



Република Србија
ВРХОВНИ КАСАЦИОНИ СУД
Кзз 629/2022
06.07.2022. године
Београд

У ИМЕ НАРОДА

Врховни касациони суд, у већу састављеном од судија: Невенке Важић, председника већа, Дубравке Дамјановић, Милене Рашић, Мирољуба Томића и Светлане Томић Јокић, чланова већа, са саветником Врховног касационог суда Весном Зарић, као записничарем, у кривичном предмету окривљеног АА, због кривичног дела полно узнемиравање из члана 182а став 2. у вези става 1. Кривичног законика, одлучујући о захтеву за заштиту законитости браниоца окривљеног АА - адвоката Снежане Андрејевић, поднетом против правноснажне пресуде Вишег суда у Београду Кж1 139/22 од 29.03.2022. године, у седници већа одржаној дана 06.07.2022. године, једногласно, донео је

ПРЕСУДУ

ОДБИЈА СЕ као неоснован захтев за заштиту законитости браниоца окривљеног АА - адвоката Снежане Андрејевић, поднет против правноснажне пресуде Вишег суда у Београду Кж1 139/22 од 29.03.2022. године.

Образложење

Пресудом Основног суда у Младеновцу К 292/2021 од 12.01.2022. године окривљени АА оглашен је кривим због извршења кривичног дела полно узнемиравање из члана 182а став 2. у вези става 1. КЗ и осуђен на казну затвора у трајању од једне године у коју казну му је урачунато време проведено у притвору. Према окривљеном изречена је мера безбедности забране приближавања и комуникације са оштећеном и обавезан је на плаћање трошкова кривичног поступка.

Пресудом Вишег суда у Београду Кж1 139/22 од 29.03.2022. године усвајањем жалбе Основног јавног тужиоца у Младеновцу преиначена је пресуда Основног суда у Младеновцу К 292/2021 од 12.01.2022. године у делу одлуке о кривичној санкцији тако што је окривљени АА због извршења кривичног дела полно узнемиравање из члана 182а став 2. у вези става 1. КЗ осуђен на казну затвора у трајању од једне године и шест месеци, у коју казну му је урачунато време проведено у притвору, док је жалба браниоца окривљеног одбијена као неоснована, а првостепена пресуда у непреиначеном делу потврђена.

Против правноснажне пресуде Вишег суда у Београду Кж1 139/22 од 29.03.2022. године захтев за заштиту законитости је поднео бранилац окривљеног АА - адвокат Снежана Андрејевић због битне повреде одредаба кривичног поступка из члана 438.

став 1. тачка 4) ЗКП и повреде кривичног закона из члана 439. тачка 3) ЗКП, са предлогом да Врховни касациони суд усвоји поднети захтев, преиначи побијану пресуду или је укине и врати на поновно одлучивање.

Врховни касациони суд је, након испитивања поднетог захтева за заштиту законитости у смислу одредби члана 487. ЗКП, доставио примерак захтева за заштиту законитости Републичком јавном тужиоцу сходно одредби члана 488. став 1. ЗКП, те је у 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 поднет захтев за заштиту законитости, па је, након оцене навода изнетих у захтеву браниоца окривљеног, нашао:

Захтев за заштиту законитости браниоца окривљеног АА је неоснован.

Указујући на битну повреду одредаба кривичног поступка из члана 438. став 1. тачка 4) ЗКП, бранилац окривљеног у поднетом захтеву истиче да су у доношењу правноснажне пресуде, која се побија захтевом, учествовале судије Татјана Сретеновић, као председник већа и судије Ања Зрелац и Виолета Јовановић, као чланови већа, које су у истом својству учествовале у доношењу одлука којима је одлучивано о жалбама браниоца окривљеног на решење о продужењу притвора. Према ставу браниоца судија је одлучујући о притвору морао да оцени да постоји одређени степен сумње да је окривљени извршио кривично дело које му се ставља на терет, из чега даље произилази да је судија морао бити уверен да постоји висок степене јасноће по питању кривице, па је стога разлика између питања која судија мора да реши приликом одлучивања о притвору, везано за кривицу и питања о којима ће морати да одлучи приликом пресуђења постаје нејасна, па питање непристрасности буди сумњу. При томе формирано предубеђење тих судија који су о притвору окривљеног одлучивале више пута јесте таквог квалитета да представља околност која нарушава претпоставу непристрасности судије, због чега је у конкретном случају непристрасност функционалне природе поменутих судија доведена у питање.

Изнети наводи захтева за заштиту законитости браниоца окривљеног се, по оцени Врховног касационог суда, не могу прихватити као основани, из следећих разлога:

Одредбом члана 438. став 1. тачка 4) ЗКП прописано је да ова битна повреда одредаба кривичног поступка постоји ако је на главном претресу учествовао судија или судија поротник који се морао изузети. Одредбом члана 37. став 1. ЗКП прописани су разлози за обавезно изузеће судије, који не обухватају наведену процесну улогу судије као разлог за његово обавезно изузеће. Међутим, у појединим ситуацијама вишеструких процесних улога судије може се појавити сумња у непристрасност судије која је таквог квалитета да захтева његово изузеће од судијске дужности приликом доношења одлуке (пресуде) о кривици окривљеног за извршено кривично дело, што значи да постојање наведене битне повреде одредаба кривичног поступка у сваком конкретном случају представља фактичко питање.

Када је у питању учествовање судије у доношењу одлуке о притвору (у конкретном случају одлучивање о жалби браниоца окривљеног изјављеној на решење о продужењу притвора окривљеном), ради се о оцени тзв. функционалне непристрасности о чему постоји богата судска пракса Европског суда за људска права и Уставног суда Србије.

Супротно наводима захтева да је код судије, који је одлучивао у кривичном поступку о притвору против окривљеног, а затим у поновљеном кривичном поступку у коме је донета мериторна одлука, створено „предубеђење“ о кривици окривљеног и да је на тај начин нарушена претпоставка непристрасности тог судије, због чега је требало да буде изузет од судијске дужности приликом доношења мериторне одлуке у истом поступку, по налажењу овог суда не може се прихватити став да свако одлучивање судије о притвору према окривљеном нужно нарушава претпоставку непристрасности тог судије приликом мериторног одлучивања о кривици истог окривљеног. То произилази и из праксе Европског суда за људска права и Уставног суда Србије.

Наиме, према пракси Европског суда за људска права, не може се сматрати да сама чињеница што је судија у кривичном поступку доносио одлуке и пре суђења у поједином предмету, укључујући одлуке везане уз притвор, оправдава страх да није непристрасан; оно што је важно су опсег и природа тих одлука (*Fey protiv Austrije, stav 30; Sainte-Marie protiv Francuske, stav 32; Nortier protiv Holandije, stav 33*). Када одлуке о продужењу притвора захтевају „врло висок степен јасноће“ у погледу кривице окривљеног, Европски суд за људска права је нашао како може изгледати да је непристрасност поступајућих судија подложна сумњи те да се бојазан подносиоца захтева у том погледу може сматрати објективно оправданом (*Hauschildt protiv Danske, stav 49-52*).

Из наведеног, дакле произилази да у правилу учествовање судије у доношењу одлуке о притвору према окривљеном у истом предмету не представља разлог за његово изузеће приликом одлучивања о кривици у односу на истог окривљеног, већ постојање предубеђења као разлога за његово изузеће зависи од тога да ли је приликом одлучивања о притвору заузео јасан став о кривици окривљеног или није, дакле, ради се о фактичком питању у сваком конкретном случају.

У предмету **Драгојевић против Хрватске** (од 15.01.2015. године - Представка број 68955/11) Европски суд за људска права је нашао да није дошло до повреде члана 6. став 1. Конвенције у погледу мањка непристрасности судије у случају када је пре почетка главног претреса четири пута од стране ванпретресног већа продужен притвор окривљеном, при чему је члан тог већа у сва четири случаја био и судија који је касније као председник већа учествовао у доношењу првостепене пресуде према истом окривљеном, иако је и према Закону о казненом поступку Републике Хрватске један од услова за одлучивање о притвору, оцена постојања основане сумње о извршењу кривичног дела од стране окривљеног. Надаље, у овој одлуци Европски суд за људска права истиче да питања на која судија мора одговорити при доношењу одлука о притвору нису иста као она питања која су одлучујућа за његову правноснажну пресуду. Приликом одлучивања о притвору и доношења других предпретресних одлука те врсте, судија по кратком поступку оцењује доступне податке како би

утврдио постоји ли основ за сумњу против оптуженог за извршење кривичног дела; док приликом доношења одлуке на крају суђења мора проценити јесу ли докази који су изнесени и о којима се расправљало пред судом довољни да би оптуженог суд огласио кривим. Сумња и формално проглашење кривице не могу се третирали као да су истоветни (*Jasinski protiv Poljske, br. 30865/96, stav 55., 20. decembra 2005. godine*).

Дакле, по налажењу Европског суда за људска права оцена постојања законских услова за одређивање и продужење притвора која укључује и оцену постојања „основане сумње“ о извршењу кривичног дела од стране окривљеног, не може представљати формирање става судије о кривици тог истог окривљеног или казни коју му треба одредити, односно „предубеђење“ судије, како то у захтеву тврди бранилац окривљеног, а које доводи у сумњу његову непристрасност.

Примењујући наведено на конкретан случај, Врховни касациони суд налази да сама чињеница да су судија Татјана Сретеновић, као председник већа и судије Ања Зрелац и Виолета Јовановић, као чланови већа које је донело побијану правноснажну пресуду којом је окривљени АА оглашен кривим и осуђен, учествовале и то судија Татјана Сретеновић, једном као председник већа и једном као члан већа, судија Ања Зрелац два пута као члан већа и судија Виолета Јовановић једном као члан већа у доношењу одлуке којом је одбијена жалба браниоца окривљеног на решење о продужењу притвора према истом окривљеном (у ком одлучивању се уопште нису бавиле питањем кривице окривљеног), не доводи у питање претпоставку непристрасности ових судија код одлучивања о кривици овог окривљеног, конкретно код доношења побијане правноснажне пресуде, због чега побијаном правноснажном пресудом није учињена битна повреда одредаба кривичног поступка из члана 438. став 1. тачка 4) ЗКП, како се то неосновано тврди у захтеву за заштиту законитости.

Поред наведеног бранилац окривљеног у поднетом захтеву истиче и повреду кривичног закона из члана 439. тачка 3) ЗКП у вези члана 54. став 3. КЗ, наводећи да је суд приликом одлучивања о казни вредновао околност да је оштећена малолетна као отежавајућа околност иако је то квалификаторна околност која је обележје кривичног дела и која се сагласно одредби члана 54. став 3. КЗ не може узети у обзир као отежавајућа околност.

Изнети наводи захтева за заштиту законитости браниоца окривљеног АА се, по оцени Врховног касационог суда, не могу прихватити као основани.

Чланом 54. став 3. Кривичног законика прописано је да се околност која је обележје кривичног дела не може узети у обзир као отежавајућа, односно олакшавајућа околност, изузев ако прелази меру која је потребна за постојање кривичног дела или одређеног облика кривичног дела или ако постоје две или више оваквих околности, а само једна је довољна за постојање тежег, односно лакшег облика кривичног дела.

Код квалификованог облика кривичног дела полно узнемиравање из члана 182а став 2. у вези са ставом 1. КЗ, за које је правноснажном пресудом окривљени АА оглашен кривим и осуђен, квалификаторна околност је да је оштећени малолетно лице. Из чињеничног описа кривичног дела утврђеног у изреци правноснажне пресуде

прозилази да је окривљени дана 26.09.2021. године ... полно узнемиравао малолетно лице – оштећену ББ (рођ. ...2010. године).

У конкретном случају је малолетна оштећена стара 11 година, па како малолетство обухвата узраст до 18 година, а оштећена спада чак у категорију деце (узраст до 14 година) то утврђена старост малолетне оштећене представља околност која прелази меру која је потреба за постојање кривичног дела полно узнемиравање из члана 182а став 2. у вези са ставом 1. КЗ за које је окривљени правноснажно оглашен кривим и осуђен због чега суд оценом ове околности као отежавајуће приликом одмеравања казне није учинио повреду кривичног закона из члана 439. тачка 3) ЗКП, на коју се указује захтевом за заштиту законитости браниоца окривљеног, услед чега је Врховни касациони суд и у овом делу захтев браниоца окривљеног одбио као неоснован.

У преосталом делу захтева бранилац окривљеног наводи да суд приликом одмеравања казне није правилно ценио отежавајуће и олакшавајуће околности и на тај начин се указује на повреду члана 441. став 1. ЗКП, па имајући у виду да наведена повреда није дозвољен разлог за подношење захтева за заштиту законитости од стране окривљеног, односно његовог браниоца, то Врховни касациони суд ове наводе захтева није ни разматрао.

Са изнетих разлога, налазећи да побијаним пресудама није учињена битна повреда одредаба кривичног поступка из члана 438. став 1. тачка 4) ЗКП и повреда кривичног закона из члана 439. тачка 3) ЗКП на коју се неосновано указује захтевом за заштиту законитости браниоца окривљеног АА - адвоката Снежане Андрејевић, Врховни касациони суд је на основу члана 491. став 1. ЗКП захтев браниоца окривљеног одбио као неоснован.

Записничар-саветник
Весна Зарић,с.р.

За тачност отправка
Управитељ писарнице
Марина Антонић

Председник већа-судија
Невенка Важић,с.р.