



Република Србија
ВРХОВНИ КАСАЦИОНИ СУД
Кзз 1169/2022
01.11.2022. године
Београд

У ИМЕ НАРОДА

Врховни касациони суд, у већу састављеном од судија: Бате Цветковића, председника већа, Мирољуба Томића, Татјане Вуковић, Невенке Важић и Светлане Томић Јокић, чланова већа, са саветником Маријом Рибарић, као записничарем, у кривичном предмету окривљеног Ивана Мирковића и др, због кривичног дела неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога из члана 246. став 1. Кривичног законика и др, одлучујући о захтеву за заштиту законитости браниоца окривљеног Ивана Мирковића, адвоката Ивана Чвркића, поднетом против правноснажних пресуда Вишег суда у Чачку К. бр. 6/22 од 10.05.2022. године и Апелационог суда у Крагујевцу Кж1-528/2022 од 13.09.2022. године, на седници већа одржаној 01.11.2022. године, једногласно донео је

ПРЕСУДУ

УСВАЈА СЕ, као основан, захтев за заштиту законитости браниоца окривљеног Ивана Мирковића, адвоката Ивана Чвркића, у односу на повреду кривичног закона из члана 439. тачка 2) Законика о кривичном поступку, па се **ПРЕИНАЧУЈУ** правноснажне пресуде Вишег суда у Чачку К. бр. 6/22 од 10.05.2022. године и Апелационог суда у Крагујевцу Кж1-528/2022 од 13.09.2022. године у односу на окривљеног Ивана Мирковића, у погледу правне квалификације кривичног дела, тако што Врховни касациони суд кривично-правне радње окривљеног Ивана Мирковића описане у изреци првостепене пресуде у ставу 1., под тачком а) и б) правно квалификује као кривично дело неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога из члана 246. став 1. Кривичног законика за које га применом одредаба члана 4, 42, 45. и 54. Кривичног законика **ОСУЂУЈЕ** на казну затвора у трајању од 3 године у коју се урачунава време проведено у притвору почев од 26.05.2021. године до 24.06.2021. године, док се у односу на битну повреду одредаба кривичног поступка из члана 438. став 2. тачка 1) Законика о кривичном поступку **ОДБИЈА** као неоснован.

Образложење

Ставом 1. изреке пресуде Вишег суда у Чачку К. бр. 6/22 од 10.05.2022. године, окривљени Иван Мирковић и АА оглашени су кривим и то окривљени Иван Мирковић да је под тачком а) извршио кривично дело неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога из члана 246. став 1. Кривичног законика, за које му је утврђена казна затвора у трајању од 3 године, а под тачком б) кривично дело неовлашћено држање опојних дрога из члана 246а став 1. Кривичног законика за које му је утврђена казна затвора у трајању од 3 месеца, па је осуђен на јединствену казну затвора у

трајању од 3 године и 1 месеца, у коју се урачунава време проведено у притвору почев од 26.05.2021. године до 24.06.2021. године. Ставом 2. изреке окривљени АА оглашен је кривим да је извршио кривично дело неовлашћено држање опојних дрога из члана 246а став 1. Кривичног законика и осуђен је на новчану казну у износу од 100.000,00 динара коју је дужан да плати у року од 2 месеца од дана правноснажности пресуде, а уколико изречену новчану казну у датом року не плати, иста ће бити замењена казном затвора, тако што ће се за сваких започетих 1.000,00 динара новчане казне одредити један дан казне затвора. Окривљеном Ивану Мирковићу изречена је и мера безбедности обавезно лечење наркомана која мера ће се извршити у заводу за извршење казне или у одговарајућој здравственој или другој специјализованој установи и трајаће док постоји потреба за лечењем, али не дуже од 3 године, а од окривљених одузети су предмети кривичног дела прецизно наведени у изреци првостепене пресуде. Истом пресудом окривљени су обавезани да на име паушала плате суду износе од по 3.000,00 динара, као и да на име трошкова кривичног поступка солидарно плате износ од 141.840,00 динара на име вештачења Биолошког факултета у Београду, окривљени Иван Мирковић и износ од 69.248,00 динара на име вештачења НКТ центра и вештака медицинске струке, а окривљени АА и износ од 10.524,00 динара на име вештачења НКТ центра, све у року од 15 дана од дана правноснажности пресуде под претњом принудног извршења.

Пресудом Апелационог суда у Крагујевцу Кж1-528/2022 од 13.09.2022. године одбијена је као неоснована жалба браниоца окривљеног Ивана Мирковића, адвоката Ивана Чвркића и пресуда Вишег суда у Чачку К. бр. 6/22 од 10.05.2022. године је потврђена.

Против наведених правноснажних пресуда захтев за заштиту законитости благовремено је поднео бранилац окривљеног Ивана Мирковића, адвокат Иван Чвркић, због битне повреде одредаба кривичног поступка из члана 438. став 2. тачка 1) Законика о кривичном поступку и повреде кривичног закона из члана 439. тачка 2) Законика о кривичном поступку, са предлогом да Врховни касациони суд поднети захтев за заштиту законитости усвоји, побијане пресуде укине и списе предмета врати првостепеном суду на поновни поступак.

Врховни касациони суд је доставио примерак захтева за заштиту законитости Републичком јавном тужиоцу, сходно одредби члана 488. став 1. Законика о кривичном поступку (ЗКП) па је на седници већа коју је одржао без обавештења Републичког јавног тужиоца и браниоца окривљеног, сматрајући да њихово присуство у смислу члана 488. став 2. ЗКП, није од значаја за доношење одлуке, размотрио списе предмета са правноснажним пресудама против којих је поднет захтев за заштиту законитости, те је након оцене навода у захтеву нашао:

Основано се по оцени Врховног касационог суда поднетим захтевом браниоца окривљеног, адвоката Ивана Чвркића, указује на повреду кривичног закона из члана 439. тачка 2) ЗКП и наводи да је доношењем побијаних правноснажних пресуда ова повреда закона учињена на штету окривљеног, јер је у погледу кривично-правних радњи које су предмет оптужбе погрешно примењен закон, када су исте правно квалификоване као кривично дело неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога из члана 246. став 1. Кривичног законика у реалном стицају са

кривичним делом неовлашћено држање опојних дрога из члана 246а став 1. Кривичног законика.

Наиме, одредбом члана 246. став 1. Кривичног законика (КЗ) прописано је да дело чини онај ко неовлашћено производи, прерађује, продаје или нуди на продају или ко ради продаје купује, држи или преноси или ко посредује у продаји или куповини или на други начин неовлашћено ставља у промет супстанце или препарате који су проглашени за опојне дроге.

Одредбом члана 246а став 1. Кривичног законика, прописано је да ово дело чини онај ко неовлашћено држи у мањој количини за сопствену употребу супстанце или препарате који су проглашени за опојне дроге.

Одредбом члана 60. став 1. Кривичног законика, прописано је да ако је учинилац једном радњом или са више радњи учинио више кривичних дела за која му се истовремено суди, суд ће претходно утврдити казне за свако од тих дела, па ће за сва та дела изрећи јединствену казну.

Имајући у виду да је јавни тужилац остао код првобитне оптужнице, а да је суд затим у правноснажној пресуди окривљеног огласио кривим за два кривична дела са различитим обележјима, долази се до закључка да би у овом случају изузетно требало применити правни институт инклузије као облика привидног стицаја.

Наиме, околности случаја су такве да је окривљени инкриминисане радње два кривична дела извршио готово истовремено на истом месту, да је један део опојне дроге истоврсна дрога-амфетамин у наведеним количинама, па су очигледно остварена два законска описа наведених кривичних дела. Међутим, посматрајући кривично-правни догађај у целини, може се закључити, да би у конкретном случају примена само једног законског прописа једино имала смисла, јер се друга инкриминисана радња указује као мање значајна, споредна, као нешто што се може занемарити у тој конкретној ситуацији.

Ова правна оцена не би требало да буде правило већ се два инкриминисана догађаја-воља и делатност окривљеног („криминална количина“) морају посматрати и упоређивати само у конкретном случају.

Из наведених разлога, Врховни касациони суд налази да се основано захтевом за заштиту законитости браниоца окривљеног указује да је учињена повреда кривичног закона из члана 439. тачка 2) ЗКП.

Врховни касациони суд је, применом одредаба члана 4, 42, 45. и 54. КЗ окривљеног осудио на казну затвора у трајању од 3 године, при чему је узео у обзир тежину извршеног кривичног дела и све околности из члана 54. КЗ, које су правилно утврђене у редовном поступку, а која казна је по оцени овог суда сразмерна степену кривице окривљеног Ивана Мирковића и истом ће се у свему постићи сврха кажњавања предвиђена чланом 42. КЗ у оквиру опште сврхе изрицања кривичних санкција из члана 4. КЗ, како са становишта индивидуалне, тако и генералне превенције.

Поднетим захтевом за заштиту законитости бранилац је такође навео да је побијаним пресудама учињена битна повреда одредаба кривичног поступка из члана 438. став 2. тачка 1) ЗКП, која се огледа у томе што су побијане пресуде засноване на исказу окривљеног АА датом на записнику КУ бр. 494/21 пред овлашћеним службеним лицима ПУ Чачак, дана 26.05.2021. године, где је тада окривљени у присуству браниоца по службеној дужности навео да му је пакет са опојном дрогом Амфетамин продао окривљени Иван Мирковић, при чему је радња саслушања предузета на незаконит начин, јер се окривљени АА није сходно члану 85. став 3. ЗКП изричито изјаснио да ли ће узети браниоца по свом избору, већ му је додељен бранилац по службеној дужности адвокат Огњен Славковић.

Овакве наводе из захтева за заштиту законитости Врховни касациони суд оцењује неоснованим.

Врховни касациони суд налази да стоји чињеница да у записнику о саслушању окривљеног АА, сачињеном пред овлашћеним службеним лицима ПУ Чачак КУ 494/21 од 26.05.2021. године, није констатовано упозорење окривљеном и његова изјава да ли ће узети браниоца по свом избору у смислу члана 85. став 3. ЗКП, што подразумева његово изричито изјашњење у погледу права на ангажовање браниоца.

Међутим, по налажењу овога суда, то по аутоматизму не значи да упозорење органа поступка у конкретном случају и изјашњење окривљеног не испуњавају стандард прописан одредбом члана 85. став 3. ЗКП, уколико на записнику о саслушању окривљеног изричито није наведено да се ради о упозорењу и изјави окривљеног у смислу наведене законске одредбе.

Стога, у сваком конкретном случају, уколико упозорење дато окривљеном и његово изјашњење о присуству браниоца из члана 85. став 3. ЗКП, изричито није констатовано у записнику о саслушању окривљеног, с позивањем на наведену законску норму, суд процењује да ли упозорење органа поступка и изјашњење окривљеног испуњавају стандард прописан одредбом члана 85. став 3. ЗКП, а од које процене суда зависи да ли записник о саслушању окривљеног представља законит или незаконит доказ.

Према ставу Европског суда за људска права изнетом у пресуди у предмету Алмаши против Србије од 08.10.2019. године (број представке 21388/15) правичност кривичног поступка није угрожена уколико не постоје релевантни и довољни разлози за надјачање или ометање жеље окривљеног у погледу његовог избора правног заступања. Стога се, по налажењу тог суда, без обзира на чињеницу што у записнику о саслушању окривљеног нема изричите изјаве окривљеног о томе да ли је желео да ангажује заступника лично или је уместо тога био вољан да прихвати адвоката именованог од стране државе, сматра да је окривљени јасно прихватио постављеног браниоца о чему сведочи његова сарадња са тим адвокатом, спремност да да изјаву у његовом присуству и одсуству било каквих примедби, и да следствено изнетом окривљени није био ограничен у свом слободном избору браниоца.

У конкретном случају окривљени АА је пре давања исказа у предистражном поступку, од стране овлашћених службених лица полиције поучен о правима из члана 68. ЗКП, а између осталог и о праву да се брани уз стручну помоћ браниоца у складу са

одредбама ЗКП, што подразумева могућност да узме браниоца по свом избору, или, уколико га не изабере да се брани уз помоћ браниоца по службеној дужности, па се окривљени изричито изјаснио да је разумео које му се радње стављају на терет након чега му је омогућен поверљив разговор са браниоцем који му је додељен по службеној дужности, адвокатом Огњеном Славковићем, са чим се окривљени сагласио, а потом је и изнео своју одбрану и записник о саслушању потписао без примедби.

По оцени овог суда, иако окривљени није изричито упозорен у смислу члана 85. став 3. ЗКП, како се то и истиче у захтеву за заштиту законитости браниоца окривљеног, адвоката Ивана Чвркића, исти је, након што су му предочена права и постављен бранилац по службеној дужности, изјавио да пристаје да да исказ у присуству браниоца, са истим обавио поверљив разговор и након тога изнео одбрану и на записник нису имали примедбе, из чега произилази јасна одлука окривљеног да не жели да ангажује браниоца.

Наиме, Врховни касациони суд је заузео правно схватање према коме записник о саслушању осумњиченог (у разматраној ситуацији сачињен у смислу члана 289. став 4. ЗКП), уколико осумњичени није упозорен и није се изјаснио у смислу члана 85. став 3. ЗКП, представља у начелу незаконит доказ на коме се у смислу члана 85. став 5. ЗКП, пресуда не може заснивати и да стога, у сваком конкретном случају треба проценити да ли упозорење дато окривљеном и његово изјашњење о присуству браниоца на записнику, испуњава стандард упозорења који одговара условима из члана 85. став 3. ЗКП.

Како је у конкретном случају оцењено да упозорење окривљеном и његово изјашњење о браниоцу испуњавају стандард прописан чланом 85. став 3. ЗКП, то наведени записник о саслушању окривљеног представља законит доказ који је могао бити коришћен у кривичном поступку.

Из напред изнетих разлога, Врховни касациони суд је на основу члана 492. став 1. тачка 2) ЗКП и члана 491. став 1. ЗКП одлучио као у изреци пресуде.

**Записничар – саветник
Марија Рибарић, с.р.**

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

**За тачност отправка
Управитељ писарнице
Марина Антонић**