

Krsto Pejović*

ZABRANA REFORMATIO IN PEIUS U KRIVIČNOM POSTUPKU

Apstrakt: Zakonska konstrukcija zabrane preinačenja na štetu okrivljenog (*reformatio in peius*) je vrlo jasno i lapidarno izložena. Međutim, kao što će se pokazati u redovima koji slijede, ova odredba ima (daleko) veći domen, nego što se to može zaključiti jezičkim tumačenjem, pa se, u njenoj analizi moraju primijeniti sistematsko i ciljno tumačenje. S tim u vezi, u radu ćemo analizirati da li je primjena ove zabrane moguća jedino i samo ako okrivljeni izjavi žalbu, ili je aplikabilna i onda kada tužilac, uz okrivljenog, izjavi žalbu na štetu okrivljenog, te da li njena primjena, i pored zakonodavčevog neizjašnjavanja o tome, podrazumijeva i nemogućnost eventualne intervencije u činjeničnom supstratu. U radu ćemo predstaviti i relevantne standarde kako Evropskog suda za ljudska prava, tako i Suda pravde Evropske unije. Takođe, vidjećemo da li je ova zabrana imanentna samo krivičnom postupku, ili je njena primjena svojstvena i parničnom i upravnom postupku. Na kraju, daćemo i svoje mišljenje o tome na koji način je potrebno revidirati aktuelni zakonski tekst kako bi se izbjeglo donošenje nekoherentnih odluka.

Ključne riječi: zabrana preinačenja na štetu okrivljenog, *reformatio in peius*, krivični postupak, žalbeni postupak, bitna povreda odredaba krivičnog postupka.

1. PREDMET, CILJ I METODI ISTRAŽIVANJA

Svrha zabrane preinačenja na štetu okrivljenog (u krivičnom postupku¹), kako se pravna misao, čini nam se jednodušno, slaže, jeste u tome da okrivljeni nema bojazni da će izjavljivanjem žalbe njegova situacija biti gora nego što bi bila da žalba uopšte nije izjavljena.^{2,3} Svakako, opravdanje je legitimno i njen osnov leži u

* Sudija Osnovnog suda u Kotoru i doktorand na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, krstop@yahoo.com.

1 U naslovu rada je namjerno dodato „u krivičnom postupku”, jer ova zabrana ima svoju primjenu i u parničnom (vidjeti, recimo, Presudu Vrhovnog suda Crne Gore, Rev. 546/2016 od 26. maja 2016) i u upravnom postupku (vidjeti Presudu Upravnog suda Crne Gore, U. 3446/2018 od 10. marta 2020). Sve presude crnogorskih sudova citirane u radu, sem ukoliko nije posebno ukazano na drugi izvor, mogu se pronaći na internet sajtu: www.sudovi.me

2 Upor. C. Herke, C. D. Toth /2013/: The prohibition of *reformatio in peius* in the light of the principle of fair procedure, *International Journal of Business and Social Research (UBSR)*, Vol. 3, n° 3, p. 93.

3 Zabrana *reformatio in peius*, kao dio pravične procedure, može se smatrati kao zahtjev principa ustavnosti. Međutim, bolje je reći da je zabrana *reformatio in peius* ustavna garancija, jer još uvijek

pravičnosti.^{4,5} S druge strane, posmatrano iz perspektive ove prohibicije, stranke u postupku nisu jednake. Jer ovu blagodet nema tužilac.⁶ Riječima *Radulovića*, u pitanju je (uz *beneficium cohaesionis*) pogodnost okrivljenog kod izjavljivanja pravnih lijekova.⁷ Govoreći o nejednakom tretmanu *Herke* i *Toth*, ističu da jednakost oružja nije ništa drugo do jednaka distribucija rizika.⁸ Ova zabrana (između ostalog) ima funkciju da pokaže put ka izlasku iz psihološke dileme, kao i da ojača jednakost oružja u manjoj mjeri.^{9,10} Institut zabrane preinačenja na gore je dat kao jedna pogodnost okrivljenom s ciljem da ustavno pravo na korišćenje pravnog lijeka koristi bez bojazni da će u postupku po izjavljenom pravnom lijeku otežati svoju poziciju.¹¹ Bez ovog instituta, kog, u raznim oblicima, poznaju savremena zakonodavstva, okrivljeni bi uvijek bio na raskršću i u dilemi kako da postupi, da se zadovolji sudskom odlukom bez obzira što procjenjuje da pravni lijek ima osnova, računajući da se ni tužilac neće žaliti, ili da se uz rizik pogoršanja situacije opredijeli za korišćenje pravnog lijeka.^{12,13} Ova zabrana ima apsolutno dejstvo.¹⁴

Zabrana preinačenja na štetu optuženog je u članu 400 Zakonika o krivičnom postupku¹⁵ postulirana vrlo lapidarno i glasi: *ako je izjavljena žalba samo u korist optuženog, presuda se ne smije izmijeniti na njegovu štetu u pogledu pravne kvali-*

može da aktivira kontradikcije i argumente. H. Csongor, C. D. Toth /2012/: Prohibition of Reformation in Peius and the Principle of Constituionality, *Journal of Politics and Law*, Vol. 5, n° 2, p. 56.

- 4 Sistem pravnih lijekova u savremenom krivičnom procesnom pravu, *Knjiga II* /2018/: (ur. Miodrag N. Simović, Tadija Bubalo, Nezir Pivić), Istraživački projekat – IP PLuKPP, Zenica, p. 60. Tako i: M. Škulić /2009/: *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Podgorica, p. 1091; M. Grubač, B. Vučković /2010/: *Komentar Zakonika o krivičnom postupku Crne Gore*, treće izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Tivat, p. 972; T. Bubalo /2006/: *Pravo na žalbu u kaznenom postupku*, Sarajevo, p. 319; M. Grubiša /1987/: *Krivični postupak: Postupak o pravnim lijekovima*, Zagreb, p. 178.
- 5 U Danskoj su, što je zanimljivo, karakteristike zabrane *reformatio in peius* transponovane u školskom sistemu. Naime, riječ je o tome da studenti/đaci koji se žale na ocjenu, ne mogu u postupku „po žalbi” dobiti manju ocjenu od one na koju su se žalili. Za više o tome, vid. I. M. Conradsen /2014/: Reversing the Principle of the Prohibition of Reformation in Pejus: The Case of Changing Students Possibility to Complain about their Marks in Denmark, *Utrecht Law Review*, Vol. 10, n° 1, p. 17.
- 6 Upor. S. Knežević /2002/: „Prednost odbrane” u postupku po pravnim lekovima, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, XLII, pp. 275–276.
- 7 D. Radulović /2009/: *Krivično procesno pravo*, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Podgorica, p. 334.
- 8 C. Herke, C. D. Toth /2013/: *op. cit.*, p. 97.
- 9 D. Radulović. *op. cit.*, p. 334.
- 10 Zabrana preinačenja na gore treba da obezbijedi slobodu u procesu donošenja odluke – presuda mora biti prihvaćena ili se može uložiti žalba bez rizika od negativne izmjene. H. Csongor /2010/: The Prohibition of Reformation in Peius in the Hungarian jurisprudence, *Lesij*, nr. XVII, vol. 1, p. 101.
- 11 D. Radulović. *op. cit.*, p. 334.
- 12 D. Radulović. *ibid.*, p. 334.
- 13 Za više o argumentima za i protiv uvođenja ove zabrane u našem zakonu, vid. V. Đurđić /1977/: Zabrana *reformatio in peius* u krivičnom postupku, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, pp. 378–379.
- 14 S. Knežević. *op. cit.*, p. 279.
- 15 Zakonik o krivičnom postupku – ZKP, „Službeni list CG”, br. 57/2009, 49/2010, 47/2014 – odluka US, 2/2015 – odluka US, 35/2015, 58/2015 – dr. zakon, 28/2018 – odluka US, 116/2020 – odluka US i 145/2021.

fikacije krivičnog djela i krivične sankcije. Rukovođeni jezičkim tumačenjem izveli bismo zaključak da se za primjenu ove prohibicije moraju kumulativno ispuniti dva uslova: 1. potrebno je da je izjavljena žalba samo u korist optuženog i 2. presuda se ne može izmijeniti na štetu okrivljenog, (samo) u pogledu pravne kvalifikacije i krivične sankcije. U tekstu koji slijedi provjerićemo da li je ova hipoteza tačna.

S obzirom na vrlo divergentna mišljenja pravne misli u pogledu uslova za primjenu ove zabrane, cilj rada je da odgovori na sljedeća pitanja: 1) da li je primjena ove zabrane jedino i isključivo moguća u situaciji kada je izjavljena samo žalba u korist okrivljenog, a ukoliko je to pak moguće i u situaciji kada je izjavljena žalba tužioca na štetu okrivljenog (neophodno je to akcentovati, budući da tužilac može izjaviti žalbu i u korist okrivljenog), da li je u tom slučaju primjena iste uslovljena time: aa) da je žalba tužioca odbačena ili bb) i u slučaju da je takva žalba odbijena; zatim, 2) da li se zabrana odnosi samo na pitanje pravne kvalifikacije (u okviru čega je neophodno determinisati pojam „pravna kvalifikacija”) i krivične sankcije, ili je pak aplikacija ove zabrane moguća i kada dolazi do intervencije u činjeničnom supstratu, koja ipak ne dovodi do izmjene pravne kvalifikacije ili krivične sankcije, ali je u pitanju veća „kriminalna količina”, te 3) da li ova zabrana obavezuje samo sud pravnog lijeka ili i prvostepeni sud, ukoliko presuda bude ukinuta i vraćena na ponovno suđenje.

Zadatke/probleme/dileme koje smo prethodno postavili su ključni za razumijevanje instituta zabrane preinačenja na štetu okrivljenog, jer od pravilnog odgovora na ista (a vidjećemo i da u teoriji i u praksi postoje znatna, da ne kažemo, frapantna, mimoilaženja) zavisi primjena ove, rekli bismo, ključne poluge u rukama okrivljenog.

Da bismo odgovorili na postavljena pitanja, u radu ćemo se poslužiti, kako istorijskim, tako i dogmatskopравnim i uporednopravnim metodom, dok će nam pri tumačenju od ključne važnosti biti ciljno i sistematsko tumačenje.

2. ŽALBA IZJAVLJENA U KORIST OPTUŽENOG

S obzirom na to da se, po našem mišljenju, ovaj institut danas dominantno koristi u krivičnoj proceduri, u najmanju ruku je čudno, a ujedno i zanimljivo, da je izraz „*reformatio in peius*” prvi put pomenut u rimskom pravu i to za slučajeve iz (građanskog¹⁶) procesnog prava, dok je u krivičnoj proceduri bio nepoznat sve do XVIII vijeka.¹⁷

Kao što smo prethodno demonstrirali, citirajući odredbu člana 400 ZKP-a, prvi – ključni uslov za primjenu zabrane *reformatio in peius* jeste da je žalba izjavljena *samo u korist optuženog*. Bez sumnje to je situacija kada samo okrivljeni, dakle ne i tužilac, izjavi žalbu. Takođe, ovaj uslov je, bezmalo, zadovoljen i kada tužilac izjavi žalbu u korist optuženog. Nema razloga ni da se ova zabrana aktivira i kada tužilac izjavi žalbu koja bude *odbačena*. U tom smislu, smatra se kao da nije ni podnesena/izjavljena, pa se ne nameću posebna pitanja po ovom osnovu.

16 I. M. Conradsen. *op. cit.*, p. 19.

17 Tako, s pozivom na Klajnšroda (*Kleinschrod*): C. Herke, C. D. Toth /2011/: Overview of the Prohibition of Reformatio In Peius in the Hungariacn Criminal procedure”, *Lesij*, Vol. 1, n° XVIII, p. 18. Shodno navedenim autorima, ovaj institut nije prepoznat u nekim provincijama Švajcarske i Velikoj Britaniji. *Ibid.*, p. 19.

S druge strane, aktivacija ove zabrane izostaje ukoliko bude izjavljena žalba na štetu optuženog, koja se kao takva usvoji, ili, pak ostane bespredmetna^{18, 19}. Grubiša ističe da time što je žalba tužioca postala bespredmetna, tužilac, u novom postupku, nije lišen djelovanja zabrane preinačenja na gore. Prvostepeni sud će, u novom postupku, u najgorem slučaju, u novoj presudi ponoviti kvalifikaciju i kaznu iz ranije presude. To je, navodi on, konsekvencija okolnosti što je tužiočeva žalba postala bespredmetna i time ostala bez uticaja na dalje suđenje. Međutim, ta tužiočeva bespredmetna žalba ima ipak za tužioca korisno djelovanje, budući da mu rezerviše pravo da novu presudu pobija iz istih osnova novom žalbom.²⁰

Proizilazilo bi da je sporna samo situacija u kojoj se žalba tužioca ocijeni kao neosnovana. U vezi sa tim se mogu iznijansirati dva, u svojim osnovama, divergentna pravca.

Prema prvom – nema mjesta ovoj zabrani samo kada tužilac izjavi žalbu, bez obzira na to da li je ona osnovana ili nije. Tako, recimo, iz stilizacije Odluke Ustavnog suda Srbije, UŽ. 3346/2010, 11. februar 2015. godine,²¹ rekli bismo da ovaj sud optira za upravo takvu interpretaciju. Jovančević, čini nam se, takođe optira za ovakvu interpretaciju.²² Škulić, takođe, pledira za ovu koncepciju, ističući da bi se primjenjivala zabrana preinačenja na gore, moraju se kumulativno ispuniti dva uslova: a) ne smije biti uložena žalba na štetu optuženog, što bi inače mogao učiniti bilo ovlašćeni tužilac, bilo oštećeni u smislu člana 382 stav 4 ZKP-a, i b) mora biti uložena žalba u korist optuženog.²³

Pobornici suprotnog mišljenja, s druge strane, jakom argumentacijom, izražavaju snažnu nesaglasnost sa prethodnim tumačenjem. Tako, recimo, Ilić, s pozivom na autoritete, ističe da je, u skladu sa pravilom da žalilac ne može imati štete od svoje, već jedino od uspjela protivnikove žalbe, preovladalo shvatanje da postoji žalba samo u korist optuženog i u slučaju kada je žalbu izjavljenu na njegovu štetu sud odbacio kao neblagovremenu ili nedozvoljenu, odnosno odbio je kao neosnovanu.²⁴ Đurđić ističe da u zavisnosti od toga povodom čijeg pravnog lijeka se donosi odluka zavisi da li će važiti zabrana *reformatio in peius*.²⁵ Tako, ako je sud odbacio ili odbio pravni lijek javnog tužioca, zabrana važi, jer pogoršanje položaja okrivljenog može sada nastati samo na osnovu odluke povodom njegovog pravnog lijeka.²⁶ Grubi-

18 Upor. Vrhovni sud Republike Hrvatske, III Kr. 388/02, 24. septembar 2002. Nav. prema: A. Garačić /2014/: *Zakon o kaznenom postupku: Pravni lijekovi*, Rijeka, p. 159.

19 Upor. Vrhovni sud Crne Gore, KŽ-I 1/2020, 10. mart 2020. godine; Vrhovni sud Republike Hrvatske, III Kr. 388/02–3, 24. septembar 2002. (sve odluke hrvatskih sudova citirane u radu, sem ukoliko nije posebno ukazano na drugi izvor, mogu se pronaći na sajtu: www.vsrh.hr).

20 M. Grubiša. *op. cit.*, p. 100.

21 Ustavni sud Srbije, UŽ. 3346/2010, 11. februar 2015. godine (sve odluke Ustavnog suda Srbije citirane u radu, sem ukoliko nije posebno ukazano na drugi izvor, preuzete su sa sajta Suda <http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>). Inače, Ustavni sud Srbije, povredu zabrane *reformatio in peius* razmatra u okviru povrede prava na pravično suđenje, (UŽ. 785/2015, 6. decembar 2018).

22 N. Jovančević /2015/: *Novo krivično procesno pravo*, Beograd, p. 291

23 M. Škulić. *op. cit.*, p. 1090.

24 Citirano prema: G. P. Ilić /2004/: *Granice ispitivanja prvostepene krivične presude*, Beograd, p. 158. Vidjeti, i: M. Grubač, B. Vučković. *op. cit.*, p. 973.

25 V. Đurđić. *op. cit.*, p. 385.

26 V. Đurđić. *ibid.*, p. 385.

ša ističe da sintagmu „ako je izjavljena samo žalba u korist optuženika”, treba čitati tako kao da glasi „ako je uvažena žalba podnesena samo u korist optuženika”.²⁷ Knežević zapaža da spornu sintagmu treba tumačiti tako da samo uspješno realizovana žalba na štetu okrivljenog može spriječiti dejstvo *reformatio in peius*.²⁸

Na osnovu prethodno pobrojanih argumenata, skloni smo interpretiranju sporne odredbe kako to vidi druga grupa autora, odnosno da je aplikacija ove zabrane obavezna ne samo onda kada se žalba tužioca odbaci, već i kada se odbije. Pri tome, čini nam se da je to najslikovitije prikazao Đurđić, sa čijim stavom se potpuno slažemo.

Tužilac čija žalba je odbačena kao neblagovremena ili je odbijena kao neosnovana, ne može uspješno pobijati novu presudu ako je ona identična ukinutoj presudi.²⁹ Ukoliko je, međutim, na novom suđenju donijeta povoljnija presuda za optuženog, tužilac stiče mogućnosti da je pobija u mjeri u kojoj je ona povoljnija za optuženog od ukinute presude.³⁰ Međutim, ukoliko žalbeni sud uvaži žalbu okrivljenog, uslijed čega žalba tužioca ostane bespredmetna, tužilac će moći da se žali protiv nove presude iz istih osnova iz kojih je pobijao i ukinutu presudu, što znači da zabrana preinačenja na gore ne stoji na putu višem sudu da donese nepovoljniju odluku po okrivljenog u tom pravcu.³¹ Međutim, ovaj stav je nužno dopuniti sljedećim: *Ukoliko žalba tužioca ostane bespredmetna, tužilac novu presudu može da pobija ne samo po osnovu zbog kojih je izjavio tu žalbu, već ukoliko je presuda povoljnija za okrivljenog u novom postupku, i po osnovima koji ranije nije isticao, sa ograničenim dometom (samo u mjeri u kojoj je nova presuda povoljnija za okrivljenog, od prethodne).*

U slučaju ukidanja prvostepene presude zbog bitne povrede odredaba krivičnog postupka, a povodom žalbe javnog tužioca zbog odluke o krivičnoj sankciji, prvostepeni sud ne vezuje zabrana preinačenja na gore, jer nije postojala žalba izjavljena u korist optuženog.³² Nasuprot tome, prvostepeni sud bi bio dužan da na novom glavnom pretresu poštuje zabranu *reformatio in peius*, ukoliko drugostepeni sud, povodom žalbe optuženog, ukinе pobijanu presudu zbog bitne povrede odredaba krivičnog postupka o kojoj po službenoj dužnosti vodi računa.^{33,34} Ako prvostepena presuda bude ukinuta po službenoj dužnosti, uslijed čega je odlučivanje po žalbama optuženog i tužioca postalo bespredmetno, tužilac će moći da pobija novu presudu po istom osnovu po kojem je osporavao i prethodnu.³⁵ Istu mogućnost ima

27 M. Grubiša. *op. cit.*, p. 97, fn. 100.

28 S. Knežević. *op. cit.*, p. 276.

29 G. P. Ilić. *op. cit.*, p. 159.

30 M. Grubiša. *op. cit.*, p. 244.

31 M. Grubiša. *ibid.*, p. 244.

32 G. P. Ilić. *op. cit.*, p. 160.

33 „Povređeno je načelo zabrane *reformatio in peius*, u slučaju kada prvostepeni sud na novom glavnom pretresu osudi okrivljenog po strožem krivičnom zakonu, nakon što drugostepeni sud, povodom žalbe nadležnog tužioca izjavljene samo protiv odluke o krivičnoj sankciji, po službenoj dužnosti (zbog bitne povrede odredaba krivičnog postupka) ukinе prvostepenu presudu” – Načelni stav 16/87 – Zajednička sjednica Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda – 17. i 18. jun 1987. Nav. prema: S. Stanišić /2012/: Načelo zabrane – *reformatio in peius*, *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka*, god. 2, n° 2, p. 299

34 G. P. Ilić. *op. cit.*, p. 160.

35 G. P. Ilić. *ibid.*, p. 160.

i tužilac o čijoj žalbi nije odlučeno, jer je došlo do ponavljanja postupka licu kome je suđeno u odsustvu.³⁶

U svakom slučaju, iako je danas dominantno stanovište da aplikaciji ove zabrane mora biti mjesta i kada se žalba tužioca odbije kao neosnovana, najbolje rješenje bi predstavljala zakonodavčeva intervencija u zakonskom tekstu, tako da u tom dijelu norma glasi: „Ako je izjavljena žalba samo u korist optuženog, odnosno ako se žalba ovlašćenog tužioca ili oštećenog (budući da u slučaju preuzimanja gonjenja ili donošenja oslobađajuće presude oštećeni ima pravo žalbe po svim osnovima – član 382, stav 4 ZKP-a) odbije ili odbaci...”

3. POLJE PRIMJENE

Shodno ZKP-u, zabrana *reformatio in peius*, važi u sljedećim situacijama:³⁷ u postupku pred drugostepenim-žalbenim sudom (član 400); u ponovnom postupku pred prvostepenim sudom (član 412, stav 4); u postupku po žalbi na rješenje (član 418, stav 1); u ponovljenom postupku, ako je zahtjev za ponavljanje podnesen u korist osuđenog (član 430, stav 4); prilikom izricanja nove presude u situacijama ponavljanja postupka kada je suđenje obavljeno u odsustvu osuđenog (član 431, stav 4); povodom zahtjeva za zaštitu zakonitosti (član 441, stav 3); u ponovnom postupku nakon ukidanja presude po zahtjevu za zaštitu zakonitosti (član 445, stav 4), odnosno, u skraćenom postupku (član 446).

Zabrana preinačenja na gore se odnosi na strožu pravnu kvalifikaciju i strožu krivičnu sankciju. To znači da se ne odnosi na: odluku o oduzimanju imovinske koristi,³⁸ o imovinskopravnom zahtjevu,³⁹ o troškovima krivičnog postupka^{40, 41} o objavljivanju

36 G. P. Ilić. *ibid.*, p. 160.

37 Upor.: H. Csongor. *op. cit.*, p. 100.

38 Tako, i: D. Radulović. *op. cit.*, p. 336; M. Grubiša. *op. cit.*, p. 188.

39 Isto: A. Garačić, D. Novosel /2018/: *Zakon o kaznenom postupku u sudskoj praksi, Knjiga druga*, Rijeka, p. 309; B. Petrić /1980/: *Pravni lekovi u krivičnom postupku*, drugo izdanje, Beograd, p. 148; D. Radulović. *op. cit.*, p. 336; M. Grubiša. *op. cit.*, p. 188. „Na odluku suda kojim se oštećeniku dosuđuje imovinskopravni zahtjev, zabrana preinačenja na gore, ne može se odnositi jer se radi o zahtjevu koji u tijeku kaznenog postupka zadržava sve karakteristike svakog drugog takvog zahtjeva koji bi bio postavljen u parničnom postupku i stoga sud u ponovljenom postupku može dosuditi iznose koji nisu bili postavljeni i dosuđeni u ranijem postupku” (Županijski sud u Vukovaru, Kž. 37/08, 31. januara 2008). Cit. prema A. Garačić. *op. cit.*, p. 151. Upor. Vrhovni kasacioni sud, Kzz. 1134/2015, 19. januar 2016; Vrhovni sud Republike Hrvatske, III Kr. 4/14–4, 18. mart 2014. Nema ove povrede kada sud na štetu okrivljenog interpretira određene dokaze. Vrhovni sud Republike Hrvatske, I Kž. 344/02, 4. jun 2002. Nav. prema A. Garačić. *op. cit.*, p. 159.

40 U vezi sa iznjetim, upitna je jedna odluka Apelacionog suda u Beogradu, gdje se rezonovalo na sljedeći način: „Imajući u vidu da se javni tužilac žalio samo na odluku o krivičnoj sankciji, a propustio je da se žali na dio presude o troškovima postupka, u takvim okolnostima prvostepeni sud je u ponovljenom postupku povrijedio pravilo zabrane preinačenja na štetu okrivljenog time što je odredio da troškovi krivičnog postupka padaju na njegov teret” (Apelacioni sud u Beogradu, Kž I 936/19, 21. novembar 2019). Cit. prema: N. Pantelić /2020/: *Sudska praksa krivičnopravne materija, Knjiga druga (2018–2020)*, Beograd, pp. 388–389. S druge strane, i hrvatska pravna misao i sudska praksa smatraju da neće doći do povrede ove zabrane ako se u novom postupku okrivljeni obaveže na naknadu većih troškova postupka, jer se ova zabrana ne odnosi na troškove postupka nego samo na zabranu da se okrivljeni osudi po strožem zakonu ili na strožu kaznu. Vid. A. Garačić, D. Novosel. *op. cit.*, p. 309. Vid. Odluku Okružnog suda u Karlovcu, Kž. 214/76 od 28. juna 1976.

41 B. Petrić. *op. cit.*, p. 148; D. Radulović. *op. cit.*, p. 336; M. Grubiša. *op. cit.*, p. 188.

presude putem štampe, radija ili televizije.^{42, 43} Međutim, drugostepeni sud ni ove mjere ne može da preinači na štetu okrivljenog, iako se ustanova preinačenja na gore na njih ne odnosi, jer se drugostepeni sud prema članu 398, stav 1 ZKP-a mora kretati u granicama žalbe.⁴⁴ Ova zabrana, prema sudskoj praksi, nije prekršena ni u situaciji kada je, u ponovnom postupku, umjesto jednog oštećenog dodat i drugi (vanbračni suprug oštećene, s obzirom da je sporni novac predstavljao zajedničku ušteđevinu), pri čemu nije izmijenjena krivična sankcija i krivično djelo.⁴⁵ Ova prohibicija se aktivira i u postupku odlučivanja o žalbi na rješenje o pritvoru,⁴⁶ ali se ne odnosi na novo djelo koje je otkriveno ili izvršeno tokom ponovljenog postupka.⁴⁷

Važno je dodati, pošto se u praksi nije u dovoljnoj mjeri još uvijek to razgraničilo, da se ova zabrana ne odnosi na/ne vezuje ovlašćenog tužioca, *već (samo) vezuje sud*.⁴⁸

3.1. Stroža pravna kvalifikacija

Zabrana u odnosu na pravnu kvalifikaciju djela znači da sud ne smije primijeniti strože norme o krivičnom djelu, krivici i krivičnoj sankciji.⁴⁹ Nepovoljnija pravna kvalifikacija djela se svodi na pitanje da li je u konkretnom primijenjen stroži krivični zakon.⁵⁰ Pri tome se uzimaju u obzir svi krivičnopravni propisi o krivičnom djelu, krivičnoj odgovornosti i krivičnoj sankciji, pri čemu se norme upoređuju po sadržini, uslovima inkriminacije, uslovima kažnjivosti, vrsti i mjeri kazne, kvalifikatornim i privilegujućim okolnostima, mogućnostima blažeg ili strožeg kažnjavanja ili oslobođenja od kazne.⁵¹

Dajući smjernice koji je zakon stroži, Ilić ističe da je takav onaj zakon koji određeno ponašanje inkriminiše kao krivično djelo, a ukoliko se posmatrane odredbe ne razlikuju u tome, stroži je onaj zakon koji predviđa odgovornost učinioa. Ako su zakonske odredbe po tom pitanju identične, stroži je zakon koji ne isključuje kažnjavanje učinioa, a u slučaju istovjetnosti na tom polju, stroži je zakon koji ne

42 G. P. Ilić. *op. cit.*, p. 164.

43 „Samim tim okolnost da je drugostepenom presudom prvostepena presuda izmenjena u pogledu preciziranja datuma (u prvostepenoj presudi se navodi da je krivično djelo nedavanje izdržavanje izvršeno od 1. septembra 2014. do 1. septembra 2016. godine, a u drugostepenoj od 10. septembra 2014. godine do 1. septembra 2016. godine – primj. K. P.) početka izvršenja krivičnog djela, po ocjeni Vrhovnog kasacionog suda ne može predstavljati bitnu povredu odredaba krivičnog postupka iz člana 438. stav 1. tačka 10) ZKP u vezi člana 453. ZKP...” Vrhovni kasacioni sud, Kzz. 406/2020, 9. septembar 2020. godine. Sve odluke Vrhovnog kasacionog suda Srbije navedene u tekstu, sem ukoliko nije posebno ukazano na drugi izvor, mogu se pronaći na internet stranici Suda <https://www.vk.sud.rs/>

44 M. Grubač, B. Vučković. *op. cit.*, p. 975.

45 Vrhovni kasacioni sud, Kzz. 291/2019, 27. mart 2019.

46 Vrhovni sud Republike Hrvatske, II Kž. 636/06–3, 24. avgust 2006.

47 Upor. Visoki prekršajni sud Republike Hrvatske, Jž. 1584/2018, 18. april 2019.

48 Upor. Vrhovni kasacioni sud, Kzz. 752/2019, 10. septembar 2019, Vrhovni sud Crne Gore, Kž-S II 9/2014, 22. januar 2015. Županijski sud u Varaždinu, 5 Kžzd – 40/17–4, 5. decembar 2017.

49 D. Radulović. *op. cit.*, p. 335.

50 G. P. Ilić. *op. cit.*, p. 164.

51 M. Grubač /2002/: *Krivično procesno pravo, Posebni dio*, drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, p. 134 i B. Petrić – II knjiga /1988/: *Komentar Zakona o krivičnom postupku*, treće izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, p. 231. Navedeno prema: G. P. Ilić. *ibid.*, p. 164.

dopušta obligatorno ili fakultativno oslobođenje od kazne. U slučaju da se primjenom ovih pravila ne može utvrditi koji je zakon stroži, pristupa se upoređivanju vrsta i visina kazni propisanih za određeno krivično djelo. Smatra se da je uvijek teže ono krivično djelo za koje je propisana teža vrsta kazne, a ako su kazne iste po vrsti, teže krivično djelo je ono za koje nije predviđen posebni maksimum, jer u tom slučaju važi opšti maksimum kazne. Ako ni za jedno djelo nije propisan poseban maksimum kazne, teže je ono djelo za koje je određen posebni maksimum, a ako ga oba imaju, teže je ono djelo za koje je određen poseban minimum. Ukoliko su kazne identične po vrsti i težini, teže je krivično djelo za koje se može izreći i sporedna kazna, a ako oba zakona propisuju i sporedne kazne, teže je krivično djelo za koje je određena teža sporedna kazna.⁵², ⁵³ U slučaju kada se ne može utvrditi koji je zakon blaži za učinioca, treba ostati pri osnovnom pravilu predviđenom u KZ-u i primijeniti zakon koji je važio u vrijeme izvršenja krivičnog djela.⁵⁴ Okrivljeni ne može biti osuđen po nepovoljnijem (strožem) zakonu ni onda kada bi mu se po takvom zakonu izrekla blaža krivična sankcija.⁵⁵

Sa izloženim razmatranjima, koja su, rekli bismo, opšteprihvaćena, ne bismo se mogli složiti u potpunosti. Iako su navedeni predlozi, sa stanovišta preciznih, jasnih i predvidljivih kriterijuma prihvatljivi, dotle imaju ozbiljan deficit na polju pravičnosti. Da objasnimo ono o čemu pričamo na jednoj imaginarnoj situaciji u kojoj na strani okrivljenog, u odsustvu otežavajućih, postoje olakšavajuće okolnosti, ali nema mjesta ublažavanju kazne. Procjena sudije je da se najblažom kaznom može postići svrha kažnjavanja. Pred sudijom je dilema da li da primijeni zakon koji za to djelo predviđa kaznu od šest mjeseci zatvora do deset godina, ili da primijeni zakon koji predviđa posebni minimum od tri mjeseca, ali ne predviđa posebni maksimum. Slijedeći prethodno izloženu konstrukciju, sudija bi morao primijeniti prvoponuđeni zakonski modalitet, jer se njime, za razliku od drugog modela, predviđa posebni maksimum. Primjena prvog zakona bi za okrivljenog značila osudu na kaznu zatvora od šest mjeseci, a u drugom slučaju na tri mjeseca. Mišljenja smo da ovakvo rješenje nije posve pravično. Iz tog razloga, skloniji smo stavu prema kome je nužno i procjenu „blažeg zakona” posmatrati *in concreto*. Ovo zalaganje ima i svoje negativne strane, u smislu moguće sudijske arbitrarnosti i nepredvidljivosti, ali je, po našem mišljenju, daleko pravičnije u odnosu na prvu varijantu. Čini nam se da ovo

52 G. P. Ilić. *ibid.*, p. 165.

53 U sudskoj praksi se nailazi na stav da nije povrijeđena zabrana preinačenja na gore kada drugostepeni sud, odlučujući po žalbi branioca optuženog, kaznu zatvora preinači u uslovnu osudu i izrekne novčanu kaznu kao sporednu (OSB, Kž. 911/01 od 26. juna 2001). Nav. prema: G. P. Ilić, M. Majić, S. Beljanski, A. Trešnjev /2015/: *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Beograd, pp. 1046–1047.

54 Z. Stojanović /2002/: *Komentar Krivičnog zakona Savezne Republike Jugoslavije*, peto izmenjeno izdanje, Beograd, p. 21. Navedeno prema: G. P. Ilić. *op. cit.*, p. 165.

55 M. Grubač, B. Vučković. *op. cit.*, p. 976. „Po nalaženju Vrhovnog kasacionog suda navođenje u izreci prvostepene presude količina oborenog jasena od najmanje 1,5 m³ nije prekoračena optužnica, kojom mu je stavljeno na teret 'u količini većoj od 1 m³, jer se radi o preciziranju i dozvoljenom usklađivanju optužnog akta sa činjeničnim stanjem koje je utvrđeno na glavnom pretresu i time okrivljenom nije stavljeno na teret i utvrđeno više kriminalne aktivnosti i volje (kriminalna količina), jer se u svakom slučaju radi o količini oborenog drveta preko 1 m³, kako je navedeno u izreci prvostepene presude” (Vrhovni kasacioni sud, Kzz. 123/2017, 1. mart 2017).

stanovište podupire i stav Evropskog suda za ljudska prava izložen u odluci *Maktouf i Damjanović*, o kojoj će tek biti riječi.

Unošenjem subjektivnih⁵⁶ i objektivnih elemenata bića krivičnog djela u činjeničnom opisu, sud bi povrijedio zabranu *reformatio in peius*.⁵⁷ Isto tako, dodavanjem druge blanketne norme uz postojeću, prekršena bi bila zabrana načela *reformatio in peius*.⁵⁸

3.2. Stroža krivična sankcija

Centralno pitanje koje se u teorijskim razmatranjima postavlja na početku ove tematske jedinice, jeste kako izvršiti poređenje novčane i zatvorske kazne. S tim u vezi, iznjedren je stav da prilikom preinačenja presude u pogledu kazne sa zatvorske na novčanu, treba voditi računa o tome da eventualna visina zatvorske kazne koja bi se dobila transformacijom novčane kazne (u slučaju neplaćanja) ne smije nadvisiti prvobitno izrečenu zatvorsku kaznu.⁵⁹ To mjerilo je takođe kritikovano, a koristi se, ako se uopšte koristi, u nedostatku boljeg.⁶⁰ Te se kazne, prema riječima *Grubača* i *Vasiljevića*, ne mogu upoređivati jer su različitog kvaliteta, i zbog toga nema ni teorijske ni praktične mogućnosti da se na pouzdan način utvrdi koja je kazna povoljnija.⁶¹ Isti autori predlažu da se u nedostatku pouzdanijeg mjerila, traženje pravilne srazmjere između ovih kazni ostavi razboru sudije, kome je inače prepušteno odmjeraivanje kazne.⁶²

Kada je riječ o sticaju krivičnih djela i teorija i praksa su saglasni sa tim da se zabrana *reformatio in peius*, odnosi kako na vrstu i visinu kako pojedinačno utvrđenih kazni⁶³, tako i na jedinstvenu kaznu.⁶⁴ Postavilo se pitanje da li je drugostepeni sud dužan da umanjí jedinstvenu kaznu, ukoliko umanjí pojedinačno utvrđenu kaznu ili ako pak za neko od djela učinjenih u sticaju oslobodi učinioca. Ukazano je da bi zadržavanjem neizmijenjene jedinstvene kazne, ocjena drugostepenog suda o ukupnoj težini utvrđenih djela bila teža od one koju je dao prvostepeni sud, zbog čega bi trebalo uzeti da je na taj način povrijeđena zabrana *reformatio in peius*.⁶⁵

Ukoliko bi riješio da okrivljenom umjesto bezuslovne kazne, izrekne uslovnu osudu, drugostepeni sud, vodeći računa o ovoj zabrani, ne bi smio u okviru utvrđenja visine kazne istu odrediti tako da bude veća od prvobitno (bezuslovno) izrečene, jer bi okrivljeni mogao da dođe u nepovoljniji položaj u slučaju opoziva uslovne osude.⁶⁶ Ako bi međutim, okrivljenom, umjesto uslovne, bila izrečena bezuslovna

56 Upor. Vrhovni kasacioni sud, Kzz. 142/2019, 20. februar 2019.

57 Vrhovni kasacioni sud, Kzz. 1083/2018, 3. oktobar 2018.

58 Županijski sud u Varaždinu, 5 Kž. 291/15–6, 27. oktobar 2015.

59 G. P. Ilić. *op. cit.*, p. 168.

60 M. Grubač, T. Vasiljević. *op. cit.*, pp. 828–829.

61 M. Grubač, T. Vasiljević. *ibid.*, p. 829.

62 M. Grubač, T. Vasiljević. *ibid.*, p. 829.

63 Vrhovni kasacioni sud, Kzz. 585/2015, 2. septembar 2015.

64 G. P. Ilić. *op. cit.*, p. 168.

65 T. Vasiljević, M. Grubač /2003/: *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, osmo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, pp. 724 i 725. Cit. prema. G. P. Ilić. *ibid.*, p. 169.

66 G. P. Ilić. *ibid.*, p. 169.

kazna ali blaža po vrsti ili mjeri, time bi, svakako došlo do povrede zabrane preinačenja na gore.⁶⁷ Podređujući opšti interes privatnom, negdje se uz tu argumentaciju, pokušala opravdati situacija ukoliko bi drugostepeni sud uz izrečenu kaznu izrekao mjeru bezbjednosti oduzimanja predmeta koja je obavezna.^{68,69} Ilić zastupa stav i prema kome bi predstavljalo povredu ove zabrane, i kada bi okrivljenom uz sudsku opomenu (kao zamjena za безусловnu ili uslovnu osudu), bila izrečena mjera bezbjednosti, jer je u tom slučaju okrivljeni nalazi u situaciji da su mu umjesto jedne, izrečene dvije krivične sankcije.⁷⁰

Radulović, s druge strane, tvrdi da je stroža ona krivična sankcija koja je u zakonu tretirana kao teža (dajući primjer zatvorske, kao teže, u odnosu na novčanu). Međutim, kaže da to i ne mora biti tako, jer strogost može da bude relativna kategorija i da zavisi od drugih okolnosti vezanih za optuženog. Smatra da je najbolja ocjena o tome koja je sankcija stroža prepustiti slobodnoj ocjeni suda.⁷¹ Na ovom stanovištu, čak i ranije, stoji Đurđić, decidno navodeći da se ovo pitanje može riješiti samo na taj način, što će sud na osnovu slobodnog sudijskog uvjerenja u konkretnom slučaju, imajući u vidu sve činjenice i okolnosti riješiti koja je kazna po vrsti i visini teža za okrivljenog.⁷²

Grubač i Vasiljević ističu da se pri ocjeni koja je od izrečenih kazni stroža ne može zadržati samo na apstraktnom uzajamnom odnosu između pojedinih vrsta kazni, tj. na rangu njihove težine određene u zakonu, već da se moraju uporediti

67 G. P. Ilić. *ibid.*, p. 169. Tako i hrvatska sudska praksa – Odluka Okružnog suda u Sisku, Kž. 201/82 od 18. novembra 1982. godine. Citirano prema: A. Garačić. *op. cit.*, p. 149.

68 G. P. Ilić. *ibid.*, p. 171. S druge strane, hrvatska pravna misao stoji na stanovištu da ukoliko je podnesena samo žalba javnog tužioca samo zbog odluke o kazni, optuženom se ne smije u ponovljenom postupku izreći mjera bezbjednosti (sigurnosna mjera) oduzimanja predmeta koja mu nije bila izrečena u prvoj ukinutoj presudi. Vid. A. Garačić, D. Novosel. *op. cit.*, p. 308. Vidjeti i Odluku Vrhovnog suda Republike Hrvatske, I Kž. 317/99 od 27. novembra 2003. Navedeno prema: A. Garačić. *op. cit.*, p. 158. Kod postojanja žalbi samo u korist optuženog, drugostepeni sud nije ovlašten da izrekne bilo koju mjeru bezbjednosti, koja nije bila izrečena prvostepenom presudom (Stav sa sjednice Krivičnog odjeljenja Vrhovnog suda Srbije u Beogradu od 3. jula 1974). Nav. prema: S. Vuković /2009/: *Komentar Zakonika o krivičnom postupku (sa sudskom praksom, registrom pojmova, obrascima i pravnom literaturom)*, Beograd, p. 325.

69 Upor. H. Csongor. *op. cit.*, p. 103.

70 U jednoj situaciji, tužilac je tražio da se preinači prvostepena odluka na način što će se okrivljenom umjesto kazne zatvora od jedne godine i dva mjeseca, izreći kazna od jedne godine i osam mjeseci, međutim, žalbeni sud je okrivljenog osudio na kaznu zatvora u trajanju od dvije godine i tri mjeseca. Vrhovni kasacioni sud je u svojoj odluci, Kzz. 1239/2019 od 28. novembra 2019. godine, zauzeo stav da prekoračenjem žalbenih okvira iz žalbe javnog tužioca, odnosno donošenjem odluke kojom se okrivljeni osuđuje na kaznu zatvora u trajanju od dvije godine i tri mjeseci, Apelacioni sud u Novom Sadu je svojom presudom povrijedio načelo zabrane preinačenja propisano odredbom člana 453 ZKP-a i time učinio bitnu povredu odredaba krivičnog postupka iz člana 438, stav 1, tačka 10 ovog zakonika, s obzirom na to da drugostepeni sud može donijeti odluku na štetu okrivljenog samo u okviru osnova, dijela i pravca pobijanja istaknutih u izjavljenoj žalbi. Cit. prema: N. Pantelić. *op. cit.*, pp. 389–390. Ukoliko se na izrečenu kaznu zatvora javni tužilac nije žalio, a sud u ponovljenom postupku donese novu presudu kojom je pored kazne zatvora izrekao i novčanu kaznu, povrijedio je načelo *reformatio in peius* (Presuda Višeg suda u Beogradu, Kž I 479/17 od 25. januara 2018). Cit. prema: N. Pantelić. *ibid.*, pp. 387–388.

71 D. Radulović. *op. cit.*, p. 335.

72 V. Đurđić. *op. cit.*, p. 381.

konkretno izrečene kazne u odnosu jedna prema drugoj.⁷³ Pooštavanje jednih elemenata kazne ublažavanjem drugih, i obrnuto, nije moguće, jer nedostaju mjerila da li je data kompenzacija dovoljna da prvobitnu kaznu ne učini težom.⁷⁴

Nema ove povrede ako je na glavnom pretresu, koji se održao nakon ukidanja presude po žalbi samo u korist optuženog, javni tužilac proširio optužbu i na drugo krivično djelo optuženog otkriveno na novom glavnom pretresu, jer se ne može reći da je nešto presuđeno teže i gore kad ranije nije bilo presuđeno nikako.⁷⁵

Kod izricanja kazni izražava se društvena osuda zbog izvršenog krivičnog djela, sa druge strane, kod primjene mjere upozorenja ne izražava se društvena osuda zbog izvršenog krivičnog djela, već se izražava samo prijekor kojim se omogućava ostvarenje svrhe krivičnopravnih sankcija, zbog čega su *mjere upozorenja blaža krivična sankcija od kazni*, bez obzira da li je riječ o odnosu između uslovne osude, koja se sastoji od izrečene kazne zatvora i novčane kazne.⁷⁶

3.3. Izmjena činjeničnog opisa krivičnog djela

Mogućnost utvrđivanja drukčijeg, po optuženog nepovoljnijeg činjeničnog stanja na novom glavnom pretresu, do kog je došlo nakon ukidanja pobijane presude na osnovu žalbe izjavljene u njegovu korist, predstavlja jedno od najspornijih pitanja u vezi sa domašajem zabrane preinačenja na gore.⁷⁷ Naime, za novi glavni pretres pred prvostepenim sudom trebalo bi usvojiti kao pravilo da se činjenično stanje može utvrđivati samo u mjeri koja ne protivrječi primjeni zabrane preinačenja na gore, odnosno koja ne bi nalagala strožu pravnu kvalifikaciju djela ili strožu krivičnu sankciju.⁷⁸ U skladu sa tim bi prvostepeni sud bio dužan da odbije izvođenje dokaza predloženih u cilju utvrđivanja činjenica koje idu nasuprot zabrani *reformatio in peius*.⁷⁹ Budući da se unaprijed ne može sa sigurnošću znati da li će izvedeni dokazi upućivati na zaključke koji bi protivrječili zabrani preinačenja na gore, sud bi trebalo, smatra Ilić, zastupajući *Grubišić* standard, da ne unosi takve činjenice u zapisnik, osim u slučaju ako se one ne mogu izdvojiti iz konteksta, ali će sud pri donošenju nove presude utvrđivati samo one činjenice koje su u skladu sa zabranom *reformatio in peius*, a za ostale će istaći da nije ni ulazio u njihovo utvrđivanje, jer ga je u tome sprječavala pomenuta zabrana.⁸⁰

73 M. Grubač, T. Vasiljević /2014/: *Komentar Zakonika o krivičnom postupku trinaesto izdanje – prema Zakoniku iz 2011*, Beograd, p. 828.

74 M. Grubač, T. Vasiljević. *ibid*, p. 828.

75 M. Grubač, T. Vasiljević. *ibid*, p. 830.

76 Županijski sud u Varaždinu, V Kž. 229/08–3, 6. novembar 2008.

77 G. P. Ilić. *op. cit.*, p. 183. Upor. Županijski sud u Varaždinu, 8 Kž. 256/13–4, 11. decembar 2013; Županijski sud u Splitu, Kž. 50/2018–6, 22. mart 2018; T. Bubalo. *op. cit.*, p. 319.

78 G. P. Ilić, *op. cit.*, p. 185. Upor. S. Knežević. *op. cit.*, pp. 277–279.

79 M. Grubiša /1980/: *Činjenično stanje u krivičnom postupku*, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, p. 216; T. Vasiljević, M. Grubač /2003/: *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, osmo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, p. 743. Cit. prema: G. P. Ilić. *op. cit.*, p. 185. Izmjene u činjeničnom opisu kojima nije pogoršan procesni položaj okrivljenog, nisu izmjene na njegovu štetu, pa nije povrijeđena zabrana *reformatio in peius* (Vrhovni sud Republike Hrvatske, III Kr. 94/05, 19. novembar 2005). Cit. prema A. Garačić. *op. cit.*, p. 157.

80 G. P. Ilić. *op. cit.*, p. 185.

Hrvatska sudska praksa uvodi standard „znatnih izmjena činjeničnog opisa”, u kom slučaju bi se radilo o povredi zabrane *reformatio in peius*.⁸¹ Naime, u Presudi, V Kž. 210/8–4, Županijski sud u Varaždinu, ističe da do povrede zabrane *reformatio in peius*, kada je riječ o izmjenama činjeničnog opisa krivičnog djela, dolazi kada se radi o znatnim izmjenama činjeničnog opisa krivičnog djela.

Đurđić decidno pledira za stav prema kome se ova zabrana odnosi i na utvrđeno činjenično stanje.⁸² U toj analizi ide i dalje, i tvrdi da nije dozvoljeno utvrđivati činjenično stanje na štetu okrivljenog.⁸³ Obrazlažući zašto izmjena činjeničnog stanja predstavlja povredu ove zabrane, Bubalović egzemplarno ističe, da ako niži sud utvrdi da je krivično djelo počinjeno kasnijeg datuma nego u ranijoj presudi, onemogućuje optuženog da pravodobno stavi prigovor zastare. U tom slučaju, i pored iste pravne kvalifikacije i kazne, optuženi bi, u načelu, imao opravdan pravni interes pobijati i takvu presudu i tražiti odluku o svim relevantnim činjeničnim pitanjima kao i u ranijoj presudi.⁸⁴

S druge strane, Grubiša ističe da se utvrđivanje, pa čak i unošenje u činjenični opis djela, nepovoljnijeg činjeničnog stanja, sve dotle dok se ne radi o strožoj pravnoj kvalifikaciji i strožoj krivičnoj sankciji, ne predstavlja povredu zabrane *reformatio in peius*.⁸⁵

Referišući u ovom domenu, Knežević se izričito zalaže za prihvatanje stava o maksimalnom obimu primjene zabrane *reformatio in peius*.⁸⁶ Dodaje da se ova zabrana mora odnositi i na mogućnosti utvrđivanja drukčijeg činjeničnog stanja u postupku po žalbi izjavljenoj samo u korist optuženog, jer činjenično stanje predstavlja osnov presude, pa se, sljedstveno tome, svaka promjena činjeničnog stanja odražava i na sudbinu donijete presude.⁸⁷ Ova zabrana, dodaje on, ima smisla jedino ako se odnosi i na činjenično stanje utvrđeno u prvostepenoj presudi.⁸⁸ To je i osnovni razlog zbog kog je predložio revidiranje zakonske odredbe, na način da se bez sumnje iz nje vidi da se odnosi na činjenično stanje.⁸⁹

Ustavni sud Bosne i Hercegovine je u Odluci AP 4373/12 od 8. decembra 2015. godine⁹⁰ izričito naveo da zabrana *reformatio in peius* štiti optuženog u pogledu nepovoljnijeg utvrđivanja činjeničnog stanja, primjene krivičnog zakona, izricanja strože krivičnopravne sankcije nego što je to bilo u pobijanoj presudi, izricanja mjere bezbjednosti i dr. Nadalje se, u istoj odluci, navodi da zabrana *reformatio in peius*, ne znači da se otpužnica zbog odsustva žalbe tužioca u odnosu na utvrđeno činje-

81 Vidjeti: Županijski sud u Varaždinu, V Kž. 210/8–4, 8. decembar 2008 i 8 Kž. 256/13–4, 11. decembar 2013.

82 V. Đurđić. *op. cit.*, p. 382.

83 V. Đurđić. *ibid.*, p. 382.

84 T. Bubalović. *op. cit.*, p. 319.

85 M. Grubiša /1980/. *op. cit.*, p. 98.

86 S. Knežević. *op. cit.*, p. 278.

87 S. Knežević. *ibid.*, p. 279.

88 S. Knežević. *ibid.*, p. 279.

89 S. Knežević. *ibid.*, p. 279.

90 Nav. prema: M. Simović /2016/: Praksa Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka*, godina 6, broj 6, p. 271.

nično stanje uopšte ne može izmijeniti u pogledu činjeničnog opisa djela, već da se ne može izmijeniti na način da se u činjeničnoj osnovi optužnice djelu za koje se optuženi tereti realno da teži vid u odnosu na opis sadržan u prvostepenoj presudi.⁹¹

4. ŽALBENI POSTUPAK I NOVI GLAVNI PRETRES

Neki autori smatraju da je u drugostepenom postupku zabrana preinačenja na gore potpuno suvišna.⁹² Razlog za to vide u činjenici da drugostepeni sud ispituje presudu samo povodom žalbe i u granicama žalbe i već po tome okrivljeni ne može imati nikakve štete od svoje žalbe.⁹³ Ne možemo se složiti sa iznijetim, a evo i sa kojih razloga.

Odlučivanje u sjednici vijeća je redovan način odlučivanja žalbenog suda o osnovanosti žalbe. Nema sumnje da će, u smislu odredbe člana 398 ZKP-a, žalbeni sud ispitivati presudu u dijelu koji se pobija žalbom, s tim što će po službenoj dužnosti ispitati da li: a) postoji bitna povreda odredaba krivičnog postupka i b) da li je na štetu optuženog povrijeđeno materijalno pravo. Kada je zakonodavac ovlastio i obavezao žalbeni sud da po službenoj dužnosti ispituje postojanje bitnih povreda odredaba krivičnog postupka, proizilazilo bi da postoji javni interes da presuda snabdjevena takvim nedostatkom ne stekne svojstvo pravosnažnosti, prije nego što se ti nedostaci uklone. Međutim, u literaturi se navodi da bi bilo nedopustivo i neracionalno da sud ukida presudu zbog neke povrede postupka (izuzimajući one zbog kojih presudu preinačuje), ako bi na ponovnom suđenju, zbog zabrane preinačenja na štetu okrivljenog, morala biti donijeta presuda u svemu jednaka prethodnoj.⁹⁴ U vezi sa tim se postavilo i pitanje da li bi, u slučaju kada po službenoj dužnosti uoči bitnu povredu odredaba postupka, trebalo intervenisati, iako bi to moglo da znači nepovoljniji položaj za okrivljenog, ili je, pak, i u toj situaciji žalbeni sud dužan da,

91 Kada je riječ o krivičnom djelu izazivanja saobraćajne nezgode kod koje se radnja izvršenja sastoji u kršenju propisa o sigurnosti prometa, izmjena činjeničnog opisa djela u smislu da se uz kršenje jednog propisa o sigurnosti saobraćaja dodatno inkriminiše i kršenje drugog propisa o sigurnosti saobraćaja, kojim je prouzrokovana saobraćajna nezgoda, predstavlja znatnu izmjenu činjeničnog opisa krivičnog djela te se takvom izmjenom povrjeđuje načelo zabrane *reformatio in peius* (Županijski suda u Varaždinu, Kž. 291/15, 27. oktobra 2015). Cit. prema: A. Garačić, D. Novosel. *op. cit.*, p. 314. S druge strane, sud nije našao da je došlo do povrede ove zabrane u situaciji kada je u novom postupku sud visinu protivpravno pribavljene imovinske koristi označio sa 520 kuna, dok je u ranijoj presudi koja je ukinuta samo povodom žalbe okrivljenog, imovinska korist bila označena u visini od 500 kuna. To je obrazloženo time da se radi o minimalnoj razlici u visini imovinske korist pribavljene činjenjem djela koja nije od značaja za kvalifikaciju djela i bitno ne mijenja količinu neprava i težinu djela, niti je time okrivljeni stavljen u teži položaj (Županijski sud u Rijeci, Kž– 459/14, 25. mart 2015). Cit. prema: A. Garačić, D. Novosel. *op. cit.*, p. 316. „Dakle u izreci prvobitne presude opisana je jedna od alternativno postavljenih radnji izvršenja krivičnog dela teške krađe, a koja se sastoji u savlađivanju većih prepreka. Stoga nižestepeni sudovi navođenjem u izreci pobijane presude da je ovo krivično delo učinjeno provaljivanjem, pri činjenici da okrivljeni nije oglašen krivim za veću kriminalnu aktivnosti i volju („kriminalnu količinu”), nisu prekršili zabranu preinačenja na štetu okrivljenog...” (Vrhovni kasacioni sud Srbije, Kzz. 513/2019, 11. septembar 2019).

92 M. Grubač, B. Vučković. *op. cit.*, p. 973.

93 M. Grubač, B. Vučković. *ibid.*, p. 973.

94 G. P. Ilić. *op. cit.*, p. 173.

vodeći se zabranom preinačenja na gore, to prenebregne. Po pravilu, žalbeni sud mora reagovati na uočene bitne povrede odredaba krivičnog postupka na taj način što će, u jednom slučaju, ukinuti presudu i uputiti predmet sudu prvog stepena radi otklanjanja utvrđene procesne povrede i donošenje zakonite presude, dok će u drugom slučaju sam otkloniti bitnu povredu ukidanjem prvostepene presude i odbacivanjem optužnice ili preinačenjem pobijane presude.⁹⁵

Međutim, šta raditi u situaciji ako je okrivljeni izjavio žalbu protiv oslobađajuće presude, a žalbeni sud nađe da nije bilo zahtjeva ovlašćenog tužioca, što bi bio razlog da se optužnica odbaci. Naime, kako sud prvo polazi od bitnih povreda odredaba krivičnog postupka, pri analiziranju zakonitosti sudske odluke, to bi značilo da bi žalba, iako izjavljena u njegovu korist, za rezultat imala aktivnost apelacionog suda u tom pravcu da odbaci optužnicu. To bi značilo da se protiv okrivljenog ponovo može pokrenuti postupak, što, složićemo se, nije u njegovom interesu.⁹⁶ Teorija se, u ovom dijelu, saglasila sa praksom, koja zastupa stanovište da u ovakvim situacijama sud ne bi bio ovlašćen da odbaci optužnicu, ili da odbije optužbu umjesto oslobađajuće presude, jer je oslobađajuća presuda povoljnija za okrivljenog.⁹⁷ Upravo zbog ovakvih situacija ovoj zabrani ima mjesta i u apelacionom postupku.

Prema stavu *Ilića*, na pretresu pred drugostepenim sudom važi zabrana *reformatio in peius*.⁹⁸ Ukoliko na novom glavnom pretresu, tužilac izmijeni optužnicu na štetu okrivljenog (budući da zabrana vezuje sud, a ne tužioca), sud je u takvoj situaciji dužan da izrekne presudu po prvobitnoj optužnici, a da u obrazloženju istakne da je tako postupio zbog djelovanja zabrane *reformatio in peius*.⁹⁹

Procesne odredbe su van mjerila strožeg i blažeg i na njih se zabrana ne odnosi.¹⁰⁰ Navedeni autori, iz tog razloga, smatraju pogrešnim rezonovanje prema kojem je povrijeđena zabrana preinačenja na gore ako se stvar po ukidanju presude ne vrati sudu istog ranga, već sudu višeg ranga, zbog promjene stvarne nadležnosti nastale u međuvremenu.¹⁰¹

Zabrana preinačenja na gore se odnosi na dispozitiv, a ne na obrazloženje presude.¹⁰² S tim u vezi, povrede nema ako je drugostepeni sud u obrazloženju, na štetu okrivljenog ukazao na činjenice i okolnosti koje proizilaze iz dokaznog ma-

95 G. P. Ilić. *ibid.*, pp. 174–175.

96 „Ako je žalba izjavljena samo u korist optuženika, kome je suđeno u odsutnosti a da za to nisu postojali zakonom propisani uvjeti, čime je ostvarena bitna povreda odredaba krivičnog postupka, oslobađajuća presuda ne smije se zbog toga ukinuti i predmet vratiti prvostepenom sudu na ponovno suđenje, jer ponovno suđenje za ono za što je takav optuženik oslobođen predstavlja njegovo dovođenje u nepovoljniji položaj, a to je suprotno pravilu sadržanom u odredbi člana 348 ZKP po kome pravni lijek izjavljen u korist optuženika, ne smije prouzrokovati za njega nepovoljniju sudsku odluku” (Vrhovni sud Hrvatske, I Kž. 2368/75 od 15. septembra 1976). Cit. prema A. Garačić. *op. cit.*, p. 164.

97 G. P. Ilić. *op. cit.*, pp. 177–178.

98 G. P. Ilić. *ibid.*, pp. 182–183.

99 T. Vasiljević, M. Grubač /2003/: *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, osmo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, p. 743. Citirano prema: G. P. Ilić. *op. cit.*, p. 186.

100 M. Grubač, B. Vučković. *op. cit.*, p. 974.

101 M. Grubač, B. Vučković. *ibid.*, p. 974.

102 M. Grubač, T. Vasiljević. *ibid.*, p. 831. Isto: Vrhovni kasacioni sud, Kzz. 373/2017, 11. maj 2017.

terijala i koje prvostepeni sud nije utvrđivao, ali pri tome nije izmijenio ni pravnu kvalifikaciju krivičnog djela ni odluku o kazni.¹⁰³

5. STANDARDI EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA I SUDA PRAVDE EVROPSKE UNIJE

Simović, s pozivom na odluke Evropskog suda za ljudska prava (dalje: ESLJP), *Monnell i Morris protiv Ujedinjenog Kraljevstva*¹⁰⁴ i *X protiv Njemačke*¹⁰⁵, ističe da Evropska konvencija o ljudskim pravima (dalje: EKLJP) ne sadrži predmetnu zabranu, odnosno da postoji mogućnost da osuda u postupku po žalbi bude „teža” za okrivljenog.¹⁰⁶

Naime, u predmetu *Monnell i Morris protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, okolnosti su bile sljedeće: G. Monel je, i pored toga što ga je savjetnik savjetovao da nema izgleda da se uloži žalba protiv osuđujuće presude, podnio dozvolu za izjavljivanje žalbe, kako protiv osude tako i protiv kazne. U aplikaciji je naveo da je pročitao Obrazac “AA” (*Advice on appeal*), koji je dat svakom zatvoreniku koji razmišlja da podnese žalbu Kancelariji. Nakon ispitivanja slučaja, sudija pojedinac je 2. decembra 1981. odbio da dozvoli izjavljivanje žalbe, ističući da ukupna kazna izrečena g. Moneliju nije bila pretjerana i pogrešna u principu. Devetog decembra 1981., g. Monel je obnovio sudu zahtjev za dozvolu žalbe, pri čemu je obrazac “SJ” na kome je prijava sastavljena sadržao sljedeće upozorenje: „Gubitak vremena. Obnavljanje sudu nakon odbijanja od strane sudije može dovesti do gubitka vremena ako sud zaključi da nije bilo opravdanja za obnavljanje. Ako je sudija već naredio izgubiti vrijeme, Sud bi mogao naložiti da izgubite više vremena”. Dvadesetog maja 1982. Apelacioni sud u punom sastavu je odbio aplikaciju u cjelosti, nalazeći da nema osnova za žalbu i ujedno je naložio da se g. Moneliju 28 dana koje je proveo u pritvoru čekajući saslušanje njegove prijave ne uračuna u zatvorsku kaznu. Kada je u pitanju drugi aplikant, situacija je ista, s tim što je u njegovom slučaju Apelacioni sud, u punom sastavu, 27. oktobra 1981. godine odbio molbu g. Morisa i odlučio da mu se, 56 dana koje je proveo u pritvoru, čekajući rezultat svoje aplikacije, ne uračuna u zatvorsku kaznu.

Analizirajući da li je došlo do povrede člana 6 EKLJP, Sud je u bitnom naveo da ovlaštenje Apelacionog suda da usmjerava gubitak vremena ima za cilj da u praksi služi kao odvracanje od očigledno neosnovanih zahtjeva za odobrenje žalbe, što je legitiman cilj, sa aspekta člana 6 EKLJP u njegovom segmentu „suđenje u razumnom roku”. Uostalom, to je bilo usklađeno sa politikom i praksom Apelacionog suda. Sud je, nadalje, konstatovao da su oba okrivljena bila svjesna da bi, u nedo-

103 M. Grubač, T. Vasiljević. *ibid.* p. 831, s pozivom na odluku Vrhovnog suda Makedonije, KŽ. 3/80 od 16. juna 1980.

104 ESLJP: *Monnell i Morris protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, br. 9562/81, 9818/82, 2. mart 1987.

105 ESLJP: *X. protiv Njemačke*, br. 3347/67 (ovu odluku nismo uspjeli pronaći kroz Hudokovu bazu podataka, ni po imenu ni po broju predstave).

106 M. N. Simović /2016/: Ustavno pravo na žalbu u krivičnim stvarima: međunarodni standardi i praksa u Bosni i Hercegovini –in: *Pravni lekovi u krivičnom postupku: regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni* (Bejatović S., Jovanović I., eds.), Beograd, p. 149.

statku argumentovanih osnova za žalbu, podnošenje, a zatim obnavljanje zahtjeva za odobrenje žalbe, moglo dovesti do naloga za gubitak vremena, pa su bez obzira na to, obojica obnovili svoje zahtjeve po istim osnovama kao u prvobitnim. Sud je utvrdio da nije došlo do povrede člana 6 EKLJP.

Predmet *Gelenidze protiv Gruzije*¹⁰⁷ je, za našu diskusiju, bitan utoliko što je Sud ponovio već dobro ustanovljene standarde za prekvalifikaciju optužbe i istovremeno zamjerio nacionalnim sudovima jer su zaboravili da odgovore na važne argumente podnositeljke o nezakonitosti tužiočeve optužbe. Ovaj argument je, po mišljenju Suda, zaslužio temeljno razmatranje s obzirom na član 540, stav 1 Krivičnog zakonika (zabrana *reformatio in peius*), koji je ograničavao žalbene vlasti da donesu bilo kakvu odluku koja je bila manje povoljna za osuđeno lice izvan žalbenih razloga. Ni Vrhovni sud, koji je mogao da sanira ove nedostatke, to nije učinio.

Posebno interesantan je slučaj *Ruslan Yakovenko protiv Ukrajine*¹⁰⁸. Naime, okolnosti ovog slučaja su sljedeće. Nacionalni sudovi su našli da je g. Yakovenko kriv za krivično djelo nanošenja teških tjelesnih povreda izvjesnom N. 12. maja 2006. godine. Iako je zapriječena kazna bila od pet do osam godina zatvora, sudovi su cijenili to što se aplikant izjasnio krivim i pokazao kajanje. Nakon toga je osuđen na kaznu zatvora u trajanju od četiri godine i sedam mjeseci. Sud je, pri tome, odlučio da aplikant ostane u pritvoru (kao preventivna mjera), dok presuda ne postane pravosnažna. Petnaestog januara 2010. godine, zatvorska kazna aplikantu je istekla, i on se obratio SIZO administraciji kako bi ga pustili na slobodu. Njegov zahtjev je odbijen. SIZO je tek 29. jula 2010. godine zaprimio sudsku naredbu da izvrši pravosnažnu presudu i aplikant je pušten. Nakon detaljne analize domaćeg zakonodavstva, Sud je konstatovao da iako je pritvor nakon izricanja presude okrivljenom bio u skladu sa domaćim zakonodavstvom, nije zadovoljio standarde člana 5, stav 1 EKLJP. Naime, konstatovano je da domaći sudovi nisu obrazložili zašto su donijeli preventivnu mjeru, posebno kod činjenice da je okrivljenom kazna puštena ispod posebnog minimuma zbog saradnje sa nacionalnim vlastima. U duhu ove presude, od posebnog značaja za temu kojom se bavimo je izdvojeno saglasno mišljenje *sudije Zupančiča*. Sudija je napravio paralelu sa institutom zabrane *reformatio in peius*. Dodao je da ova zabrana nije promovisana EKLJP, ili njenim Protokolima, niti vjeruje da je ova zabrana ustavnog karaktera. Dodao je da se prohibicija *reformatio in peius* doživljava kao tradicionalno pravo okrivljenog koji je osuđen nepravosnažnom presudom u kontinentalnom pravnom području. *Ratio legis* je u tome da osuđena lica ne smiju biti ozbiljno obeshrabrena od pokretanja žalbenog mehanizma protiv presude. Upravo se to, kako navodi *sudija Zupančič*, desilo u ovom slučaju. Da se okrivljeni žalio u konkretnom slučaju, pritvor bi bio produžen za period koji bi bio potreban žalbenom sudu da odluči o žalbi. *Dodao je da Konvencija još uvijek direktno ne prepoznaje institut zabrane reformatio in peius, kao pravo okrivljenog. Osim toga, ne postoji praksa ESLJP u ovoj materiji.* Ali, sama ideja da se okrivljeni ne obeshrabruju, se podudara sa strazburškim sistemom. Ukazujući, pri tome, na izdvojeno mišljenje *sudije Wojtyczek* u predmetu *Janowec i drugi protiv Rusije* (VV), 55508/07, 29520/09, ECHR 2013, koji je tom prilikom, između ostalog naveo, da je

107 ESLJP: *Gelenidze protiv Gruzije*, br. 72916/10, 7. novembar 2019.

108 ESLJP: *Ruslan Yakovenko protiv Ukrajine*, br. 5425/11, 4. jun 2015.

paradoksalno da je odluka Velikog Vijeća, koji je odlučivao o žalbi na odluku Vijeća, manje povoljna od odluke Vijeća protiv koje je žalba izjavljena, upravo, spominjući u tom kontekstu zabranu *reformatio in peius*.

Od posebnog značaja je i Presuda Velikog vijeća ESLJP u predmetu *Maktouf i Damjanović protiv Bosne i Hercegovine*.¹⁰⁹ Okolnosti ovog predmeta, u bitnom, su sljedeće: Postupak je pokrenut pritužbama aplikanta koje se tiču krivičnog postupka pred Sudom Bosne i Hercegovine, tokom kog su proglašeni odgovornim i kažnjeni prema odredbama Krivičnog zakona BiH iz 2003. godine, za zločine protiv civilnog stanovništva koje su počinili tokom rata 1992–95. godine. Oni su se žalili da je zbog odbijanja Suda BiH da primijeni Krivični zakon bivše Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije iz 1976. godine, koji je bio na snazi u vrijeme izvršenja zločina, povrijeđeno pravilo zabrane retroaktivnog kažnjavanja sadržano u članu 7 Konvencije. ESLJP je primijetio da je u oba zakona, definicija ratnih zločina ista. Prema Zakonu iz 1976. za ratne zločine je bila zapriječena kazna zatvora u trajanju od pet do petnaest godina, ili, u najtežim slučajevima, smrtna kazna, a umjesto smrtne kazne se mogla izreći i kazna zatvora od 20 godina. S druge strane, Zakonom iz 2003. godine, zapriječena kazna za ratne zločine je kazna zatvora u trajanju od 10 do 20 godina, ili u najtežim slučajevima, kazna dugotrajnog zatvora u trajanju od 20 do 45 godina. Nacionalni sudovi su prvog aplikanta osudili na zatvorsku kaznu od pet godina, najnižu moguću kaznu prema Zakonu iz 2003. godine. Suprotno tome, prema Zakonu iz 1976. godine, on je mogao biti osuđen na kaznu zatvora u trajanju od jedne godine. Što se tiče drugog aplikanta on je osuđen na jedanaest godina zatvora (što je malo iznad minimalne kazne), dok mu je prema Zakonu iz 1976. bilo moguće izreći kaznu zatvora u trajanju od samo pet godina. U okolnostima ovog slučaja, Sud je istakao da je potrebno ustanoviti koji je zakon bio blaži u pogledu minimalne kazne, a to je bez ikakve sumnje Zakon iz 1976. Nakon tog izlaganja, Sud je ustanovio da je povrijeđena odredba člana 7 Konvencije. U paralelnom mišljenju sudije *Pinto De Albuquerque*, kome se pridružio sudija *Vučinić*, istaknuto je da je ESLJP u više svojih odluka rezonovao da je blaži (*lex mitior*) onaj zakon koji je blaži za optuženog, uzimajući u obzir njegove karakteristike, prirodu krivičnog djela i okolnosti u kojima je krivično djelo izvršeno (*Scoppola protiv Italije* (br. 2), VV, br. 10249/03, 17. septembar 2009, p. 109; *G. protiv Francuske*, br. 15312/89, 27. septembar 1995, p. 26). U vezi sa tim, naglašeno je da ESLJP ne uzima u obzir maksimalni limit kazne *in abstracto*, niti uzima u obzir *in abstracto* donju granicu kazne. Takođe, ne uzima u obzir gornju ili donju granicu kazne na osnovu namjere domaćih sudova da izreknu krivičnu sankciju koja je bliža gornjoj ili donjoj granici. Umjesto toga, u svjetlu predmeta *Scoppola* br. 2, *lex mitior* se mora ustanoviti *in concreto*, tj. sudija mora provjeriti svaki od primjenjivih krivičnih zakona u odnosu na konkretne činjenice predmeta da bi identifikovao koja bi to bila pretpostavljena kazna u svjetlu novog, odnosno starog zakona.

Od izuzetne važnosti je i praksa Suda pravde Evropske unije (SPEU). Konkretno, ovdje ćemo ukratko predstaviti okolnosti slučaja C-455/06, *Heemskerk BV i Firma Schaap protiv Productschap Vee en Vlees*.¹¹⁰ U ovom predmetu se SPEU direktno bavio pitanjem zabrane *reformatio in peius*, doduše u administrativnom pravu. Su-

109 ESLJP: *Maktouf i Damjanović protiv Bosne i Hercegovine*, br. 2312/08 i 34179/08, 18. jul 2013.

110 Preuzeto sa sajta Suda pravde Evropske unije, www.curia.europa.eu

ština predmeta spora je bila da se SPEU izjasni da li su nacionalni sudovi, vodeći se direktivama/uredbama (konkretno, radilo se o Uredbama 1254/1999 i 800/1999) EU, dužni da se istima povinuju u mjeri u kojoj bi to dezavuisalo nacionalni princip zabrane *reformatio in peius*. U vezi sa tim, Sud je zaključio da nacionalni sud nije dužan da na sopstvenu inicijativu razmatra žalbu u okviru Direktiva/Uredbi EU, i onda kada bi to aplikanta (u konkretnom se radilo o izvozniku stoke) dovelo u gori položaj, nego što bi bio slučaj da nije iznosio žalbu. Naime, optirajući za nenarušavanje ovog principa, SPEU je ukazao da bi takva obaveza nacionalnih vlasti bila suprotna principima poštovanja prava na odbranu, legitimnih očekivanja i pravne sigurnosti. Time je, SPEU ustanovio *pravo na žalbu bez straha*, kao fundamentalnu pravnu vrijednost u Evropi.¹¹¹

6. ZAKLJUČAK

Prethodno ispisani redovi su nas razuvjerali u početnu hipotezu da je prohibiciju *reformatio in peius*, dovoljno tumačiti koristeći se jezičkom interpretativnom metodom. Ovaj institut, dakako, ima veći domen nego što to izgleda. Pri tome, demonstrirajući stavove pravne misli, izvjesno je da ne postoji jednoduše kada je u pitanju tumačenje pojmova „stroži krivični zakon” i „stroža krivična sankcija”. U razumijevanju ovih pojmova sudska praksa ima dragocjenu vrijednost. No, pokazali smo, da i tu ima nemalih odstupanja.

Ovaj institut, koji začudo nije inicijalno bio namijenjen krivičnom pravosuđu, svoj procvat je upravo nametnuo u predmetima krivične prirode. Dabome, i danas, koliko god da je o tome pisano, imamo nerazumijevanja, posebno praktičara, o amplitudi djelovanja ovog instituta.

Posebno je bitno ukazati da je neophodno dopuniti definiciju ovog instituta u zakonskom tekstu, u mjeri da obuhvata i znatne izmjene činjeničnog stanja, kao i da se aktivira i onda kada se žalba tužioca ili oštećenog odbije kao neosnovana. No, posmatrano sa stanovišta standarda ESLJP i člana 6 EKLJP, postupak bi uvijek bio okarakterisan kao nepravičan ukoliko okrivljeni ne bi imao prilike da o tome raspravlja. Ipak, ovdje se ne misli na situacije kada se okrivljenom ne da mogućnost eventualnog izjašnjenja, već onda kada mu se da prilika da to uradi, ali ga je sud, i pored žalbe izjavljene u njegovu korist, ipak osudio za kriminalnu količinu koja je veća od prvobitno postavljene, iako time nije došlo do amplifikacije kazne ili primjene strožeg krivičnog zakona.

LITERATURA

- Bubalović T. /2006/: *Pravo na žalbu u kaznenom postupku*, Sarajevo.
- Csongor, H. /2010/: The Prohibition of Reformation in Peius in the Hungarian jurisprudence, *Lesij*, nr. XVII, vol. 1.
- Conradsen I. M. /2014/: Reversing the Principle of the Prohibition of *Reformatio in Pejus*: The Case of Changing Students Possibility to Complain about their Marks in Denmark, *Utrecht Law Review*, Vol. 10, n° 1.

¹¹¹ I. M. Conradsen. *op. cit.*, p. 20.

- Đurđić V. /1977/: *Zabrana reformatio in peius* u krivičnom postupku, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*.
- Garačić A., Novosel D. /2018/: *Zakon o kaznenom postupku u sudskoj praksi*, Knjiga druga, Rijeka.
- Garačić A. /2014/: *Zakon o kaznenom postupku: Pravni lijekovi*, Rijeka.
- Grubač M., Vasiljević T. /2014/: *Komentar Zakonika o krivičnom postupku trinaesto izdanje – prema Zakoniku iz 2011*, Beograd.
- Grubač M., Vučković B. /2010/: *Komentar Zakonika o krivičnom postupku Crne Gore*, treće izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Fakultet za mediteranske studije, Tivat.
- Grubiša M. /1987/: *Krivični postupak: Postupak o pravnim lijekovima*, Zagreb.
- Grubiša M. /1980/: *Činjenično stanje u krivičnom postupku*, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb.
- Herke C., Toth C. D. /2012/: Prohibition of Reformation in Peius and the Principle of Constitutionality, *Journal of Politics and Law*, Vol. 5, n° 2.
- Herke C. /2010/: The prohibition of reformation in peius in the Hungarian jurisprudence, *Lesij*, Nr. XVII, Vol. 1.
- Herke C., Toth C. D. /2011/: Overview of the Prohibition of Reformatio In Peius in the Hungarian Criminal procedure –in: *Lesij*, n° XVIII, Vol. 1.
- Herke C., Toth C. D. /2013/: The prohibition of reformatio in peius in the light of the principle of fair procedure, *International Journal of Business and Social Research (UBSR)*, Vol. 3, n° 3.
- Ilić G. P. /2004/: *Granice ispitivanja prvostepene krivične presude*, Beograd.
- Ilić G. P., Majić M., Beljanski S., Trešnjev A. /2015/: *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Beograd.
- Jovančević N. /2015/: *Novo krivično procesno pravo*, Beograd.
- Knežević S. /2002/: „Prednost odbrane” u postupku po pravnim lekovima, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, XLII.
- Pantelić N. /2020/: *Sudska praksa krivičnopravne materija*, Knjiga druga (2018–2020), Beograd.
- Petrić B. /2009/: *Pravni lekovi u krivičnom postupku*, drugo izdanje, Beograd.
- Radulović D. /2009/: *Krivično procesno pravo*, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Podgorica.
- Simović M. N. /2016/: Ustavno pravo na žalbu u krivičnim stvarima: međunarodni standardi i praksa u Bosni i Hercegovini –in: *Pravni lekovi u krivičnom postupku: regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni* (Bejatović S., Jovanović I., eds), Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd.
- Simović, M. /2016/: *Praksa Ustavnog suda Bosne i Hercegovine*, *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka*, godina 6, broj 6.
- Sistem pravnih lijekova u savremenom krivičnom procesnom pravu*, Knjiga II /2018/: (ur. Mišodrag N. Simović, Tadija Bubalo, Nezir Pivić), Istraživački projekat – IP PLuKPP, Zenica.
- Škulić M. /2009/: *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Podgorica.
- Stanišić S. /2012/: Načelo zabrane – reformatio in peius, *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka*, god. 2, n° 2.
- Vuković S. /2009/: *Komentar Zakonika o krivičnom postupku (sa sudskom praksom, registrom pojmova, obrascima i pravnom literaturom)*, Beograd.

Krsto Pejović*

REFORMATIO IN PEIUS IN CRIMINAL PROCEDURE

SUMMARY

In the paper, we tried to comprehensively define the field of application of the prohibition of *reformatio in peius*, and to present theoretical, divergent, interpretations of this provision, as well as to try to illustrate all this with the practice of both regular and constitutional courts. We have seen that the provision of Article 400 of the Montenegrin Code of Criminal Procedure is not enough to be interpreted only linguistically. This provision hides much more. First of all, the phrase “appeal filed only in favor of the defendant” should be interpreted in the same way when the prosecutor filed an appeal that was rejected. In addition, we have seen that this prohibition binds both the second-instance court when deciding on the appeal and the first-instance court in the retrial, if the decision is revoked. The practice of international courts, more specifically the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union, represented an unavoidable sequence in the presentation. We have seen that the ECtHR did not affirm this prohibition in its practice. Moreover, it could be said that if the national courts respect the ECHR standards inaugurated so far, a stricter legal qualification and (or) a stricter criminal sanction against the defendant in the new proceedings would be allowed. It only remains for us to see whether the ECtHR, over time, will change this practice, or whether we, under the undoubted authority of this court, will marginalize this provision.

Key words: prohibition of modification of the judgment to the prejudice of the defendant, *reformatio in peius*, criminal procedure, appeal procedure, substantive violation of the criminal proceedings.

* Judge at Basic Court of Kotor and doctoral candidate at University of Belgrade, Faculty of Law, krstop@yahoo.com.