



Република Србија
ВРХОВНИ КАСАЦИОНИ СУД
Кзз 1176/2021
16.11.2021. године
Београд

У ИМЕ НАРОДА

Врховни касациони суд, у већу састављеном од судија: Бате Цветковића, председника већа, Драгана Аћимовића, Мирољуба Томића, Дубравке Дамјановић и Радослава Петровића, чланова већа, са саветником Весном Веселиновић, као записничарем, у кривичном предмету окривљеног АА, због кривичног дела недозвољене полне радње из члана 182. став 2. у вези члана 180. став 1. Кривичног законика, одлучујући о захтеву за заштиту законитости браниоца окривљеног, адвоката Александра Ивковића, поднетом против правноснажних пресуда Другог основног суда у Београду К 539/2021 од 08.07.2021. године и Вишег суда у Београду Кж1 492/21 од 26.08.2021. године, у седници већа одржаној дана 16.11.2021. године, једногласно је донео

ПРЕСУДУ

УСВАЈА СЕ, као основан, захтев за заштиту законитости браниоца окривљеног АА, па **СЕ УКИДАЈУ** правноснажне пресуде Другог основног суда у Београду К 539/2021 од 08.07.2021. године и Вишег суда у Београду Кж1 492/21 од 26.08.2021. године и предмет враћа Другом основном суду у Београду, на поновно одлучивање.

Образложење

Пресудом Другог основног суда у Београду К 539/2021 од 08.07.2021. године окривљени АА оглашен је кривим због кривичног дела недозвољене полне радње из члана 182. став 2. у вези члана 180. став 1. КЗ-а и осуђен на казну затвора у трајању од 1 године и 2 месеца у коју се урачунава време проведено у притвору од 12.04.2021. године па надаље. На основу члана 89. КЗ-а према окривљеном је изречена мера безбедности забрана приближавања и комуникације са оштећеном ББ, тако што се окривљеном забрањује да се приближава оштећеној на раздаљини мањој од 300 метара, забрањује му се приступ у простор око места становања оштећене и забрањује му се свака комуникација са оштећеном у трајању од 3 године. Окривљени је обавезан да на име паушала плати износ од 5.000,00 динара у року од 15 дана од дана пријема писменог отправка пресуде, под претњом принудног извршења.

Пресудом Вишег суда у Београду Кж1 492/21 од 26.08.2021. године, одбијене су као неосноване жалбе браниоца окривљеног и Другог основног јавног тужиоца у Београду, а првостепена пресуда је потврђена.

Против напред наведених правноснажних пресуда захтев за заштиту законитости поднео је бранилац окривљеног АА, адвокат Александар Ивковић, због повреда закона из члана 438. став 2. тачка 1) и члана 439. тачка 2) ЗКП, са предлогом да Врховни касациони суд побијане пресуде укине и предмет врати првостепеном суду на поновно суђење или да исте преиначи тако што ће окривљеног ослободити од оптужбе за предметно кривично дело или тако што ће окривљеног осудити на казну затвора у трајању од 1 године, без напуштања просторија у којима станује, уз електронски надзор.

Врховни касациони суд је доставио примерак захтева за заштиту законитости браниоца окривљеног Републичком јавном тужиоцу сходно одредби члана 488. став 1. ЗКП, па је на седници већа, коју је одржао у смислу члана 490. ЗКП, без обавештења Републичког јавног тужиоца и браниоца окривљеног, сматрајући да њихово присуство није од значаја за доношење одлуке (члан 488. став 2. ЗКП), размотрио списе предмета и правноснажне пресуде против којих је захтев поднет, те је по оцени навода изнетих у захтеву нашао:

Захтев за заштиту законитости браниоца окривљеног АА је основан.

Бранилац окривљеног АА у захтеву за заштиту законитости истиче да је судија која је била председник судећег већа првостепеног суда у истом кривичном поступку два пута као члан ванпретресног већа доносила одлуке које се тичу притвора, односно као члан већа учествовала у доношењу решења од 07.05.2021. године и од 03.06.2021. године, којима је притвор према окривљеном продужаван.

Изнете наводе захтева за заштиту законитости браниоца окривљеног АА којима се у суштини указује на повреду закона из члана 438. став 1. тачка 4) ЗКП, Врховни касациони суд оцењује као основане из следећих разлога:

Из списка предмета произлази да је судија Драгана Бранковић у својству председника већа учествовала у доношењу побијане првостепене пресуде Другог основног суда у Београду К 539/2021 од 08.07.2021. године којом је окривљени АА оглашен кривим због кривичног дела недозвољене полне радње из члана 182. став 2. у вези члана 180. став 1. КЗ-а и осуђен на казну затвора у трајању од 1 године и 2 месеца.

Поред тога, из списка предмета произлази и то да је решење Другог основног суда у Београду К 539/21 – Кв 508/21 од 07.05.2021. године о продужењу притвора донето у већу састављеном од судија: Дејана Гарића, као председника већа и судија Драгане Бранковић и Луке Пантелића, као чланова већа, а решење Другог основног суда у Београду К 539/21 – Кв 628/21 од 03.06.2021. године о продужењу притвора је донето у већу састављеном од судија: Дејана Гарића, као председника већа и судија Драгане Бранковић и Предрага Андрића, као чланова већа.

Из образложења цитираних решења Другог основног суда у Београду произлази да по налажењу кривичног ванпретресног већа тог суда постоје разлози за продужење притвора према окривљеном АА прописани одредбом члана 211. став 1. тачка 3) ЗКП-а, због постојања оправдане сумње да је окривљени извршио кривично дело недозвољене полне радње из члана 182. став 2. у вези члана 180. став 1. КЗ-а, имајући у виду да из исказа оштећене ББ, датог пред надлежним јавним тужиоцем произлази да је окривљени и раније од оштећене тражио да му седне у крило и да ју је и тада „жвалавио“ по образу, да је окривљени кореограф у Културно-уметничком друштву „ВВ“ и да ради са децом, а да је оштећена дете старо 12 година, као и да из налаза и мишљења судских вештака – психијатара др Светислава Мишковића и психолога Дејана Степановића од 18.04.2021. године произлази, између осталог, да веома изражени и дуготрајни проблеми у сексуалном функционисању, о којима окривљени извештава, повећавају вероватноћу да је код њега, због немогућности да се полни нагон задовољи на адекватан, зрео и друштвено прихватљив начин, могло доћи до потребе да се то учини на неки неуобичајен начин, које околности, по оцени већа, представљају особите околности које указују да ће окривљени у кратком временском периоду поновити кривично дело, због чега се задржавање окривљеног у притвору показује као нужна мера за несметано вођење предметног кривичног поступка и да се иста сврха не би могла постићи изрицањем неке друге блаже мере прописане одредбом члана 188. ЗКП-а.

Одредбом члана 6. став 1. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода је гарантовано да свако, током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама, или о кривичној оптужби против њега, има право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона.

Одредбом члана 32. став 1. Устава Републике Србије, утврђено је свако има право да независан, непристрасан и законом већ установљен суд, правично и у разумном року, јавно расправи и одлучи о његовим правима и обавезама, основаности сумње која је била разлог за покретање поступка, као и о оптужбама против њега.

Одредбом члана 37. став 1. ЗКП прописано је да ће судија бити изузет од судијске дужности у одређеном предмету, уколико је у том предмету у одређеном односу са окривљеним (тачка 1), 2) и 3)) или када је имао одређене процесне улоге у истом предмету (тачка 4)... ако је у истом предмету поступао као судија за претходни поступак или одлучивао о потврђивању оптужнице или учествовао у доношењу мериторне одлуке о оптужби која се побија жалбом или ванредним правним леком или је учествовао у поступку као тужилац, бранилац, законски заступник или пуномоћник оштећеног, односно тужиоца или је саслушан као сведок или као вештак – односно када нису испуњене формалне претпоставке непристрасности судије, док је ставом 2. истог члана, прописана могућност изузећа, уколико постоје околности које изазивају сумњу у његову непристрасност. Дакле, установа изузећа у кривичном поступку уведена је у циљу обезбеђења претпоставки непристрасности судије.

Одлучивање о притвору, као најстрожој мери обезбеђења присуства окривљеног за несметано вођење кривичног поступка, према одредбама члана 210. до 216. ЗКП подразумева оцену испуњености законом прописаних разлога за одређивање,

продужење или укидање те мере, у оквиру којих разлога спада и оцена постојања основа сумње да је окривљени извршио кривично дело.

Критеријуми за оцену непристрасности судије приликом одлучивања, обухватају субјективни тест непристрасности, који представља личну непристрасност судије, док се не докаже супротно и објективни тест непристрасности, код кога се утврђује постојање или утврђивање чињеница које могу изазвати дилему о непристрасности суда, сасвим одвојено од личног понашања било ког од чланова судског већа и обухвата и ситуације функционалне природе при обављању различитих службених функција.

У случају да је судија у кривичном поступку доносио одлуке и пре учешћа у доношењу пресуде у истом предмету, укључујући и одлуке везане за притвор, постоји оправдана бојазан да тај судија можда није непристрасан, а степен његове непристрасности се цени у складу са обимом и природом раније донетих одлука.

У конкретном случају у захтеву за заштиту законитости браниоца окривљеног АА, најважније питање је оно везано за упуштање кривичног ванпретресног већа првостепеног суда у оцену степена сумње у вези кривице окривљеног.

Чланом 2. тачка 18) ЗКП прописано је да је „основана сумња“ скуп чињеница које непосредно указују да је одређено лице учинилац кривичног дела, а тачком 19) истог члана, прописано је да је „оправдана сумња“ скуп чињеница које непосредно поткрепљују основу сумњу и оправдавају подизање оптужбе.

Према одредби члана 211. став 1. ЗКП притвор се може одредити против лица за које постоји основана сумња да је учинило кривично дело, а који степен сумње се не мења у законским одредбама везаним за притвор, након подизања оптужнице.

У образложењима наведених решења Другог основног суда у Београду у чијем доношењу је учествовала судија Драгана Бранковић као члан већа, образложено је постојање оправдане сумње да је окривљени АА извршио кривично дело недозвољене полне радње из члана 182. став 2. у вези члана 180. став 1. КЗ-а према оштећеној ББ, која је у свом исказу пред јавним тужиоцем навела да је окривљени и раније од ње тражио да му седне у крило и да ју је и тада „жвалавио“ по образу, да је окривљени кореограф у наведеном културно-уметничком друштву и да ради са децом, а да је оштећена дете старо 12 година, као и да изражени проблеми у сексуалном функционисању код окривљеног према налазу и мишљењу вештака психијатра и вештака психолога, указују на вероватноћу да би се код окривљеног могла јавити потреба да полни нагон задовољи на неуобичајен начин, што значи да је постојање оправдане сумње описано на релативно детаљан начин, а који облик сумње је већи од постојања основане сумње чије постојање је неопходно приликом одлучивања о притвору.

По налажењу Врховног касационог суда, судија Драгана Бранковић је образлажући постојање оправдане сумње у решењима о продужењу притвора, изразила висок степен јасноће у погледу кривице окривљеног АА, у већој мери него што је то неопходно за доношење одлуке о притвору.

Утврђење постојања оправдане сумње подразумева да је судија Драгана Бранковић оценила да постоји скуп чињеница које непосредно поткрепљују основану сумњу, а оправдана сумња представља квалитет сумње који оправдава подизање оптужбе, па се утврђивање постојања таквог квалитета сумње код одређеног судије може уподобити процесној улози судије приликом потврђивања оптужнице, која процесна улога представља основ за обавезно изузеће прописано одредбом члана 37. став 1. тачка 4) ЗКП.

Иако је судија по закону и у складу са својом функцијом, дужан да одржи поверење у своју независности и непристрасност, формирано предубеђење судије која је о притвору против окривљеног одлучивала два пута, а при томе се упустила у оцену оправдане сумње у односу на радње кривичног дела, јесте таквог квалитета и представља околност која нарушава претпоставку непристрасности судије, због чега је у конкретном случају непристрасност функционалне природе судије Драгана Бранковић, доведена у питање, па су испуњени разлози за обавезно изузеће ове судије.

Судија Драгана Бранковић, у конкретном случају, није изузета од судијске дужности у време одржавања главног претреса и доношења првостепене пресуде, па је по налажењу Врховног касационог суда, а имајући у виду члан 6. став 1. Конвенције о заштити људских права и основних слобода, ставове изражене у одлукама Европског суда за људска права (Feu против Аустрије, Sanite Marie против Француске, Nortier против Холандије, Haushildt против Данске, Davidsons и Savins против Латвије, Драгојевић против Хрватске, Jasinski против Пољске и Romenskiy против Русије), као и ставове изражене у одлукама Уставног суда Србије Уж 4461/10 од 30.01.2014. године и Уж 12021/17 од 04.01.2020. године и Врховног касационог суда Кзз Рз 2/2014 од 19.06.2014. године, Кзз Ок 33/2019 од 17.12.2019. године, Кзз 236/2021 од 11.03.2021. године и Кзз Ок 6/2021 од 22.04.2021. године, првостепеном пресудом учињена битна повреда одредаба кривичног поступка из члана 438. став 1. тачка 4) ЗКП-а, како се то основано указује захтевом за заштиту законитости браниоца окривљеног.

Наведену повреду закона није отклонио Виши суд у Београду доносећи побијану другостепену пресуду у поступку по жалби на првостепену одлуку, иако је на ову битну повреду одредаба кривичног поступка у својој жалби указивао бранилац окривљеног АА, а због које повреде је укидање побијаних правноснажних пресуда неопходно.

Из изнетих разлога, Врховни касациони суд је усвојио као основан захтев за заштиту законитости браниоца окривљеног АА и на основу члана 492. став 1. тачка 1) ЗКП-а укинуо првостепену и другостепену пресуду и предмет вратио првостепеном суду на поновно суђење, ради отклањања учињене повреде одредаба кривичног поступка.

Имајући у виду разлоге укидања побијаних правноснажних пресуда, Врховни касациони суд се у овој пресуди није изјашњавао о осталим повредама закона истакнутим у захтеву браниоца окривљеног.

**Записничар-саветник,
Весна Веселиновић, с.р.**

**Председник већа-судија,
Бата Цветковић, с.р.**

**За тачност отправка
Управитељ писарнице
Марина Антонић**