

Мр Вања Бајовић\*

## ОБЈЕКТИВНИ ИДЕНТИТЕТ ПРЕСУДЕ И ОПТУЖБЕ

*У раду се разматра проблем објективног идентитета пресуде и оптужбе, односно питање у којој је мери суд везан чињеничним описом дела наведеним у оптужном акту, а у којој мери и у погледу којих чињеница од истог може одступити. Може ли суд оптуженог кога оптужба терети, примера ради да је држао опојну дрогу с циљем продаје огласити кривим за држање опојне дроге за сопствену употребу или да је извршењем кривичног дела при прибављање имовинске користи у већем или мањем износу? У теорији је било свега пар настојања да се овај проблем реши постављањем општег принципа који би важио у свим случајевима, а пракса већ деценијама лута решавајући овај проблем на различите начине од случаја до случаја. Аутор сматра да би у решавању овог проблема најпре требало направити јасно разграничење између чињеничног и правног, имајући у виду да правна оцена дела дата од стране тужиоца не обавезује суд. И друго, аутор сматра да питање повреде идентитета не треба посматрати полазећи од тога да „утврђене чињенице нису на штету окривљеног“ како се то обично чини, већ пре свега из контекста права на одбрану и дужности да се оптуженом ово право омогући.*

Кључне речи: *Идентитет пресуде и оптужбе. Теорија другог дела. Теорија чињеничних скупова. Чињенично стање. Правна оцена.*

### 1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Питање објективног идентитета пресуде и оптужбе представља једно од најсложенијих и најспорнијих питања кривичног процесног права. У теорији је било свега пар настојања да се овај проблем реши постављањем конзистентних, општих правила<sup>1</sup>, док суд-

\* Аутор је асистент Правног факултета Универзитета у Београду, *bajovic@ius.bg.ac.rs*.

<sup>1</sup> М. Грубиша је још 1960. године покушао да реши овај проблем полазећи од разлике између другачијег и другог дела, која је и дан данас актуелна у пракси, док је у новијој литератури М. Мајић настојао да пронађе конзистентно решење

ска пракса која се са овим проблемом готово свакодневно среће већ деценијама примењује различите критеријуме стварајући на тај начин велику дозу правне несигурности.<sup>2</sup> Суштинско питање се своди на то у којој је мери суд приликом доношења пресуде везан оптужним актом овлашћеног тужиоца, а колико и у погледу чега суд, приликом доношења пресуде, може одступити од оптужног акта. Једине законске инструкције у том смислу су да се пресуда може односити само на лице које је оптужено (субјективни идентитет) и само на дело које је предмет оптужбе (објективни идентитет), док правна оцена дела дата од стране тужиоца не везује суд (чл. 351 ЗКП/2001 и чл. 420 ЗКП/2011).<sup>3</sup> У складу с тим је неспорно да између пресуде и оптужбе мора постојати чињенични, не и правни идентитет, али питање објективног чињеничног идентитета у смислу дозвољених одступања од чињеничног описа „дела“ наведеног у оптужном акту и дела за које је окривљени оглашен кривим не престаје да задаје тешкоће правној теорији и пракси.

## 2. РАЗЛИЧИТИ МОДЕЛИ ПОСТУПКА

Доследно спровођење акузаторског принципа налагало би апсолутну чињеничну подударност између пресуде и оптужбе, а најмање

---

у математичкој теорији чињеничних скупова. Вид.: Младен Грубиша, „Правила за практично решавање питања објективног идентитета пресуде и оптужбе“, *Наша за конитост*, бр. 11 12, Загреб 1960а, 601 618 и Миодраг Мајић, „Чињенични идентитет пресуде и оптужбе: преиспитивање граница дозвољеног одступања“, *Билтен Врховног касационог суда*, бр. 2/2011, 85 105.

<sup>2</sup> Илустративан пример у том смислу су различите одлуке судова по истом питању. Док се с једне стране истиче да „Првостепени суд није прекорачио оптужницу тиме што је нашао да је оптужени критичном приликом повредио другу одредбу ЗООБС а на путевима у односу на ону која му је од стране тужиоца стављена на терет“ (Пресуда Врховног суда Србије, Кж.1527/03 од 24.11.2004). У другој одлуци се наводи да је „Оптужба за кривично дело тешко дело против безбедности јавног саобраћаја прекорачена ако оптужени није оглашен кривим за непридржавање саобраћајних прописа који су наведени у опису дела у оптужници, већ за непридржавање других саобраћајних прописа“ (Решење Врховног суда Србије, Кж. 1 555/06 од 28.12.2006). Слично томе, у једној одлуци се наводи да „Оптужба није прекорачена тиме што је у изреци осуђујуће пресуде другачије него у оптужници наведено место и време извршења дела“ (Пресуда Врховног суда Србије, Кж. I 607/04/1 од 9.9.2004) док се у другој истиче да је „Оптужба прекорачена када је суд у пресуди навео друго време извршења кривичног дела у односу на оно наведено у оптужном предлогу“ (Решење Вишег привредног суда, Пкж. 768/99 од 17.2.2000).

<sup>3</sup> Законик о кривичном поступку ЗКП/2001, *Службени лист СРЈ*, бр. 70/01 и 68/02 и *Службени гласник РС*, бр. 58/04, 85/05, 115/05, 49/07, 72/29 и 76/10 и Законик о кривичном поступку ЗКП/2011, *Службени гласник РС*, бр. 72/11 и 101/11.

одступање би подразумевало доношење ослобађајуће пресуде. Иако се акузаторски принцип историјски везује за адверзијални модел поступка, интересантно је да се питање везаности пресуде за оптужбу у чистом адверзијалном-поротном моделу уопште не поставља. Задатак пороте је само да каже да ли је по њеном мишљењу окривљени крив или не. Како порота не образлаже своју одлуку, она и не наводи „утврђено чињенично стање“ већ само одговара са *крив је* или *није крив* за оно за шта тужилац у оптужници тврди да је оптужени учинио. Самим тим је и немогуће проверити у којој се мери одлука поротника односи на дело наведено у оптужници, а у којој мери на субјективни став поротника да је окривљени из неког разлога заслужио да буде кажњен. У непоротном систему, суд који оптуженог огласи кривим рецимо за неовлашћену производњу и стављање у промет опојних дрога, дужан је да у пресуди образложи на основу којих чињеница је закључио да је окривљени извршио ово кривично дело, па у том смислу може навести да је код њега пронађено пола килограма марихуане, да се марихуана сматра опојном дрогом, да је окривљени продавао ову супстанцу или је имао намеру да је даље дистрибуира и сл. Поред тога, не сме се занемарити ни чињеница да пороту чине лаици, који не знају танане правне разлике и нијансе између неовлашћене производње, прераде, преношења или држања ради преношења, стављања у промет или омогућавања уживања опојних дрога. Упркос инструкцијама које добијају од судије пре одлучивања и у којима им се „укратко“ сумира шта тужилац треба да докаже, не може се ни знати ни проверити да ли је порота донела одлуку да је окривљени крив зато што је тужилац „ван сваке разумне сумње“ доказао да је окривљени неовлашћено стављао у промет опојну дрогу, или пак просто из разлога што им окривљени делује као лош човек и наркоман! Сходно томе, питање објективног идентитета пресуде и оптужбе је беспредметно у систему у коме се уопште не доноси писмена и образложена одлука о кривици. Слична је ситуација и у данас превазиђеном чистом инквизиторском моделу поступка у коме уопште и није било поделе процесних функција а самим тим ни оптужбе у савременом смислу те речи. Окривљени је био само „објект истраге“ који је осуђиван за оно за шта су истражитељи установили да је урадио и без могућности да буде благовремено упознат са оптужбом и припреми своју одбрану.

Питање везаности пресуде за оптужбу постаје актуелно тек у мешовитом кривичном поступку, са увођењем начела акузаторности у дотадашњи инквизиторски модел и посебно са увођењем обавезе суда да образложи своју пресуду. У изреци пресуде суд је дужан да наведе чињенице и околности које чине обележја кривичног дела, што отвара питање у којој је мери суд дужан да поштује чињенични

опис дела наведен у оптужном акту а у којој мери од истог може одступити. У вези са тим проблемом наводе се два могућа тумачења.<sup>4</sup>

Шире тумачење подразумева да је суд начелно везан за догађај који је предмет оптужбе, али да може и мимо оптужнице утврђивати одређене чињенице, јер његова дужност, у складу са начелом утврђивања материјалне истине, подразумева утврђивање онога шта се десило у стварности. Доследно спровођење овог тумачења би значило да суд доноси пресуду на основу чињеница које је утврдио на главном претресу, независно од тога да ли их је тужилац уопште навео у оптужном акту и независно од тога да ли су тако утврђене чињенице у корист или на штету окривљеног.<sup>5</sup> Уже тумачење подразумева доследније поштовање начела акузаторности у смислу везаности суда за чињенични опис дела наведен од стране тужиоца. Иако након доношења ЗКП-а из 1953. године ово тумачење доминира у процесној теорији,<sup>6</sup> различити аутори су га тумачили на различите начине а пракса ни дан-данас нема уједначене и јасне ставове у погледу његовог домашаја и могућих одступања. Начелно говорећи, једногласно је прихваћен став да је суд везан оптужним актом овлашћеног тужиоца, а да од истог може одступити под условом да одступања нису на штету окривљеног. Произилази да суд може мењати и мимо оптужнице утврђивати неке чињенице, али не постоји сагласност у погледу тога које су то чињенице и где поставити „границу“ судске интервенције.

<sup>4</sup> О овим тумачењима опширније: М. Грубиша, „Питање објективног идентитета пресуде и оптужбе“, *Наша законитост*, бр. 9 10, Загреб, 1960б, 452 469; Тихомир Васиљевић и Момчило Грубач, *Коментар Законика о кривичном поступку*<sup>10</sup>, Јустинијан, Београд, 2005, 572 576; Горан П. Илић, *Границе испитивања првостепене кривичне пресуде*, Службени гласник, Београд 2004, 262 263; Милан Шкулић, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Службени гласник, Београд 2011, 1001 1002; Горан П. Илић, Миодраг Мајић, Слободан Бељански, Александар Трешњев, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Службени гласник, Београд 2012, 814 818; М. Мајић, 86 91.

<sup>5</sup> Ово тумачење махом је заступљено у старијој процесној литератури која је проналазила инспирацију у аустријском и немачком тумачењу овог правила. Од аутора на подручју бивше Југославије заступали су га А. Мунда, Н. Смаић, Б. Петрић и Б. Марковић, што је имало упоришта у тадашњим законским решењима. О томе: М. Грубиша (1960б), 452 454. У новијој литератури М. Грубач истиче да је објективни идентитет између пресуде и оптужбе очуван ако је у оба случаја реч о истом делу, тј. о истоветном историјском догађају, али исти аутор такође онемогућава измене ако су оне на штету окривљеног. Момчило Грубач, *Кривично процесно право Увод и општи део*, Службени гласник, Београд 2004, 399.

<sup>6</sup> Овим закоником по први пут је предвиђено да се „Пресуда може односити само на особу која је оптужена и само на дело које је предмет оптужбе садржане у поднетој односно на главној расправи измењеној или проширеној оптужници“ (чл. 325), што је и дало основа за начелно прихватање овог ужег тумачења везаности пресуда за оптужбу. Вид. Тихомир Васиљевић, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Савремена администрација, Београд 1957, 303 307.

### 3. ТЕОРИЈА „ДРУГОГ ДЕЛА“ И ТЕОРИЈА „ЧИЊЕНИЧНИХ СКУПОВА“

У пракси су и данас актуелни критеријуми које је М. Грубиша поставио 1960. године а по којима су одступања могућа све док не доводе до „другог дела“ у односу на дело наведено оптужним актом.<sup>7</sup> Инсистирајући на разлици између „другачијег“ и „другог“ дела, Грубиша је сматрао да је другачије дело у суштини оно исто дело које је предмет оптужбе, али у нешто измењеном виду (тешка телесна повреда-лака телесна повреда, разбојништво-крађа, тешка крађа-крађа, тешко убиство-убиство и сл.), док је друго дело дело које је диспаратно оном из оптужнице (нпр. крађа-тешка телесна повреда).<sup>8</sup> Тако би примера ради, суд окривљеног кога оптужница терети за разбојништво могао осудити за крађу ако се утврди да није било примене силе (јер се ту ради о другачијем, а не о другом делу), али га не би могао осудити за тешку телесну повреду (јер се ту ради о другом делу). Неспоразуми и грешке код примене овог критеријума произилазе из његовог погрешног тумачења јер се акценат уместо на чињенични опис ставља на правну квалификацију дела, па судови доносе ослобађајуће пресуде када нађу да је дело погрешно квалификовано, упркос изричитој законској одредби да правна оцена дела дата од стране тужиоца не везује суд.<sup>9</sup> Начин на који је тужилац квалификовао дело у потпуности је ирелевантан код примене овог критеријума. Посебно имајући у виду да се у улози тужиоца може наћи и правни лаик (оштећени као тужилац или при-

<sup>7</sup> Примера ради, истиче са да је повређен идентитет пресуде и оптужбе јер је оптужени, коме је оптужницом стављено на терет кривично дело помоћ учиниоцу после извршеног кривичног дела из чл. 204, ст. 2 у вези са ст. 1 КЗ РС, у вези са чл. 22 ОКЗ а, оглашен кривим за *друго кривично дело* и то за дело неовлашћеног држања опојне дроге из чл. 245 ст. 3 ОКЗ а. (Решење Врховног суда Србије, Кж.1 1267/05 од 3.11.2005). Или, да је „прекорачен идентитет оптуже и пресуде када се окривљеном стави на терет кривично дело изазивања националне, расне и верске мржње и нетрпеливости, а суд га огласи кривим за изазивање опште опасности јер дело за које је окривљени оптужен има сасвим други заштитни објект, те спада у она кривична дела која су уперена против уставног уређења и безбедности Републике Србије“ (Решење Апелационог суда у Београду, Кж. 1. бр. 149/12 од 8.2.2012).

<sup>8</sup> М. Грубиша (1960а), 601 618.

<sup>9</sup> Примера ради, упркос томе што је утврдио чињенично стање наведено у оптужници, да је окривљени кренуо возилом у рикверц иако је имао у виду пре преку оштећеног, суд је донео ослобађајућу пресуду налазећи да се у радњама окривљеног не стичу обележја кривичног дела угрожавања сигурности јер је окривљени изазвао опасност за тачно одређено лице оштећеног, а не за одређени круг лица или индивидуално неодређено лице (из Решења Апелационог суда у Београду Кж. 1 1664/10 од 19.1.2010). Првостепени суд је овде упркос утврђивању чињеница наведених у оптужници донео ослобађајућу пресуду, налазећи на основу тих чињеница да се не ради о делу изазивања опште опасности како је тужилац на вео у оптужници, већ да се ради о другом делу.

ватни тужилац) који није дужан и не може знати танане правне разлике између појединих кривичних дела, а не може ни бити кажњен за „правно незнање“ доношењем ослобађајуће пресуде. Примера ради, ако би тужилац у оптужном акту навела да „окривљена није извршила своју дужност док је била председник суда јер као налогодавац није извршила исплату разлике у плати коју је захтевала оштећена као тужилац“, па такво чињенично стање квалификује као кршење закона од стране судије, суд ништа не би спречавало да на основу тако утврђеног чињеничног стања огласи окривљену кривом за злоупотребу службеног положаја, иако се ради о другом кривичном делу, са другим заштитним објектом у односу на правну квалификацију наведену у оптужном акту. Акценат је наиме на чињеничној, а не на правној подударности оптужбе и пресуде; у конкретном случају се чињенично стање утврђено на главном претресу у потпуности поклапа са чињеничним стањем наведеним у оптужби. У том смислу се у пракси правилно истиче да „правна оцена дела дата у оптужници не везује суд. Ако чињенице на којима се заснива оптужба на то указују – суд може утврдити да је у питању и теже кривично дело од онога из оптужног акта“ (Пресуда Врховног суда Србије, Кж. 2566/06 од 17.4.2007). Правилна примена Грубишиног критеријума би подразумевала да суд не сме мимо тужиоца интервенисати у чињенични опис дела, додавањем и модификовањем чињеница наведених у оптужном акту, што би у наведеном примеру подразумевало рецимо да суд не би смео утврђивати да је окривљена наведеном радњом себи прибавила противправну имовинску корист у износу од 500.000 динара, јер та чињеница у оптужници уопште није наведена. Како се извесна чињенична одступања увек толеришу, критеријум „другог и другачијег“ дела је уведен управо како би се поставила граница дозвољеног одступања. У том смислу се истиче да „суд при коришћењу резултата главне расправе може мењати и допуњавати чињенични опис дела само док оно, тако модифицирано, остане у границама исте правне квалификације којој одговара чињенични опис из оптужнице“<sup>10</sup>, док са друге стране чињеничне модификације које би довеле до другог дела не би биле дозвољене.

У новијој теорији било је настојања да се ово питање реши математичком теоријом чињеничних скупова, по којој би се оптужни акт посматрао као скуп тачно одређених чињеница а пресуда би могла да се односи само и искључиво на чињенице које су део тог скупа, без могућности њихове било какве модификације од стране суда у складу са резултатима главног претреса.<sup>11</sup> У односу на термину „другог дела“ ово виђење представља још стриктније тумачење строгог

<sup>10</sup> М. Грубиша (1960а), 604.

<sup>11</sup> М. Мајић, 85 105.

идентитета и доследније поштовање акузаторског принципа, али је дискутабилно питање њене примењивости у непоротним системима, без увођења тзв. алтернативних оптужница.

#### 4. ЧИЊЕНИЧНЕ РЕДУКЦИЈЕ И ДОПУНЕ

Сагласност постоји у погледу тога да суд може окривљеног огласити кривим за блажи чињенични опис у поређењу са оним наведеним у оптужници, под условом да је утврђено чињенично стање наведено у пресуди обухваћено чињеничним описом из оптужнице, да представља његов део.<sup>12</sup> Тако би суд примера ради окривљеног могао огласити кривим за прибављање имовинске користи у мањем износу од оног наведеног у оптужници, за блажу последицу од оне која је наведена, или пак лакше кривично дело ако неки његов конститутивни елемент или квалификаторна околност остану недоказани. Реч је о чињеничним „редукцијама“ оптужнице, тачније о недоказивању неког њеног елемента, које иду у корист одбрани. Оваква преиначења у складу су како са начелом акузаторности (дело за које је окривљени оглашен кривим је обухваћено оптужним актом), тако и са начелом истине (суд га је огласио кривим за оно шта је утврдио на главном претресу), а такође не противурече ни интересима странака – тужиоцев захтев је делимично усвојен док је окривљени с друге стране осуђен за мање од онога шта је тужилац тражио, а да његова одбрана није доведена у питање јер суд није утврђивао ништа више од онога шта му је оптужним актом стављено на терет.

Исто тако, начелна сагласност постоји у погледу тога да нису дозвољена преиначења у супротном правцу, тачније „проширивања“ чињеничног стања наведеног у оптужници на основу резултата главног претреса, а без интервенције тужиоца у смислу проширивања оптужнице, ако би она доводила до теже квалификације дела. Тако примера ради, ако тужилац терети окривљеног за обичну крађу суд не може мимо оптужнице утврђивати да је крађа извршена обијањем или проваљивањем (што би делу давало квалификацију тешке крађе), или пак да је крађа извршена уз примену силе (радило би се

---

<sup>12</sup> У пракси се примера ради истиче да оптужба није прекорачена тиме што су у опису дела у изреци пресуде извршене извесне измене у односу на оптужбу и дело квалификовано по блажем кривичном закону као изнуда, уместо као разбојничка крађа како је дело квалификовано у оптужници (Пресуда Врховног суда Србије, Кж. I 1244/04 од 11.11.2004) или „Оптужба за кривично дело разбојништва није прекорачена тиме што је суд делимично изменио опис дела дат у оптужници и оптужен огласио кривим за кривично дело изнуде, као лакше кривично дело“ (Пресуда Врховног суда Србије, Кж. I 621/05 од 6.9.2005).

о разбојничкој крађи или о разбојништву).<sup>13</sup> И ту се свака сагласност завршава.

Мишљења се разилазе у погледу могућности чињеничних „допуна“ оптужнице у пресуди у складу са резултатима главне расправе, која не мењају правну квалификацију дела. Може ли, примера ради, суд оптуженог, кога тужилац терети за проневеру 100.000 динара, огласити кривим за проневеру 150.000 динара?

По стриктнјем тумачењу строге везаности пресуде за оптужбу (теорија чињеничних скупова) овакве чињеничне допуне нису могуће,<sup>14</sup> док теорија „другог дела“ дозвољава ова одступања све док се и уз додавање ових чињеница остаје у оквирима правне квалификације дела наведене у оптужном акту.<sup>15</sup> Пракса нема јединствен став по овом питању, мада претежно стоји на првом становишту.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> „Када првостепени суд у изреку пресуде којом је окривљени проглашен кривим за извршење кривичног дела блудне радње унесе да је окривљени употребио силу, а то није стављено на терет окривљеном оптужним предлогом, оптужба је прекорачена“ (Решење Окружног суда у Чачку, Кж. 12/03 од 30.1.2003); „Када је у изреци пресуде за кривично дело разбојништва унето да је поред двојице оптужених учествовало и треће лице, које се не појављује као оптужени, уношењем ове битне чињенице (да је дело учињено у саставу групе од три лица), која представља квалификаторну околност од значаја за постојање квалификованог тешког случаја разбојништва, оптужба је прекорачена“ (Пресуда Врховног суда Србије, Кж. 1940/02, од 7.10.2003. и Пресуда Окружног суда у Београду, К. 15/02, од 25.3.2003).

<sup>14</sup> Мајић заступа овај став образлажући га тиме да суд окривљеног не може огласити кривим за чињенице које нису део чињеничног скупа наведеног у оптужном акту. М. Мајић, 94 96.

<sup>15</sup> Грубиша је сматрао да су овакве измене могуће све док не доводе до другачије правне квалификације, тачније до другог дела, док у новијој литератури овај став заступа М. Шкулић истичући да „Суд мора да утврђује истину, па ако је према изведеним доказима у датом случају вредност одузете ствари заиста већа од вредности наведене у оптужници, суд то мора утврдити својом пресудом, без обзира на то што тужилац није на главном претресу изменио своју оптужбу“ М. Шкулућ, 1005 1006.

<sup>16</sup> Тако се са једне стране истиче да је прекорачен идентитет оптужбе када је окривљени осуђен за кривично дело оштећења туђе ствари а у изреци пресуде су поред уништења две рампе које су оптужницом стављене на терет унета и оштећења на аутобусу којим је управљао (Решење Врховног суда Србије Кж. 1495/04 од 16.12.2004. и пресуда Окружног суда у Суботици К. 17/04 од 2.6.2004); да је оптужба за кривично дело неовлашћеног држања оружја и муниције прекорачена, ако је оптужени оглашен кривим за неовлашћено држање муниције у количини већој од оне која је означена у оптужници (Решење Врховног суда Србије, Кж. 1, 1128/05 од 19.12.2005); да је оптужба прекорачена ако је окривљени оптужен да је одузео четири златна прстена, а у пресуди буде оглашен кривим за одузимање десет прстенова (Решење Окружног суда у Београду, Кж. 825/03, од 31.3.2003); да је оптужба прекорачена када суд на главном претресу утврди да је вредност одузетих ствари већа од износа који је тужилац навео у оптужници. (Решење Окружног суда у Београду, Кж. 825/03, од 31.3.2003). У другим одлукама се, за разлику од



Чињеничне „допуне“ у складу са резултатима главног претреса мимо тужиоцеве интервенције у смислу измене оптужног акта, правдају се дужношћу суда да утврђује истину као и чињеницом да се тиме не погоршава положај окривљеног јер он бива осуђен за исто оно дело које је наведено у оптужном акту. Претпоставља се да то што је окривљени осуђен за прибављање имовинске користи у већем износу или причињавање веће штете од оне која је наведена оптужним актом, не утиче на његову одбрану, јер се остаје у оквирима исте правне квалификације дела. Ако би са друге стране утврђивањем ових чињеница дело добило другачију (тежу) квалификацију, суд не би могао окривљеног да огласи кривим за то теже дело без претходне измене оптужнице од стране тужиоца.

Међутим, овакво тумачење може изазвати проблеме у пракси, имајући у виду да код појединих кривичних дела управо висина прибављене имовинске користи утиче на њихову квалификацију. Тако, примера ради, ако је у оптужници наведено да вредност украдених ствари износи милион динара, суд може утврдити да ова вредност износи милион и четресто хиљада динара, али не и милион и петсто хиљада динара, јер би на тај начин обична крађа „прерасла“ у тешку крађу?! Поред тога, занемарује се чињеница да ове „чињеничне допуне“, иако не утичу на правну квалификацију дела, свакако могу бити од утицаја приликом одмеравања казне.<sup>17</sup> Исто тако у ситуацији када, примера ради, суд окривљеног кога оптужница терети за уништење две рампе огласи кривим и за оштећења на аутобусу којим је управљао, висина укупно причињене штете је у новчаном износу много већа од оне која му је оптужницом стављена на терет.

Код решавања питања идентитета пресуде и оптужбе првенствено треба имати у виду разлоге због којих се поставља захтев за

---

тога, наводи да идентитет није повређен „када се поред навода оптужнице да је оптужени одузео мобилни телефон, дода да је одузео и пуњач са мобилним телефоном“ (Пресуда Врховног суда Србије, Кж. 2346/03, од 21.6.2004) или да суд може и мимо оптужнице детаљније утврђивати опис примене силе и телесних повреда које је оштећена приликом покушаја силовања задобила јер то „није од утицаја на измену правне оцене дела, већ се може ценити у оквиру степена кривичне одговорности оптуженог код одмеравања казне“ (Пресуда Врховног суда Србије, Кж. 1 2236/03 од 4.2.2004).

<sup>17</sup> Тако се у пракси истиче да детаљније утврђивање примене силе и телесних повреда које је оштећена задобила није од утицаја на измену *правне оцене дела*, већ се може ценити у оквиру степена кривичне одговорности оптуженог код одмеравања казне (Пресуда Врховног суда Србије, Кж. 1 2236/03 од 4.2.2004). У том смислу Шкулић исправно примећује да би повреда постојала када би суд број одузетих ствари односно њихову вредност имао у виду приликом одмеравања казне. М. Шкулић, 1006.

овим идентитетом, а то су у првом реду интереси одбране да јој се омогући да оспорава чињеничне наводе који јој се стављају на терет. То основно правило спречавало би суд да окривљеног огласи кривим за чињенице које нису наведене у оптужном акту а које повећавају тежину дела у смислу теже последице, прибављања веће имовинске користи и слично, без обзира што дело формално остаје у оквири-ма исте правне квалификације. Сходно томе, исправан је став да суд не може на штету одбране утврђивати чињенице које нису наведене у оптужном акту, посебно имајући у виду могућност тужиоца да до краја главног претреса измени своју оптужницу и прилагоди је чињеничном стању утврђеном на главном претресу.

## 5. ЧИЊЕНИЧНЕ МОДИФИКАЦИЈЕ

Ситуација је још компликованија у погледу могућности суда да у складу са резултатима главног претреса и мимо тужиоачеве измене оптужнице, „промени“ чињенично стање наведено у оптужном акту и окривљеног огласи кривим за оне чињенице које је утврдио на главном претресу. За разлику од претходно наведених чињеничних „допуна“ које се односе на квантитативно увећање тежине последице, чињеничне модификације подразумевају измене у чињеничном опису дела, без нужних измена у погледу тежине последице. У том смислу се прави разлика између конститутивних или битних обележја кривичног дела и споредних околности које само служе конкретизацији дела, као што су време, место средство или предмет извршења дела. Док Грубиша сматра да су измене неког конститутивног елемента могуће све док не доводе до „другог дела“,<sup>18</sup> теорија чињеничних скупова не дозвољава овакве модификације ако чињенице наведене у пресуди нису садржане у чињеничном опису дела наведеним од стране тужиоца. Судска пракса је доста подељена и конфузна, а дешава се и да суштински исте случајеве решава на различите начине.<sup>19</sup> Питање је посебно актуелно код утврђивања субјективних чињеница

<sup>18</sup> „Ако се оптужени оптужује да је употребио силу да би одузео туђу ствар, суд ће моћи утврдити да је оптужени употребио силу да би задржао за себе већ одузету ствар“, М. Грубиша (1960а), 614.

<sup>19</sup> Тако се с једне стране истиче да није повређен идентитет оптужбе када је суд нашао да узрок саобраћајне незгоде није то што брзина кретања возила окривљеног није била прилагођена стању пута, већ што није држао потребно одстојање када се кретао иза возила оштећеног (Пресуда Окружног суда у Београду Кж. 529/05 од 9.3.2005. и пресуда Четвртог општинског суда у Београду К.828/01 од 3.6.2003). У другој одлуци се, за разлику од тога наводи да је повређен идентитет ако оптужени није оглашен кривим за непридржавање саобраћајних прописа који су наведени у опису дела у оптужници, већ за непридржавање других саобраћајних прописа (Решење Врховног суда Србије, Кж. 1 555/06 од 28.12.2006).

попут намера, мотива, побуда, разлога предузимања одређених радњи и сл. Примера ради, тужилац подигне оптужницу за држање дроге ради даље продаје, наводећи као одлучну чињеницу циљ да се дрога даље дистрибуира, а суд га огласи кривим за држање дроге с циљем сопствене употребе, утврђујући да је дрога била намењена личној употреби. Грубишина теорија „другог дела“ би дозвољавала овакве измене ако се тиме остаје у оквирима истог или другачијег дела које је повољније по окривљеног. За разлику од тога теорија чињеничних скупова омогућава овакве измене само ако би она намера која је утврђена од стране суда била садржана у намери наведеној у оптужном акту; ова процена да ли је једна врста намере садржана у другој додатно компликује само по себи довољно компликовано питање утврђивања субјективних чињеница.<sup>20</sup>

Што се тиче споредних околности које служе ближој конкретизацији кривичног дела, а не представљају његова битна обележја, попут времена, места или средства извршења, теорија је махом сагласна да их суд може изменити а да тиме не прекорачи оптужбу.<sup>21</sup> И у пракси се наводи да свака измена или допуна чињеничних навода оптужбе не представља њено прекорачење, већ само она која се односи на битна обележја садржана у оптужници, а која су од утицаја на правну оцену дела (Пресуда Врховног суда Србије, Кж. 1559/01, од 26.4.2002. и Пресуда Окружног суда у Београду, К. 7 /01, од 4.9.2001). Међутим инсистирање на разлици између конститутивних елемената и споредних околности ствара додатне практичне потешкоће омогућавајући шире интервенције суда у чињенични опис наведен у оптужном акту под изговором „прецизирања“ вре-

<sup>20</sup> Мајић наводи да би суд окривљеног кога тужилац терети за крађу могао огласити кривим за превару, ако утврди да није постојала намера прибављања противправне имовинске користи већ намера да се оштећени оштети, јер је „намера да се оштећеном нанесе штета увек саставни део намере да се на штету туђе имовине прибави противправна имовинска корист...намера доношења штете представља нужну претходну фазу намере прибављања противправне имовинске користи, односно њен квантитативни подскуп.“ Али са друге стране овај принцип не дозвољава замену једне врсте намере другом врстом намере, па окривљеног кога тужилац терети да је држао опојну дрогу у намери да је прода, суд не може огласити кривим за држање опојне дроге за сопствену употребу јер се „ради о различитим намерама које искључују једна другу и које се не налазе у односу ужег и ширег чињеничног скупа.“ М. Мајић, 101-102.

<sup>21</sup> „Идентитет није измењен ако су у пресуди измењене околности које се односе на ближа својства кривичног дела, околности које конкретизују кривично дело, али нису правно релевантне за измену предмета оптужбе“ (Т. Васиљевић, М. Грубач, 573). Грубиша исто тако сматра да „суд може мењати околности које не представљају обележја кривичног дела, већ служе за тачније одређивање дела (време и место извршења дела, средство којим је дело извршено, предмет на коме је дело учињено, итд), јер све те промене не дирају у правну квалификацију дела“ (М. Грубиша, 1960а, 609).

мена, места средства или предмета извршења.<sup>22</sup> Неспорно је да суд може „прецизирати“ чињенично стање наведено оптужним актом у смислу прецизирања времена, места или предмета извршења, али „прецизирање“ споредних чињеница треба разликовати од „измене“ споредних чињеница. Тако би примера ради дозвољена интервенција подразумевала да суд у оквиру ширег временског интервала наведеног у оптужници прецизира тачне датуме извршења дела (да су преваре вршене у периоду од јануара до маја 2012. извршене 10.1.2012, 25.2.2012, 7.4.2012 и 21.4.2012), док би недозвољено поступање подразумевало да суд окривљеног кога оптужница терети да је убиство извршио ловачком пушком 22.10.2012. огласи кривим за убиство извршено револвером 23.10.2012. Ово стога што би на тај начин одбрана окривљеног да се 22.10.2012. године налазио у болници, а да ловачка пушка уопште није коришћена у том периоду, остала у потпуности беспредметна ако би га суд упркос томе огласио кривим за исто дело извршено у друго време и другим средством.

Чини се да ни теорија „другог дела“ ни теорија „чињеничних скупова“ не дају задовољавајуће одговоре на питање дозвољених чињеничних модификација од стране суда. Теорија „другог дела“ доводи у питање права одбране остављајући могућност суду да окривљеног огласи кривим за друге чињенице у односу на оне наведене у оптужном акту, под условом да се на тај начин остаје у оквирима исте правне квалификације. Полази се од тога да ако га оптужница, примера ради, већ терети за наношење тешких телесних повреда, он зна „за које дело треба да се брани“, па је онда свеједно да ли се установи да је оштећеном нанео повреду леве руке, како стоји у оптужници, или пак десне руке како је суд утврдио на главном претресу. И управо се у том аргументу греша. Код везаности пресуде за оптужбу сама квалификација дела није битна, већ је акценат на томе да се оптуженом омогући припремање одбране, а одбрана „да он није

<sup>22</sup> Примера ради „Првостепени суд није прекорачио оптужницу тиме што је нашао да је оптужени критичном приликом повредио другу одредбу ЗООБС а на путевима. Ово са разлога што је првостепени суд у оквиру исте правне квалификације кривичног дела нашао да уместо оног из оптужнице стоји један од других облика у оквиру исте квалификације, тј. прецизирањем радњи извршења дела, да није реч о оном облику који је наведен у оптужници, већ је реч о неком другом од алтернативних облика, па је такве измене и учинио у изреци у односу на диспозитив оптужнице. То представља само прецизирање радњи извршења у оквиру истог кривичног дела“ (Пресуда Врховног суда Србије Кж.1527/03 од 24.11.2004. и пресуда Окружног суда у Суботици К. 68/02 од 4.6.2003); да оптужба није прекорачена тиме што је у изреци осуђујуће пресуде другачије него у оптужници наведено место и време извршења дела... јер је првостепени суд уместо речи да је оптужени неовлашћено држао оружје, муницију и експлозивне материјале „у кући у којој живи“, унео речи „у просторијама свог приватног предузећа“ и прецизирао време извршења дела (Пресуда Врховног суда Србије, Кж..I 607/04/1 од 9.9.2004).

неовлашћено држао оружје у свом стану“ остаје беспредметна, ако га суд, упркос томе што је он успео у својој одбрани (и доказао да није држао оружје у свом стану), може осудити да је „неовлашћено држао оружје у својим пословним просторијама“! У пракси се често дешава да суд кога оптужни акт терети за кршење једног бланкетног прописа огласи кривим за кршење другог бланкетног прописа.<sup>23</sup> Претпоставимо да је у оптужном предлогу наведено да се окривљени кретао брзином од 60 km на час, која није била прилагођена условима пута, па је због тога проузроковао саобраћајну незгоду. Оптужени на тим чињеницама заснује своју одбрану, покушавајући да докаже, примера ради, да се није кретао том брзином или да је брзина којом се кретао била прилагођена стању пута. Оптужени затим, на главном претресу докаже своје тврдње, и суд прихвати такву одбрану, али ипак донесе осуђујућу пресуду налазећи да (упркос томе што се окривљени кретао брзином прилагођеном стању пута) он „није држао потребно одстојање, па је због тога проузроковао несрећу“. Могућност доношења овакве пресуде доводи у питање права одбране. Да је оптужени од почетка знао да га оптужница терети за то што „није држао прописано одстојање“, на томе би и засновао своју одбрану, покушавајући да докаже да се кретао на прописној раздаљини, да је возило испред њега нагло успорило и заклочило и сл. Како ова чињеница у оптужници уопште није била наведена, нити је тужилац искористио своје право да измени оптужницу у складу са резултатима доказног поступка, одбрана наведена чињеницу и није могла оспоравати, а суд је упркос томе на основу ње донео осуђујућу пресуду. У основи, реч је о поступању које доводи у питање концепт „једнакости оружја“.

<sup>23</sup> Наводи се да „суд није прекорачио оптужбу када је изменио чињенични опис диспозитива оптужнице, када је нашао да је оптужени повредио одредбу члана 40, а не члана 45 став 1 Закона о основама безбедности саобраћаја на путевима. Ово са разлога што је првостепени суд у оквиру исте правне квалификације кривичног дела нашао да уместо оног из оптужнице стоји један од других облика у оквиру исте квалификације, тј. прецизирањем радњи извршења дела, да није реч о оном облику који је наведен у оптужници, већ је реч о неком другом од алтернативних облика, па је такве измене и учинио у изреци у односу на диспозитив оптужнице. То представља само прецизирање радњи извршења у оквиру истог кривичног дела“ (Пресуда Врховног суда Србије Кж. 1527/03 од 24.11.2004. и пресуда Округног суда у Суботици К. 68/02 од 4.6.2003); „Није повређен идентитет оптужбе када је суд нашао да узрок саобраћајне незгоде није то што брзина кретања возила окривљеног није била прилагођена стању пута, већ што није држао потребно одстојање када се кретао иза возила оштећеног... изменом бланкетне норме суд није прекорачио своја овлашћења јер није доведен у питање идентитет оптужног акта са изреком пресуде, нити је прекорачена оптужба“ (Пресуда Округног суда у Београду Кж. 529/05 од 9.3.2005. и пресуда Четвртог општинског суда у Београду К. 828/01, од 26.7.2004).

Са тог аспекта посматрано, чини се исправнијом прихватање теорије чињеничних скупова која не дозвољава овакве чињеничне модификације имајући у виду да у наведеним примерима чињенице за које је окривљени оглашен кривим нису биле садржане у оптужном акту овлашћеног тужиоца, те самим тим суд и није могао окривљеног огласити кривим у погледу истих. Међутим, теорија чињеничних скупова не даје задовољавајући одговор у погледу могућности другачијег утврђивања намере и других субјективних чињеница од стране суда у односу на чињенице садржане у оптужном акту. Полазећи од тога да суд окривљеног не може огласити кривим за другу врсту намере у односу на ону садржану у оптужном акту (уз изузетак ситуације када је једна врста намере садржана у другој), Мајић сматра да судови греше када оптуженог кога тужилац терети за држање дроге ради продаје, у недостатку доказа да је дрога била намењена продаји оглашавају кривим за држање дроге ради сопствене употребе, јер се по његовом мишљењу ове две намере узајамно искључују и не налазе у односу ширег и ужег чињеничног скупа. Међутим, оно што се превиђа у овом тумачењу јесте чињеница да суд тиме не прекорачује оптужбу нити излази из њених чињеничних оквира, већ само прихвата чињеничне наводе друге стране. Одбрана се у пракси често позива на то да пронађена дрога није била намењена продаји (како је наведено у оптужном акту) већ личној употреби, да окривљени није имао намеру да оштећеног лиши живота, већ да га тешко телесно повреди и сл.<sup>24</sup> Аналогно парничном или адверзијалном поступку у коме свака странка износи своје чињеничне тврдње на основу којих суд процењује чији су докази превагнули, и у кривичном поступку суд има могућност да не прихвати тврдње тужиоца (примера ради да је намера окривљеног била да прода дрогу), већ да прихвати тврдње окривљеног (да је дрога била намењена личној употреби) и донесе пресуду у складу са тим. Као што је примена инквизиторске максиме неприхватљива с овог аспекта, исто тако је неприхватљив и принцип строге везаности за оптужбу, јер он не само да није у интересу одбране, већ јој негира сваки значај у поступку. Не види се разлог због кога суд окривљеног кога тужилац терети за држање опојне дроге са циљем даље продаје не би могао огласити кривим за држање опојне дроге ради сопствене употребе, посебно ако је одбрана током поступка настојала да докаже да дрога није била намењена продаји већ личној употреби? Једно могуће објашњење је да би доследно тумачење строге везаности пресуде и оптужбе налагало доношење ослобађајуће пресуде ако тужилац не успе да докаже своје чињеничне тврдње (да је дрога била намењена продаји),

<sup>24</sup> И Мајић наводи да се у већини ових случајева одбрана окривљених и сво ди на тврдњу да је дрога која је код ње пронађена била намењена не продаји, већ сопственом уживању. М. Мајић, 101.

па се на први поглед може чинити да је ово тумачење више у интересу окривљеног. Међутим, да ли је баш тако? Било би неоправдано с аспекта општег интереса да суд ослободи окривљеног код кога је пронашао пола килограма марихуане јер тужилац није доказао да је дрога била намењена продаји. Концепт строге везаности за оптужницу инспирацију проналази у адверзијалној пракси из које је иначе и начело акузаторности поново „рехабилитовано“ у евроконтинентални мешовити систем, али се занемарује чињеница да у чисто адверзијалном моделу о питању кривице одлучује порота која не образлаже своју одлуку, а тешко је и поверовати да би лаичка порота у наведеним ситуацијама донела ослобађајућу пресуду. Доследна примена овог концепта у системима без пороте налагала би увођење тзв. алтернативних оптужница које постоје у адверзијалном непоротном поступку пред Хашким трибуналом.<sup>25</sup>

При решавању питања дозвољених чињеничних модификација од стране суда мора се наине поћи од сврхе самог оптужног начела и принципа везаности суда за оптужбу, а она лежи управо у заштити интереса окривљеног – он мора знати за шта је оптужен, да би знао од чега да се брани. Сходно томе, погрешна је пракса која окривљеног оглашава кривим за чињенице које нису биле наведене у оптужном акту, под изговором да се тиме не одступа од правне квалификације дела. Утврђивање да су се одређене чињенице одиграле другачије него што тврди тужилац је могуће само ако постоји иницијатива одбране у том правцу, тачније ако одбрана истиче да је дело извршено на други начин, другим средством, у друго време, на другом месту, са другом намером и томе слично. Супротно поступање значи приближавање инквизиторском моделу, који је у некој мери „хуманизован“, јер се остаје у оквирима истог дела те се окривљени не може осудити за теже дело од онога наведеног у оптужници, али се доводи у питање право окривљеног на одбрану која по логици ствари не може бити делотворна ако суд има могућност да пресуду заснује на чињеницама које уопште нису биле наведене у оптужном акту. Сходно томе, овакве чињеничне модификације су могуће једино ако је одбрана успела да докаже да одређене чињенице наведене у оптужници нису тачне, да се нису одиграле на начин на који тужилац тврди, или је пак тужилац пропустио да наведе одређене релевантне чињенице. Примера ради, ако је тужилац пропустио да

<sup>25</sup> У хашким оптужницама се, након навођења чињеничног описа дела најчешће алтернативно наводе одредбе Статута Међународног суда које је окривљени прекршио. Честе су формулације, примера ради, да се оптужени терети за убиство, што је злочин против човечности према члану 5 (а) Статута, или алтернативно за намерно наношење тешке патње или озбиљне повреде телесног интегритета, што је тешка повреда према члану 2 (ц) Статута; или за нечовечна дела, што представља злочин против човечности према члану 5 (и) Статута.

наведе чињеницу да је окривљени био нападнут од стране жртве и да је убиство извршено ради отклањања таквог напада, а одбрана истакне и докаже ове чињенице, суд нема никакве препреке да закључи да је дело извршено у нужној одбрани.<sup>26</sup>

## 6. ПРАВНА ПИТАЊА И ПРИНЦИП ИДЕНТИТЕТА

Према законском одређењу, суд је везан чињеничним описом али не и правном оценом дела, али се чини да највеће потешкоће у погледу решавања питања везаности пресуде за оптужбу произлазе управо из неразликовања чињеничног и правног. Упркос често изражаваној „филозофској“ скепси да је „чињенично и правно немогуће раздвојити“, „да се чињенично претапа у правно а правно у чињенично“,<sup>27</sup> за практичне потребе у потпуности је прихватљив критеријум по коме су чињенице оно шта се десило или се дешава у стварности, било у „спољном“, објективном свету, било у психи учиниоца, док је правно оно шта је прописано правном нормом.<sup>28</sup> У складу с тим, странке износе различите чињеничне тврдње, а суд на основу резултата доказног поступка утврђује чињенично стање, тачније оно шта се десило у стварности. Правно питање се, за разлику од тога не решава доказима, већ судским тумачењем законске норме.<sup>29</sup> Одређена питања која су доста спорна у теорији и пракси,

<sup>26</sup> Тако се и у пракси правилно истиче да оптужба није прекорачена тиме што је суд у изреци осуђујуће пресуде за кривично дело убиства опису дела из оптужнице додао чињенице из којих произилази да је оптужени био нападнут и да је дело извршио у прекорачењу нужне одбране (Пресуда Врховног суда Србије, Кж.1 812/04 од 6.10.2004).

<sup>27</sup> О томе: Geoffrey Marshall, „Provisional Concepts and Definitions of Fact“, *Law and Philosophy*, Vol. 18, No. 5, (Sep., 1999), 447 460, Lech Morawski, „Law, Fact and Legal Language“, *Law and Philosophy*, Vol. 18, No. 5, Sep. 1999, 461 473; Дикинсон је такође тврдио да се чињенична и правна питања не могу раздвојити, јер се пресецају у самом корену. John Dickinson, *Administrative Justice and the Supremacy of Law*, Harvard University Press, 1927, 55.

<sup>28</sup> Овај критеријум је поставило М. Грубиша, наводећи следећи „кључ за решење проблема“: испитивање конкретних околности из стварног живота је чињенично док сама оцена да ли та конкретна околност одговара неком појму из правне норме представља правно питање. По њему у правној норми нема никаквих чињеница, никаквог „чињеничног стања“ већ је у правној норми све правно. М. Грубиша, *Чињенично стање у кривичном поступку*, друго издање, Информатор, Загреб, 1980, 161 и 152.

<sup>29</sup> Илић сматра да би „Прилоком разграничења чињеничног и правног би требало комбиновати логичку концепцију са методом рада који код чињеничног питања подразумева метод доказивања и начела која веже за њега, а код правног питања метод тумачења на основу познатих метода и правила за тумачење правних норми“. Г. П. Илић, 43 44.



попут дозвољених одступања од оптужбе у погледу степена кривице, облика извршилаштва (саизвршилаштво, подстрекавање, помагање и сл), степена или фазе у извршењу дела (свршено дело-покушај), треба решавати управо полазећи од разлике између чињеничног и правног.

У погледу могућности осуде за дело извршено са различитим степеном кривице у погледу онога наведеног у оптужници, опет се дају различити одговори. У пракси доминира став да суд може окривљеног огласити кривим и за лакши облик кривице од оног који је наведен у оптужном акту, што је у складу са доминантним тумачењем „могућих одступања од оптужбе у корист окривљеног“.<sup>30</sup> Полазећи од критеријума „истог дела“, М. Грубиша иде и корак даље тврдећи да суд може утврђивати да је убиство извршено са директним умишљајем иако је у оптужници наведено да је извршено са евентуалним умишљајем, под условом да квалификација дела у целини остане неизмењена.<sup>31</sup> Супротно њему М. Мајић ова правила тумачи знатно рестриктивније, дозвољавајући само редуције у погледу исте категорије (директан/евентуалан умишљај или свесни/несвесни нехат), али не и редуције у смислу умишљај/нехат.<sup>32</sup>

Основни неспоразуми овде произилази управо из неразликовања чињеничног и правног. Упркос томе што се умишљај и нехат малтене уобичајено сврставају у субјективне чињенице попут намера, мотива, итд., умишљај и нехат нису чињенице, већ правне категорије, тзв. субјективни елементи кривичног дела, па самим тим тужиочева оцена да је дело извршено са умишљајем или из нехата ни на који начин не обавезује суд.<sup>33</sup> Не може се доказивати да је дело извршено са

<sup>30</sup> Тако, примера ради окривљеног за кога је у оптужници наведено да је дело извршио са директним умишљајем, суд може огласити кривим за дело извршено са евентуалним умишљајем или из нехата. „Тиме што је првостепени суд у изреку пресуде унео да је тежи облик кривичног дела непружања помоћи извршено с нехатом, уместо са умишљајем како је Окружни јавни тужилац навео у оптужници, није прекорачена оптужба и повређен објективни идентитет између оптужбе и пресуде.“ (Пресуда Врховног Суда Србије, Кж. 1 950/08 од 22.5.2008).

<sup>31</sup> М. Грубиша, (1960а), 609.

<sup>32</sup> Овакво решење такође образлаже теоријом чињеничних скупова, истичући да између умишљаја и нехата постоји разлика у смислу воље да се изврши дело, они се налазе у односима чињеничних скупова који се не пресецају, па самим тим није дозвољено окривљеног кога оптужница терети да је поступао са умишљајем, осуди ти за дело извршено из нехата... Док је код евентуалног умишљаја реч о *пристајању* (а), код свесног нехата је реч о *непристајању* (б) које је обележено *олаким држањем да до дела неће доћи* или да ће исто *моћи бити спречено* (М. Мајић, 99).

<sup>33</sup> Васиљевић исправно примећује да су умишљај и нехат правна питања наводећи да суд може да има различити став од тужиоца у погледу неких правних питања, а као примере тих правних питања наводи између осталог и умишљај и нехат (Т. Васиљевић и М. Грубач, 576).

умишљајем. Може се доказивати да је окривљени био или није био свестан свог дела, да је био или није био свестан да може да учини дело, да је хтео извршење дела или да је пристао на извршење дела и сл., а на основу (не)доказивања ових чињеница суд доноси правне закључке у погледу степена кривице. Примера ради, чињенице би биле да је окривљени пуцао у главу оштећене након што је добио анонимне фотографије на којима је оштећена, његова супруга, снимљена у компромитујућим позама са другим мушкарцем. На основу ових, објективних чињеница, могу се утврдити субјективне чињенице и то воља да се окривљена лиши живота (чињеница да јој је пуцано у главу) и мотив окривљеног (љубомора). И ту се чињенично стање завршава. На основу овако утврђеног чињеничног стања суд може проценити да је код окривљеног постојала свест да ће својом радњом оштећену лишити живота и воља да је лиши живота, чиме су утврђени елементи директног умишљаја. Или, окривљени се терети да је пуцањем из пушке лишио живота лице Б (директан умишљај), али се на главном претресу установи да је окривљени случајно опалио пушком, без воље да лице Б лиши живота (свесни нехат). Мајић сматра да се у оваквом случају окривљени не може осудити за нехатно лишење живота јер се по њему овде не може говорити ни о истом делу, ни о истом догађају.<sup>34</sup> Спроведена до краја, оваква логика налагала би доношење ослобађајуће пресуде, јер тужилац није доказао своју оптужбу. Међутим, у наведеном примеру акценат није на другачијем утврђивању степена кривице (умишљај/нехат), већ на другачијем утврђивању одлучујућих чињеница. Док је тужилац у оптужници навео вољу да се оштећени лиши живота која се доказује пуцањем из пушке на њега, одбрана је на суђењу оспорила ову чињеницу доказавши да је окривљени случајно испалио из пушке, олако држећи да тиме неће доћи до лишења живота. Самим тим, из другачијег утврђивања те одлучујуће субјективне чињенице (воље окривљеног) произилазе и другачији правни закључци, како у погледу степена кривице, тако и у погледу правне квалификације дела, те суду ништа не стоји на путу да окривљеног огласи кривим за нехатно лишење живота, упркос томе што га оптужница терети за убиство извршено са умишљајем, имајући у виду да суд није везан за предлоге тужиоца у погледу правне оцене дела.

На исти начин треба посматрати и питање саучесништва, тачније питање улоге окривљеног у извршењу кривичног дела (да ли је поступао, као саизвршилац, помагач, подстрекач и сл.) и стадијума извршења кривичног дела (свршено дело-покушај). Пракса махом

<sup>34</sup> Смрт лица Б наине изазвана је не намерно него случајно, на потпуно другачији начин и у потпуно другим околностима од оних које је представио тужилац (М. Мајић, 101).

стоји на становишту да је окривљеног могуће осудити за лакши, али не и за тежи облик саучесништва од оног наведеног у оптужном акту,<sup>35</sup> мада ни тај став није јединствен.<sup>36</sup> Слична је ситуација и код покушаја кривичног дела, те се у појединим одлукама истиче да суд не може окривљеног осудити за свршено кривично дело, ако је тужилац подигао оптужницу за покушај извршења тог кривичног дела.<sup>37</sup>

Чини се да и теорија и пракса опет греше када ова питања решавају у контексту прекорачења оптужнице. Слично умишљају и нехату, облици саучесништва (извршилаштво, саизвршилаштво, подстрекавање, помагање итд.) и степен извршења дела (свршено дело-покушај) је правни појам, те његово тумачење зависи искључиво од процене суда. У оптужници треба навести шта је окривљени урадио, примера ради да је наговорио лице Б да опљачкају банку, чекао га у колима док је овај вршио разбојништво и на крају су поделили плен. Да ли је окривљени тиме деловао као подстрекач, помагач или саизвршилац оцењује суд, на основу тумачења законских одредби о томе шта се сматра подстрекавањем, шта се сматра помагањем а шта саизвршилашвом и њиховом применом на утврђене чињенице. Исто тако, ако тужилац у оптужници наведе да је окривљени покушао да

<sup>35</sup> Ово тумачење датира још од „Грубишних правила“ у којима су облици извршења рангирани по тежини на помагање, па подстрекавање, па извршилаштво, и којима је постављено правило да оптуженог кога оптужница терети за лакши облик извршења суд не би могао осудити за тежи. Исто тако, Грубиша је истицао да код оптужнице за покушај, суд не сме утврђивати да је окривљени дело довршио, јер је *покушај* лакши вид кривичног дела. М. Грубиша (1960а), 607.

<sup>36</sup> Тако је у једној одлуци Округног суда у Београду истакнуто да окривљеног кога оптужба терети да је поступао као извршилац суд може огласити кривим за помагање: „Није дошло до прекорачења оптужбе код кривичног дела фалсификована исправе када суд нађе да нема доказа да је власник пасоша преиначио пасош стављањем фотографије другог лица које га је употребило за прелазак државне границе, већ је само пасош дао том другом лицу и тиме му свесно помогао у извршењу кривичног дела“ (Пресуда Округног суда у Београду, Кж. 374/05, од 7.3.2005. и Пресуда Четвртог општинског суда у Београду, К. 410/04, од 2.12.2004). У другој одлуци Врховни суд Србије је заузео супротно становиште, сматрајући да окривљени може бити оглашен кривим и за тежи облик извршилаштва од оног наведеног у оптужном акту: „Повреде идентитета оптужбе нема ни у објективном ни у субјективном смислу када је једно лице оптужено да је дело извршило као саучесник (у било ком облику саучесништва који прописује закон), а оглашено је кривим као саизвршилац (извршилац) у истом кривичном делу, или обратно.“ (Пресуда Врховног суда Србије, Кзз. 20/02, од 12.11.2003. и Пресуда Округног суда у Београду, К. 587/94, од 15.6.1998).

<sup>37</sup> „Када тужилац подигне оптужницу за покушај извршења кривичног дела, суд ће окривљеног осудити за покушај, без обзира што у току доказног поступка и на главном претресу утврди да се ради о свршеном а не о покушаном кривичном делу, јер би у супротном повредио идентитет оптужбе и пресуде“ (Пресуда Округног суда у Београду, Кж. 2821/06, од 22.2.2007. и пресуда Првог општинског суда у Београду, К. бр. 859/06, од 6.6.2006).

изврши кривично дело крађе тиме што је „у возилу јавног саобраћаја из спољашњег цепа сакоа оштећеног извукао футролу са документима, па пошто је прегледао садржину и видео да нема новца ставио је у цеп другог путника у возилу“, суд може огласити окривљеног кривим за свршено кривично дело крађе, ако сматра да се на основу овако утврђеног чињеничног стања ради о свршеном делу, а не о покушају.<sup>38</sup>

## 7. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Код решавања питања објективног идентитета пресуде и оптужбе најпре треба поћи од разликовања чињеничног и правног, будући да сам Закон налаже да суд није везан за „правну оцену дела“ дату од стране тужиоца. Код овог разликовања треба имати на уму да „правна оцена дела“ не подразумева само његову правну квалификацију,<sup>39</sup> већ подразумева невезаност суда за страначке предлоге у погледу тумачења свих правних одредаба и категорија, по старом, добро познатом принципу *iura novit curia*. На странкама је да изнесу и докажу своје чињеничне тврдње,<sup>40</sup> а на суду је да утврди чињенично стање и тако утврђено чињенично стање подведе под законске одредбе. Сходно томе, чињенично стање се завршава на ономе шта се десило у стварности, било у „спољњем свету“ било у психи оптуженог, док све остале процене у смислу да ли тако утврђено чињенично стање представља помагање, подстрекавање, покушано или свршено дело, битно смањену урачунљивост, евентуални умишљај или свесни нехат и сл., представљају правне процене које искључиво зависе од суда, његовог тумачења законских одредби

<sup>38</sup> У конкретном случају суд је донео ослобађајућу пресуду, налазећи да је кривично дело крађе свршено, а како оптужница терети окривљеног за покушај кривичног дела, суд би прекорачио исту доношењем осуде за свршено дело. Интересантно је да у самој пресуди суд признаје да је процена да ли је реч о свршеном или покушаном делу правна а не чињенична оцена наводећи да је „за *правну оцену* да ли је кривично дело свршено или остало у покушају битно је да је последица конкретног кривичног дела наступила или не“ а ипак доноси ослобађајућу пресуду налазећи да би у супротном оптужница била прекорачена (Пресуда Округног суда у Београду Кж. 585/05 од 14.3.2005. и пресуда Првог општинског суда у Београду К. 1688/04 од 3.12.2004).

<sup>39</sup> Да је законодавац имао на уму само правну квалификацију, прописао би да суд није везан за предлоге тужиоца у погледу правне квалификације, а не у погледу правне оцене дела.

<sup>40</sup> Иако је терет доказивања у кривичном поступку увек на тужиоцу и одбрана има *интерес* да докаже чињенице које јој иду у прилог, као што је рецимо чињеница да се у време извршења кривичног дела налазила на другом месту (тзв. одбрана алибијем), да је убиству претходио напад од стране оштећеног (нужна одбрана), да није имала намеру да оштећеног лиши живота и сл.

и подвођења утврђеног чињеничног стања под те одредбе. Имајући то у виду, теоријски и практично спорне ситуације у погледу тога да ли је оптужба прекорачена ако суд окривљеног огласи кривим за другачији облик кривице или другачији облик учешћа у извршењу дела у односу на онај наведен оптужним актом, постају беспредметне ако се зна да суд није везан за правну оцену дела дату од стране тужиоца. На суду је да на основу утврђеног чињеничног стања процени да ли се радило о свршеном делу или покушају, помагању или саизвршилаштву, умишљају или нехату и предлози тужиоца (као и одбране) у том смеру нису ни од каквог значаја. Ова питања не могу се решавати у контексту идентитета пресуде и оптужбе, имајући у виду да се захтев за идентитетом односи само на чињеничне, не и на правне предлоге. Суд је наиме везан само чињеничним стањем наведеним у оптужном акту, чињеничним описом дела.

Након одређења да се „чињеничним описом“ сматра само оно шта је тужилац навео да се десило у стварности, неопходно је одредити у којој је мери суд овлашћен да одступи од тако „предложеног“ чињеничног стања у складу са резултатима доказног поступка. Код решавања овог питања првенствено треба поћи од циљног тумачења законске одредбе која предвиђа да се „пресуда може односити само на лице које је оптужено и само на дело које је предмет оптужбе“. Иако језичко тумачење ове одредбе даје основа за тврдњу да је суштина да се ради о „истом делу“, теорија другог дела широко присутна у пракси не удовољава на најбољи начин самом смислу ове одредбе. Захтев за чињеничним идентитетом је уведен првенствено ради заштите интереса окривљеног и његове одбране. Окривљени мора знати које му се чињенице стављају на терет, како би те исте чињенице могао да оспорава. Примера ради, ако му се оптужницом стави на терет да је „као власник предузећа држао недозвољене новчане фондове“, окривљени ће припремати своју одбрану у складу са тим, покушавајући да докаже да није држао никакве новчане фондове, или пак да је пронађени новац резултат дозвољене и легалне продаје. Међутим, оваква одбрана остаје беспредметна ако га суд упркос томе што утврди да никаквих недозвољених новчаних фондова није било, огласи кривим да је држао „недозвољене робне фондове – италијанску и кинеску робу-дечије играчке без легалног порекла намењене даљој продаји“. Иако је овде реч о „истом делу“ (ради се о другој, алтернативно предвиђеној радњи извршења), па се може тумачити да осуда није на штету окривљеног, право на одбрану је повређено јер окривљеном није остављена могућност да оспорава рецимо да су дечије играчке биле легалног порекла, да нису биле намењене даљој продаји и сл.<sup>41</sup> Теорија чињеничних скупова

<sup>41</sup> У конкретном случају првостепени суд је донео осуђујућу пресуду, а другостепени суд је нашао да идентитет није повређен јер се ради о алтернативно

би спречавала овакве осуде, али инсистирајући на томе да се пресуда може односити само на оне чињенице наведене у оптужном акту, ова теорија занемарује околност да у састав „чињеничног скупа“ утврђеног од стране суда, поред чињеница које је навео тужилац могу ући и оне чињенице које је одбрана истицала и доказивала током поступка, примера ради да намера окривљеног није била да продаје, већ да користи опојну дрогу или да је лишење живота резултат претходног напада од стране оштећеног.

Имајући то у виду, питање објективног идентитета пресуде и оптужбе треба решавати првенствено из аспекта права на одбрану, због кога се уосталом захтев за овим идентитетом и поставља. У складу са тим, од „предложеног“ чињеничног стања (наведеном у оптужном акту), може се одступити:

- У смислу недоказивања неке од чињеница, што резултира „блажим“ чињеничним описом у пресуди од оног наведеног у оптужници (да окривљени није прибавио имовинску корист у износу од 100.000 већ 50.000 динара, да није било употребе силе приликом крађе, па се самим тим не ради о разбојништву већ о крађи, итд.)
- У смислу *додатног* утврђивања од стране суда неких чињеница које нису наведене у оптужби а које је окривљени истакао у поступку (да је убиству претходио противправан напад од стране оштећеног, да је окривљени био у стању јаке раздражености изазване нападом и сл.)
- У смислу *другачијег* утврђивања чињеница наведених у оптужници под условом да се одбрана на њих позивала (да циљ окривљеног није био да продаје већ да лично користи опојну дрогу, да није могао предвидети смрт пасивног субјекта као последицу своје радње и сл.)

Иако се могућност оглашавања окривљеног кривим за чињенице које нису биле наведене у оптужном акту неретко правда позивањем на начело истине и дужност суда да утврди исту, питање је да ли се до „истине“ долази ако се другој страни, „лично умешаној у цео случај“ не остави могућност да изнесе своје виђење целе ствари. По-

---

постављеним радњама извршења код злоупотребе овлашћења у привреди из чл. 238 ст. 1 КЗ, под образложењем да „када је законодавац као радњу извршења кривичног дела поставио више алтернативних радњи, па окривљеном оптужницом буде стављена на терет једна од алтернативно постављених радњи, а суд утврди да се ради о другој алтернативно постављеној радњи, није повређен идентитет оптужбе и пресуде када суд окривљеног осуди за другу алтернативно постављену радњу“ (Пресуда Округног суда у Београду Кж. 357/07 од 6.3.2007. и Пресуда Другог општинског суда у Београду К. 1261/02 од 12.9.2006).

ред тога, не сме се губити из вида ни могућност тужиоца да до краја главног претреса измени своју оптужницу у складу са резултатима истог, па се не види ниједан разлог зашто би суд преузимао улогу тужиоца и доводио у питање права одбране, оглашавањем окривљеног кривим за чињенице које нису наведене у оптужном акту.

Сходно томе, иако је тешко поставити „магичну формулу“ за решавање компликованог процесног проблема идентитета оптужбе и пресуде, у решавању овог свакодневног питања пракса се мора руководити са два основна критеријума: најпре се мора имати у виду разлика између чињеничног и правног, а у складу са тим невезаност не само за правну квалификацију дела дату од стране тужиоца већ и за све друге правне оцене у смислу да ли је реч о покушају или свршеном делу, умишљају или нехату, подстрекавању или помагању и сл. Суд је везан чињеничним описом дела, а његова правна оцена тог чињеничног описа може бити другачија од тужиоцеве, без било какве законске обавезе да буде повољнија по оптуженог. У сфери чињеничног, за разлику од тога, основни руководни принцип праксе треба да буде разлог постојања ове одредбе а то је право окривљеног на одбрану односно оспоравање чињеничних тврдњи које му се стављају на терет. У складу са тим окривљени може бити оглашен кривим како за оне чињенице које је тужилац навео у оптужном акту и успео да докаже на главном претресу, тако и за оне које је одбрана истакла у току поступка, а које се разликују од „тужиоцевог виђења ствари“. Полазна тачка суда је чињенично стање наведено у оптужном акту које се може мењати у складу са резултатима главног претреса, али само уз страначке интервенције у том смеру. Због тога тужилац и има право да до краја главног претреса измени и допуни своју оптужницу, а одбрана са друге стране има право да истиче да се неке чињенице које тужилац наводи уопште нису десиле, да су биле проузроковане неким другим чињеницама које тужилац уопште није истакао или да су се десиле на други начин од онога како наводи тужилац. Свака даља самоиницијативна интервенција суда у „чињенично стање“ и оглашавање окривљеног кривим за чињенице које му уопште нису биле стављене на терет, без обзира што наизглед није „на штету окривљеног“, доводи у питање његово основно право у поступку.

Vanja Bajovic, LL.M

Lecturer

University of Belgrade Faculty of Law

## FACTUAL IDENTITY OF CHARGE AND JUDGMENT

### *Summary*

One of the basic principles of modern criminal procedure is that the judgment does not exceed the facts and circumstances described in the charges. In order to adequately prepare for the proceedings, the defendant must be properly informed about factual allegations he or she is accused of. The question that remains unresolved is to what extent is the court limited by the facts and circumstances presented by the prosecutor, and whether it is authorized to depart from them, depending on the result of the trial. For example, if the prosecutor states that the defendant had the intention to sell the drugs, would it be possible for the judge to find that the defendant is guilty not of supplying, but possession of prohibited drugs? This concern in fact represents the focus of this paper. As it presents, in common-law adversarial systems of jury-trial, the problem of identity does not exist, having in mind that the jury is not permitted to give the reasons for their verdict, but only to find the defendant guilty or not guilty in regards of prosecutor's allegations. However, in the systems of trials without jury, the judge is obliged to give reasons for every charge and to explain the facts and circumstances that constitute the elements of the crime that the accused has committed. Thus, it would be possible to check if the defendant was found guilty based on the factual allegations of the charge, or under the facts determined during proceedings. According to the law, the judgment may relate only to the offense which is the subject of the charges while the court is not bound by the prosecutor's legal qualification of the offense. Factual findings established in the judgment do not have to be fully identical to factual allegations from the indictment, but the question is where the border of allowed deviation lies? As the discussion within the paper shows, this is still regarded as an extremely complex issue in court practice, while only a few scholars tried to find definitive, compact answers that could be utilized in a universal manner. The paper analysis presents both the theory of „another“ crime (that allows for factual modification of indictment by the court according to results of the trial, as any deviation is allowed as long as the crime stays within the same (or lighter) legal qualification) and the theory of factual sets (according to which the defendant could be found guilty only on the basis of facts stated in the indictment (all or some of them) – where any factual modification according to result of the trial would not be re-



garded as allowed). Following the comparative overview of the theoretical approaches to this issue, the paper critically examines the practice of Serbian courts and the actual scope of application of the above-mentioned theories, offering a practical “solving-key” for this problem the relies on differentiation between factual and legal categories, special regard of factual issues, as well observance of the issue of identity from a perspective of the right to defense.

Key words: *Identity of charge and judgment. – Theory of another crime. – Theory of factual sets. – Factual setting. – Legal evaluation.*