

Загорка Јекић*

**АПСОЛУТНЕ И РЕЛАТИВНЕ ПОВРЕДЕ ЗАКОНА
КАО РАЗЛОГ ЗА ЖАЛБУ**

У чланку су изложена мнозобројна теоријска тумачења о разлозима због којих су повреде Закона о кривичном поступку и Кривичног закона подељене на апсолутне и релативне. Аутор указује и на особености правног дејства битних повреда ЗКП и повреда КЗ са ситановишћа њиховог исцртавања од стране другостепеног суда. Изложени су и неки ситавови судске праксе у погледу тога да ли одређена повреда закона у конкретном случају има апсолутни или релативни значај. Такође је, први пут, оспорена подела наведених повреда закона по критеријуму обавезности другостепеног суда да одлучује о њима (што је, иначе, усамљено схватање у теорији кривичног процесног права).

Кључне речи: *Повреде закона (апсолутне и релативне). – Основ жалбе. – Другостепен суд. – Укидање пресуде.*

1. УВОД

Повреде закона су један од основа за побијање првостепене, а изузетно и другостепене пресуде, односно разлог за улагање жалбе као редовног правног лека (чл. 363 ЗКП). Ради се, заправо, о битним повредама Закона о кривичном поступку и повредама Кривичног закона које су набројане у чл. 364 и 365 ЗКП. Међутим, повреде закона су и један од основа за побијање правноснажне пресуде путем ванредног правног лека – захтева за заштиту законитости. Између њих постоји више разлика, а најважнија је у томе што су те повреде закона, када је реч о улагању редовног правног лека, таксативно набројане, а код ванредног правног лека само уопштено наведене, што значи да било која повреда (у судској одлуци или поступку који јој је претходио) било ког закона који је примењен у судској процедури може бити основ за његово улагање (чл. 416 ЗКП).

У овом чланку биће размотрене само битне повреде Закона о кривичном поступку и повреде Кривичног закона Југославије и републичких кривичних закона (заједнички назив: Кривични закон),

* Др Загорка Јекић, редовни професор Правног факултета у Београду.

односно, прво од питања које се том приликом поставља: да ли у оквиру тих повреда постоји нека разлика између појединих од њих по својој правној дејству посматраном кроз призму другостепеног одлучивања о њима. Другим речима, биће анализирана њихова подела на апсолутне и релативне битне повреде (као и оправданост оспоравања такве поделе).

2. БИТНЕ ПОВРЕДЕ ЗАКОНА О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ (АПСОЛУТНЕ И РЕЛАТИВНЕ ПОВРЕДЕ)

а) Опште карактеристике

Повреде закона (*error in iure*) таксативно набројане су у југословенском кривичном процесном праву, бар када је реч о повредама Кривичног закона и битним повредама Закона о кривичном поступку, за разлику од законодавства неких других земаља у којима су повреде закона уопштено дефинисане (нпр. § 337 немачког ЗКП прописује да „повреда закона постоји када нека правна норма није примењена или није правилно примењена“). Чињеница је, међутим, да повреде које у су чл. 364 нашег ЗКП означене као битне повреде одредаба кривичног поступка (*error in procedendo*) не подразумевају само повреде тог закона, већ и неких других закона који регулишу неке процесне институте. На пример, предвиђено је да као једна од битних повреда постоји „ако је пресуду донео суд који због своје стварне надлежности није могао судити у тој ствари“ (чл. 364, ст. 1, т. 6). Али, питање стварне надлежности кривичних судова није регулисано ЗКП-ом, већ законима о судовима Републике Србије и Републике Црне Горе. Дакле, није реч само о повредама Закона о кривичном поступку, већ и неких других закона. До ове ситуације је дошло због тога што је задржана изворна формулација ове одредбе из ЗКП од 1953. године (тада чл. 342), иако је у међувремену (после 1974. год.) дошло до поделе законодавне надлежности између савезне државе и република код регулисања неких питања, између којих и стварне надлежности судова, језика у службеној употреби у суду и др.

б) Апсолутне и релативне повреде Закона о кривичном поступку

Пре свега, анализа чл. 364 ЗКП показује да се као основ побијања пресуде (одн. као основ или разлог улагања жалбе) може појавити само битна, а не свака повреда одредаба кривичног поступка. Међутим, цитирани члан у ставу 1 таксативно набраја те повреде, док у ставу 2 даје могућност суду да, у конкретном случају,

оцени да ли и повреда неких других одредаба закона може имати атрибут битна. Таква оцена суда заснива се на чињеници да ли суд за време припремања главног претреса, у току главног претреса или приликом доношења пресуде, није применио или је неправилно применио коју одредбу овог закона, или је на главном претресу повредио право одбране, а то је било или је могло бити од утицаја на законито и правилно доношење пресуде. Постоји безброј примера у којима је објављена судска пракса дала тумачење да ли постоји или не постоји повреда закона предвиђена у чл. 364, ст. 2 ЗКП. Неке од њих ћемо навести. Тако, „постоји ова повреда закона када се оптужени на главном претресу не изјасни поводом измене оптужнице окружног јавног тужиоца, ако су измењеном оптужницом на главном претресу обухваћени нови елементи радње извршења који условљавају и тежу правну квалификацију, јер је то од утицаја за правилно пресуђење“ (ОВСС – Приштина Кж. 14/65). Исто тако, „учињена је битна повреда одредаба кривичног поступка из чл. 364, ст. 2 када је другостепени суд донео одлуку којом је уважио жалбу јавног тужиоца и преиначио пресуду првостепеног суда у одлуци о казни и оптуженом изрекао строжу казну, иако примерак жалбе тужиоца првостепени суд није пре тога доставио оптуженом у смислу чл. 369. Закона о кривичном поступку“.¹ Супротно наведеним примерима, „неприсуствовање окривљеног увиђају не представља битну повреду одредаба кривичног поступка у смислу чл. 364, ст. 2 ЗКП“ (Врховни суд НР Србије, Кж. 270/65).²

Међутим, важно је нагласити да су компетентни правосудни органи често давали и начелну инструкцију у погледу тога да ли евентуалну повреду неке процесне одредбе треба ценити према ставу 1 или ставу 2 члана 364 ЗКП. На пример, Врховни суд Србије је, у једној својој одлуци, саопштио да „пропуштање председника већа да пре завршетка доказног поступка позове и обавести о току претреса оптуженог који је по одлуци већа удаљен из суднице, представља повреду одредаба кривичног поступка из чл. 295, ст. 2 ЗКП и она се оцењује по одредбама члана 364, ст. 2 ЗКП“ (Врховни суд Србије, Кж. I. 101/83).³

- 1б) Да се вратимо на објашњење онога што је наведено у наслову овог одељка. У теорији кривичног процесног права већина аутора назива повреде ЗКП из чл. 364, ст. 1 апсолутно битним

1 Збирка судских одлука, књ. VI, св. 1, 1981, стр. 33.

2 Збирка судских одлука из области кривичног права од 1973. до 1986, изд. Врховног суда Србије, стр. 212.

3 *Ibid.*

повредама, са нешто различитим образложењем. На пример, Б. Марковић сматра „да апсолутне повреде ЗКП увек стоје у узрочној вези с пресудом, тј. да су оне на ову штетно дејствовале, па макар у конкретном случају то било и нетачно. Међутим, ако је повређен формални пропис неке друге врсте, та повреда може успешно послужити као разлог за побијање пресуде само онда ако је она у конкретном случају била у узрочној вези с пресудом, тј. ако је била од утицаја на доношење баш такве пресуде, о чему одлучује Касациони суд“.⁴ Слично констатују и Т. Васиљевић и М. Грубач. По њима, „код апсолутних повреда кривичног поступка (чл. 364, ст. 1, које су у Закону појединачно и лимитивно набројане), не треба доказивати узрочну везу између учињене повреде и њеног штетног дејства на пресуду. У Закону се необориво претпоставља да су те повреде поступка морале штетно деловати на законито и правилно доношење пресуде. До потпуног или делимичног укидања пресуде и слања ствари на нови главни претрес у првом степену, мора доћи ако се постојање овакве повреде утврди... Неке од ових повреда узима другостепени суд у обзир поводом жалбе, а друге по службеној дужности (чл. 376). Релативне повреде кривичног поступка Закон наводи у ст. 2 овог члана у једној општој формулацији, без набрајања... Да ли је повреда имала или могла имати штетан утицај на законитост и правилност пресуде, цени суд у сваком појединачном случају кад решава о жалби, а жалилац се на ове повреде мора позвати да би их суд узео у обзир.“⁵ О апсолутним повредама које уводе необориву претпоставку да су оне штетно утицале на законитост и правилност донете пресуде, на исти начин као и Т. Васиљевић говоре и Ј. Павлица и М. Лутовац, док за релативне повреде кривичног поступка прецизно и сажето констатују да су „оне биле или могле бити од штетног утицаја на доношење посуде“.⁶

- 2б) Други аутори се код дефинисања апсолутних и релативних битних повреда ЗКП више оријентишу на њихово правно дејство. Тако, О. Цвијовић и Д. Поповић констатују: „У случају утврђивања постојања апсолутне повреде одредаба кривичног поступка, другостепени суд је дужан да укине првостепену пресуду и да предмет врати првостепеном суду на поновну одлуку, изузев повреде из т. 5 и 10 које се могу санирати и преиначењем првостепене пресуде. У случају утвр-

4 Марковић Б., *Уџбеник судског кривичног поступка Краљевине Југославије*, II изд., Београд 1937, стр. 32.

5 Васиљевић Т. — Грубач М., *Коментар Закона о кривичном поступку*, II изд., Београд 1982, стр. 603.

6 Павлица Ј. — Лутовац М., *Закон о кривичном поступку у практној примени*, Београд 1985, стр. 514.

ђивања постојања релативне битне повреде одредаба кривичног поступка, другостепени суд је дужан да укине првостепену пресуду и да предмет врати првостепеном суду на поновну одлуку, ако оцени да је ова повреда била или могла бити од утицаја на законито и правилно доношење пресуде. Другим речима, ако је повреда одредаба кривичног поступка без утицаја на законитост и правилност пресуде, дакле, ако није била од битног утицаја на пресуду, онда таква повреда и не треба да има за своју правну последицу укидање првостепене пресуде.⁷ Према Б. Петрићу, „код апсолутних повреда се а ригорі претпоставља постојање штетног и негативног утицаја на сваку пресуду и због тога неправилност и незаконитост такве пресуде, док се код релативних повреда процењује да ли је повреда, у сваком конкретном случају, фактички имала штетан и негативан утицај на донету пресуду. Апсолутне и релативне повреде – када се утврди њихово постојање – имају, по правилу, исто процесно дејство на пресуду: основ су за укидање пресуде (изузетно: преиначење – члан 387, ст. 1).“⁸

Као што смо видели, теоретичари су се код дефинисања апсолутних и релативних повреда ЗКП задржали или на узрочној вези између тих повреда и судских пресуда или су истицали њихово правно дејство, а неки су објединили оба ова момента.

- 3б) Судска пракса је, такође, прихватила наведену поделу на апсолутне и релативне повреде закона и у својим судским одлукама често их тако означавала. На пример, Врховни суд Србије у једној својој одлуци констатује да „пропуст суда да у смислу чл. 263 Закона о кривичном поступку позове странке да се изјасне о потреби искључења јавности не представља апсолутну повреду одредаба кривичног поступка због које се пресуда мора укинути“ (Кжм. 201/77).⁹
- 4б) Нека инострана законодавства, исто тако, праве разлику између две категорије повреда закона, с тим што уместо апсолутних истичу „безусловне касационе основе“, а релативне битне повреде кривичног процесног права називају „условним касационим основама“ (совјетско право).¹⁰

7 Цвијовић О. — Поповић Д. *Закон о кривичном процесу са коментаром, објашњењима и уједињенима за практичну примену*, Београд 1977, стр. 272.

8 Петрић Б., *Коментар Закона о кривичном процесу*, II изд., II књ., Београд 1986, стр. 193.

9 Збирка судских одлука Врховног суда Србије од 1973. до 1986, стр. 212.

10 Вауер В., *Проблематика правних лијекова прошив правосудних кривичних пресуда у контексту савремене реформе кривичног процесног права* (посебан отисак из: Рад југославенске академије знаности и умјетности 401, књ. XXI), Загреб 1982, стр. 59.

5б) Међутим, код неких југословенских процесуалиста јавља се ново (али погрешно) тумачење битних повреда одредаба кривичног поступка. Тако, Д. Димитријевић сматра да до разликовања апсолутних и релативних повреда долази због другачијих граница испитивања нападнute пресуде. Апсолутне повреде су оне које је другостепени суд обавезан да испитује по службеној дужности, а релативне оне које суд испитује само ако су истакнуте у жалби.¹¹ Доследно свом основном критеријуму, исти аутор наводи, на пример, да постоји релативна повреда ЗКП ако је главни претрес одржан без лица чије је присуство на претресу по закону обавезно; ако суд својом пресудом није потпуно решио предмет оптужбе и др.¹² Наведено тумачење су прихватили и М. Стефановић-Златић и Ђ. Лазин, који су делили ауторство у каснијим издањима исте књиге.

Међутим, ово схватање није прихватљиво не само зато што се разликује од свих раније наведених тумачења, као и ставова судске праксе, већ и због тога што као критеријум за разликовање битних повреда одредаба ЗКП узима обавезу суда (границе испитивања нападнute пресуде), а не суштинска својства самих тих повреда и њихово правно дејство.

6б) Према томе, делимо мишљење које заступа већина аутора, а исто тако и њихова образложења која су, у ствари, комплементарна. Уз то, желимо да нагласимо још једну чињеницу. Наиме, код свих повреда закона (*error in iure*) у питању је *bona fide error*. Другим речима, судије које су учиниле неку битну (или било какву) повреду закона, нису то урадиле намерно. „*Bona fide error*“ је, према тумачењу Н. С. Black-а, грешка која је учињена у процесу добронамерне примене захтева закона.¹³ Међутим, оваква дефиниција не искључује могућност да се одвоје случајеви „опростивих“ грешака, до којих може доћи код тумачења правних празнина или непрецизних правних норми (када се мора поштовати начело слободног судијског уверења), од „неопростивих“ грешака које су последица недовољног познавања права. Ако судија, на пример, изрекне казну малолетничког затвора у трајању од 4 године и 8 месеци (што је био случај у судској пракси), онда је он поступио супротно члану 78 КЗ СРЈ који у ст. 1 јасно одређује да се ова казна изриче „на пуне године или на пола године“.

¹¹ Димитријевић Д., *Кривично процесно право*, VII изд., Београд 1981, стр. 168–169.

¹² *Ibid.*

¹³ Black's Law Dictionary, VI edition, St. Paul, Minn., 1990, стр. 177.

3. ПОВРЕДЕ КРИВИЧНОГ ЗАКОНА

Ове повреде су таксативно набројане у чл. 365 ЗКП. Реч је о повреди Кривичног закона која се односи на следећа питања: да ли је дело за које се оптужени гони кривично дело; да ли има околности које искључују кривично гоњење, а нарочито да ли је наступила застарелост кривичног гоњења или је гоњење искључено услед амнестије или помиловања, или је ствар већ правноснажно пресуђена; да ли је у погледу кривичног дела које је предмет оптужбе примењен закон који се не може применити; да ли је одлуком о казни, условној осуди или судској опомени, односно одлуком о мери безбедности или о одузимању имовинске користи, прекорачено овлашћење које суд има по закону и да ли су повређене одредбе о урачунавању притвора и издржане казне.

Између наведених повреда Кривичног закона не постоји подела на апсолутне и релативне, као код битних повреда Закона о кривичном поступку. Према томе, оне у целини имају исти значај и правно дејство, а такође, за све њих важи једнако правило да другостепени суд у поступку по жалби испитује по службеној дужности да ли је Кривични закон повређен на штету оптуженог (чл. 365 и чл. 376, ст. 1 т. 2 ЗКП).

4. ЗАКЉУЧАК

Претходна анализа свих повреда Закона о кривичном поступку и Кривичног закона показала је да о њиховим апсолутним и релативним повредама можемо говорити само код ЗКП. Другим речима, само у оквиру тих битних повреда закона, које су таксативно набројане, можемо издвојити оне које увек доводе до укидања или преиначења пресуде (чл. 385, ст. 1 и чл. 387, ст. 1 ЗКП) и у оквиру оних за које треба у конкретном случају оценити да ли су биле, или нису биле, од битног утицаја на доношење законите пресуде (релативне повреде, чл. 364, ст. 2 ЗКП). Што се тиче правног дејства повреда Кривичног закона, Закон о кривичном поступку о томе ништа не говори осим у једном случају који се односи на преиначење решењем првостепене пресуде када другостепени суд нађе да постоје законски услови за изрицање судске опомене (чл. 387, ст. 2 ЗКП). Логично је онда закључити да повреде Кривичног закона, уколико стварно постоје, имају апсолутни карактер, односно да увек доводе до укидања првостепене пресуде.

Zagorka Jekić*

ABSOLUTE AND RELATIVE VIOLATIONS OF LAW AS THE GROUNDS FOR APPEAL

Summary

This article deals with key gross violations of the criminal procedure and infringements of the Criminal Act, in the light of legal effects of some of them. The author defends the proposition concerning the existence of absolute and relative gross violations, and opposes the interpretation of such a division as based on the obligation of the appellate court to decide on them. Namely, to apply such a criterion in the construction of this division would certainly lead to a completely different grouping of absolute and relative violations of the Criminal Procedure Act, within those which are defined as gross violations. The author also points out the significance for judicial practice of a correct construction of the categories of absolute and relative violations of the Criminal Procedure Act and the Criminal Act.

Key words: *Violations of the law (absolute and relative). – Grounds for appeal. – Appellate court. – Reversal of conviction*

Zagorka Jekić**

VIOLATIONS ABSOLUES ET RELATIVES DE LA LOI EN TANT QUE MOTIF D'APPEL

Résumé

Dans ce travail on analyse les violations essentielles de la procédure pénale et les violation du Code pénale du point de vue de l'effet juridique de certaines d'entre elles. L'auteur défend la thèse de l'existence de violations essentielles absolues et relatives et s'oppose à l'interprétation de cette classification prenant pour critère l'obligation fait au tribunal de seconde instance d'en statuer. En l'effet, l'application d'une telle base en vue de procéder à la distinction en question conduirait à un regroupement tout à fait différent des violations absolues et relatives du Code de procédure pénale lorsqu'il s'agit de celles qui ont un caractère de violation essentielle. L'auteur souligne également l'importance pour la jurisprudence d'une interprétation correcte des

* Zagorka Jekić, Ph.D., Full Professor of the Faculty of Law in Belgrade.

** Zagorka Jekić, Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Belgrade.

catégories de violations absolues et relatives du Code de procédure pénale et du Code pénal.

Mots-clés: *Violations de la loi (absolues et relatives). – Motif d'appel. – Tribunal de seconde instance. – Cassation d'un jugement.*

Zagorka Jekić*

ABSOLUTE UND RELATIVE GESETZESVERLETZUNGEN ALS BESCHWERDEGRUND

Zusammenfassung

In diesem Artikel werden wesentliche Verstöße gegen das Strafverfahren und Verstöße gegen das Strafgesetz analysiert, und zwar vom Gesichtspunkt der Rechtswirkung einzelner Verstöße aus. Der Autor vertritt hier die Ansicht, dass absolute und relative wesentliche Verstöße vorhanden sind und setzt sich mit der Auslegung der erwähnten Aufteilung nach dem Kriterium der Entscheidungspflicht des zweitinstanzlichen Gerichts diesbezüglich auseinander. Die Anwendung einer solchen Begründung dieser Aufteilung würde nämlich zu einer völlig anderen Gruppierung von absoluten und relativen Verstößen gegen die Strafverfahrensordnung führen, und zwar im Rahmen der Verstöße, die Tatbestände wesentlicher Verstöße aufzeigen. Der Autor weist darüber hinaus auch auf die Bedeutung hin, welche für die Rechtsprechung eine richtige Auslegung der Kategorie der absoluten und relativen Verstöße gegen die Strafverfahrensordnung und das Strafgesetz hat.

Hauptwörter: *Die Gesetzesverstöße (absolute und relative). – Die Beschwerdegrundlage. – Das zweitinstanzliche Gericht. – Die Aufhebung des Urteils.*

* Dr. Zagorka Jekić, Professor an der Juristischen Fakultät in Belgrad.