

OSNOVNI SUD U PRIŠTINI

Predmet broj 721/12

OPREČNO MIŠLJENJE

Ovo oprečno mišljenje je doneto 08.12.2014. godine i biće pridruženo presudi.

Shodno članovima 359. *et seq* Zakonika o krivičnom postupku Kosova (u daljem tekstu: ZKPK) *ex vi* članu 541. stav 1, ZKPK, veće Osnovnog suda u Prištini je u ovom predmetu bilo sastavljeno od EULEX sudija Jorge Martinsa Ribeira (predsedavajući sudija) i Manuel Soares, zajedno sa kosovskim sudijom Aferditom Bitiçi (Bytyqi).

Ovaj krivični predmet je protiv okrivljenih H.S., Sh.B. i A.M. u kojem se oni optužuju za ucenu, zato što su „oni u saizvršilaštvu izvršili krivično delo pokušaja ucene iz člana 268. stava 2. u vezi sa članovima 23. i 20. Krivičnog zakonika Kosova“ (Privremeni krivični zakonik Kosova, PKZK, trenutno predviđeno u članu 28. stav 2. zajedno sa članom 341. stav 2. Krivičnog zakonika Kosova).

Troje članova ovog veća se saglasilo o utvrđenim i neutvrđenim činjenicama, kao i o elementima koji čine krivično delo (pokušaj ucene, član 268. stav 1, PKZK, bez otežane okolnosti da su postupali kao pripadnici grupe, utvrđeno u stavu 2 – na način kako se terete). Shodno članu 471. stav 4, potpisnik nije glasao prilikom određivanja kazne jer nije obavezan da to učini.

Okrivljeni su osuđeni kao što sledi:

Shodno članovima 268. stav 1, 20. stav 2, 38, 64. stav 1, 42, 43. stav 2. i 44. PKZK, okrivljeni Sh. B. je osuđen na 1 godinu i 6 meseci zatvora. Ova zatvorska kazna neće biti izvršena ako okrivljeni ne izvrši drugo krivično delo u periodu od 2 godine.

Shodno članovima 268. stav 1, 20. stav 2, 38, 64. stav 1, 42, 43. stav 2. i 44. PKZK, okrivljeni A.M. je osuđen na 6 meseci zatvora. Ova zatvorska kazna neće biti izvršena ako okrivljeni ne izvrši drugo krivično delo u periodu od 1 godine.

*

Pre direktnog iznošenje oprečnog mišljenja, potpisnik želi takođe da napomene da oprečna mišljenja nisu izričito predviđena zakonom za sudove prvog i drugog stepena, već samo za Vrhovni sud, u članu 407. stav 3. PKZK.

Činjenica da oprečna mišljenja nisu izričito predviđena zakonom za sve instance ne znači da su ona zabranjena. U stvari, ovo pitanje je čak obrađeno u konačnom dokumentu Radne grupe o sudiji u krivici u kojem su razmatrani predlozi budućih izmena zakonika i odobreni od strane Skupštine EULEX sudija u martu 2013. godine.

Osim toga, vredno je pomena da je praksa zapečaćivanja oprečnih mišljenja u koverti napuštena, odnosno na osnovu prakse na nivou Vrhovnog suda, prema kojoj se oprečna mišljenja pridružuju presudi i u jednom sudskom sistemu u jednoj zemlji prakse u vezi sa istim pitanjem ne bi trebalo da budu drukčije.

U stvari, publicitet oprečnog mišljenja odgovara materijalizaciji načela transparentnosti i odgovornosti u pravdi, da ne pominjem individualnu odgovornost i nezavisnost sudija u presuđivanju. U tom pogledu je od najvišeg značaja da se naglasi mišljenje br. 11 (2008) Konsultativnog saveta evropskih sudija (CCJE) na pažnju Komitetu ministara Saveta Evrope o kvalitetu sudskih odluka, od 18. decembra 2008. godine, doneto u Strazburu, odnosno tačke 51 i 52 („51. U nekim zemljama sudije mogu dati saglasno ili oprečno mišljenje. U tim slučajevima oprečno mišljenje se ima objaviti sa mišljenjem većine. Sudije otuda izražavaju svoje puno ili delimično neslaganje sa odlukom donetom od strane većine sudija koji su doneli odluku i razloge za svoje neslaganje ili da tvrde da odluka koju je doneo sud može i treba da se zasniva na drugim osnovama od onih usvojenih. Ovo može doprineti poboljšanju sadržaja odluke i može pomoći kako u razumevanju odluke tako i u evoluciji zakona. 52. Oprečno mišljenje treba da bude propisno obrazloženo, da održava način kako je sudija ocenio činjenice i zakon“).

U istom mišljenju CCJE, konačni deo „preporuke“ pod o), može se pročitati „Oprečna mišljenja sudija, kada su dopuštena, mogu doprineti poboljšanju sadržaja odluke i mogu da pomognu i u razumevanju odluke i evolucije zakona. Ova mišljenja bi trebalo da budu propisno obrazložena i trebalo bi da se objave“.

*

Sada kada je to rečeno dato je objašnjenje zašto podnosilac prilaže uz presudu, i čini javnim, oprečno mišljenje.

Sam pokušaj u okviru PKZK-a ima svoj pravni okvir definisan u članu 20. stav 1. PKZK-a, „Lice koje umišljajno preduzme direktne korake ka izvršenju krivičnog dela, ali delo nije dovršeno ili ne budu ispunjeni nameravani elementi krivičnog dela, izvršilo je pokušaj krivičnog dela“ koji je trenutno definisan u članu 28. stav 1. KZK, „Lice koje umišljajno preduzme korake ka izvršenju krivičnog dela, ali delo nije dovršeno ili one budu ispunjeni svi elementi krivičnog dela, izvršilo je pokušaj krivičnog dela“. Osim manjih promena u izražavanju zakonodavca definicija ostaje ista.

Ali ako neko kaže da je formulacija u definiciji pokušaja ostala, u suštini, ista iz Privremenog krivičnog zakonika Kosova (član 20) u trenutni Krivični zakonik Kosova (član 28) to više nije slučaj u pogledu formulacije koju je izabrao zakonodavac u vezi sa uslovima za kažnjavanje pokušaja.

Po mišljenju potpisnika oni ne bi trebalo da budu kažnjeni, uz svo dužno poštovanje različitog mišljenja, došlo je do pogrešnog tumačenja člana 20. stav .2 PKZK-a. Oprečno mišljenje je proizašlo iz tumačenja člana 20. stav 2. ZKPK-a, odnosno da li ovaj pokušaj može da se smatra kažnjivim, uzevši u obzir odredbe utvrđene u napred pomenutom članu ali i činjenicu da je minimalna zatvorska kazna predviđena za krivična dela od 3 meseca do 5 godina zatvora, član 268. stav 1. PKZK, što je relevantan vremenski okvir kažnjavanja za ovu stvar.

Ostali članovi veća su zasnovali svoj stav na sudskoj praksi Kosova, odnosno (u vezi sa članom 20. stav 2. PKZK) „kako Kosovo tumači ovu odredbu i to da li je moguće osuditi nekoga na tri godine zatvora; to je sudska praksa Apelacionog suda i razumevanje na Kosovu“ i „tako je to prihvaćeno u kosovskoj praksi, tri godine nije minimalna kazna, već da li je moguće osuditi nekoga na tri godine i u ovom slučaju imamo do pet godina, dakle prema praksi na Kosovu to je moguće“. Kao što je rečeno, shodno odredbi datoj u članu 471. stav 4, potpisnik nije glasao za kaznu jer oni nije bio u obavezi da to učini.

Što se tiče sudskih praksi na koje su se pozvali, većina predmeta u Apelacionom sudu je doneto prema novom zakoniku, ne ranije, ali svrha ovog oprečnog mišljenja je objasniti zašto bi razumevanje trebalo da se promeni, jer je sama sudska praksa podložna evoluciji, što zahteva da bude osporena kada se smatra nužnim.

Pomenuto je u novom zakoniku jer se promenilo formulisanje od strane zakonodavca u vezi sa slučajevima u kojima je pokušaj kažnjiv.

Kao što je rečeno ranije, ranije je glasilo (član 20 stav 2 PKZK), „kažnjivo kaznom zatvora od najmanje tri godine“. Sada je zakonodavac koristio drugačiju formulaciju „krivično delo za koje se može izreći kazna od tri ili više godina biće kažnjivo“ (član 28. Stav 2 KZK).

Od suštinske važnosti je primetiti da je zakonodavac promenio formulaciju:

A) sa apstraktnog „kažnjivo“ na konkretnije „za koje se može izreći kazna od tri ili više godina“, sa predviđene apstraktne kazne promenjeno je u kazna se može izreći;

B) izraz „najmanje“ se više ne koristi – što je obično povezano sa apstraktnom odredbom, kao što je bilo, kažnjivo najmanje.

Reči imaju precizno značenje.

Promena formulacije zakona promenila je i izraz „najmanje“ nije korišćen uzaludno, on precizno znači ono što bukvalno kaže, samo, „Pokušaj da se izvrši krivično delo kažnjivo zatvorskom kaznom od najmanje tri godine biće kažnjiv. Na primer, na način kako je izraz „najmanje“ korišćen u članu 20. stav 2, nije korišćen u članu 90. stav 5. u kojem se reč „kažnjivo“ koristi ali ne i izraz „najmanje“. Ovo mora da ima značenje, sudska praksa se ne može razviti na osnovu pretpostavke da zakonodavac nije znao kako da se izrazi ili da nije bio dosledan u korišćenju reči.

Tumač zakona mora da pretpostavi da je zakonodavac znao kako da izrazi svoje ideje ali takođe i da je zakonodavac bio dosledan u formulisanju.

Sudska praksa na koju su se pozvali drugi članovi veća znači u praksi da je zakonodavac želeo da kazni sve pokušaje krivičnih dela u kojima je moguće osuditi na tri godine zatvora, iako to nije napisano u zakonu.

To nije ono što je zakonodavac želeo jer za druge predmete zakonodavac izjavljuje da „pokušaj će biti kažnjiv samo ako je izričito predviđeno zakonom, član 20. stav 2. Zato je zakonodavac, na primer, u slučaju krivičnog dela krađe (u članu 252. stav 1. PKZK, utvrđeno je da je kažnjivo novčanom kaznom ili zatvorskom kaznom do tri godine“) predvideo u stavu 2. krivičnog dela da „Pokušaj krivičnog dela predviđenog u stavu 1. ovog člana biće kažnjen“.

Ako je tumačenje sudske prakse na koje su se pozvali ispravno onda to znači da je zakonodavac nedosledan...ili ne zna opšte pravilo: u slučaju krađe može se izreći zatvorska kazna od 3 godine, zašto je zakonodavac morao da kaže u članu 252. stav 2. da će pokušaj biti kažnjen? – Ukratko, sudsku praksu na koju su se pozvali ili razumevanje koje je u njenoj osnovi potpisnik ne može da prihvati. To je protivno slovu zakona, protiv upravo pokazane doslednosti zakonodavca, ne samo sa članom 90. stav 5. već i sa članom 252. stav 2. PKZK.

Još jedan argument koji mora da se odbije jeste zaključak da sudska praksa proizvedena prema novom zakoniku važi, na neki način *ipso facto*, za slučajeve podložne drugom zakoniku, privremenom. Tumačenje je uvek tumačenje date odredbe u kojoj se svaka reč računa i kako je objašnjeno ranije formulisanje iz člana 20. stav 2. privremenog zakonika i člana 28. stav 2. trenutnog zakonika se bitno promenilo. To mora da ima značenje...

Takođe mora da se uzme u obzir načelo zakonitosti. Većina veća se saglasila da je ovaj pokušaj kažnjiv, jer su ispunjeni uslovi da se kazni pokušaj, prema njihovom razumevanju, tumačenju, odredbe sadržane u članu 20. stav 2. PKZK-a, smatrajući ga takođe tumačenjem utvrđenim sudskom praksom na Kosovu, odnosno na šta se odnosi izraz „kažnjivo zatvorskom kaznom od najmanje tri godine“, na način da je ekvivalentan „izrazu u kojem se može izreći kazna zatvora od tri godine“, da se kaže da će pokušaj biti kažnjiv iako nije izričito predviđen zakonom, iako to nije izričito predviđeno zakonom, što znači da će takođe biti kažnjiv svaki pokušaj ako je *maksimalna* kazna zatvora predviđena za krivično delo preko tri godine i, ukratko, na takav način, kazna zatvora od tri godine se može izreći.

Kao što je upravo rečeno, potpisnik nije saglasan, kao što je objašnjeno, ne samo zato što postoji retroaktivna primena sudske prakse, već i zato što dole

potpisani veruje da je takvo razumevanje protivno načelu zakonitosti, jer mora da se primeni ne samo na elemente koji čine krivično delo već i na ostale pravne uslove u vezi sa njegovim kažnjavanjem, odnosno na njihovo tumačenje. U slučaju sumnje ili nedoumice tumačenje protiv okrivljenog se ne može prihvatiti kako je utvrđeno u članu 1. stav 3. PKZK-a „Definicija krivičnog dela će biti strogo tumačena i tumačenje putem analogije nije dozvoljeno. U slučaju nedoumice, definicija krivičnog dela će biti određena tako da bude najpovoljnija po osobu protiv koje se vodi krivični postupak“.

Na kraju, i imajući u vidu razlike u formulisanju između dve verzije zakonika, onda važi načelo najpovoljnijeg zakona (iako to ne bi trebalo biti potrebno jer je zakon koji treba da se primeni onaj na snazi u vreme kada je izvršeno krivično delo, to je opšte pravilo, izuzetak je u slučaju kada je kasniji zakon povoljniji – član 2. stavovi 1, odnosno 2).

*

Iz napred pomenutih razloga:

Po mišljenju potpisnika, okrivljeni Sh.B i A.M. je trebalo da budu oslobođeni jer prema članu 364. stav 1.1 ZKPK, „delo za koje se okrivljeni tereti ne predstavlja krivično delo“, jer ovaj pokušaj ucene nije kažnjiv, u skladu sa članovima 20. stav 1. i članovi 2. i 268. stav 1. PKZK. Postoji pravni uslov za kažnjavanje pokušaja koji u ovom slučaju nije prisutan, element „kažnjivo kaznom zatvora od najmanje tri godine“, a kao *minimum* utvrđen za krivično delo je tri meseca.

Zakonodavac privremenog krivičnog zakonika je u to vreme smatrao da je prag za intervenciju krivičnog sistema pravde bio pokušaj krivičnog dela kažnjiv sa *minimum* 3 godine, bez obzira na slučajeve u kojima je kazna za pokušaj predviđena samim krivičnim delom, „Pokušaj da se izvrši krivično delo kažnjivo kaznom zatvora od najmanje tri godine biće kažnjivo dok će u pogledu drugih krivičnih dela pokušaj biti kažnjiv samo ako je izričito predviđeno zakonom“ (član 20. stav 2. PKZK – kao primer dat ranije sa članom 252. stav 2. za krivično delo krađe).

Zakonodavac je u međuvremenu promenio uslov za kažnjavanje pokušaja jer sada član 28. stav 2. KZK glasi da „Pokušaj krivičnog dela koje je kažnjivo kaznom u trajanju od najmanje tri godine je kažnjiv. Pokušaj drugog krivičnog dela je kažnjiv samo ukoliko je to predviđeno zakonom“. U novoj formulaciji je jasno da je zakonodavac promenio kriterijum, sada kazna može biti izrečena u okviru *minimuma i maksimuma* utvrđenog u krivičnom delu („za koje može da se izrekne kazna od tri ili više godina“), dok je ranije postojala *minimalna* kazna predviđena za krivično delo („kažnjivo zatvorskom kaznom od najmanje tri godine“).

Samim tim u vreme činjenica pokušaj ucene nije bilo kažnjivo krivično delo, jer je nedostajao objektivni uslov za njegovo kriminalno kažnjavanje.

Činjenice mogu biti predmet društvenog negodovanja ali ne i krivičnog jer je odgovor sistema krivične pravde *ultima ratio* svakog društva za regulisanje odnosa između lica i na zakonodavcu je da donese odluke o kriminalnoj politici i da odluči šta potpada van okvira nečega što se smatra prihvatljivim.

Kao što je rečeno, ovih dana bi veoma slična radnja bila krivično delo jer je ispunjen uslov „za koji se može izreći kazna od tri ili više godina“.

Na osnovu napred navedenih razloga okrivljeni Sh.B. i A.M. bi trebalo da budu oslobođeni, shodno članu 364. stav 1.1 ZKPK, „Delo za koje se okrivljeni tereti ne predstavlja krivično delo“ – ili, bolje reći, ne predstavlja kažnjivo krivično delo.

Sačinjeno u Prištini 8. decembra 2014. godine,

Predsedavajući sudija

(EULEX sudija Jorge Martins Ribeiro)