

Др Иван Илић,*
Доцент Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ПРЕШТАМАНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni19831951

UDK: 343.1: 343.157.3
Раd примљен: 25.02.2019.
Раd прихваћен: 28.05.2019.

НОВЕ ЧИЊЕНИЦЕ И НОВИ ДОКАЗИ КАО ОСНОВ ЗА ПОНАВЉАЊЕ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА**

Апстракт: Разлози правичности налажу се да у кривичном поступку, у појединим случајевима, допусти понављање правноснажно окончаног поступка. Уопштено посматрано, до тога долази када се након правноснажности пресуде појаве нове чињенице или нови докази, који указују да је та пресуда неправилна. Стога нове чињенице и нови докази представљају есенцијални основ правног лека, којим се иницира понављање кривичног поступка. Тако је и у нашем кривичном поступку, у коме се четири од укупно седам основа правног лека захтев за понављање кривичног поступка, своди на нове чињенице и доказе, који могу довести до повољније одлуке по окривљеног, будући да је допуштено само понављање у корист окривљеног. Аутор се у раду бави анализом основа за понављање кривичног поступка, који се суштински своду на нове чињенице и доказе. Указује се на недовољну прецизност Законика о кривичном поступку, те решењима, које нуди правна теорија и пракса. Аутор даје препоруке за додатно прецизирање легислативе, *de lege ferenda*.

Кључне речи: *res iudicata*, забрана *reformatio in peius*, ванредни правни лекови, понављање кривичног поступка, нове чињенице, нови докази.

* ivan@prafak.ni.ac.rs

** Раd је прештампан из докторске дисертације аутора под називом “Испитивање чињеничне основе правноснажне пресуде” одбрањене на Правном факултету Универзитета у Нишу, 09.03.2018. године.

1. Појам понављања кривичног поступка

Понављање кривичног поступка представља правни пут за испитивање чињеничне основе правноснажне пресуде, на основу ванредног правног лека. До испитивања чињеничне основе правноснажне пресуде долази подношењем захтева за понављање поступка. Овај ванредни правни лек је установљен с циљем утврђивања истине у кривичном поступку, а супротан је принципу *ne bis in idem* (Грубач, 1990, : 81). Противници понављања поступка наводе да суд нову одлуку заснива на непоузданим доказима, који услед протеча времена бледе и нестају. До доношења пресуде долази у измењеним приликама, након протеча времена. Понављање поступка је супротно заштити јавног поретка и ауторитету судске власти, те доводи до комотнијег понашања јавног тужиоца и суда (Грубач, 1990: 85-86). У прилог постојању понављања кривичног поступка се наводе разлози истраживања материјалне истине, постулати правичности, и потреба учвршћивања правног поретка и безбедности правних односа. Очувању ауторитета судова доприноси правилна судска одлука, а не неопозива пресуда, која опстаје и у случају појављивања нових чињеница и околности, које показују да је пресуда погрешна (Васиљевић, 1981: 639). Ипак, још из доба царства у Риму је постојала могућност понављања кривичног поступка. Касније је диференцијација постојала само у погледу могућности понављања поступка у корист, или и на штету окривљеног. У српском кривичном поступку понављање постоји још од првог процесног закона из 1865. године, на основу тадашњег утицаја аустријског и немачког кривичног поступка.

Чињенични недостаци правноснажне пресуде се отклањају на основу нових, или новооткривених чињеница, или доказа, који су се појавили након правноснажности пресуде. Нове чињенице су оне, које су се појавиле након правноснажности пресуде. Новооткривене чињенице су оне, које су постојале у време вођења кривичног поступка, али странке и суд нису за њих знали. Нове чињенице и докази, одређеног квалитета, представљају општи основ за понављање поступка (Бркић, 2013: 178). Чињенични недостаци кривичне пресуде се отклањају и жалбом. Погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање представља основ за изјављивање овог редовног правног лека. У жалби се могу наводити и нове чињенице и докази, али је најчешће реч о захтеву за поновном оценом утврђених чињеница. За разлику од жалбе, захтев за понављање кривичног поступка се никада не може засновати на поновној оцени утврђених чињеница, односно изведених доказа. У томе се огледа основна разлика између ових правних лекова. Код понављања кривичног поступка морају постојати

нове чињенице, или нови докази, који указују на чињеничне дефицијенције правноснажне пресуде.

2. Међународна и уставна регулатива допуштености понављања поступка

Правни основ за понављање кривичног поступка је садржан у многим документима о људским правима, усвојеним под окриљем међународних организација, како универзалних, тако регионалних. Углавном се понављање кривичног поступка регулише као изузетак од важења начела *ne bis in idem*.

У усвојеном тексту Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода није била предвиђена забрана двоструке угрожености. Међутим, приликом усвајања Протокола VII, ова забрана је прописана у члану 4. став 1. Према тој одредби, никоме се не може поново судити, нити се може поново казнити у кривичном поступку, у надлежности исте државе, за дело због кога је већ био правноснажно ослобођен, или осуђен, у складу са законом и кривичним поступком те државе. У ставу 2. члана 4. Протокола VII је предвиђен изузетак од забране на следећи начин: „Одредбе претходног става не спречавају поновно отварање поступка у складу са законом и кривичним поступком дате државе, ако постоје докази о новим и новооткривеним чињеницама, или је у ранијем поступку дошло до битне повреде, која је могла да утиче на његов исход“.

Устав Србије из 2006. године, у члану 34. став 4., прокламује забрану двоструке угрожености, тако да нико не може бити гоњен, нити кажњен, за кривично дело, за које је ослобођен, или осуђен правноснажном пресудом, или за које је донета одбијајућа пресуда, или је кривични поступак правноснажно обустављен. Судска одлука не може бити измењена на штету окривљеног, у поступку по ванредном правном леку. Опсег забране двоструке угрожености обухвата вођење поступка за друго кажњиво дело.

У ставу 5. члана 34. Устава је прописано одступање од важења принципа *ne bis in idem*. Изузетно је допуштено понављање поступка, ако је то у складу са казним прописима, у случају појављивања доказа о новим чињеницама, који су могли битно утицати на исход поступка, да су били познати у време суђења. Понављање поступка је, такође, могуће, ако је у ранијем поступку дошло до битне повреде, која је могла утицати на његов исход. Већ у ставу 4. члана 34. Устава је утемељен правни основ за постојање ванредних правних лекова, као одступање од важења начела *ne bis in idem*. Такође је установљена забрана измене одлуке на штету окривљеног, у

поступку по ванредним правним лековима. Та одредба се најчешће тумачи тако да је могуће изјавити ванредни правни лек на штету окривљеног, а да се побијана одлука не може изменити на штету окривљеног, чак и када је ванредни правни лек изјављен на његову штету. Немогућност измене одлуке на штету окривљеног се осигурава постојањем тзв. декларативних судских одлука, у поступку по ванредним правним лековима.

3. Позитивноправно регулисање испитивања чињеничне основе правноснажне пресуде

Законик о кривичном поступку, такође, садржи правни основ за понављање кривичног поступка, као изузетак од дејства начела *ne bis in idem*. У ставу 2. члана 4. је прописано да правноснажна одлука не може бити измењена на штету окривљеног. Недостатак наведене одредбе закона је што одступање од принципа *ne bis in idem* није експлицитно установљено, већ произилази из става 2., који говори о поступку по изјављеном ванредном правном леку. Боље је већ у оквиру првог става навестити да је од овог начела допуштено одступање додатком „ако овим законом није другачије прописано“, као што законодавац поступа у погледу установљавања изузетака од других кривичнопроцесних начела. Овом одредбом је изричито прописано да се у поступку поводом правног лека судска одлука не може изменити на штету окривљеног.

У члану 470. ЗКП-а је предвиђено да се кривични поступак, који је завршен правноснажном пресудом, може поновити на захтев овлашћеног лица и под законом прописаним условима. У овој општој одредби процесног закона, тумачећи заједно са ставом 2. члана 4, ЗКП, забрањено је изменити одлуку на штету окривљеног, након понављања поступка, а не и подношење захтева за понављање поступка на штету окривљеног. Законодавац је, ипак, допустио само понављање поступка у корист окривљеног, с обзиром да је у члану 473. ЗКП, где су предвиђени разлози за понављање поступка, изричито прописана само таква могућност.

За разлику од претходне процесне регулативе, важећи процесни закон предвиђа понављање поступка окончаног само пресудом, а не и решењем. Законодавац је, међутим, заборавио да се мере безбедности обавезног лечења и чувања у здравственој установи и на слободи изричу решењем. То је одлука, којом се мериторно окончава кривични поступак (Одлука Врховног Суда Србије, Кж. 673/67.). Решење о изрицању мера безбедности медицинског карактера је, према слову закона, сврстано у решења која одговарају пресуди, па су одредбе о понављању поступка применљиве у овом случају. Потпора за то се налази у члану 2. став 2. ЗКП, где је прописано

да је осуђени лице, за које је правноснажном одлуком суда утврђено да је учинилац кривичног дела, или противправног дела, за које је у закону одређено као кривично дело. Законодавац је пропустио да дефинише шта спада у решења одговарајућа пресуди, која спомиње у члановима 16, 226. и 227. ЗКП. Системским тумачењем долазимо до закључка да је то решење, којим се изриче мера безбедности медицинског карактера (члан 526. став 4. ЗКП). Према судској пракси, правила за понављање поступка се примењују и у случају окончања поступка решењем, које одговара пресуди (Одлука Савезног суда, Кзс. 55/78, закључак ВКС, од 16.06.2014.). Осим тога, прихваћено је тумачење о сходној примени одредаба ЗКП на кривични поступак, који је окончан решењем о изрицању мере безбедности (Закључак са састанка председника кривичних одељења Савезног суда и врховних судова од 05.03.1984.). Стога се одредба из члана 473. став 1. ЗКП мора тумачити тако да се омогућава понављање поступка, који је окончан пресудом, односно решењем, које одговара пресуди. Нема места одбацивању захтева за понављање поступка, ако се подносилац захтева позива на решење које одговара пресуди (Јоцић, Јанковић, 2016: 335).

Понављање кривичног поступка је непотпун правни лек, јер се њиме отклањају само чињенични, а не и правни недостаци правноснажне пресуде. Реч је, по правилу, о несуспензивном правном леку, с обзиром да његово подношење не одлаже извршење пресуде. Изузетно, суд може донети одлуку да се извршење пресуде одложи, или прекине (члан 477. став 4. ЗКП). Захтев за понављање кривичног поступка, по правилу није везан роком, и може се поднети и када је осуђени издржао казну затвора и независно од амнестије, помиловања и застарелости (члан 471. став 2. ЗКП). И од ове одлике постоје одступања, у два случаја. Ако су разлог за понављање поступка нове чињенице и докази, који нису постојали, или нису били познати суду у време доношења пресуде, а довели би до блажег кажњавања, захтев се може поднети до извршења казне затвора. У случају навођења нових чињеница и доказа да окривљеном није достављен позив за главни претрес, који је одржан у његовом одсуству, захтев за понављање кривичног поступка се може поднети у року од шест месеци од доношења пресуде по жалби (члан 473. став 2. ЗКП). Понављање поступка је недеволутивни правни лек. О захтеву одлучује веће суда, који је судио у првом степену, односно веће суда који је донео одлуку након одржаног претреса, одржаног у одсуству окривљеног (члан 474. став 1. ЗКП).

4. Врсте понављања кривичног поступка

Ако се после правноснажности судске одлуке појаве нове чињенице, докази, или околности, које нису постојале, или биле познате, а довеле би до другачије судске одлуке, допуштено је право понављање кривичног поступка. Неправо понављање кривичног поступка постоји када нема новог главног претреса, већ се понавља само фаза доношења судске одлуке. Разлог за неправо понављање кривичног поступка је, најчешће, појављивање нових чињеница и доказа, који указују да би окривљеном требало изрећи другачију врсту и меру кривичне санкције. У нашем процесном кодексу су нове чињенице и докази, од којих зависи изрицање кривичне санкције, предвиђени у оквиру разлога за право понављање кривичног поступка. У овом случају се, такође, понавља главни претрес, али се на њему изводе само докази, од којих зависи врста и мера кривичне санкције (члан 477. став 2. ЗКП). С обзиром да се и у овом случају понавља суђење, заправо је реч о правом понављању кривичног поступка.

Посебни случајеви понављања кривичног поступка су прописани с циљем да окривљени, коме је суђено у одсуству, реализује своје право одбране, као и у случају да до понављања поступка долази по другом правном леку. Посебност се манифестује у циљу, који се жели постићи, или начину на који долази до понављања поступка. У првом случају се кривични поступак не понавља услед чињеничних, или правних недостатака. Постулати правичности налажу да окривљени, коме се судило у одсуству, има право да захтева понављање поступка, у коме може да реализује функцију одбране. Овај случај понављања поступка познаје важећи Законик о кривичном поступку и издваја га од осталих случајева правог понављања (члан 479-481. ЗКП).

Законик о кривичном поступку из 2011. године предвиђа седам разлога за право понављање кривичног поступка. Осим тога, прописан је један случај неправог понављања поступка, погрешно сврстан међу посебне поступке, као и посебан случај понављања поступка осуђеном у одсуству.

5. Разлози за понављање поступка

Законик о кривичном поступку у члану 473. предвиђа разлоге за понављање кривичног поступка. Они се могу груписати на разне начине. На основу законом предвиђених разлога за понављање кривичног поступка, сматрамо да се они могу класификовати у три групе. У прву групу спада пресуда заснована на кривичном делу. Ту убрајамо пресуду, која је донета на основу лажне исправе, лажног исказа учесника поступка, и кривичног дела органа вођења поступка (члан 473. став 1. тачка 1. и 2. ЗКП).

Друга група обухвата нове чињенице и доказе, као разлог за понављање поступка. Ту, најпре, спадају нове чињенице и докази, који сами за себе, или у садејству са осталим доказима могу довести до ослобађајуће, или одбијајуће пресуде, или осуде по блажем закону (члан 473. став 1. тачка 3. ЗКП). У ову групу, такође, спадају нове чињенице и докази, који указују да окривљени није извршио неку од радњи продуженог кривичног дела, или другог дела, које обухвата више радњи извршења (члан 473. став 1. тачка 5. ЗКП). Нове чињенице и докази, који би довели до блаже кривичне санкције, још један су од разлога, које сврставамо у ову групу (члан 473. став 1. тачка 6. ЗКП). Ту, најзад, спадају и нове чињенице и докази да окривљеном није уредно достављен позив за главни претрес, који је одржан у његовом одсуству (члан 473. став 1. тачка 7. ЗКП). У трећу групу разлога за понављање кривичног поступка убрајамо повреду начела *ne bis in idem*, као и контрадикторне пресуде (члан 473. став 1. тачка 4. ЗКП).

6. Нове чињенице и докази као онов захтева за понављање поступка

Ова група разлога за понављање кривичног поступка обухвата нове чињенице и доказе, који сами за себе, или у садејству са осталим доказима, могу довести до ослобађајуће, или одбијајуће пресуде, или осуде по блажем закону (члан 473. став 1. тачка 3. ЗКП). У ову групу, такође, спадају нове чињенице и докази, који указују да окривљени није извршио неку од радњи продуженог кривичног дела, или вишеактног кривичног дела (члан 473. став 1. тачка 5. ЗКП). Законодавац предвиђа и нове чињенице и доказе, који би довели до блаже кривичне санкције, као један од разлога за понављање кривичног поступка (члан 473. став 1. тачка 6. ЗКП). У ову групу спадају и нове чињенице и докази да окривљеном није уредно достављен позив за главни претрес (члан 473. став 1. тачка 7. ЗКП).

6.1. Нове чињенице и докази које могу исходovati повољнијом пресудом по окривљеног

Поступак, који је завршен правноснажном пресудом се може поновити ако се изнесу нове чињенице, или поднесу нови докази, који су сами за себе, или у садејству са осталим раније изведеним доказима, подобни да доведу до одбијања оптужбе, ослобођења од оптужбе, или осуде по блажем закону. Као разлози за понављање кривичног поступка су предвиђене нове чињенице и нови докази. Чињенице и докази морају бити релевантни и нови (Васиљевић, 1981: 649). Чињенице морају бити нове за суд. То значи да оне нису биле познате суду, у моменту доношења побијане пресуде, без обзира када су настале и кад је окривљени сазнао за њих (Грубиша, 1987:

328). На тај начин су изостављене чињенице, које су биле познате суду, али их није узео у обзир приликом доношења пресуде. Нове чињенице укључују и оне, које су раније биле познате странкама, али нису истицане пред судом. То, такође, могу бити и чињенице, које нису биле познате странкама у време вођења кривичног поступка. Разлог за понављање поступка могу бити и нови докази, који раније нису изведени, или предлог да се чињенице утврђују другом врстом доказа, у односу на ранији поступак. Понављање кривичног поступка, према томе, може бити допуштено на основу чињеница и доказа, који су били познати окривљеном, али их није износио и предлагао за време вођења поступка, без обзира на мотиве. Према судској пракси, чињенице и докази, наведени у неблагоприятној жалби, такође спадају у нове, те могу бити изношене и предлагани као разлог за понављање поступка, с обзиром да се суд о њима није могао изјаснити (Одлука Врховног суда Србије, Кж, II, бр. 23/83).

Постоји дилема, да ли је допуштено да се у захтеву за понављање кривичног поступка окривљени позове на доказе, чије је извођење суд одбио током ранијег поступка. У теорији се може наћи став да они, у начелу, не могу бити разлог за понављање поступка, осим ако је реч о убедљивим доказима, које је суд брзоплето одбио (Шкулић, 2011: 1127). Судска пракса делимично демантује такав став, наводећи да одбијени доказни предлози не представљају нове чињенице (Илић, Мајић, Бељански, Трешњев, 2013: 1016, Пресуда Основног суда у Београду, Кж. 2916/03). Приклањамо се ставу судске праксе. Сматрамо да одбијени доказни предлози не могу бити нови, с обзиром да је суд током ранијег поступка имао прилику да се сретне с њима. Једино би било могуће да се из истог доказа подносилац захтева за понављање кривичног поступка позове на утврђивање чињенице, која раније није истицана. Примера ради, захтев да се из исказа сведока, који је већ раније саслушаван, или чије је саслушање одбијено, утврђује нова чињеница. Другим речима, да се сведок саслуша на нову околност. Позивање на нови налаз и мишљење вештака се, према неким тумачењима, а и ставовима судске праксе, не може подвести под нове чињенице и доказе. То, међутим, затвара врата за накнадно доказивање путем ДНК анализе, која се у многим кривичним поступцима (нарочито у америчком) сматра веома поузданом методом, те представља разлог за понављање поступка. Сматрамо да је у складу са законским одредбама истицање новог налаза и мишљења вештака, па тако и накнадна ДНК анализа, ако се у садржају налаза и мишљења налазе нове чињенице и докази, који показују непостојање кривице на страни окривљеног. Недопуштено би могло бити само другачије тумачење раније датог налаза и мишљења вештака, јер се у томе не налазе нове чињенице и докази.

Законска терминологија упућује на нове чињенице и доказе, у множини. То не значи да разлог за понављање поступка не може бити једна чињеница, или један доказ (Грубиша, 1987: 326). У наведеној одредби ЗКП-а се наводе чињенице, што значи да разлог за понављање поступка могу бити све врсте чињеница, одлучне, индиције и помоћне чињенице. Прописано је да нове чињенице, или нови докази, могу довести до другачије пресуде, заједно са другим доказима. То не искључује повезаност са раније утврђеним чињеницама. Чињенице се утврђују доказима. Чињенице индиције су, истовремено, и врста доказа, тако да су и оне могуће као веза са новим чињеницама и доказима. То, дакле, могу бити све врсте чињеница и докази, који су подобни да доведу до повољније пресуде по окривљеног. Повољнији исход по окривљеног је, свакако, доношење ослобађајуће пресуде, уместо осуђујуће. Понављање поступка се, у овом случају, најчешће захтева навођењем одлучних чињеница, које указују да постоји неки основ, који искључује постојање кривичног дела. То могу бити и друге чињенице, које модификују чињенични опис кривичног дела из побијане пресуде, што доводи до ослобођења од кривице. У обзир долазе све три врсте чињеница, као и докази, којима осуђени доказује да није извршио кривично дело, или да кривично дело није извршено.

Осим тога, повољнија пресуда по окривљеног је осуда по блажем закону. Овде је реч о правној квалификацији, која је блажа, у односу на побијану пресуду. Неопходно је да нове чињенице и докази могу довести до блаже правне квалификације, што значи да је тиме искључено ублажавање казне, или ослобођење од казне, у оквиру исте квалификације. Нове чињенице и докази треба да буду подобни да доведу до примене другог, блажег кривичног прописа. Факултативни основи за блаже кажњавање не могу бити разлог за понављање кривичног поступка. Примера ради, позивање на битно смањену урачунљивост, јер је то факултативни основ за блаже кажњавање. Са друге стране, то могу бити чињенице и докази, који указују на покушај уместо довршеног кривичног дела. Исто тако, то могу бити чињенице и докази, који указују на саучесништво у облику помагања, или подстрекавања, уместо извршилаштва. Најчешће се наводе одлучне чињенице, које представљају олакшавајуће околности. Оповргавање отежавајућих околности се, најчешће, постиже истицањем индиција, или подношењем противудокaza. Није, међутим, допуштено понављање поступка у коме суд примењује блажи закон по окривљеног, који је ступио на снагу након правноснажности побијане пресуде, ако се није изменило чињенично стање (Одлука Врховног суда Србије, Кж.І, 800/00).

У односу на члан 407. став 1. тачка 3. ЗКП-а из 2001. године, који је предвиђао само доношење ослобађајуће пресуде и осуде по блажем закону,

важећи процесни закон предвиђа и пресуду којом се оптужба одбија, као могући исход истицања нових чињеница и предлагања нових доказа. На тај начин је уважена примедба дела процесне теорије да се повољнија пресуда по окривљеног може исходити ослобођењем од оптужбе, али исто тако и одбијањем оптужбе (Грубиша, 1987: 327). Као разлог за понављање кривичног поступка се, у овом случају, износе нове чињенице, које указују на постојање трајних процесних сметњи. Примера ради, да је кривично дело извршено раније него што је утврђено, те обухваћено застарелешћу. То су процесне правно релевантне чињенице. Стога, одбијајућа пресуда не дира у чињеничну заснованост овог разлога за понављање поступка. Осим тога, доношење процесне пресуде је повољнији исход по окривљеног од побијане осуђујуће пресуде.

У случају истицања захтева за понављање кривичног поступка не постоји везаност идентитета дела са оптужбом. Осуђени може истицати чињенице, које указују на извршење другог кривичног дела. То могу понекад бити и чињенице, које указују на извршење тежег кривичног дела, ако могу исходовати повољнију пресуду по окривљеног. Примера ради, окривљени, који је осуђен за превару на штету блиског лица поднесе доказе, који указују да је заправо извршио тешку крађу. С обзиром да се кривично гоњење у потоњем случају предузима по приватној тужби, која није била поднета, исход би био доношење одбијајуће пресуде (Младен Грубиша, 1963: 332-333).

6.2. Нове чињенице и докази који потиру извршење продуженог или сложеног кривичног дела

Нове чињенице и докази могу бити разлог за понављање кривичног поступка, ако указују да окривљени није извршио неку од радњи продуженог кривичног дела, или другог кривичног дела, које обухвата више радњи извршења (члан 473. став 1. тачка 5. ЗКП). Потребно је да те чињенице, или докази, указују да окривљени није извршио неку од радњи извршења, обухваћених правноснажном пресудом. Други услов је утицај елиминисања неких радњи на примену блажег закона, или битан утицај на одмеравање казне. Овај разлог обухвата привидни реални стицај, у кривичноправном смислу. Продужено кривично дело је облик привидног реалног стицаја у облику конзументације (Јовашевић, 2010: 159). Реч је о више истих, или истоврсних кривичних дела, учињених од стране истог учиниоца, у временској повезаности (члан 61. КЗ). У овај разлог је законодавац уврстио и друге облике привидног реалног стицаја. Ту спадају сложена и колективна кривична дела. У овај разлог, такође, спадају вишеактна кривична дела, са истоврсним и разнородним радњама.

Овај разлог за понављање кривичног поступка је, такође, заснован на новим чињеницама и доказима, али се појављује као специјализација у односу на нове чињенице и доказе из тачке 3. става 1. члана 473. ЗКП. Овде је реч о новим чињеницама и доказима, који су применљиви само ако је окривљени правноснажно осуђен за продужено, или сложено кривично дело. Чињенице, или докази, треба да указују да поједина радња, или радње извршења, које су ушле у састав кривичног дела из правноснажне пресуде, нису извршене. Осим тога, неопходно је да изостанак неких од радњи продуженог, или сложеног кривичног дела, утиче на примену блажег закона, односно да има битан утицај на одмеравање казне. У првом случају је реч о промени правне квалификације, на исти начин као код разлога, прописаног у тачки 3. У другом случају је реч о квалификованом утицају на блаже кажњавање. Нове чињенице и докази, који су без утицаја на изречену казну, или нису од битног утицаја на одмеравање казне, не могу бити разлог за понављање кривичног поступка (Васиљевић, Грубач, 2014: 905). С обзиром да у овом случају, заправо, долази до блажег кажњавања, без измене правне квалификације, у теорији се наводи да је овај разлог више ванредно ублажавање казне, но што је понављање кривичног поступка.

У време док је било могуће понављање поступка на штету окривљеног, права сложена кривична дела су била изузета из примене овог разлога. Није се могло тражити понављање поступка, ако је, примера ради, неко био осуђен за крађу, тражећи да се придода још и принуда, како би био осуђен за разбојништво. У овом случају се понављање кривичног поступка могло постићи услед нових чињеница и доказа. Исто је важило за привидни, или идеални стицај кривичних дела. Поставља се питање, да ли се може тражити да отпадне нека радња сложеног кривичног дела, или из реалног стицаја. Према једном ставу, тада се може тражити понављање само по основу нових чињеница и доказа, према члану 473. став 1. тачка 3. ЗКП (Грубиша, 1987: 336). Наведени теоријски став је тачан, с обзиром да је настао у време када је процесни закон предвиђао само утицај на одмеравање казне, код продуженог и вишеактног кривичног дела. С обзиром да се осуда по блажем кривичном закону може постићи и применом тачке 3. и применом тачке 5, понављање кривичног поступка се може тражити по оба основа. Ипак је исправније позивати се на разлог из тачке 5, будући да је *lex specialis* за чињенице и доказе, код продуженог, и дела које обухвата више радњи, у која спадају и права сложена кривична дела. Забраном понављања поступка на штету окривљеног је отпала дилема, да ли се може тражити понављање поступка, истицањем да је окривљени учинио још неку радњу након правноснажности осуђујуће пресуде. И тада и сада је такав захтев

могућ само покретањем новог кривичног поступка, за радње извршења након правноснажности пресуде.

У овом случају се, најчешће, износе нове чињенице индиције, или предлажу нови докази, који указују да окривљени није извршио неку од радњи, које улазе у састав кривичног дела, за које је осуђен. Могуће је истицање и одлучних чињеница, које указују да недостаје неки од елемената кривичног дела. Нове чињенице и докази, које је могуће истицати, односно предлагати, се у потпуности поклапају са чињеницама и доказима на основу тачке 3. става 1. члана 473. ЗКП. Разлика у односу на тачку 3. се састоји у захтеву да нове чињенице и докази, осим што могу довести до осуде по блажем закону, битно утичу на одмеравање казне. Изостављање појединих радњи из састава кривичног дела, за које је окривљени правноснажно осуђен, мора да узрокује изрицање блаже казне. С обзиром да утицај на одмеравање казне цени суд, потребно је у захтеву за понављање поступка, кад год је то могуће, указати на чињенице, које представљају основ за одмеравање казне.

6.3. Нове чињенице и докази који могу довести до изрицања блаже кривичне санкције

Изношење новооткривених и новопредстављених чињеница и доказа, који би очигледно довели до блаже кривичне санкције (члан 473. став 1. тачка 6. ЗКП), такође је разлог за понављање кривичног поступка. Реч је о чињеницама и доказима, којих није било у време вођења поступка, или за њих суд није знало у то време. То је до доношења измена и допуна ЗКП-а 2009. године био самостални ванредни правни лек, да би након те новелације постало вид неправог понављања поступка. Може се закључити да је оправдано увођење ублажавања казне у разлоге за понављање кривичног поступка. Тиме се не дира у правну природу понављања поступка, будући да се на овај начин отклањају чињенични недостаци правноснажне пресуде. Осим тога, у пракси се често догађало да током понављања поступка искрсну нове чињенице, или докази, који утичу на одмеравање казне, на основу којих није могло доћи до ублажавања (Грубиша, 1987: 381). Уврштавањем ублажавања казне у разлоге за понављање поступка је, такође, отклоњена ранија примедба процесне доктрине да су чињенице, од којих зависи одмеравање казне, биле утврђиване у седници већа, у одсуству контрадикторности, усмености, јавности и непосредности.

Овај процесни институт се по правној природи разликује од помиловања. О ублажавању казне одлучује суд, ценећи законом постављене услове. Помиловање је политички акт, који даје председник државе, по слободној

оцени. Подношење захтева за ублажавање казне не спречава подношење захтева за помиловање (Васиљевић, 1981: 872). У важећем ЗКП-у је предвиђена, до сада, најсложенија процедура за ублажавање казне. Раније је био надлежан Врховни суд, па онда првостепени судови, који су решавали у седници већа. Према позитивном праву се ублажављање казне може извршити само на главном претресу, након укидања побијане пресуде. Делатности на главном претресу су, међутим, знатно редуковане и све се на извођење доказа, од којих зависи одмеравање казне (члан 477. став 2. ЗКП).

Овде је реч о појављивању нових околности, које нису постојале у време доношења пресуде, или за које суд није знао, а очигледно би довеле до блажег кажњавања. Најчешће је реч о личним и породичним приликама окривљеног, смањеној урачунљивости након извршења кривичног дела, или испуњењу имовинскоправног захтева оштећеног. Понављање кривичног поступка, по овом основу, се у судској пракси, најчешће, тражи услед тешке болести осуђеног, или члана породице, као и услед знатног погоршања животних услова и тешке материјалне ситуације породице осуђеног (Лазаревић, 2003: 91). У поређењу са ранијим законским решењима, према позитивном праву је ограничено право на подношење захтева за понављање кривичног поступка. Захтев се сада може поднети само ако је изречена казна затвора (Илић, Мајић, Бељански, Трешњев, 2013, 1072). Не могу се ублажити новчана казна, одузимање возачке дозволе и рад у јавном интересу (Васиљевић, Грубач, 2014: 869). Није могуће ни ублажавање одлуке о имовинскоправном захтеву, трошковима поступка и о одузимању имовинске користи. Казна затвора се може ублажити краћим трајањем, али и блажим кривичним санкцијама, попут новчане казне, условне осуде, рада у јавном интересу и судске опомене. Сматрамо да нема препрека да се казна затвора ублажи изрицањем мере безбедности, с обзиром да је, такође, реч о врсти кривичних санкција. Једино се може поставити извесна ограда по питању мере безбедности обавезног лечења и чувања у одговарајућој установи, која је по концепту извршења слична казни затвора. Сматрамо да је оправдано преиначити казну затвора овом мером безбедности, с обзиром на специфични циљ њене примене, који се не може остварити извршењем казне затвора. Применом ублажавања казне може доћи и до ослобођења од казне. То је могуће применом општих основа за ослобођење од казне, или применом законске могућности код конкретног кривичног дела, али не дирајући у правну квалификацију. Реч је о ситуацији да суд није осуђеног ослободио од казне, сматрајући да тада постојеће околности то нису оправдавале. Најнижа граница ублажавања

казне је посебни законски минимум, тако да се казна не може ублажити ако је већ изречена најнижа мера, за конкретно кривично дело.

Законом је допуштено подношење захтева за понављање поступка након извршења казне затвора, застарелости, или опроста казне, као и након смрти окривљеног. Након извршења казне затвора се не може постићи циљ постојања ублажавања казне, па испитивање захтева за понављање поступка не би имало практичне консеквенце. Стога би у ставу 2. члана 473. ЗКП-а требало предвидети изузетак од подношења захтева за понављање поступка након смрти окривљеног, као и по наступању застарелости, опроста казне, или извршења казне затвора.

За разлику од понављања поступка по тачки 3. става 1. члана 473. ЗКП, где је потребно да нове чињенице и докази утичу на правну квалификацију, у овом случају се кривична санкција ублажава, без промене правне квалификације. То је, најчешће, случај са кривичним делима где је износ причињене штете једно од битних обележја кривичног дела (крађа, утаја, превара, проневера...). Осим чињеница, које мењају утврђено чињенично стање, разлог за понављање кривичног поступка, по овој тачки могу бити и чињенице, које искључиво утичу на одмеравање кривичне санкције (олакшавајуће и отежавајуће околности). Са друге стране, правне чињенице не могу бити разлог за понављање кривичног поступка. То не могу бити ни будуће извесне околности, попут чињенице да ће породица осуђеног доспети у тежак материјални положај његовим одласком на издржавање казне, или извршење обавезе наложене одлуком суда, попут плаћања трошкова поступка, или новчане казне (Одлука Савезног суда, Кзс. 26/86). Ни добро владање осуђеног приликом издржавања казне не може бити чињеница, на којој се може темељити захтев за понављање поступка (Одлука Врховног суда Србије, Кзс. 1003/01). Законодавац је поставио квалификовани услов у виду чињеница и доказа, који су разлог за понављање поступка по овој тачки. Потребно је да ће, очигледно, изазвати ублажававање казне. На тај начин је постављена лествица, пре свега, за одлучивање о допуштености захтева, да би се искључило понављање поступка на основу чињеница и доказа, за које је крајње неизвесно, да ли ће довести до ублажавања казне. Није неопходно да нове чињенице доведу до знатног ублажавања казне, већ само да очигледно могу довести до ублажавања. Утицај нових чињеница и доказа на очигледно ублажававање казне цени суд по слободном судијском уверењу, те је ирелевантан субјективан став подносиоца захтева о томе.

6.4. Нове чињенице и докази да окривљеном није уредно достављен позив

Нове чињенице и докази су у темељу још једног од разлога за понављање кривичног поступка, прописаног у тачки 7. става 1. члана 473. ЗКП-а. Захтев за понављање кривичног поступка се може поднети на основу нових чињеница и доказа да окривљеном није уредно достављен позив за главни претрес пред другостепеним судом, који је одржан у његовом одсуству. Према ставу 3. члана 449. ЗКП, окривљени ће се у позиву упозорити да ће претрес пред другостепеним судом бити одржан у његовом одсуству, у случају неоправданог изостанка, а уредно је позван. Понављање кривичног поступка се, дакле, може захтевати, ако се појаве нове чињенице и докази, који указују на неуредно достављен позив окривљеном. Позив је неуредан ако нема прописану садржину, ако није прописно достављен и када је рок за одазивање на позив краћи од законом прописаног (Ђурђић, 2011: 363). Нове чињенице и докази могу указивати на све наведене случајеве, који позив чине неуредним. Могуће је да је позив достављен на прописани начин, али да је изостало упозорење на последице изостанка са главног претреса пред другостепеним судом, у садржини позива.

Процесна теорија је критиковала инкорпорирање овог разлога у понављање кривичног поступка (Грубач, 2011: 507). С обзиром да је реч о повреди одредаба кривичног поступка, према томе, о правном недостатку, сматрамо да је овом разлогу место у оквиру захтева за заштиту законитости. На овај начин је компромитована правна природа захтева за понављање поступка, који традиционално служи за отклањање чињеничних недостатака правноснажне пресуде. За разлику од других разлога за понављање кривичног поступка, за овај је законом одређен рок. Захтев за понављање се може поднети у року од шест месеци од правноснажности пресуде другостепеног суда (члан 473. став 2. ЗКП). Законом одређени рок може представљати проблем, у случају када дође до изјављивања жалбе на пресуду другостепеног суда. У том случају може доћи до истека рока за подношење захтева за понављање поступка, док апелациони суд не одлучи по жалби на другостепену пресуду. Закон не пружа подлогу за излаз из ове потенцијалне пат позиције, а теорија као једини излаз види укидање пресуде од апелационог суда, због битне повреде поступка и враћање предмета на поновно одлучивање (Бајовић, 2014: 282). С обзиром да је реч о апсолутно битној повреди одредаба кривичног поступка, суд је дужан да о одржавању главног претреса у одсуству окривљеног, који није уредно позван, води рачуна по службеној дужности. Ако ипак трећестепени суд пропусти да укине пресуду, и поред постојања ове битне процесне повреде, по тачки 7. става 1. члана 473. ЗКП-а, треба тумачити да рок за изјављивање

захтева за понављање поступка тече од правноснажности пресуде суда трећег степена. Том ставу се може наћи потпора у језичком тумачењу става 2. члана 473. ЗКП. Прописано је да шестомесечни рок тече од доношења пресуде „жалбеног суда“, а тиме је обухваћен и суд који решава по жалби на другостепену пресуду.

7. Закључак

Испитивање чињеничне основе правноснажне пресуде се може иницирати подношењем захтева за понављање кривичног поступка. Нормативна основа омогућава да се поступак понови у корист окривљеног. У поређењу са процесним законима других држава, у нашем ЗКП-у је предвиђено доста основа за понављање поступка. На тај начин је обезбеђен адекватан легислативни оквир за исходавање повољније одлуке по окривљеног, у поступку по том ванредном правном леку. Иако предвиђени основи за понављање кривичног поступка представљају задовољавајућу основу за покретање поступка по овом ванредном правном леку, потребно је додатно прецизирање *de lege ferenda*. Најпре, у смеру, којим би се избегло рестриктивно тумачење у погледу одбијених доказних предлога. Такође, потребно је недбојбено истаћи да је одбијајућа пресуда, судска одлука, која је повољнија по окривљеног. Осим тога, потребно је стилизацијом одредбе из тачке 5 члана 473. ЗКП постићи да адресати њене примене јасно могу уочити да је реч о одредби *lex specialis* у односу на одредбу из тачке 3 истог члана. Такође је неопходно да се из норме може уочити да се некада и замена казне затвора мером безбедности може сматрати применом блаже кривичне санкције. Најзад, тачка 7 члана 473. ЗКП у некој будућој новелацији треба да изостане из основа за понављање кривичног поступка, јер је неуредна достава позива есенцијално битна повреда одредаба кривичног поступка, чак и кад се о томе појаве нове чињенице или докази, након правноснажности судске пресуде.

Нашим процесним законом је забрањено понављање кривичног поступка на штету окривљеног. Захтев за понављање, поднет на штету окривљеног, би био одбачен, због неиспуњености услова за понављање поступка. Устав Србије забрањује само доношење судске одлуке на штету окривљеног, у поступку по ванредном правном леку, а не и понављање поступка на штету окривљеног. Стога је, као једна од одлука, по захтеву за заштиту законитости, прописана деклараторна пресуда. У случају утврђене повреде закона, у поступку по захтеву за заштиту законитости, доноси се одлука, којом се констатује њено постојање, али се не дира у правноснажност побијане одлуке. Прописивање понављања поступка на штету окривљеног,

у некој будућој новелацији процесног кодекса, не би било противно Уставу, с тим што би исход, у случају основаности захтева, морао бити доношење деклараторне пресуде. У хипотетичком случају прописивања понављања поступка на штету окривљеног, изостало би доношење одлуке на штету окривљеног, с обзиром на уставну забрану, те би деклараторна одлука само доприносила правичности и утврђивању истине у кривичном поступку. Има, међутим, тумачења да Устав допушта и вођење поступка и доношење одлуке на штету окривљеног, у поступку по ванредним правним лековима (Ђурђић, 2009: 437- 438). У том случају би требало предвидети редукован број основа за понављање поступка на штету окривљеног. Један од оправданих разлога, који често фигурира у упоредном праву, је понављање на штету окривљеног, ако је побијана пресуда донета као резултат кривичног дела учесника поступка. Имало би смисла допустити понављање на штету и ако је пресуда која се побија заснована на лажној исправи, или лажном исказу. У том случају би било неопходно обезбедити додатна ограничења, попут преклузивног рока за иницирање понављања на штету окривљеног.

Литература/References

Бајовић, В, *Процесноправни значај општепознатих чињеница и чињеница утврђених у правоснажним судским одлукама, докторска дисертација*, Београд, 2014;

Бркић, С, *Кривично процесно право II*, Нови Сад, 2013;

Васиљевић, Т, *Систем кривичног процесног права СФРЈ*, Београд, 1981;

Грубач, М, Васиљевић, Т, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Београд, 2014;

Грубач, М, *Нове установе и нова решења у Законнику о кривичном поступку Србије од 26. септембра 2011. године*, Правни записи, бр. 2/2011;

Грубач, М, *Понављање кривичног поступка према нацрту закона о изменама и допунама закона о кривичном поступку од марта 1990. године*, ЈРКК, бр. 3/1990;

Грубиша, М, *Кривични поступак – поступак о правним лијековима*, Загреб, 1987;

Ђурђић, В, *Ne bis in idem*, Правна ријеч бр. 19/2009;

Ђурђић, В, *Кривично процесно право, посебни део*, Ниш, 2011;

Закључак са састанка председника кривичних одељења Савезног суда и врховних судова од 05.03.1984.

Илић, Мајић, Трешњев, Бељански, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Београд, 2013;

Јовашевић, Д, *Кривично право – општи део*, Београд, 2010;

Јоцић, Д, Јанковић, Д, *Понављање кривичног поступка као ванредни правни лек у Србији*, у: Правни лекови у кривичном поступку – регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени, Београд, 2016;

Лазаревић, Ј, *Ванредни правни лекови у кривичном поступку са посебним освртом на ванредно ублажавање казне*, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 3/2003;

Одлука Врховног суда Србије, Кж, II, бр. 23/83.

Одлука Врховног Суда Србије, Кж. 673/67.

Одлука Врховног суда Србије, Кж. I, 800/00.

Одлука Врховног суда Србије, Кзс. 1003/01.

Одлука Савезног суда, Кзс. 26/86.

Одлука Савезног суда, Кзс. 55/78, закључак ВКС, од 16.06.2014.

Пресуда Основног суда у Београду, Кж. 2916/03

Шкулић, М, *Коментар законика о кривичном поступку*, Београд, 2011;

Док. Ivan Ilić, LL.D.
Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of Niš

NEW FACTS AND NEW EVIDENCE AS A BASIS FOR REOPENING CRIMINAL PROCEEDINGS

Summary

Reopening of criminal proceedings is a legal way to examine the factual basis of a final judgment based on an extraordinary legal remedy. The examination of the factual basis of the final judgment is initiated by the submission of a request for reopening the proceedings. This extraordinary remedy was established with the aim of establishing the truth in the criminal procedure, and is contrary to the principle of ne bis in idem. The factual deficiencies of a final judgment are remedied on the basis of new, or newly discovered facts, or evidence that arose after the finality of the judgment.

Article 473 of the Criminal Procedure Code envisages the reasons for repeating the criminal proceedings. They can be grouped in various ways. One of the groups includes new facts and evidence, as a reason for repeating the proceedings. First of all, there are new facts and evidence that per se or in concert with other evidence may lead to a acquittal, or a repudiation judgment, or condemnation on a more lenient law (Article 473, para. 1, point 3 of the CPC). This group also includes new facts and evidence indicating that the defendant did not commit any of the actions of an extended criminal offense, or other offence, which includes several acts (Article 473, para. 1, point 5 of the CPC). The new facts and evidence, which would lead to a milder criminal sanction, are another reason that we classify in this group (Article 473, para. 1, point 6 of the CPC). Finally, there are also new facts and evidence that the defendant was not properly summoned for the main trial, which was held in his/her absence (Article 473, para. 1, point 7 of the CPC).

Compared with the procedural laws of other states, our CPC provides a lot of grounds for reopening the procedure. In this way, an adequate legislative framework was provided for making a more favorable decision on the defendant in the procedure for this extraordinary legal remedy. Although the envisaged grounds for reopening criminal proceedings constitute a satisfactory basis for instituting proceedings under this extraordinary legal remedy, further clarification de lege ferenda is necessary. Our procedural law prohibits reopening criminal procedure to the detriment of the defendant. The prescription of the repetition of the proceedings to the detriment of the defendant, in some future revision of the procedural code, would not be contrary to the Constitution, except that, in the case of the merits of the

request, the outcome would have been the adoption of the declaratory judgment. There are also interpretations that the Constitution allows both the conduct of the proceedings and rendering the decision at the detriment of the defendant in the procedure for extraordinary legal remedies. In that case, in the future, a reduced number of grounds for reopening the proceedings should be envisaged at the detriment of the defendant.

Key words: *res iudicata, prohibition of reformatio in peius, extraordinary remedies, reopening criminal proceedings, new facts, new evidence.*