, str. 608.

⁶ *Isto*, str. 509.

Drugi stav, koji je zabeležen u našoj sudskoj praksi je prihvatljiviji i smatra-
mo da se mogao primeniti i u našem slučaju. Naime, prema tom stavu „nije po-
vređen princip zabrane preinačenja presude na štetu optuženog iz čl. 378. ZKP,
pa nema ni bitne povrede odredaba krivičnog postupka iz čl. 364. st. 1. tač. 10.
ZKP kad prvostepeni sud, nakon ukidanja prvobitne osuđujuće presude po žalbi
optuženog, u novom postupku optuženog oglasi krivim za dva krivična dela koja
su blaža od onog jednog iz prvobitne presude i osudi na blažu kaznu”.⁷

Uz navedeno, valja istaći da su pravne ocene dela, u našem slučaju, jednake
težine. Naime, apstraktnim upoređivanjem primenjenih materijalno-pravnih odre-
daba u ovom konkretnom slučaju se može uočiti da su mogućnosti suda u izboru
krivične sankcije u prvom i u drugom slučaju, u krajnjoj liniji, izjednačene.

Mr Zoran Bašić
advokat u Novom Sadu

⁷ Presuda Vrhovnog suda Srbije br. Kž. I. 88/82 navedena prema: *Zbirka sudskih od-
luka iz oblasti Krivičnog prava 1973—1986*, Beograd, 1987, str. 227.