



**Република Србија**  
**ВРХОВНИ КАСАЦИОНИ СУД**  
**Кзз 494/2015**  
**03.06.2015. године**  
**Београд**

**У ИМЕ НАРОДА**

Врховни касациони суд, у већу састављеном од судија: Невенке Важић, председника већа, Веска Крстајића, Биљане Синановић, Милунке Цветковић и Драгана Аћимовића, чланова већа, са саветником Врховног касационог суда Милом Ристић, као записничарем, у кривичном предмету окривљених А.А. и др, због кривичног дела неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога из члана 246. став 6. Кривичног законика, одлучујући о захтевима за заштиту законитости браниоца окривљеног А.А., адв. Ј.С. и окривљеног Ј.В., адв. В.П., поднетом против правноснажних пресуда Основног суда у Смедереву 1К 2605/10 од 19.06.2014. године и Вишег суда у Смедереву Кж1 92/14 од 21.01.2015. године, у седници већа одржаној дана 03.06.2015. године, једногласно, донео је

**ПРЕСУДУ**

**УСВАЈАЈУ СЕ** као основани захтеви за заштиту законитости браниоца окривљеног А.А., адв. Ј.С. и окривљеног Ј.В., адв. В.П. и **УКИДАЈУ** правноснажне пресуде Основног суда у Смедереву 1К 2605/10 од 19.06.2014. године и Вишег суда у Смедереву Кж1 92/14 од 21.01.2015. године, и предмет враћа првостепеном суду на поновно суђење.

**Образложење**

Пресудом Основног суда у Смедереву 1К 2605/10 од 19.06.2014. године, окривљени А.А., З.И., Ј.В. и Д.А. оглашени су кривим због кривичног дела неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога из члана 246. став 6. Кривичног законика за које су А.А. и Ј.В. осуђени на казне затвора у трајању од по десет месеци у које казне им се рачуна и време проведено у притвору од 25.03.2009. године до 01.04.2009. године а окривљенима З.И. и Д.А. изречене су условне осуде и утврђене казне затвора у трајању од по шест месеци и одређено да се исте неће извршити уколико окривљени у року од две године не учине ново кривично дело.

Обавезани су окривљени А.А., З.И., Ј.В. и Д.А. да плате суду на име паушала износ од по 5.000,00 динара у року од 15 дана по правноснажности пресуде, а о трошковима кривичног поступка биће одлучено посебним решењем по правноснажности пресуде.

Према окривљеном Ј.В. изречена је и мера безбедности одузимања предмета, па су одузети предмети ближе наведени у изреци првостепене пресуде.

Пресудом Вишег суда у Смедереву Кж1 92/14 од 21.01.2015. године, поводом жалбе браниоца окривљеног А.А., адв. Ј.С., жалбе браниоца окривљеног Ј.В., адв. В.П., а по службеној дужности преиначена је пресуда Основног суда у Смедереву 1К 2605/10 од 19.06.2014. године само у делу одлуке о кривичној санкцији, тако што је Виши суд у Смедереву окривљенима А.А. и Ј.В. изрекао условне осуде и утврдио сваком од окривљених казну затвора у трајању од по десет месеци и одредио да се исте неће извршити уколико окривљени у року од две године не учине ново кривично дело, с тим што у случају опозивања условне осуде окривљеном А.А. у изречену казну затвора урачунаће се и време које је провео у притвору почев од 25.03.2009. године од 16,30 часова када је лишен слободе до 01.04.2009. године, а окривљеном Ј.В. почев од 24.03.2009. године од 23,00 часова када је лишен слободе до 01.04.2009. године, док је усвојена жалба браниоца окривљеног Ј.В., адв. В.П. и преиначена првостепена пресуда и у делу одлуке о мери безбедности одузимања предмета, и то само у делу одузимања од окривљеног Ј.В. једне боце тежине око 100 килограма са ознакама ближе наведеним у изреци другостепене пресуде, тако што је наведена боца одузета од окривљеног З.И., док у преосталом делу одбијене су као неосноване жалбе браниоца окривљеног А.А., адв. Ј.С. и окривљеног Ј.В., адв. В.П., а пресуда Основног суда у Смедереву 1К 2605/10 од 19.06.2014. године у непреиначеном делу потврђена.

Против наведених правноснажних пресуда захтев за заштиту законитости поднели су:

- бранилац окривљеног А.А., адв. Ј.С., због повреде закона из члана 439. став 1. тачка 2) и члана 438. став 2. тачка 1) Законика о кривичном поступку са предлогом да Врховни касациони суд усвоји захтев, укине побијане пресуде и предмет врати првостепеном суду на поновно суђење, или пак преиначи обе пресуде или само пресуду Вишег суда у Смедереву Кж1 92/14 од 21.01.2015. године и окривљеног ослободи од оптужбе;

- бранилац окривљеног Ј.В., адв. В.П., због повреде закона из члана 438. став 1. тачка 8), 9) и 11), став 2. тачка 1) и члана 439. тачка 1) до 3) Законика о кривичном поступку, са предлогом да Врховни касациони суд усвоји захтев и преиначи побијане пресуде у односу на окривљеног Ј.В. и ослободи га од оптужбе или пак исте укине и предмет врати првостепеном суду на поновни поступак и одлуку.

Захтеви за заштиту законитости бранилаца окривљених А.А., адв. Ј.С., и Ј.В., адв. В.П., у смислу члана 488. став 1. Законика о кривичном поступку достављени су Републичком јавном тужиоцу, након чега је Врховни касациони суд одлучио да у смислу члана 488. став 2. Законика о кривичном поступку о седници не обавести јавног тужиоца и браниоце окривљених, јер веће није нашло да би њихово присуство било од значаја за доношење одлуке.

На седници већа одржаној у смислу члана 490. ЗКП, Врховни касациони суд је размотрио списе предмета са пресудама против којих су захтеви за заштиту законитости поднети, па је по оцени навода у захтевима нашао:

Захтеви за заштиту законитости су основани.

Оспоравајући законитост правноснажних пресуда због битне повреде одредаба кривичног поступка из члана 438. став 2. тачка 1) ЗКП-а, браниоци оптужених А.А. и Ј.В. у захтеву наводе да се иста заснива на транскриптима пресретнутих телефонских разговора на ком доказу се за кривично дело за које је против окривљених вођен кривични поступак и донета правноснажна пресуда, не може заснивати а што је прихватио и другостепени суд, оспоравајући даље правни закључак другостепеног суда да се и поред тога не ради о битној повреди одредаба кривичног поступка из члана 438. став 2. тачка 1) ЗКП-а јер је очигледно да би с обзиром на друге доказе и без тих доказа била донета иста пресуда.

Изнети наводи захтева за заштиту законитости су основани.

Из списка предмета произилази да је првостепена пресуда којом су оптужени А.А. и други оглашени кривим за кривично дело неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога из члана 246. став 6. Кривичног законика, заснована на садржајима пресретнутих телефонских разговора између оптужених А.А., З.И. и Ј.В. са покојним Г.Р., а који разговори су снимљени на основу наредбе истражног судије Посебног одељења Окружног суда у Београду Кри. Пов. бр. 43/09 од 26.01.2009, 06.02.2009. и 20.02.2009. (страна 10 и 11 првостепене пресуде), листинзима долазних и одлазних позива бројева мобилних телефона који су користили оптужени А. и покојни Г.Р. (страна 11 првостепене пресуде), налазима и мишљењима вештака З.Ђ. и Д.К. (страна 9 и 10 првостепене пресуде) те потврдама о привремено одузетим предметима (страна 10 првостепене пресуде).

Испитујући постојање битне повреде одредаба кривичног поступка из члана 438. став 2. тачка 1) ЗКП-а другостепени суд налази да је између осталог првостепена пресуда заснована на наведеним транскриптима пресретнутих телефонских разговора, који доказ се за наведено кривично дело не може користити и због чега се на таквом доказу не може заснивати пресуда, а што се по налажењу другостепеног суда односи и на листинге долазно-одлазних позива, међутим сматра да имајући у виду и друге доказе (и то одбране оптужених, налазе и мишљења вештака, потврде о привременом одузимању предмета и исказ сведока Д.Ј.) очигледно је да би и без тих доказа била донета иста пресуда (страна 3 другостепене пресуде) због чега изводи правни закључак да наведена битна повреда одредаба кривичног поступка у првостепеном поступку није учињена.

Правни закључак другостепеног суда да се према одредби члана 161. и 162. ЗКП-а доказ прибављен тајним надзором комуникације не може користити за доказивање кривичног дела из члана 246. став 6. КЗ-а већ само за кривична дела из става 1. и 3. истог члана, због чега се и ради о доказу на коме се у конкретном случају пресуда није могла заснивати, заснован је на примени

актуелног Законика о кривичном поступку („Службени гласник СРС“, број 72 од 28. септембра 2011. године ...). Међутим, другостепени суд је према одредби члана 604. актуелног ЗКП-а био дужан законитост радњи предузетих пре почетка примене актуелног ЗКП-а оцењивати по одредбама ЗКП-а који је важио у време предузимања тих радњи.

Како је наведени доказ прибављен наредбама истражног судије донетим у периоду од 26.01. до 20.02.2009. године, дакле за време важења Законика о кривичном поступку („Службени лист СРЈ“, бр. 70/2001, 68/2002 и „Службени гласник РС“, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 49/2007 и 20/2009) по коме је а према одредби члана 232. став 1. тачка 3. за кривична дела неовлашћене производње и стављања у промет опојних дрога, прибављање доказа надзором и снимањем телефонских и других разговора или комуникација другим техничким средствима, било дозвољено само уколико се ради о делу са елементима организованог криминала, што у конкретној ситуацији није случај, то је наведени доказ и по закону који је важио у време његовог прибављања, незаконит.

По оцени Врховног касационог суда неправилан је правни закључак другостепеног суда да наведена процесна повреда није учињена у првостепеном поступку јер је очигледно да би на основу осталих доказа и без доказа за које је нашао да су незаконити, била донета иста пресуда. Ово с`тога што при оцени да ли се првостепена пресуда заснива на недозвољеном доказу тј. да ли би и без таквог доказа обзиром на друге доказе очигледно била донета иста пресуда, другостепени суд без одржавања претреса није овлашћен ценити доказе изведене у првостепеном поступку, већ само разлоге за утврђено чињенично стање. Другостепени суд у конкретном случају чини супротно и сопственом оценом изведених доказа, другачијом од оне коју је дао првостепени суд изводи закључак о релативизацији несумњиво незаконитог доказа. На тај начин свој закључак о очигледној довољности осталих доказа за доношење исте пресуде и поред коришћења недозвољеног доказа темељи на доказима на којима првостепена пресуда уопште није заснована иако је при процени постојања наведене процесне повреде везан искључиво доказима на којима је првостепена пресуда заснована.

Наиме, овакав закључак другостепени суд изводи између осталог и из доказа на којима првостепена пресуда није заснована и то одбрана свих окривљених и исказа сведока Д.Ј., које доказе првостепени суд није прихватио као веродостојне и на њима није засновао пресуду (страна 8 и 9 првостепене пресуде).

Код чињенице да се првостепена пресуда заснива на недозвољеном доказу, по налажењу Врховног касационог суда не може се за сада из осталих доказа на којима се иста заснива (налаз и мишљење вештака о анализи материје која је предмет извршења кривичног дела и потврде о одузимању те материје) извести правни закључак о релативизацији коришћења незаконитог доказа а самим тиме и о непостојању битне повреде одредаба кривичног поступка из члана 438. став 2. тачка 1) КЗ-а. По налажењу Врховног касационог суда првостепена пресуда заснована је на доказу на коме се пресуда не може заснивати (транскрипти пресретнутих телефонских разговора између окривљених и покојног Г.Р.) а из других доказа на којима је иста заснована није очигледно да би и без тог доказа била донета иста пресуда.

Из наведених разлога, а на основу одредбе члана 492. став 1. тачка 1) ЗКП-а, Врховни касациони суд је правноснажне пресуде укинуо у целини јер се саизвршилачке радње осталих осуђених који нису изјавили захтеве за заштиту законитости не могу издвојити, без штете за правилно пресуђење.

Како су правноснажне пресуде укинуте због повреде закона и то битне повреде одредаба кривичног поступка из члана 438. став 2. тачка 1) ЗКП-а то остале повреде закона истакнуте у захтевима за заштиту законитости, као беспредметне нису испитиване.

**Записничар-саветник**  
**Мила Ристић,с.р.**

**Председник већа-судија**  
**Невенка Важић,с.р.**