

УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

Начело *ne bis in idem*

(мастер рад)

Ментор:
Проф. др Саша Кнежевић

Студент:
Јелена Веселиновић
бр.инд. М 002/15-О

Ниш, 2016.

САДРЖАЈ

УВОД	1
I Појам начела <i>ne bis in idem</i>	3
1. Међународна регулатива.....	4
2. Национална регулатива	8
3. Дејство начела <i>ne bis in idem</i>	11
3.1. Забрана двоструке угрожености и понављање поступка	14
4. Тумачење појма <i>idem</i>	15
4.1. Различити приступи Европског суда за људска права у тумачењу појма <i>idem</i>	17
4.2. Тумачење појма <i>idem</i> у пракси судова Републике Србије	23
5. Тумачење појма <i>bis</i>	26
II Стандарди Европског суда за људска права.....	29
6. Појам „кривичне оптужбе“	30
7. „Енгел“ критеријуми	31
7.1. Класификација дела према националном законодавству	32
7.2. Природа дела	33
7.3. Степен тежине казне.....	39
III Емпиријско истраживање.....	43
8. Опис истраживања	43
9. Предмет истраживања	45
10. Циљ и задаци истраживања	45
11. Хипотезе које су проверене истраживањем	45
12. Узорак и метод истраживања	45
13. Анализа резултата истраживања	46
ЗАКЉУЧАК	51
ЛИТЕРАТУРА.....	54
САЖЕТАК.....	59
БИОГРАФИЈА.....	61
ПРИЛОЗИ	62

УВОД

Самим вођењем кривичног поступка угрожена су многа људска права, те њихова заштита добија посебан значај у кривичноправним стварима. Готово сви међународноправни документи, као и домаћи нормативни извори, почев од Устава, као највишег правног акта, прописују начела чији је циљ да обезбеде правну сигурност у кривичном поступку. Начело *ne bis in idem* у континенталном праву схвата се као једно од тих начела и представља гаранцију правне сигурности. *Ne bis in idem* значи забрану поновног суђења истом окривљеном против кога је за исто кривично дело већ правноснажно окончан кривични поступак и забрану да се против једног лица једновремено воде два кривична поступка, што значи да лица против којих је неки казнени поступак правноснажно окончан, морају бити ослобођена неизвесности од поновног покретања кривичног поступка за исто дело.

Начело *ne bis in idem* је са развојем друштва и правне науке еволуирало, мењајући своју садржину. Данас је утемељено у најзначајнијим међународноправним документима из области заштите људских права и у одредбама националних процесних закона многих земаља.

Рад се, најпре, бави теоријском анализом начела *ne bis in idem*, појмом начела, историјским развојем, његовим саставним елементима и дејством. Потом, аутор даје краћи преглед норми међународних правних инструмената донетих у оквиру универзалних и регионалних међународних организација, као и националне регулативе начела *ne bis in idem*, уз критичку анализу наведене реглементације. Централни део рада посвећен је пракси Европског суда за људска права и упознавању са стандардима које поставља овај Суд приликом аутономног тумачења Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода. Затим, упоређивањем са праксом судова Републике Србије, кроз анализу одлука, које се односе на наведено питање, биће указано на одређене трендове који прате праксу ових судова. Истраживачки део рада даје статистички преглед и анализу добијених резултата и указаће на проблеме који владају у нашем правном систему услед сличности у прописивању јавноправних деликата са сличним објективним обележјима у њиховим бићима. Након обраде предметне проблематике, у завршном делу рада, аутор ће дати сугестије о могућим решењима, чијим уважавањем би се смањило

потенцијално нарушавање правне сигурности због двоструке угрожености и постигли циљеви којима се тежи начелом *ne bis in idem*.

I ПОЈАМ НАЧЕЛА *NE BIS IN IDEM*

Римско процесно право грађено је на систему *legis actiones*. Случај било грађанске или кривичне природе, могао је бити изнет пред суд само једном и није било могућности да се понови судски поступак. Гај је у својим *Institutiones* навео следећу мисао: „*bis in eadem re ne fit actio*“, која означава забрану за тужиоца да подигне тужбу за исту ствар.¹ У време Јустинијана, задржан је само *exceptio rei judicatae*, односно могућност окривљеног да се у својој одбрани позове на пресуђену ствар, чиме је спречено вођење другог поступка заснованог на истом чињеничном стању. То је оправдавано претпоставком да прва пресуда „говори истину“. Овим римским приступом забране двоструког гоњења исте особе за исто понашање инспирисано је европско право које почива на максими *res judicata pro veritate habetur*.² Потреба за заштитом појединца према државној власти јавља се са трансформацијом кривичног права из приватног у јавно, па је тако *Habeas corpus act* из 1679. године изричито захтевао да треба спречавати неправедно проузроковање потешкоћа поновним затварањем људи за исто дело. Значење забране *ne bis in idem* губило је на тежини увођењем позитивистичких идеја у кривично право, које се свODE на тезу да је за санкционисање учиниоца одлучујуће то колико је он опасан, а не колико је опасан његов поједини поступак.³ Своју уставну гаранцију ово начело добија 1791. године, у Петом амандману уз Устав САД из 1791. године, који припада тзв. Повељи о правима (*Bill of rights*).

Начело *ne bis in idem* оправдава се разлозима правичности и правне сигурности и представља саставни део савремених устава и међународних правних докумената, који га сврставају под основна људска права. Назива се често и начело „забране двоструке угрожености“. Поједини аутори залажу се за употребу овог термина уз објашњење да принцип *ne bis in idem* значи забрану поновног суђења истом окривљеном против кога је за исто кривично дело већ правноснажно окончан кривични поступак и забрану да се против једног лица једновремено воде два кривична поступка за исто кривично дело, те

¹ Гај: *Институције*, Београд 1982., стр. 290-291

² J. Lelieur, 'Transnationalising' *Ne Bis In Idem: How the Rule of Ne Bis In Idem Reveals the Principle of Personal Legal Certainty* (2013), преузето 20.09.2016.

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2334882

³ И. Беле, В. Јакулин, *Ne bis in idem, Правни живот*, бр.9/2007, стр. 182.

због ове друге забране термини попут „забране понављања кривичног поступка“ не би били адекватни.⁴

Док се у англосаксонском систему заштита од *double jeopardy* (двоструког гоњења) схвата као основно право појединца, начело *ne bis in idem* у континенталном правном систему, осим темељног људског права, представља и јемство правне сигурности, у смислу да штити и ауторитет правноснажне судске одлуке, али и ауторитет органа који је ту одлуку донео.⁵ Дакле, *ratio* начела *ne bis in idem* је вишезначајно: штити појединца од државног *ius puniendi*, након што је против њега већ вођен кривични поступак и претпоставка је правичном суђењу, док се са друге стране поштовањем правноснажних судских одлука у виду *res iudicata* остварује правна сигурност грађана и „штити правни систем и држава у целости“⁶. Анализом садржине начела закључујемо да се ради о две забране: *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa* (против исте особе не могу се водити два кривична поступка због истог дела) и *nemo debet bis puniri pro uno delicto* (нико не сме два пута бити кажњен за исто дело).

1. Међународна регулатива начела *ne bis in idem*

Начело *ne bis in idem* уведено је као право појединца у међународним инструментима који штите људска права. Забрана *ne bis in idem* прокламована је у бројним ратификованим међународним конвенцијама којима се штите људска права и основне слободе.

Међународни пакта о грађанским и политичким правима⁷ прописује да „нико не може бити гоњен или кажњен због кривичног дела у вези с којим је већ био ослобођен кривице или осуђен правноснажном пресудом према закону и кривичном поступку сваке земље“, док је Одбор за људска права Уједињених народа дао је тумачење да чл. 14. ст. 7. овог

⁴ В. Ђурђић, Међународни стандарди и заштита људских права у кривичном поступку, *Уставне и међународне гаранције људских права*: зборник радова, 2008, стр. 199.

⁵ Е. Ивичевић Карас, *Поводом пресуде Еуропског суда за људска права у предмету Марести против Хрватске- анализа могућег утјецаја на реформу прекршајног права у Републици Хрватској* (2009) преузето:25.09.2016.

https://www.pravo.unizg.hr/_download/repository/Zbornik_s_III._specijalistickog_savjetovanja.pdf

⁶ А.Гарачић, М.Гргић, *Ne bis in idem* (у законима, конвенцијама и судској пракси) (2008), преузето 30.09.2016.године;http://www.vsrh.hr/custompages/static/hrv/files/agaracic_ne-bis-in-idem_opatija_zagreb_2008.pdf

⁷ УН, 2200А (XXI) 16.12.1966.

Пакта забрањује двоструку осуду за исто понашање само у случајевима када се лицу судило у истој држави, па се тиме релативизира учинак начела *ne bis in idem* у међународном праву.

Дејство начела *ne bis in idem* релативизирано је самом одредбом Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода⁸ (у даљем тексту и: ЕКЉП, Конвенција) у чл. 4. ст. 1. Протокола бр. 7, која прописује да се никоме не може поновно судити нити се може казнити у кривичном поступку исте државе за кривично дело за које је већ правноснажно ослобођен или осуђен у складу са законом или кривичним поступком те државе, дакле не и друге државе.

ЕКЉП није садржала одредбу која прописује ово начело, већ је оно уређено Протоколом бр. 7 уз Конвенцију (чл. 4.), који је прихватио само мањи број држава чланица (њих 25). Протокол бр. 7 уз ЕКЉП усвојен је 1984. године. Позадина његовог доношења била је жеља да се заштита људских права прошири тако да се у ЕКЉП укључе и неке одредбе Међународног пакта о грађанским и политичким правима. Чланом 4. ст. 2. Протокола бр. 7. уз ЕКЉП предвиђено је да одредбе из ст. 1. не спречавају поновно покретање поступка у складу са законом и кривичним поступком дотичне државе ако постоје докази о новим или новооткривеним чињеницама, или ако је у претходном поступку дошло до битних повреда које су могле утицати на његов исход. Иако на први поглед из ове одредбе произилази да начело *ne bis in idem* не забрањује могућност истовременог или сукцесивног вођења два поступка, од којих један није кривични, аутономним тумачењем појма казне и казненог поступка, пракса Европског суда за људска права у Стразбуру (у даљем тексту и: ЕСЉП, Европски суд, Суд) је установила да и поступци, који у националном праву нису одређени као кривични, могу ући у подручје примене чл. 4. Протокола 7. Наиме, пракса ЕСЉП има шире схватање појма „кривични“ од категоризације у националном правом, па иако су прописана као друге врсте кажњивих дела, многа дела могу потпасти под појам „кривична“ према стандардима ЕСЉП. Како се наведени члан ЕКЉП традиционално повезује за правом на правични поступак, то се Европски суд приликом испитивања да ли је дошло до повреде чл. 4. Протокола бр. 7. позива на своју праксу везану за одређивање појма „кривичне оптужбе“.

⁸ Савет Европе, F-67075, 04.11.1950

За разлику од Међународног пакта о грађанским и политичким правима, Протокол бр. 7 уз ЕКЉП предвиђа могућност изузетака од начела *ne bis in idem*, који морају бити предвиђени законом, будући да начело *ne bis in idem* важи у прилог осуђеној особи и не сме се користити против ње у смислу забране понављања поступка због чињеничних или правних разлога.⁹ Услови су: постојање доказа о новим или новооткривеним чињеницама, или постојање битних повреда у претходном поступку које су могле утицати на одлуку суда. Међутим, у теорији постоје и схватања да, иако Међународни пакт о грађанским и политичким правима не предвиђа изузетке од начела *ne bis in idem*, то не значи да он не допушта такве изузетке.

Статути међународних кривичних судова забрањују двоструко суђење пред међународним кривичним судом, али и пред националним судовима. Ипак, постоје изузеци у корист међународних кривичних судова, као нпр. изузеци предвиђени Римским статутом Међународног кривичног суда¹⁰ (чл. 20. ст. 3.) односе на случајеве када је поступак пред другим судом вођен ради заштите неке особе од одговорности за дела из надлежности Међународног кривичног суда, или пак ако је поступак вођен противно одредбама правичног поступка.¹¹ Осим у наведеним случајевима, према статутима *ad hoc* кривичних судова за бившу Југославију¹² (чл. 10. ст. 2. т. а.) и Руанду¹³ (чл. 9. ст. 2. т. а.), изузетак је предвиђен и за случајеве када је дело у поступку пред националним кривичним судом било квалификовано као обично кривично дело, а не као међународни злочин.¹⁴ Још један проблем око поделе надлежности, који је више теоријске природе, јесте између

⁹ Одређене земље су приликом ратификације Протокола 7 уз ЕКЉП ставиле резерве, Тако, Аустрија, Немачка, Француска и Португал у својим ратификационим инструментима садрже одредбу којом ограничавају примену чл. 4. Протокола бр. 7 тиме што не дозвољавају да се термини „кривично дело“ и „кривични поступак“ схватају шире од онога како је то прописано националним законодавством, односно, искључују из поља примене чл. 4. Протокола бр. 7 дисциплинске или управне поступке. Међутим, ЕСЉП у *Gradinger* пресуди није прихватио наведену резерву Аустрије.

¹⁰ Ступио на снагу 01.07.2002. године

¹¹ Поједини аутори наводе да се овде не ради о одступању од начела *ne bis in idem*, јер је први поступак био само привидан и имао је за циљ изигравање међународноправне кривичне одговорности. (Види: И.Беле и В.Јакулин, *op.cit.*, стр.195)

¹² Статут Међународног кривичног суда за бившу Југославију, усвојен 25.05.1993. резолуцијом бр. 827

¹³ Статут Међународног кривичног суда за Руанду, усвојен 08.11.1994. године, резолуцијом бр. 955

¹⁴ Како то на примеру убиства појашњавају И.Беле и В.Јакулин (Види: И.Беле и В.Јакулин, *op.cit.*, стр.194), ако је појединац већ био изведен пред суд поједине земље, али је његов поступак био означен као обично кривично дело, а касније му за тешко кршење међународног хуманитарног права суди још и међународни суд, ни овде се не одступа се од начела *ne bis in idem*, јер убиство није ни чињенични ни правни *idem* геноцида.

Међународног кривичног суда и Међународног кривичног суда за бившу Југославију. Наиме, статутом Међународног кривичног суда јасно је прописано да се ниједном лицу не суди пред другим судом за кривично дело наведено у чл. 5. Статута, за које је овај суд већ осудио или ослободио, док кривични суд за бившу Југославију не садржи такву одредбу, с обзиром да у време настанка статута овог суда није постојао ниједан међународни кривични суд чија би надлежност била у колизији са његовим надлежностима.

Начело *ne bis in idem* предвиђају и бројни документи донети у оквиру Европске Уније. Конвенцијом о имплементацији Шенгенског уговора¹⁵ (у даљем тексту и: CISA) у чл. 54. прописано је да особа чији је поступак правоснажно окончан у једној од страна уговорница¹⁶ не може бити казнено гоњена у другој страни уговорници за исте радње под условом да је изречена казна, да је извршена, управо се извршава или се више не може извршити по законима државе уговорнице која је изрекла. Уговором из Амстердама Шенгенски *acquis* интегрисан је у правни оквир Европске уније.

Чланом 50. Повеље о основним правима ЕУ¹⁷ гарантовано је да се никоме не може поново судити, нити може бити поново осуђен у кривичном поступку за дело за које је у Унији већ био коначно ослобођен или осуђен у складу са законом.

Примећујемо да Повеља уже регулише поље примене начела говорећи о кривичном делу и наглашавајући кривични поступак. Поред тога, у члану 50. Повеље помињу се само правоснажне ослобађајуће и осуђујуће пресуде, док је Суд правде ЕУ тумачењем члана 54. CISA поред наведених пресуда обухватио и вансудске нагодбе између јавног тужиоца и окривљеног, као и одлуке јавног тужиоца о одустајању од гоњења.¹⁸ Али зато, Повеља брише разлику између националног и транснационалног *ne bis in idem*, подразумева једнакост у примени начела без обзира да ли је реч о поступцима који се воде у истој или у различитим државама.

Чланом 9. Европске конвенције о екстрадицији из 1957. године такође је регулисано начело *ne bis in idem*, тако што је забрањено изручење ако су надлежни органи замољене

¹⁵ Конвенција о имплементацији Шенгенског споразума од 14.06.1985. године

¹⁶ Реч је о странама уговорницама, а не о државама чланицама, јер је круг држава обвезаних Конвенцијом шири од круга држава чланица.

¹⁷ Повеља о основним правима ЕУ, 2010/С 83/02, објављена 07.12.2000. године

¹⁸ И.Илић, Дејство начела *ne bis in idem* у европском правном простору, у: П.Димитријевић (ур.) *Заштита људских и мањинских права у европском правном простору*-тематски зборник радова, 2011, стр.625.

државе већ правноснажно осудили лице за дело због којег се тражи изручење или су донели одлуку да не покрену или обуставе кривично гоњење.

2. Национална регулатива начела *ne bis in idem*

Устав Републике Србије¹⁹, као једно од основних начела људских права и слобода везаних за правну сигурност у казненом праву, у чл. 34. ст. 4., принцип *ne bis in idem* дефинише тако да нико не може бити гоњен ни кажњен за кривично дело за које је правноснажном пресудом ослобођен или осуђен или за које је оптужба правноснажно одбијена или поступак правноснажно обустављен, нити судска одлука може бити измењена на штету окривљеног у поступку по ванредном правном леку, а ова уставна одредба даље прописује да истим забранама подлеже вођење поступка за неко друго кажњиво дело.

Некадашњи Устав СРЈ из 1992. године (који је био на снази до почетка 2003. године) и који је први подигао забрану двоструке угрожености на ранг уставног начела, регулисао је ово начело на идентичан начин као и садашњи Устав из 2006. године. Устав СРЈ из 1992. године је начелу *ne bis in idem* дао ранг уставног начела и није оставио никакву могућност да се законом предвиди било какво одступање од њега. И пре овог Устава је у југословенском кривичном процесном праву постојао принцип *ne bis in idem*, али не као уставно већ као законско начело и тада је законодавац од њега могао предвиђати одређена одступања, од којих је најдрастичније било оно које је дозвољавало понављање кривичног поступка на штету окривљеног после правноснажне пресуде или решења о обустави поступка.²⁰

Законик о кривичном поступку²¹ (у даљем тексту: ЗКП) прописује да нико не може бити гоњен за кривично дело за које је одлуком суда правноснажно ослобођен или осуђен или за које је оптужба правноснажно одбијена или је поступак правноснажно обустављен, као и да правноснажна судска одлука не може бити измењена на штету окривљеног.

Ако упоредимо кривичнопроцесно законодавство Републике Србије са међународним кривичнопроцесним документима, закључујемо да нормативни израз забране двоструке

¹⁹ Устав Републике Србије, Службени гласник Републике Србије бр 98/2006

²⁰ М. Грубач, Т. Васиљевић, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Београд, 2014, стр. 42

²¹ Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014

угрожености надмашује међународне стандарде. Првенствено, наш нормативни систем иде шире од ЕКЈП у погледу одлука на које се односи забрана двоструке угрожености. Док се у ЕКЈП наводе само мериторне одлуке, којима је правноснажно ослобођено или осуђено лице, у нашем систему се примена шири и на процесне одлуке, када је поступак правноснажно обустављен или је оптужни акт правноснажно одбијен. То су случајеви из чл. 422. ЗКП-а,²² када се оптужба одбија и доноси решење о обустави поступка, које се доноси само када материјалноправни разлози спречавају поступак или када постоје трајне процесне сметње за кривично гоњење. У случају привремених и отклоњивих сметњи,²³ поступак се окончава на начин који омогућава његово евентуално поновно вођење, када се за то испуне потребни процесни и фактички услови.

Значајна разлика између регулативе овог начела у нашој земљи и ЕКЈП, јесте то да, док Конвенција не забрањује понављање поступка на штету окривљеног, у нашој законској реглементацији је то изричито забрањено. Оваквим решењем правосудним органима отежана је улога и јавни тужилац теже одустаје од кривичног гоњења, принуђен је да ради другачије и доста обазривије, с обзиром да мора да пронађе све доказе о кривизи окривљеног до завршетка поступка.

Осврнућемо се и на секторску регулативу начела *ne bis in idem* у националном законодавству и релацијама које постоје између ЗКП-а, Закона о прекршајима²⁴ и Закона о привредним преступима²⁵. Чланом 63. ст. 3. Кривичног законика прописано је да затвор или новчана казна коју је осуђени издржао, односно платио за прекршај или привредни преступ, као и казна или дисциплинска мера лишења слободе коју је издржао због повреде војне дисциплине урачунава се у казну изречену за кривично дело чија обележја обухватају и обележја прекршаја, привредног преступа, односно повреде војне дисциплине. Само ово правило указује на распрострањеност праксе да се против једног

²² Члан 422. ЗКП-а прописује да се пресуда којом се оптужба одбија изриче ако је: 1) тужилац од започињања до завршетка главног претреса одустао од оптужбе или је оштећени одустао од предлога за гоњење; 2) оптужени за исто кривично дело већ правноснажно осуђен, ослобођен од оптужбе или је оптужба против њега правноснажно одбијена или је поступак против њега обустављен правноснажном одлуком суда; 3) оптужени актом амнестије или помиловања ослобођен од кривичног гоњења, или се гоњење не може предузети због застарелости или неке друге околности које трајно искључују кривично гоњење.

²³ Нпр., у случају непостојања одобрења за кривично гоњење

²⁴ Закон о прекршајима, *Службени гласник РС*, бр. 65/2013 и 13/2016

²⁵ Закон о привредним преступима, "Сл. лист СФРЈ", бр. 4/77, 36/77 - испр., 14/85, 10/86 (пречишћен текст), 74/87, 57/89 и 3/90 и "Сл. лист СРЈ", бр. 27/92, 16/93, 31/93, 41/93, 50/93, 24/94, 28/96 и 64/2001 и "Сл. гласник РС", бр. 101/2005 - др. закон

лица поводом истог догађаја несметано води више поступака. Сматра се да једино казне за дисциплинске преступе, због њихове особене правне природе, не могу бити урачунате у казну изречену за тежи јавноправни деликт, него би паралелно могле да постоје (дисциплинске казне према војним лицима, међутим, чак и код њих, за најтеже дисциплинске казне које могу бити повезане са лишењем слободе, казна окривљеном због повреде војне дисциплине се урачунава у казну за кривично дело које обухвата обележја дисциплинског преступа).²⁶

У Закону о прекршајима стоји забрана поновног суђења у истој ствари, прописана у чл. 8. Овим чланом је забрањено поновно суђење или поновно изрицање прекршајне санкције лицу о коме је већ правноснажно одлучено. Одредбом чл. 14. Закона о привредним преступима предвиђено је да одговорно лице које је правноснажно оглашено кривим за кривично дело које има обележја привредног преступа неће се казнити за привредни преступ. Околност да је окривљено правно, односно одговорно лице претходно одговарало за прекршај са елементима привредног преступа има значај утолико што се, у смислу одредбе чл. 26а Закона о привредним преступима, казна коју је правно, односно одговорно лице платило за прекршај урачунава у казну изречену за привредни преступ. Ово само у случају када је прекршајни поступак против учиниоца (правног или одговорног лица) окончан осуђујућом пресудом и окривљеном изречена новчана казна, коју је притом окривљени платио. С друге стране, одредбом чл. 8. Закона о прекршајима предвиђено је да против учиниоца прекршаја који је у кривичном поступку правноснажно оглашен кривим за кривично дело које обухвата и обележја прекршаја не може се за тај прекршај покренути поступак, а ако је покренут или је у току, не може се наставити и довршити, док се против учиниоца прекршаја који је у поступку по привредном преступу оглашен одговорним за привредни преступ који обухвата и обележја прекршаја не може за тај прекршај покренути поступак, а ако је покренут или је у току, не може се наставити и довршити. Наиме, извршилац привредног преступа који је већ правноснажно оглашен кривим за кривично дело које има обележја привредног преступа неће се казнити за тај привредни преступ, а учинилац прекршаја који је оглашен одговорним за привредни преступ који има обележја прекршаја неће одговарати за тај прекршај. Ово из разлога што

²⁶ Н. Мрвић-Петровић, Поштовање начела *ne bis in idem* при суђењу за сличне прекршаје и кривична дела, *Журнал за криминалистику и право*, Београд, 2014, стр.29

привредно-преступна одговорност представља ширу одговорност од прекршајне одговорности, а кривична одговорност је шира од привредно-преступне. Разлог за такво поступање огледа се у томе што кривично дело у себи апсорбује и сва обележја привредног преступа, а привредни преступ у себи апсорбује сва обележја прекршаја. Само у том случају и само из тог разлога забрањује се поновно кажњавање ових учинилаца, док извршен прекршај као блажи облик казнене одговорности не може у себи апсорбовати привредно-преступну одговорност и не може се учинилац привредног преступа ослободити од одговорности за извршен привредни преступ зато што је претходно одговарао за прекршај са тим обележјима.²⁷ Начело *ne bis in idem* у привредном поступку има другачију природу и другачији значај од оног који ово начело има у кривичном поступку. Одредбом чл. 14. Закона о привредним преступима је предвиђено само то да се одговорно лице које је правноснажно оглашено кривим за кривично дело које има обележја привредног преступа неће казнити за привредни преступ. Дакле, забрана *ne bis in idem* постоји само ако је одговорно лице у кривичном поступку оглашено кривим за кривично дело са обележјима привредног преступа, а не и у случају када је правноснажно ослобођено од оптужбе или је оптужба одбијена или кривични поступак правноснажно обустављен, како је то предвиђено одредбом чл. 4 ЗКП-а.

3. Дејство начела *ne bis in idem*

Сврха начела *ne bis in idem* је да, кроз поштовање *res judicata*, штити окривљеног и његову потребу да поступак остави иза себе и ужива правну сигурност. За одговор на питање о двострукости поступака од значаја је правилно сагледавање правноснажног окончања поступка тј. да ли се ради о *res iudicata* (када никаква редовна правна средства нису могућа тј. када су она искоришћена или је прекорачен рок за њихово изјављивање). Унутрашњим правом уређује се систем правних лекова, али у изграђивању тог система државе су ограничене обавезом поштовања међународних правних стандарда. Начело забране двоструке угрожености подигнуто је тако на ниво основних људских права и слобода. Забрана двоструке угрожености уведена је из разлога правне сигурности.

²⁷ Одговори на питања привредних судова који су утврђени на седници Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда одржаној дана 12.11.2013. и 14.11.2013. године и на седници Одељења за привредне преступе и управно-рачунске спорове одржаној дана 6.11.2013. године - Судска пракса привредних судова - Билтен бр. 3/2013

Насупрот захтеву правне сигурности стоји захтев да суд донесе правичну и закониту пресуду, која је заснована на истини. Средње решење било би релативизација начела *ne bis in idem*, али оно би засигурно отворило врата арбитрарности у овој области. Како се у кривичном поступку од стране органа поступка могу јавити пропусти, а излазећи у сусрет захтеву законитости, од начела *ne bis in idem* се одступа у случају када је ванредни правни лек могуће изјавити против правноснажне одлуке суда. Стога, начело *ne bis in idem* има релативно, а не апсолутно дејство. Прво, могу се побијати правноснажне судске одлуке када је то у корист окривљеног. Друго, у одређеним случајевима, поводом ванредног правног лека, може се поново водити кривични поступак против неког лица за исто кривично дело (нпр. улагање захтева за заштиту законитости), с тим што у таквим случајевима, када је ванредни правни лек подигнут на штету окривљеног и када се утврди да је основан, одлука суда има декларативно дејство (утврђујућа пресуда).²⁸ Поставља се питање колико је овакав приступ оправдан имајући у виду да је управо декларативна пресуда у случају подношења захтева за заштиту законитости сигуран доказ да је повређено начело материјалне истине и да је само дата констатација о томе да постоји повреда закона, али се не дира у правноснажност оспорене судске одлуке.²⁹ Реализација начела *ne bis in idem* у пуном опсегу онемогућавала би понављање кривичног поступка, чак и у случајевима да се, по правноснажности, појаве нове чињенице и докази, што би нужно ограничило утврђивање истине. Са друге стране, прешироко постављена могућност понављања кривичног поступка девалвирала би интересе правне сигурности и права окривљеног.³⁰

Поред ових, значајно је и територијално ограничење. Начело *ne bis in idem* подразумева да се поступак против истог лица не може водити за исто кривично дело ако му је у истој држави већ суђено (национални, интерни *ne bis in idem*) или му је суђено у другој држави или пред међународним судом (транснационални *ne bis in idem*.) У већини европских држава учинци начела *ne bis in idem* ограничени су на национални правни поредак. То значи да се приликом одлучивања о примени овог начела узимају у обзир само одлуке

²⁸ С. Бован, Методски потенцијали херменеутичког прагматизма у разумевању и примени начела *ne bis in idem*, *Crimen*, бр. 1, 2014, стр. 63

²⁹ *Ibid.*

³⁰ С. Кнежевић, Забрана двоструке угрожености и људска права окривљеног, *Правни живот*, бр.9/2007, стр. 757.

домаћих судова, односно других надлежних органа. Међународни пакт о грађанским и политичким правима у чл. 14. ст. 7. прописује национално дејство начела *ne bis in idem*, као и ЕКЉП у чл. 4. ст. 1. Протокола 7, којим је примена начела *ne bis in idem* сужена на судове предметне државе и није обавезујућа за друге државе. Из формулација чл. 4. Протокола 7 ЕКЉП произилази да се забрана понављања кривичног поступка примењује само на нове поступке у истој држави. Дакле, осуда или ослобођење немају интернационални *res judicata* ефекат.³¹

Земље чланице Европске уније, иако повезане у ову заједницу, махом су задржале национални *ne bis in idem*, односно, поштују ово начело само ако је реч о домаћој одлуци. Ипак, постоје и земље које признају *res judicata* дејство и страним судским одлукама, попут оних који почивају на *common law* систему, али пример су и Холандија и Шпанија.³² Чињеница да је одређеном лицу већ суђено пред судом друге државе за конкретно кривично дело може представљати или апсолутну или релативну сметњу за поновно гоњење (гоњење се условљава додатно одговарајућим одобрењем надлежног органа).

Одступање од начела *ne bis in idem* предвиђено је у чл. 10. ст. 2. Статута Међународног кривичног суда где се поступак пред тим судом може водити и после правноснажно спроведеног поступка пред домаћим судом ако је оптуженом било суђено за обично кривично дело уместо за кривично дело против међународног хуманитарног права или ако је поступање националног суда било пристрасно или није било независно и прописно или је било усмерено на заштиту оптуженог од међународне кривичне одговорности.³³

Када говоримо о дејству начела забране двоструке угрожености важно је поменути (не)могућност дерогације истог. За разлику од одредаба Међународног пакта о грађанским и политичким правима, ЕКЉП не дозвољава дерогацију чл. 4. Протокола 7 под условима прописаним чл. 15. ЕКЉП за одступања у ванредним околностима и тиме потврђује

³¹ J. E.A. Skoghøy, *The Prohibition Against Repeated Criminal Proceedings* (2012) преузето 30.09.2016. <http://www.scandinavianlaw.se/pdf/51-22.pdf>

³² M. Wasmeier, *The principle of ne bis in idem* (2006) преузето 20.08.2016. <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2006-1-page-121.htm>

³³ Занимљиво је да се у САД за исто „кажњиво понашање“ које је прописано као кривично дело како према прописима конкретне државе, тако и на савезном нивоу, лице које је учинило такво кривично дело може да одговара за њега и буде кажњено како пред судом конкретне државе, тако и на савезном нивоу, што је суштински противно начелној забрани да му се два пута суди за исто кривично дело. У САД сматра се да се у таквом случају не ради о формално истом кривичном делу, већ да је учинилац истом радњом учинио два кривична дела, једно које је прописано на нивоу државе и друго које је савезног карактера. Види: М.Шкулић, *Начело опортунитета кривичног гоњења и (не)деловање начела ne bis in idem*

важност овог начела као једног од темељних принципа којима се штите основна права појединца.

3.1. *Забрана двоструке угрожености и понављање поступка*

Уставом Републике Србије у чл. 34. ст. 5. предвиђено је да је понављање поступка, изузетно, допуштено у складу с казним прописима, ако се открију докази о новим чињеницама које су, да су биле познате у време суђења, могле битно да утичу на његов исход или ако је у ранијем поступку дошло до битне повреде која је могла утицати на његов исход. На први поглед, посматрајући само овај цитирани став, може се извести закључак да Устав дозвољава понављање кривичног поступка и на штету окривљеног. Међутим, ако се вратимо на претходни став истог члана који гарантује да „нико не може бити гоњен ни кажњен за кривично дело за које је правноснажном пресудом ослобођен или осуђен или за које је оптужба правноснажно одбијена или поступак правноснажно обустављен, нити судска одлука може бити измењена на штету окривљеног у поступку по ванредном правном леку...“ закључујемо да изузетак у погледу понављања поступка ипак може бити само у корист окривљеног. У прилог томе говори и начелно правило да се ниво достигнутих људских права не сме снижавати, а неспорно је да је раније важећи Устав Србије из 1990. године забрањивао мењање правноснажне одлуке на штету окривљеног.³⁴

Поједини аутори³⁵ првенствено разграничавају разлику између понављања поступка на штету појединца и доношење одлуке на штету појединца и истичу да то не значи исто. Могуће је дозволити активно легитимисаним субјектима права на ванредни правни лек иницирање понављања поступка на штету окривљеног, али забранити да суд у том поступку измени своју ранију одлуку на штету окривљеног. Дакле, неспорно је да се поводом ванредних правних лекова може поновити поступак, али је током трајања поступка неизванредно његов исход, те се не може са сигурношћу рећи да ли се поступак понавља у корист или на штету окривљеног. Оно што је сигурно јесте да се једном донета одлука не сме изменити на штету окривљеног. Можемо слободно рећи да је уставном

³⁴ М. Шкулић, *Начело опортунитета кривичног гоњења и (не)деловање начела ne bis in idem* (2015), преузето 30.09.2016. <http://www.propisionline.com/Informator/Article/11209>

³⁵ И. Илић, *Забрана двоструке угрожености и понављање кривичног поступка на штету окривљеног*, *Зборник радова- Косовска Митровица*, Правни факултет, стр. 358.

формулацијом дозвољено понављање поступка и у корист и на штету окривљеног, а да се колизија између захтева да је допуштено изјављивање правног лека на штету окривљеног и супротног захтева да судска одлука по том правном леку не може бити на његову штету, решава тзв. декларативним судским одлукама.³⁶

Члан 4. ст. 2 Протокола 7 ЕКЈП предвиђа два изузетка од овог начела. Први случај је када постоје докази или новооткривене чињенице, а други, ако је дошло до битне повреде кривичног поступка што је могло утицати на његов исход. Тада је оправдано поновити поступак у складу са законом предметне државе. Примећујемо да овим међународним документом није ограничено понављање поступка само ако је у корист окривљеног, као што је то случај са нашим правом.

4. Тумачење појма „*idem*“

Стандард *ne bis in idem* је комплексан и захтеван за тумачење. У теорији кривичнопроцесног права, поједини аутори доста критички приступају овом начелу, наводећи да „води у логички ћорсокак, који потиче од скривене основне премисе, које учесници у судском поступку нису свесни, а односи се на независно постојање „ствари“ *per se*, праћене двема различитим правним квалификацијама једног, наводно, кривичног догађаја“³⁷ Истиче се и Кантово схватање, да стварност не постоји објективно као таква, већ само онако како је ми доживљавамо.³⁸

Питање утврђивања идентитета дела је можда и кључно питање, с обзиром на то да се једним друштвено неприхватљивим понашањем могу истовремено угрозити различита заштићена добра, те остварити обележја два или више кажњивих дела која могу бити у надлежности истог или различитих органа гоњења исте државе. Проблеми који настају у дефинисању *idem* огледају се у ставу да ли је за примену начела одлучан идентитет правних квалификација или је довољан идентитет чињеница. Последице избора су знатне, будући да исте чињенице могу бити различито квалификоване у различитим државама, чак и да дела имају исто име, елементи дела могу се значајно разликовати. Оправдано

³⁶ В.Ђурђић, *Ne bis in idem*, *Правна ријеч*, бр.19 Бањалука, 2009, стр. 436.

³⁷ Б. Зупанчић, *Ne bis in idem (забрана поновног суђења за исто дело) la belle dame sans merci* (2011) преузето: 20.08.2016. http://www.ius.bg.ac.rs/crimenjournal/articles/crimen_002-2011/crimen_002-2011_01.zupancic.pdf

³⁸ С. Бован, *op.cit.*, стр. 68.

поједини аутори³⁹ постављају питања да ли је идентитет чињеница довољан или мора бити допуњен корективним критеријумима (идентитетом заштићених правних добара, морају ли чињенице бити у потпуности исте или су могућа и одређена одступања и слично). На националном плану различитих држава прихваћена су другачија решења, те се не може говорити о постојању заједничких стандарда. На међународном плану приступ овом питању је такође различит. Тако се у Међународном пакту о грађанским и политичким правима у чл. 14. ст. 1., као и у чл. 50. Повеље о основним слободама и правима ЕУ, акценат ставља на „истовестност повреде“, у Америчкој конвенцији о људским правима у чл. 8. ст. 4. ради се о „истим чињеницама“ тј. „истом узроку“, Конвенција о спровођењу шенгенског споразума забрањује кривично гоњење за „иста дела“ у чл. 54, док се у Статуту Међународног кривичног суда у чл. 20. говори о „истим конститутивним радњама“.⁴⁰ Суд правде Европске уније и ЕСЈП у својој новијој судској пракси определили су се за *idem factum* приступ.

Свој став о овом питању Суд правде ЕУ заузео је у пресуди *Leopold Henri Van Esbroeck*⁴¹. Своје објашњење утемељио је на језичком тумачењу чл. 54. CISA у којем је реч о „истим радњама“, што представља основну разлику у односу на одредбе чл. 14. Међународног пакта о грађанским и политичким правима и чл. 4. Протокола 7. ЕКЈП, које користе израз „кривично дело“, што претпоставља да је за примену начела *ne bis in idem* по тим међународним документима потребна иста правна квалификација. Тумачење које би захтевало идентитет правних квалификација и заштићених правних добара, створило би онолико препрека слободном кретању особа колико је различитих кривичноправних система, односно колико је земаља уговорница, што би било противно циљу чл. 54 CISA. Из тог разлога, Суд правде се определио за идентитет чињеница које види као „идентитет материјалних радњи, схваћених у смислу постојања скупа конкретних околности које су међусобно нераскидиво повезане...те околности морају бити повезане с обзиром на време, место и садржај“⁴². Чињенично утемељеним приступом Суд правде дао је аутономно тумачење тог дела одредбе чл. 54. CISA-е, чиме је избегнута

³⁹ Види: З. Бурић, Начело *ne bis in idem* у еуропском казненом праву- правни извори и судска пракса Еуропског суда, *Зборник Правног факултета у Београду*, вол.60,бр.3-4, 2010. стр. 821.

⁴⁰ Case 50124/13, *Milenkovic v Serbia*, para.

⁴¹ Case C-436/04, *Leopold Henri Van Esbroeck*

⁴² *Ibid*, para. 36-38

правна несигурност због различитости националних правних система.⁴³ Дакле, тумачећи став Суда правде, закључујемо да чак ни сам идентитет не мора бити потпун. „Суд је увео појам „нераскидивог јединства” чињеница које могу бити предмет двају поступака у различитим странама уговорницама. Тај концепт омогућује проширивање опсега *ne bis in idem* и на оне случајеве у којима не постоји потпуни идентитет чињеница, све док различите чињенице у различитим поступцима чине просторно, временско и садржајно „нераскидиво јединство”. О томе да је ли степен повезаности различитих чињеница толики да не раскида њихово јединство, одлучује национални суд на темељу оцене чињеничног стања конкретног случаја.“⁴⁴

Што се тиче ЕСЉП исти је кроз развој своје судске праксе у односу на идентитет дела, примењивао неколико различитих приступа. Након одлуке Суда правде ЕУ у случају *Van Straaten*⁴⁵, ЕСЉП је, свестан потребе за консолидацијом своје досадашње праксе, јасно заузео став и одлучио за идентитет чињеница у смислу *idem* у пресуди *Zolotukhin v Russia*,⁴⁶ која тежи разјашњењу и усклађивању правног положаја свих грађана. Поставља се питање како је ЕСЉП оправдао свој нови приступ? Врло дискретно истакнувши да је дотадашњи приступ превише рестриктиван по питању права појединаца. Без даљег објашњења. Постојање неколико приступа овом питању створило је правну неизвесност на коју је ЕСЉП указао у наведеном предмету.

4.1. Различити приступи ЕСЉП у тумачењу појма *idem*

Посматрајући развој праксе ЕСЉП можемо уочити својеврсна лутања и да се она мењала тако да су се издвојила три различита приступа по питању тумачења појма *idem*.⁴⁷

Први приступ (примењен у предмету *Gradinger v Austria*⁴⁸) фокусира се на „исто понашање” (*idem factum*) подносиоца представке, без обзира на правну квалификацију тог понашања. У овом предмету подносиатељка представке осуђена је пред судом своје државе за кривично дело изазивања саобраћајне несреће са смртним исходом. У том поступку

⁴³ З. Бурић, *op.cit.*, стр. 843.

⁴⁴ З. Бурић, *op.cit.*, стр. 849

⁴⁵ Case C-150/05, *Jean Leon Van Straaten*

⁴⁶ Case 14939/03, *Sergey Zolotukhin v Russia*

⁴⁷ С. Живковић, Основна начела прекршајног поступка и пракса Европског суда за људска права, *Билтен Врховног касационог суда*, бр. 2/2011, стр.229-230.

⁴⁸ Case 15963/90, *Gradinger v Austria*

уопште није узета у обзир, као отежавајућа околност, чињеница да је апликанткиња возила под дејством алкохола. Након правноснажне судске одлуке, откривени су нови докази те је спроведен и прекршајни поступак када јој је, иако је већ осуђена по основу истог чињеничног стања у кривичном поступку, изречена и казна за вожњу у пијаном стању. ЕСЈП је закључио да је овде повређено начело *ne bis in idem*, јер прекршај представља само један аспект кривичног дела и јер су обе одлуке засноване на истом чињеничном стању (истом понашању).⁴⁹ ЕСЈП истакао је да чињеница да је иста околност, алкохолисаност, различито тумачена у два одвојена поступка, не може лишити лице заштите коју му пружа начело забране двоструке угрожености.

Други приступ полази од претпоставке да је понашање окривљеног, које доводи до кривичног гоњења исто, али указује да исто понашање може да представља извршење неколико дела (*concoure idéal d'infractions*; идеални стицај кривичних дела), за које је могуће судити у одвојеним поступцима (примењен у предмету *Oliveira v Switzerland*⁵⁰). У овом предмету подносиатељка представке била је осуђена најпре прекршајно због пребрзе вожње и губитка контроле над возилом, а затим и кривично због проузроковања тешке телесне повреде из нехата. Урачунавање прекршајне казне у казну изречену за кривично дело искључило је постојање двоструке казне за исто дело, али су ипак према осуђеној сукцесивно била вођена два казнена поступка. Упркос другачијем ставу који је раније заузео у сличном случају *Gradinger v Austria*, ЕСЈП је у случају *Oliveira* утврдио да постоји привидни идеални стицај по основу конзумације између прекршаја и кривичног дела за које је она била осуђена и да у тој ситуацији не постоји повреда забране двоструке угрожености, ако би учинилац био осуђен најпре за једно, а потом и за друго дело са сличним обележјима. Кључни аргумент суда био је да се тада може сматрати да се ради о „једном делу које чине два одвојена деликта“, а не о „истом понашању“.⁵¹ Овај случај, иако представља погрешан корак ЕСЈП, издвојио је као критеријум оцене за примену начела *ne bis in idem* и вредности које се штите, поред чињеничног стања. ЕСЈП је у својој одлуци констатовао да је надлежност управног органа који је одлучивао у овом случају била ограничена и да у конкретном предмету различити аспекти истог догађаја

⁴⁹ Case 15963/90, *Gradinger v Austria*, para.55

⁵⁰ Case 25711/94, *Oliveira v Switzerland*

⁵¹ *Ibid*, para. 26

подразумевају другачију правну квалификацију, односно заштиту различитих правних вредности.⁵²

Трећи приступ ставља акценат на „основне елементе“ два дела (примењен у предмету *Franz Fischer v Austria*⁵³) и мада начелно не искључује могућност вишеструког гоњења у случају идеалног стицаја, ЕСЉП утврдио је повреду *ne bis in idem* јер се два дела нису разликовала у „основним елементима“, те је једно дело обухватало друго. У овом предмету апликант је, управљајући возилом под дејством алкохола, ударио у бициклисту који је подлегао повредама. Прекршајно је кажњен новчаном казном и ова казна је укључила и казну због управљања возилом под дејством алкохола. Након тога, кривично је осуђен на казну затвора због изазивања саобраћајне несреће са смртним исходом управљајући возилом у пијаном стању. Европски суд за људска права је у овом предмету имао неуспели покушај уједначавања своје праксе, с обзиром да се радило о предмету који је чињенично сличан *Gradinger* случају. Исти је утврдио да у случајевима када једно понашање испуњава обележја више кажњивих дела, односно, када се различита кажњива дела сукцесивно процесуирају као резултат истог понашања, кључно питање је да ли та дела имају „исте битне елементе“, дакле, неће бити повреде чл. 4. Протокола бр. 7 ако се та кажњива дела разликују у својим битним елементима. Суд је потврдио да чл. 4 Протокола бр. 7 толерише кривично гоњење за неколико дела која произилазе из истог криминалног понашања (*concoeurs idéal d'infractions*). Међутим, будући да би било неспојиво с овом одредбом када би подносиоцу било поново суђено или изречена казна за дела која су само „номинално различита“, Суд је изнео став да би требало извршити допунску процену у правцу утврђивања да ли таква дела имају исте „битне елементе“.⁵⁴ У

⁵² С.Бован, *op.cit.*, стр. 66-67

⁵³ Case 37950/97, *Franz Fischer v Austria*

⁵⁴ У конкретном случају прекршај управљања возилом у алкохолисаном стању и кривично дело нехатно изазивање смрти под утицајем алкохола имају исте „битне елементе“ те је утврђена повреда забране двоструке угрожености. Да се којим случајем ради о делима која се само незнатно преклапају у својим „битним“ елементима, не би било сметње да се гони за свако од њих понаособ. Суд је нашао да су и у *Gradinger* и у *Oliveira* случају, два поступка базирана на истом чињеничном основу- саобраћајној несрећи. У *Gradinger* случају, апликант је прво осуђен од стране кривичног суда због нехатног изазивања тешке саобраћајне несреће са смртним исходом, али није узета као отежавајућа околност чињеница да је лице одговорно за изазивање саобраћајне незгоде возило под дејством алкохола, иако је неспорно да је имао 0,8 г алкохола у крви. Потом је осуђен у прекршајном поступку због вожње у пијаном стању због 0,8г алкохола у крви. У *Oliveira* случају апликант је прво осуђен прекршајно због вожње неприлагођеном брзином, а потом кривично због наносења тешке телесне повреде. И док је у случају *Gradinger* нашао повреду чл. 4. Протокола 7, наводећи да је у оба поступка реч о истом делу, базираном на истом понашању, у *Oliveira*

пресуди *Fischer* ЕСЈП нагласио је и да примена начела забране двоструке угрожености није условљена редоследом поступака, као и да су земље уговорнице слободне у избору да ли ће лице гонити прекршајно или кривично.⁵⁵

Пресуда којом је коначно разрешен казуистички приступ ЕСЈП поводом питања *ne bis in idem* јесте одлука ЕСЈП у случају *Zolotukhin* где је утврдио да постојање разних приступа производи правну несигурност некомпатибилну са основним правом да се два пута не може кривично гонити за исто дело. У предмету *Sergey Zolotukhin v Russia* против подносиоца представке покренут је прекршајни поступак на основу чињеница које су се тичале кршења јавног реда у виду упућивања псовки припадницима полиције и физичког контакта гурањем једног од двојице припадника полиције. На истим чињеницама је заснована и оптужба због кршења Кривичног законика. ЕСЈП нашао је повреду начела *ne bis in idem* јер је кривично дело због којег је против подносиоца био вођен кривични поступак у потпуности обухватило чињенице које су чиниле прекршај за који је подносилац раније био кажњен, па се по ставу ЕСЈП радило о битно истим чињеницама. У ставу 84. наведене пресуде прецизира то на следећи начин: „Суд се у своме испитивању треба стога усредсредити на оне чињенице које представљају скуп конкретних чињеничних околности које укључују истог окривљеног и које су нераздвојно повезане у времену и простору, а чије постојање треба доказати како би се осигурала осуђујућа пресуда или покренуо кривични поступак.“ Чињенице у ова два поступка су се

случају суд није нашао повреду чл. 4. Протокола 7. сматрајући да представља типичан пример када једно дело конституише више повреда, и тиме није повређен чл.4. Протокола 7. јер он забрањује само да се лицима суди за исту повреду, исто дело два пута. Европски суд за људска права појаснио је то на следећи начин:

„Суд истиче да постоје случајеви у којима, на први поглед, изгледа да постоји више од једне повреде, али дубље испитивање показује да лице само због једног дела треба да буде процесуирано, јер конзумира остале повреде закона садржане у другим делима. Очигледан пример би био када једно понашање ствара два дела, од којих једно садржи идентичне елементе које садржи и друго, плус неке додатне. Дакле, када су различите повреде закона базиране на истом понашању процесуиране сукцесивно, једна након коначног пресуђења друге, Суд треба да испита да ли те повреде имају исте битне елементе ... И то је оно што разликује *Gradinger* случај од *Oliveira*. У случају *Gradinger* битни елементи прекршајног дела управљања возилом у пијаном стању нису се разликовали од оних који конституишу отежавајуће околности кривичног дела, управљања возилом под дејством алкохола, док у случају *Oliveira* није било тако очигледног преклапања битних елемената дела.

...Суд примећује да постоје два разлике између случаја *Gradinger* и *Fischer* : поступци су вођени обрнутим редоследом и није било недоследности између фактичке процене прекршајног и кривичног суда, оба суда су утврдила да је подносилац представке имао у крви ниво алкохола изнад 0,8 грама по литру. “ Види: *Franz Fischer v Austria*, para. 25-30

⁵⁵ *Ibid*, para. 30-31

разликовале само у једном елементу, претњи силом која у првом поступку није била помињана. Стога, чињенице на којима се темеље два дела су једини параметар за поређење, због чега аргумент државе да је постојала разлика у тежини запређених казни није релевантан за процену идентитета дела.

Дакле, *idem* представља објективни и субјективни идентитет. Објективни идентитет (*eadem res*) постоји ако је истоветан чињенични основ између правноснажно пресуђене и новоутужене кривичне ствари. Суд је, приликом процене да ли је реч о пресуђеној кривичној ствари, везан кривичним догађајем, а не правном квалификацијом кривичног дела које се окривљеном ставља на терет.⁵⁶ То значи да правна квалификација дела које се учиниоцу у два поступка ставља на терет није битна, једнако као ни идентитет заштићених правних добара, битне су чињенице које чине историјски догађај *per se*.⁵⁷ Процена постојања идентичности чињеничног стања фактичке је природе, те је тешко утврдити неке начелне критеријуме. Поред идентитета самог догађаја, неопходан је и идентитет учиниоца. Субјективни идентитет (*eadem persona*) постоји уколико је новоутужено лице оно које је у раније правноснажно окончаном кривичном поступку имало својство окривљеног. У случају измене облика кривице или промене само доприноса окривљеног у извршењу кривичног дела у новоутуженој кривичној ствари (нпр. у новоутуженој кривичној ствари јавља се у својству подстрекача, насупротив ранијем оптужењу као истог лица као извршиоца истог кривичног дела) субјективни идентитет остаје очуван. Одлучујуће је да ли је особи у два поступка стављено на терет исто или у битном исто чињенично стање, односно да ли се ради о идентичним чињеницама или чињеницама које су суштински исте. ЕСЉП је дао суптилну критику дотадашњег приступа, који је акценат стављао на правно одређење два дела, да је превише рестриктиван за права појединца.

Примери из новије судске праксе ЕСЉП на које често указују наши судови у својим пресудама, приликом испитивања да ли је реч о истом делу, јесу случајеви *Maresti v Croatia*,⁵⁸ *Muslija v Bosnia and Herzegovina*,⁵⁹ а посебно битан случај за нас јесте пресуда

⁵⁶ С. Кнежевић, *op.cit.*, стр.766

⁵⁷ Case 14939/03, *Sergey Zolotukhin v Russia* § 82

⁵⁸ Case 55759/07 *Maresti v Croatia*

⁵⁹ Case 32042/11, *Muslija v Bosnia and Herzegovina*

ЕСЛЈП у предмету *Milenkovic v Serbia*,⁶⁰ с обзиром да се ради о првој пресуди по овом питању донетој против Републике Србије. У предмету *Maresti v Croatia*, ЕСЛЈП је испитивао да ли је повређена забрана двоструке угрожености тиме што је подносилац представке након правноснажно окончаног поступка у коме је осуђен на 40 дана затвора, због нарочито дрског и непристојног понашања на јавном месту, покренут кривични поступак за исти догађај и у њему је подносилац представке осуђен на безусловну казну затвора за кривично дело тешка телесна повреда. У овом случају, суд је нашао да различита природа деликата и другачија бића прекршаја против јавног реда и мира и кривичног дела тешке телесне повреде нису препрека за оцену да се ради о „истом понашању“ због чега је установио да постоји повреда забране двоструког суђења у истој ствари.⁶¹

Европски суд за људска права је у предмету *Muslija v Bosnia and Herzegovina* сматрао неприхватљивим закључак Уставног суда Босне и Херцеговине да, иако је подносилац представке у прекршајном и кривичном поступку осуђен поводом истог инцидента, да начело забране двоструке угрожености није повређено, јер су дела различита по својој природи и намери.⁶² Наиме, у овом предмету подносилац представке је прво оглашен кривим од стране прекршајног суда зато што је физички напао своју бившу супругу у њеном стану и неколико пута је ударио у главу и наставио да је удара по телу, док је потом у кривичном поступку оглашен кривим за кривично дело тешке телесне повреде због тога што је ухватио бившу супругу рукама у пределу врата и више пута је ударио песницом у предео главе, стомака и лица. Како се очигледно радило о истом догађају и истим чињеница, ЕСЛЈП нашао је повреду начела *ne bis in idem*, док је „додатне критеријуме“ Уставног суда, као што су природа дела и намера, сматрао неприхватљивим.

Своју праксу ЕСЛЈП је потврдио и у најновијој пресуди и то у случају против наше земље. Подносилац представке, господин Миленковић, у прекршајном поступку је

⁶⁰ Case 50124/13, *Milenkovic v Serbia*

⁶¹ Суд је упоређивао чињенице које је у својој пресуди утврдио прекршајни суд и оне које постоје у пресуди које је утврдио суд у кривичном поступку. С обзиром да је у правноснажној пресуди Прекршајног суда у Пајину подносилац захтева, између осталог, проглашен кривим и за физички напад на Д.Р., а због тог напада је проглашен кривим и за кривично дело у кривичном поступку, Суд је закључио да су у оба поступка подносиоцу захтева стављене на терет исте чињенице. ЕСЛЈП је упозорио на начелну неприхватљивост сукцесивног вођења прекршајног и кривичног поступка против исте особе, ако су у оба поступка учиниоцу стављене на терет исте чињенице.

⁶² Case 32042/11, *Muslija v Bosnia and Herzegovina*

кажњен због нарушавања јавног реда и мира, док се у кривичном поступку радило о казни за телесно повређивање. Европски суд у својој одлуци навео је да су се оба поступка односила на исти догађај и да су чињенице у оба поступка нераздвојиво повезане у истом простору и временском оквиру. Без обзира на правну квалификацију дела, физички напад, којим је оштећеном нанета повреда, представљао је елемент прекршаја за који је у домаћем поступку подносилац представке оглашен кривим. У кривичном поступку, подносиоцу представке је опет суђено и утврђено је да је крив због доношења тешке телесне повреде оштећеном. Према томе, јасно је да су се обе одлуке односиле на потпуно исти догађај и иста дела.⁶³ Европски суд је у овом случају истакао и да каснија амнестија такође нема утицаја на повреду принципа *ne bis in idem*.⁶⁴

Интересантно је поменути да и Б. Зупанчић, иако је и сам судија ЕСЈП, не подржава у потпуности приступ Европског суда овом проблему и по својим схватањима ближи је приступу који имају САД. Наиме, Зупанчић сматра да је у интересу друштва у целини да се казне различите повреде закона извршене једним идентичним догађајем, ако се различитим инкриминацијама жели спречити потпуно другачије зло или штета и да тада гоњење за исти догађај није забрањено.⁶⁵

4.2. Тумачење појма „*idem*“ у пракси судова Републике Србије

Ранију праксу судова Републике Србије карактерисало је испитивање заштитног објекта приликом утврђивања да ли је дошло до повреде начела забране двоструке угрожености.⁶⁶ Присутан је и ригидан приступ у коме су наши судови тражили апсолутну истоветност у описима чињеничних стања у два поступка, како би утврдили повреду начела *ne bis in idem*.⁶⁷ Врховни касациони суд је у једној од својих одлука навео да се не ради о пресуђеној ствари, односно, нема основа за доношење пресуде којом се одбија оптужба по том основу, ако се опис прекршаја у односу на који је вођен прекршајни

⁶³ Case 50124/13, *Milenkovic v Serbia*, para. 39, 40 и 41.

⁶⁴ *Ibid*, para. 47.

⁶⁵ Б.Зупанчић, *op.cit.*, стр. 175

⁶⁶ Нема повреде правила *ne bis in idem* у кривичном поступку због кривичног дела увреде када је због истог догађаја против окривљеног правноснажно окончан прекршајни поступак због прекршаја против јавног реда и мира, јер није реч о истом заштитном објекту (Пресуда Апелационог суда у Београду, Кж1. 2183/2012 од 9.10.2012. године)

⁶⁷ Види: Пресуда Апелационог суда у Нишу Кж.2334/11 од 07.10.2011. године

поступак против истог окривљеног, не односи на потпуно исти догађај и потпуно исте чињенице и радње окривљеног.⁶⁸

Након напред поменутих пресуда ЕСЈП, наши судови променили су донекле свој приступ приликом испитивања истоветности дела и прихватили стандарде Европског суда. Међутим, и поред директног указивања ЕСЈП на лошу праксу судова наше земље у случају *Milenkovic*, Уставни суд РС у својој најновијој пресуди наводи да „...Конкретно, један у основи јединствен догађај, који започиње као ремећење јавног реда и мира, а завршава као повреда телесног интегритета, може се временски и садржински сагледати као две засебне целине, односно као два различита чињенична стања, једно у прекршајном, а друго у кривичном поступку. У том случају учиниоцу не би у прекршајном и кривичном поступку биле стављене на терет исте чињенице, па не би дошло ни до повреде начела *ne bis in idem*.“⁶⁹ Примећујемо да је овај приступ Уставног суда РС близак ранијем приступу ЕСЈП исказаном у пресуди *Oliveira v Switzerland*, за који је сам ЕСЈП у каснијој *Zolotukhin* пресуди закључио да је погрешан.

Такође, Уставни суд РС и даље задржава свој ранији став у погледу вредности које се штите и истиче да непостојање јасног разграничења између кривичних дела и прекршаја у српском законодавству не сме да доведе до ситуације да у судској пракси пресуђена ствар у прекршајном поступку представља сметњу за прогон учинилаца кривичних дела. Уставни суд у својим одлукама акценат ставља на суштину кривичноправне заштите темељних друштвених вредности и наводи да се прекршајни судови морају ограничити на утврђивање оних чињеница, које чине биће прекршаја и да препусте кривичном суду да

⁶⁸ Пресуда Врховног Касационог суда, Кзз бр. 576/2014 од 26.6.2014. године. У овом предмету окривљени је правноснажно оглашен одговорним решењем Општинског органа за прекршаје због прекршаја из члана 6. став 3. тадашњег Закона о јавном реду и миру везано за догађај који се одиграо 26.10.2008. године у Б.П. у насељу П. јер је у дворишту Г.Ј. истог опсовао, а "... након тога З. прилази Г. где истог хвата за врат, а након тога десном руком удара Г. у пределу левог образа." Правноснажном пресудом Основног суда у В. К... од 11.12.2012. године окривљени З.М. оглашен је кривим, због извршеног кривичног дела лака телесна повреда везано за исти догађај који се одиграо 26.10.2008. године, у Б.П. у насељу П. јер је у дворишту оштећеног Г.Ј. истог „ударио ногом, на којој је носио ципеле у пределу леве потколенице, те је циглом и каменом гађао оштећеног Г.Ј. и два пута га погодио у пределу леђа и слабинског дела, наневши му на тај начин, средством подобним да тело тешко повреди и здравље наруши, лаку телесну повреду у виду нагњечења са крвним подливом у пределу десне подколенице, у слабинском седалном делу и десном слабинском пределу." Ако упоредимо описе чињеничних стања у оба поступка, закључујемо да се ради о чињеницама које су у суштини исте, и да је ова одлука била предмет испитивања пред ЕСЈП, исти би у складу са *Zolotukhin* пресудом, утврдио повреду начела *ne bis in idem*.

⁶⁹ Одлука Уставног суда Уж.бр. 11106/2013, од 19.05.2016. године, пара.6.22.

утврђује чињенице битне за постојање кривичног дела. Такође, стоји на становишту да се у случају правноснажне осуде за прекршаје који су по својој тежини на самој граници са кривичним делима (за које законодавац предвиђа казну затвора или високе новчане казне) искључује могућност накнадног вођења кривичног поступка за тзв. „лакша“ кривична дела за која се кривичним законодавством прописује као главна новчана казна или се по правилу изричу условне осуде.⁷⁰

Судови Републике Србије указују и на то да се уским тумачењем критеријума материјалног идентитета дела из пресуде *Zolotukhin* и заштитом конвенцијског начела *ne bis in idem*, могу угрозити претежније конвенцијске обавезе сваке државе чланице, а то је пре свих, заштита права жртве на живот и права на неповредивост телесног и душевног интегритета. Са таквом аргументацијом, поред утврђеног критеријума чињеничног идентитета дела, уводе и корективне критеријуме: 1) идентитет заштићеног добра и тежине последице дела и 2) идентитет санкције, како би се одговорило на питање да ли су дела због којих се подносилац уставне жалбе гони или је осуђен у различитим поступцима иста (*idem*).⁷¹ Апелациони суд у Нишу пореди прописане казне за прекршај и кривично дело и по томе утврђује кривичну конотацију санкције из прекршајног поступка.⁷²

Оваквим поступањем одлуке наших судова потенцијално могу бити предмет преиспитивања пред ЕСЉП, у случају да подносилац уставне жалбе, незадовољан одлуком Уставног суда, поднесе представку пред ЕСЉП. На тај начин, ако се применом корективних критеријума у оцени идентитета дела дође до закључака који су другачији од закључака до којих се долази применом установљених стандарда у пресуди *Zolotukhin*, ЕСЉП утврдиће повреду начела *ne bis in idem* и обавезаће Републику Србију на исплату накнаде нематеријалне штете и трошкова поступка подносиоцу представке.

⁷⁰ Одлука Уставног суда Уж.бр. 11106/2013, од 19.05.2016. године, пара.6.22.

⁷¹ *Ibid.* Види и пресуду Апелационог суда у Крагујевцу, Кж.бр. 1349/2015 од 18.11.2015. године, у којој овај суд и поред неспорне чињенице „да се ради о истом окривљеном и да је према окривљеном правноснажним решењем Прекршајног суда обустављен прекршајни поступак за исти животни догађај који је предмет оптужнице Основног јавног тужиоца“, при оцени да ли се ради о повреди начела *ne bis in idem*, поред утврђеног критеријума чињеничног идентитета дела такође испитује и додатне, корективне критеријуме, на које се позива и Уставни суд.

⁷² Пресуда Апелационог суда у Нишу Кж.1.бр.800/16 од 04.08.2016.године. Апелациони суд у Нишу пореди максималну запрећену казну за прекршај, која износи 10.000 динара са прописаном казном за квалификовани облик кривичног дела, која износи 2-10 година затвора и по томе закључује да прекршај нема кривичну конотацију.

5. Тумачење појма „bis“

Када је реч о тумачењу појма „bis“, прво питање које се поставља јесте које врсте судских одлука активирају дејство овог начела. Да ли су то само мериторне одлуке или и неке процесне одлуке, да ли се односи само на одлуке судских органа или и на одлуке неког другог правосудног или управног органа и низ сличних. Да би начело забране двоструке угрожености произвело своје дејство потребно је да су одлуке постале правноснажне (*res iudicata*) и да више не стоји на располагању ниједан редовни правни лек, или је странка исцрпела таква правна средства или је протекао рок у коме су могли бити искоришћени.

Правноснажност одлуке јавља се као формална и материјална правноснажност. Формално је правноснажна одлука која се више не може побијати редовним правним леком (ако су исти искоришћени, ако је протекао рок за жалбу или због одрицања права на жалбу или одустанка од жалбе) или против које жалба није ни допуштена по закону. Формална правноснажност може бити апсолутна, када одлуку не може побијати ниједан субјект жалбе или релативна, када једни субјекти жалбе исту могу побијати, а други не. Материјална правноснажност представља својство пресуђене кривичне ствари тј. да она ствара право у конкретном случају (то је позитивна функција материјалне правне снаге) које спречава поновно суђење у истој кривичној ствари и изрицање нове, истоветне или друкчије одлуке, односно, означава неопозивост и неизмењивост судске одлуке, спречава поновно суђење у истој кривичној ствари (то је негативна функција материјалне правне снаге). Ово друго својство поклапа се делом са начелом *ne bis in idem* и представља процесну сметњу. Материјалну правну снагу стиче само диспозитив судске одлуке, а не и образложење.⁷³

Циљ одредбе чл. 4. Протокола бр. 7 уз ЕКЉП јесте забранити поновно вођење кривичног поступка који је закључен правноснажном одлуком. Правноснажна је она одлука, која је стекла снагу *res iudicata*. То је случај кад је неопозива, што значи да нема више никаквих редовних правних средстава или су странке таква правна средства исцрпеле или су допустиле да протекне рок, без да су их искористиле.⁷⁴ Одлуке против

⁷³ В. Ђурђић, *op.cit.*, стр. 430

⁷⁴ Case 14939/03 *Zolotukhin v Russia*, para. 107, види и Case 50178/99, *Nikitin v Russia*, para. 37.

којих је дозвољена жалба искључене су из опсега јемства садржаног у чл. 4. Протокола бр. 7, све док не истекне рок за улагање такве жалбе. С друге стране, ванредна правна средства, као што су захтев за понављање поступка или захтев за продужење рока који је истекао, не утичу на правноснажност одлуке. Иако ова правна средства представљају наставак првог поступка, правноснажна природа одлуке не зависи од тога јесу ли иста искоришћена.⁷⁵

Док се у ЕКЉП наводе само мериторне одлуке, којима је правноснажно ослобођено или осуђено лице, у нашем систему се примена шири и на процесне одлуке, када је поступак правноснажно обустављен или је оптужни акт правноснажно одбијен. Међутим, и поред тога што је у нашем праву обухваћен шири спектар одлука које условљавају примену начела *ne bis in idem*, могу се јавити извесни проблеми.

Јасно је да начело *ne bis in idem* не обухвата одлуке јавног тужиоца, попут решења о одбацивању кривичне пријаве.⁷⁶ Такође, у случају отклоњивих сметњи, законодавац је предвидео решење о прекиду истраге или о одбацивању оптужнице, када се окривљени не може позивати на важење начела *ne bis in idem*. Међутим, законодавац не прописује забрану покретања поновног кривичног поступка у погледу којег је кривична пријава претходно одбачена, јер је јавни тужилац поступао у складу са начелом опортунитета кривичног гоњења, те је окривљени платио одређени износ у хуманитарне сврхе или се бавио одређеним друштвено-корисним радом и слично. Тада може доћи до апсурдне ситуације да јавни тужилац који је претходно одбацио кривичну пријаву, касније поново покрене кривични поступак у односу на исто лице за исто кривично дело. Ово би представљало неправично поступање и очигледну злоупотребу.

Сличан је случај и са споразумом о признању кривице. Споразум о признању кривичног дела може бити закључен од доношења наредбе о спровођењу истраге па до завршетка главног претреса, што значи да до одустанка јавног тужиоца од кривичног гоњења за одређено кривично дело, може доћи већ у фази истраге. Како наредба о

⁷⁵ Case 14939/03 *Zolotukhin v Russia*, para.108

⁷⁶ У праву Европске уније, Суд правде ЕУ је у случају Case C-187/01 and C-385/01, *Hüseyin Güzütok and Klaus Brügge* поред правноснажних одлука суда, одлучио да услов за примену начела *ne bis in idem* може бити и решење тужилаштва. Овај случај се односи на одлуку јавног тужиоца да обустави даље гоњење након испуњења обавезе осумњиченог утврђене њиховим међусобним споразумом и овом одлуком Суд правде ЕУ је Шенгенски правни систем поставио изнад устава држава чланица.

обустави истраге не представља једну од одлука прописаних чл. 4. ЗКП-а, то не производи *ne bis in idem* дејство и положај таквог окривљеног је само привремено решен. Споразум о признању кривице је могуће закључити и у скраћеном поступку, где и нема истраге, као и у општем кривичном поступку када се оптужница подиже непосредно, а могуће је да јавни тужилац одустане од кривичног гоњења решењем о одбацивању кривичне пријаве, одлуком која је типично процесне природе. Закључујемо да би окривљеном далеко више одговарало да буде оптужен за то дело, а да онда у каснијој фази кривичног поступка јавни тужилац одустане од њега, јер би то резултирало судском одлуком која производи дејство *ne bis in idem*. Окривљеном би са становишта правне сигурности одговарало и да се донесе решење о обустави кривичног поступка, али ЗКП међу разлоге за доношење таквог решења након што је оптужница већ подигнута (члан 338.), практично ни не сврстава одустанак јавног тужиоца од кривичног гоњења.⁷⁷

Чини се опортуним прихватање ширег одређења, које би у елемент „bis“ укључило, поред правноснажних судских одлука и остале одлуке којима је поступак коначно завршен, као и вансудске нагодбе у преткривичном поступку.⁷⁸

⁷⁷ М. Шкулић, *op.cit.*, стр. 25.

⁷⁸ И. Илић, *Дејство начела ne bis in idem у европском правном простору*, у: П.Димитријевић (ур.) *Заштита људских и мањинских права у европском правном простору-тематски зборник радова*, 2011, Ниш, стр. 628.

II СТАНДАРДИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Република Србија, као чланица Савета Европе, има обавезу да поштује ЕКЉП и примењују стандарде ЕСЉП, с обзиром да су општеприхваћена правила међународног права и потврђени међународни уговори саставни део правног поретка Републике Србије и непосредно се примењују, а да потврђени међународни уговори морају бити у складу са Уставом⁷⁹. У чл. 18. ст. 3. Устава РС прописано је да се одредбе о људским и мањинским правима тумаче у корист унапређења вредности демократског друштва, сагласно важећим међународним стандардима људских и мањинских права, као и пракси међународних институција које надзиру њихово спровођење.

Сваког месеца Суд у Стразбуру прими неколико хиљада представки у којима се појединци и институције жале на одлуке националних судова у грађанским и кривичним стварима. ЕСЉП нема надлежност да у случају повреде чланова Конвенције поново покрене поступак или да другачије утврди фактичко стање ствари или другачије примени материјално право на тако утврђено чињенично стање. Задатак ЕСЉП је да, у складу са жалбеним наводима подносиоца представке, испита да ли је поступак пред националним судом, у целини, био у складу са гаранцијама које прописује Конвенција. За разлику од националних инстанционих судова, ЕСЉП не испитује да ли је осуда оправдана, да ли је казна адекватна, да ли је накнада штете у складу са националним правом и слично. Чак и закључак ЕСЉП да национални поступак није био у складу са начелима правичног поступка, не може променити саму пресуду, односно исход националног поступка.⁸⁰

Улога ЕСЉП је да, кроз праксу, дефинише начела и стандарде са циљем њихове јединствене примену. Управо је ЕСЉП, тумачењем Конвенције, обликовао појам, дејство и обим примене *ne bis in idem* принципа. Практика ЕСЉП која се односи на чл. 4. Протокола бр. 7 има важан утицај на прихватање јединствених стандарда у примени начела, али оно што ограничава учинак овог суда јесте чињеница да нису све државе потписнице Протокола бр. 7.

Приликом утврђивања да ли је дошло до повреде начела *ne bis in idem*, ЕСЉП је поставио три питања: 1) да ли је у првом поступку окривљени био под кривичном

⁷⁹ чл. 16. ст.2.

⁸⁰ B.Rainey, E.Wicks, C.Ovey, *Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights*, Oxford, 2014, стр. 248.

оптужбом; 2) да ли су дела за која се подносилац представке гони иста и 3) да ли су вођена два кривична поступка. С обзиром да је у четвртом одељку овог рада било речи о тумачењу појма *idem*, а у петом о тумачењу појма *bis*, у овом делу рада биће појашњен само појам кривичне оптужбе.

6. Појам „кривичне оптужбе“

Као и у случају других одредаба ЕКЉП, појам „оптужбе“ који се користи у чл. 6. ст. 1 ЕКЉП има „аутономно“ значење и понекад захтева другачије тумачење од тумачења које нуде унутрашњи закони или националне власти.⁸¹ Појам „казнени поступак“ у тексту чл. 4. Протокола 7. мора се тумачити у светлу општих начела о одговарајућим појмовима „кривична оптужба“ и „казна“ из чл. 6. ЕКЉП.⁸²

У случају *Deweere v Belgium* ЕСЉП заузео је схватање да реч „оптужба“ треба да има суштинско пре него формално значење и да је потребно да иде даље од онога како ствари изгледају на површини и истражи реалност чињеница у вези са конкретним поступком. У овом предмету заузео је став да се „оптужба“ може дефинисати као „званично обавештење које надлежни орган власти даје појединцу о наводима да је то лице починило кривично дело“ или када „постоји ситуација која битно утиче на осумњиченог због постојања саме сумње“.⁸³ У конкретном случају, подносилац представке је прекршио извесне прописе о ценама на тржишту, те је наредбом тужиоца његова радња привремено затворена. Како се апликант нагодио, кривични поступак против њега никада није покренут. Међутим, ЕСЉП је сматрао, с обзиром на наведену дефиницију оптужбе, да је против подносиоца представке била поднета кривична оптужба.⁸⁴

Аутономно тумачење појма оптужбе од стране суда не спречава државе у свом настојању да декриминализују одређена кривична дела. Међутим, и тако декриминализована дела могу потпасти под аутономно тумачење појма оптужбе у случају да се нађу пред ЕСЉП.

⁸¹ Case 8269/78, *Adolf v Austria*, para.30

⁸² Case, 50124/13, *Milenkovic v Serbia*. para.32

⁸³ Case 6903/75, *Deweere v Belgium*, para.42, 46; Case 8130/78, *Eckle v Germany*, para. 73

⁸⁴ ЕСЉП је заузео став и да је особа која је задржана од стране полиције (у смислу полицијског задржавања од 48 сати) и положила заклетву пре него што је испитана као сведок, била под „кривичном оптужбом“ и имала је право да се брани ћутањем. Види: Case 1466/07, *Brusco v France*, para. 46-50

7. „Енгел“ критеријуми

Како је у питању појам који има аутономно значење, ЕСЉП је, у својој пракси, установио три критеријума, познатији као „Енгел критеријуми“, помоћу којих се испитује да ли се ради о оптужби за кривично дело.

У предмету *Engel and others v The Netherlands* припадници оружаних снага поднели су тужбу у вези са преступима, као што је одбијање послушности, које холандски закон квалификује као дисциплинске. Неки од њих су били смештени у дисциплинску јединицу, а остали кажњени казнама затвора, „лаког“, „тежег“ и „строгог“. ЕСЉП је у овом случају применио приступ од три корака како би се утврдило да ли се поступци у овом случају могу сматрати кривичним у смислу чл. 6. ЕКЉП. Прво, ЕСЉП испитао је класификацију из националног законодавства, коју су примениле надлежне власти. Друго, размотрио је природу прекршаја, а потом, проценио природу и тежину казне која се може изрећи у случају да се донесе одлука против тог лица. Други и трећи критеријум су постављени алтернативно, али ово не искључује кумулативну примену у случају да након одвојених анализа сваког критеријума није могуће донети јасан закључак о постојању „кривичне“ оптужбе.⁸⁵ Суд је, такође, приликом разматрања узео у обзир и чињеницу о каквој групи се ради (мала и дефинисана група је ближа дисциплинским и административним поступцима, него кривичним). Кратак период трајања казне затвора није био довољан да би се ова казна затвора сматрала кривичном; господин Енгел био је осуђен на казну строгог затвора у трајању од само два дана, што по, мишљењу Суда, не представља довољно озбиљну санкцију.

Приступ установљен „Енгел“ критеријумима спречава државе уговорнице да, бранећи класификације по унутрашњем праву, онемогуће примену гаранција из чл. 6. ЕКЉП у поступцима који се односе на прекршајне, управне и дисциплинске преступе. Иако државе имају право да праве разлику између поступака, ЕСЉП мора бити уверен да та разлика не умањује циљ и сврху чл. 6. ЕКЉП.⁸⁶

⁸⁵ Case 73053/01, *Jussila v Finland*, para. 30-31, Case 39665/98 and 40086/98, *Ezeh and Connors v the United Kingdom*, para. 82-86.

⁸⁶ Case 11034/84, *Weber v Switzerland*, para.33

7.1. Класификација дела према националном праву

Оптужба за кривично дело, у смислу ЕКЈП, постоји ако је оптужба квалификована као кривична по домаћем праву. Међутим, иако оптужба није одређена као кривична, то не значи аутоматски да се не примењују гаранције правичног суђења садржане у чл. 6. Конвенције. Наиме, „...када би државе чланице могле по сопственом нахођењу да класификују неко дело као прекршајно уместо као кривично ... онда би деловање суштинских норми чланова 6. и 7. ЕКЈП било подређено њиховој сувереној вољи. Ако би се ово проширило, могле би наступити последице које су у потпуном нескладу са сврхом и циљем Конвенције.”⁸⁷ Ово становиште ЕСЈП потврдио је у одлуци у предмету *Öztürk v Germany*⁸⁸, где је закључио да је несмотрена возња, која је у Немачкој декриминализована, и даље „кривична“ сходно чл. 6. ЕКЈП, јер је та норма још увек имала карактеристике које су основна одлика кривичног дела: општеприменљива је, јер се односи на све учеснике у саобраћају, а не само на одређену групу, а примењује се уз санкцију, новчану казну, која је казненог карактера. ЕСЈП је томе додао и то да већина држава уговорница сматра да су саобраћајни прекршаји, заправо, кривична дела. ЕСЈП првенствено испитује да ли предметно дело спада у домен кривичног или неког другог права. Овај приступ представља полазну основу, јер понекад ни домаћи закони нису довољно јасни по овом питању, а квалификација по унутрашњем праву је важна, јер је то довољно да предметно дело потпадне под делокруг чл. 6. ЕКЈП, иако се ради о лакшем кривичном делу. Дакле, овај критеријум служи само као полазна тачка приликом испитивања да ли је реч о кривичној оптужби, али начин класификације по националном праву није обавезујући за ЕСЈП, те исти својим тумачењем може дати другу конотацију. То значи да је класификација „кривичне ствари“ у смислу националног права државе чланице одлучујућа у погледу обавезне примене одредаба ЕКЈП, док чињеница да неки поступак у националном праву није дефинисан као кривични не прејудицира став о обавезној применљивости одредаба ЕКЈП.

⁸⁷ Case 11828/11, *Nykänen v. Finland*, para 38

⁸⁸ Case 8544/79, *Öztürk v. Germany*

7.2. Природа дела

Правна квалификација поступка према домаћем закону не може бити искључиви критеријум за примену принципа *ne bis in idem*. Појам „кривични поступак“ се мора тумачити у светлу општих принципа који се односе на одговарајуће речи „оптужба за кривично дело“ односно „казна“ из чл. 6 и чл. 7. Конвенције.⁸⁹ Одређивањем да је дело дисциплинске природе, погодује се интересима појединца, с обзиром да су дисциплинске казне по својој тежини доста блаже у односу на кривичне, а и не долази до бележења у кривичном досијеу.⁹⁰

Оптужба за кривично дело постоји, у смислу ЕКЉП, „ако је конкретна норма општеприменљива, односно, ако се не односи само на одређену групу него је усмерена према свим грађанима и има генерално обавезујући карактер“⁹¹, „ако је поступак вођен од стране јавних органа законом одређених као органи извршне власти, органи управе“⁹²; „посматра се како су слични поступци класификовани у другим земљама чланицама Савета Европе“⁹³ „да ли санкција има кажњиви(репресивни) и одвраћајући карактер од друштвено непожељног понашања“⁹⁴, служи ли то дело заштити вредности и интереса који се редовно штите казним правом.⁹⁵

Ако тумачимо дословно, чл. 6. ЕКЉП примењује се само на грађанска права и обавезе или на појам „кривичне оптужбе“, дакле, искључује своју примену на административне, пореске и друге преступе. Међутим, почев од седамдесетих година прошлог века, чл. 6. ЕКЉП почео је да се примењује и на пољу административног права, у управном поступку и за ово је заслужна чињеница да је ЕКЉП „живи инструмент“ који се временом мења, тумачи аутономно и прати сам развој цивилног друштва. Таквим тумачењем њена права постају практична и делотворна, а не теоријска и илузорна.⁹⁶ Самим тим, аутономним тумачењем, ЕСЉП је редефинисао свој приступ и дао своје значење појмовима „суд“, „кривична оптужба“ и „грађанска права и обавезе“. ЕСЉП је све ближи Келзеновој идеји

⁸⁹ Case 32042/11, *Muslija v Bosnia and Herzegovina*, para. 25

⁹⁰ W.A. Schabas, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford, 2015, стр. 278.

⁹¹ Case 12547/86, *Bendenoun v France*, para. 47

⁹² Case 19380/92 *Benham v The United Kingdom*, para. 56

⁹³ Case 8544/79 *Öztürk v. Germany*, para. 53

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ Види: B. Emmerson, A. Ashworth, A. Macdonald Alison, *op.cit.*, стр. 212

⁹⁶ Case 50124/13, *Milenkovic v Serbia* para. 80

израженој у *Општој теорији права и државе* где је навео „Ништа нас не спречава да управним органима дамо судска овлашћења, исту организацију и правила поступка. Санкције су дела принуде, а санкције изречене појединцима од стране управних власти свакако утичу на имовину, слободу, чак и живот грађана. Ако устав забрањује мешање државе у имовину, слободу и живот појединаца, осим оних у складу са законом, то не мора да подразумева монопол судова на судијским функцијама.“

Свако позивање националних судова на „лакшу“ природу дела не искључује њену класификацију као „кривичну“ у аутономном тумачењу значења ЕКЉП, будући да Конвенција не садржи ништа што указује да кривична природа дела, у оквиру значења Енгелових критеријума, неизоставно захтева одређени ниво озбиљности.⁹⁷

Како поједини аутори наводе, а тумачећи праксу ЕСЉП, израз „суд“ („*tribunal*“) треба схватити у суштинском, а не формалном смислу, имајући у виду *de facto* овлашћења која имају јавни органи, а не њихов организациони профил; дакле, не мисли се само на класичне судске органе који су интегрисани у правосудни систем једне земље, већ појам „*tribunal*“ може подразумевати и било коју особу/орган чија су овлашћења јавне природе, па је самим тим и орган управе овлашћен да одлучује о кривичним стварима, грађанским правима и обавезама.⁹⁸ У случају *Tsonyo Tsonev v Bulgaria*, околност да је прву казну због ремећења јавног реда и мира подносиоцу захтева изрекао градоначелник није за ЕСЉП имала никаквог утицаја на оцену да, с обзиром на природу дела за које је подносилац захтева кажњен у прекршајном поступку, тај поступак сматра кривичним поступком у смислу чл. 4. Протокола 7.⁹⁹ У случају *A. Menarini Diagnostics S.R.L. v Italy* ЕСЉП појаснио је да и управни орган може изрећи кривичну санкцију, све док таква одлука може бити ожалбена пред судским органом.¹⁰⁰ Члан 6. са својом кривичном конотацијом може бити примењен у случајевима примене обичајног права¹⁰¹, затим, када су санкције изречене од стране суда који има овлашћења само у буџетским и финансијским стварима¹⁰², као и на извесне поступке пред управним органима који имају овлашћења у

⁹⁷ Case 50124/13, *Milenkovic v Serbia*, para. 35

⁹⁸ M.Allena, Art.6 ECHR: *New horizons for domestic administrative law* (2014) преузето: 30.09.2016., http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/09_01_2015_11_49_Allena_ENG.pdf

⁹⁹ Case 33726/03, *Tsonyo Tsonev v Bulgaria*, para. 47-50

¹⁰⁰ M. Allena, *op.cit.*

¹⁰¹ Case 10519/83, *Salabikau v France*

¹⁰² Case 33933/96, *Guisset v France*

области економије, финансија и права конкуренције¹⁰³.¹⁰⁴ Дакле, не тражи се одређени степен тежине дела, нити је важно који орган утврђује постојање тог дела.¹⁰⁵

У погледу ове проблематике, највише полемике у пракси наших судова изазвало је питање природе решења Министарства финансија– Пореске управе којима грађане оглашава одговорним за повреде Закона о порезу на доходак грађана, Закона о доприносима за обавезно социјално осигурање и сл. У складу са ставовима ЕСЉП овог пута поступили су и наши судови истичући да „на кривичну природу овог решења не може утицати околност што је окривљени правноснажно оглашен одговорним у прекршајном поступку пред Органом управе“¹⁰⁶

Лишење слободе је само по себи казна која, по правилу, чини неку норму кривичном, а не прекршајном.¹⁰⁷ Суд је у предмету *Engel and Others v The Netherlands* закључио да „у друштву које почива на владавини права, лишење слободе које се намеће као казна спада у „кривичну сферу“ сем када је реч о оним лишењима слободе која по својој природи, трајању и начину извршења нису значајно штетна. Тежина онога о чему се у датом предмету ради, традиција високих страна уговорница и важност коју Конвенција придаје поштовању физичке слободе неког лица налажу да управо буде тако.“¹⁰⁸

Међутим, чињеница да се казна не састоји у лишењу слободе није одлучујућа.¹⁰⁹ Када се у неком предмету не ради о затворској казни или претњи затвором, него о новчаној казни, треба размотрити да ли је реч о материјалној накнади штете или је то у суштини казна којом се одвраћа од понављања кривичног дела, у којем случају таква казна спада у кривичну сферу.¹¹⁰ Следећи прекршаји спадају у поље примене чл. 6. ЕКЉП, односно, потпадају под појам „кривичне оптужбе“: изазивање саобраћајне несреће које је кажњиво казним поенима или одузимањем возачке дозволе (*Malige v. France*¹¹¹), лакши прекршаји

¹⁰³ Case 20429/07, *Lilly France S.A. v. France*

¹⁰⁴ Council of Europe/European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights*, 2010, стр.10

¹⁰⁵ З. Бурић, *op.cit.*, стр.790

¹⁰⁶ Пресуда Апелационог суда у Нишу, 13Кж1.бр.189/13 од 23.01.2013 . године, види и 11Кж.1.бр.2305/13 од 09.12.2013. године

¹⁰⁷ G. Dutertre, *Key case-law extracts - European Court of Human Rights*, 2003, Council of Europe, стр. 182

¹⁰⁸ Case 5100/71 5101/71 5102/71 5354/72 5370/72, *Engel and Others v The Netherlands*, para.82

¹⁰⁹ Case 8544/79, *Öztürk v. Germany*, para. 53-54

¹¹⁰ Case 12547/86, *Bendenoun v France*, para. 47

¹¹¹ Case 27812/95, *Malige v France*

који се састоје у ремећењу јавног реда и мира (*Lauko v Slovakia*¹¹²) производња и дељење материјала којим се позива на верску, националну и етничку мржњу, а које се кажњава опоменом и конфискацијом забрањеног материјала (*Balsytė-Lideikienė v Lithuania*¹¹³), прекршаји против закона о социјалном осигурању, на пример, непријављивање запослења, упркос „скромно“ изреченој казни (*Hüseyin Turan v Turkey*¹¹⁴).¹¹⁵

Када је кажњиво дело извршило лице које је припадник одређене групе, а имајући у виду да је један од критеријума кривичне конотације дела то да се казна потенцијално могла односити на све грађане, јављају се проблеми у примени чл. 6. ЕКЈП, те је ЕСЈП кроз своју праксу дао смернице у решавању тог проблема.

Када су подносиоци представке оптужени за дела која су у домаћем праву класификована као дисциплинска због повреде затворских правила понашања, Суд је истакао да преступи који се подносиоцима стављају на терет се односе на групу лица у посебном положају, односно на затворенике насупрот свим осталим грађанима. На поступке против затвореника као такве, у принципу, не примењују се одредбе чл. 6. ЕКЈП.¹¹⁶ Тако, премештање затвореника на одељење са већим степеном обезбеђења не представља кривичну оптужбу.¹¹⁷ Међутим, ова чињеница приказује природу дела *prima facie* прекршајном, што је само један од релевантних показатеља у процењивању природе деликта. ЕСЈП је у предмету *Ezeh and Connors v. the United Kingdom*¹¹⁸, као и у предмету *Engel and Others v The Netherlands*, утврдио да је члан 6. Конвенције применљив и на дисциплински поступак који се спроводи у затвору онда кад су против подносилаца представке подигнуте оптужбе које представљају кривична дела по кривичном закону и када би им, пошто кривица буде утврђена, управник затвора могао досудити додатне дане затвора из казних разлога. Стога се Суд осврнуо на трећи критеријум - природу и степен тежине запрећених казни којима су се подносиоци изложили. У предмету *Ravnsborg v Sweden*¹¹⁹ ЕСЈП је закључио да су казнене мере које налажу судови за сврху правилног

¹¹² Case 26138/95, *Lauko v Slovakia*

¹¹³ Case 72596/01, *Balsytė-Lideikienė v. Lithuania*

¹¹⁴ Case 11529/02, *Hüseyin Turan v. Turkey*

¹¹⁵ Guide on Article 6, *op.cit.*, str. 9

¹¹⁶ Case 37575/04, *Boulois v Luxembourg*, para. 85

¹¹⁷ Case 74912/01, *Enea v Italy* para. 98

¹¹⁸ para. 82

¹¹⁹ Case 14220/88, *Ravnsborg v Sweden*

спровођења правде, као што су новчане казне или упозорења или друге врсте дисциплинских казни адвокатима, тужиоцима или странама у спору се не би могле сматрати за „кривичне” по природи, док год се такве мере изричу на основу законских прописа који се односе искључиво на одређене групе појединаца у судском поступку, те су исте ближе дисциплинској мери него кривичној оптужби.¹²⁰ Међутим, природа и степен тежине казне могу учинити чл. 6. ЕКЉП применљивим на осуду у случају непоштовања суда, ако је по националном праву класификовано као кривично дело.¹²¹ Када је подносиоцу представке изречена новчана казна због тога што је новинарима дао на увид документа у вези са поступком у коме се судило трећем лицу због увреде, ЕСЉП је стао на становиште да је релевантни закон који је примењен на подносиоца представке потенцијално могао да се односи и на сву популацију, те се дело може сматрати „кривичним”. Наиме, Суд је сматрао да се такве казне изричу да би се обезбедило да одређене групе људи поштују правила поступка. Судије, адвокати и сви други службеници блиско везани за функционисање суда би се сматрали одговорним и била би им изречена дисциплинска мера за исту врсту престапа. Супротно томе, за стране у спору важи надлежност суда, тако да се на њих не могу односити дисциплинске мере судског система.¹²²

Још један од примера када се поставило питање повреде чл. 6. ЕКЉП јесте када је подносилац представке, новинар, објавио чланак у коме је критиковао понашање чланова парламента и у поступку пред Представничким домом проглашен кривим. Поступак у коме су прекршена његова права није карактерисан као питање унутрашњег парламентарног реда, јер је релевантна одредба потенцијално погађала цело становништво. ЕСЉП је констатовао да је таква одлука потенцијално могла да погоди све људе јер је она важила за евентуалног учиниоца престапа, без обзира да ли је он био члан парламента. Стога је ЕСЉП закључио да се у оквиру значења члана 6. ово дело може сматрати „кривичним”.¹²³

¹²⁰ Interights, *Члан 6 Европске конвенције о људским правима- Право на правично суђење, приручник за адвокате*, преузето 20.08.2016. <https://www.hitpages.com/doc/6058561700364288/14#pageTop>

¹²¹ Case 73797/01, *Kyprianou v Cyprus*, para. 61-64, овај случај тицао се затворске казне у трајању од 5 дана

¹²² Case 11034/84, *Weber v Switzerland*

¹²³ Case 13057/87, *Demicoli v Malta*

Бројне су представке пред ЕСЉП у погледу пореске материје. У предмету *Janosevic v Sweden*¹²⁴, ЕСЉП је сматрао да се питања око пореза углавном налазе изван опсега „грађанских права и дужности” из члана 6, без обзира на материјалне последице које по својој природи производе за пореског обвезника. Међутим, ЕСЉП је навео да су „додатни порези“ (повећање износа пореза, у смислу кажњавања) усмерени на све пореске обвезнике у Шведској, а не само на одређену групу са посебним статусом. Сврха тих додатних пореза није била надокнада трошкова проузрокованих понашањем обвезника, већ је основна сврха била притисак на обвезнике да поштују своје законске обавезе и кажњавање повреда тих обавеза. Сврха им је, дакле, била и кажњавање и одвраћање од друштвено непожељног понашања, па их тако треба сматрати „кривичним” по својој природи, и члан 6 је био применљив. То своје становиште ЕСЉП потврдио је у каснијој пресуди *Bendenoun v France*¹²⁵ где је истакао да се додатни порез сматра „кривичним“ ако одредба представља генерално правило примењиво на све, ако додатни порез има казни карактер, а не представља накнаду материјалне штете и ако је износ пореза знатан. Коначан став ЕСЉП заузео је у новијој пракси да поступак поводом неплаћеног пореза спада у кривични поступак и тиме се изјаснио о природи додатних пореза, у смислу чл. 6 ЕКЉП. У случају *Jussila v. Finland*¹²⁶ ЕСЉП нашао је да је очигледно да исти нису класификовани као део кривичног, већ као део фискалног режима, док у погледу своје природе представљају генералну санкцију која је примењива на све пореске обвезнике и да имају за циљ да казне и одврате од понављања истог пореског преступа и да не представљају новчану накнаду за учињену штету. У погледу трећег критеријума, степена тежине запређене казне, ранија пракса ЕСЉП је захтевала да износ самог додатног пореза буде знатан¹²⁷. ЕСЉП је у предмету *Jussila* изричито заузео став да, иако није знатан износ самог додатног пореза (подносилац представке је након грешке приликом подношења пореске пријаве био дужан да плати ПДВ и додатних 10% накнадног пореза), то не утиче на његов кривични карактер.

¹²⁴ Case, 34619/97, *Janosevic v Sweden*

¹²⁵ Case 12547/86, *Bendenoun v France*, para 54

¹²⁶ Case 73053/01, *Jussila v Finland*, para 37-38

¹²⁷ Case 12547/86, *Bendenoun v France*, para 54

7.3. Степен тежине казне

Поједине државе су декриминализовале одређена кривична дела са циљем заштите интереса појединаца, како исти не би добио кривични досије, али и у погледу растерећења судова. Оно што ЕСЈП посебно истиче јесте да је важно да власти, када овако поступају, не искључе дејство чл. 6. ЕКЉП на неправедан начин.¹²⁸ Као посебан критеријум, ЕСЈП је установио тежину казне.

Трећи критеријум одређен је позивањем на максималну могућу казну коју домаће право прописује. Одлучујућа, дакле, није стварно изречена казна, већ максимална запрећена казна, односно, могућа казна којој је подносилац захтева био изложен.¹²⁹ Стварно изречена казна је релевантна за утврђивање, али не може да умањи важност онога што је од првобитног интереса.¹³⁰

Било би у супротности са циљем чл. 6 ЕКЉП, који гарантује свима „који су оптужени за кривично дело“ право на суд и правично суђење, ако би државама било дозвољено да уклоне из оквира чл. 6 целу категорију повреда, сматрајући их ситним. Суд наглашава да недостатак озбиљности казне у конкретном случају не може лишити кривично дело његовог кривичног карактера.¹³¹

Ако казна о којој је реч укључује лишење слободе, то углавном чини норму кривичном, а не дисциплинском. Ова претпоставка може се оповргнути само изузетно и то ако се лишење слободе не сматра „значајно штетним“ с обзиром на природу, трајање и начин извршења.¹³² Чак и сама могућност лишавања слободе чини поступак кривичним, па и онда када се новчана казна без посебног новог поступка може заменити затворском казном. У случају *Weber v Switzerland*, новчана казна је била само 500 швајцарских франака, али се у случају неплаћања исте у остављеном року, могла претворити у лишење слободе, те је Суд нашао да се иста има сматрати кривичном у смислу чл. 6 ЕКЉП.¹³³

¹²⁸ Interights, Члан 6 Европске конвенције о људским правима- Право на правично суђење, приручник за адвокате, *op.cit.*, стр. 16.

¹²⁹ Case 5100/71 5101/71 5102/71 5354/72 5370/72, *Engel and Others v The Netherlands*, para. 82 , Case 7819/77 7878/77, *Campbell and Fell v The United Kingdom*, para. 72; Case 13057/87 *Demicoli v Malta* para 34, Case 12547/86, *Bendenoun v France* para. 47

¹³⁰ Case 14939/03, *Sergey Zolotukhin v Russia* , para. 56

¹³¹ Case 8544/79, *Öztürk v. Germany* , para. 53-54

¹³² Case 39665/98 and 40086/98, *Ezeh and Connors v. the United Kingdom*, para. 82

¹³³ Case 11034/84, *Weber v Switzerland*, para. 34

Образложење оваквог приступа лежи у озбиљности оног што је у питању за појединца (у овом случају губитак слободе), и важности коју ЕСЈП придаје питању поштовања физичке слободе свих лица. Европски суд је посебно истакао да је казни карактер уобичајено препознатљива одлика кривичних санкција и да недостатак озбиљности казне у конкретном случају не може лишити кривично дело његовог злочиначког карактера. У случају када је изречена новчана казна, посматра се њен карактер. Ако није била замишљена као новчана накнада штете, већ као казнена и репресивна, то је чини кривичном.¹³⁴ У пресуди *Garyfallou AEBE v Greece* заменик грчког министра трговине користио је своја статутарна овлашћења и наредио апликанту да плати велику казну због кршења прописа који регулишу увоз робе у земљу. ЕСЈП је нашао да је санкција довољно озбиљна да оправда класификацију процедуре као кривичне.¹³⁵

Имајући у виду дужину предвиђених казни затвора, висину новчаних казни и могућност претварања новчане казне у казну затвору, следи закључак да би ЕСЈП велики број прекршаја у правном систему наше земље сматрао кривичним делима, као и привредне преступе, с обзиром на високе новчане казне и озбиљност заштитних мера које их прате. Међутим, иако је реч о давно установљеним и општеусвојеним критеријумима, најновија пракса судова Републике Србије показује одупирање у прихватању овог приступа. Пример је пресуда Апелационог суда у Нишу, у којој исти у образложењу своје одлуке наводи да „...првостепени суд могућност замене прописане новчане казне казном затвора за учињени прекршај погрешно поистовећује са казном затвора као могућност губитка слободе, а која евидентно није прописана за наведене прекршаје за које је окривљени правноснажно оглашен кривим, иако према устаљеној пракси ЕСЈП, услов кривичне конотације кажњивог дела је забрањена казна која претпоставља лишење слободе“¹³⁶ Неконзистентност и неусклађеност праксе по овом питању потврђује пресуда

¹³⁴ У случају *Ziliberg v Moldova* апликант је осуђен на новчану казну. Ако би окривљени пропустио да плати казну под околностима предвиђеним домаћим законодавством, казна би била замењена казном затвора у трајању од 20 дана. Међутим, чак и ако казна није могла бити претворена у казну затвора у његовом случају, то не би било одлучујуће за класификацију дела као „криминалног“ из члана 6. Овај случај посебно издваја и чињеница да је ЕСЈП посебно имао у виду чињеницу да је апликант студент, и да је новчана казна којој је био изложен (36 MDL, које су износиле неких 3,17 евра у то време) представљала 60% његових месечних примања, као и да је максимална казна којој је био изложен износила 90 MDL, односно, 7,94 евра у то време, види: Case 61821/00, *Ziliberg v Moldova*, para. 34

¹³⁵ В. Emmerson, А. Ashworth, А. Macdonald, *Human Rights and Criminal Justice*, London, 2012, стр.217

¹³⁶ Пресуда Апелационог суда у Нишу, 11Кж1 бр. 15/16 од 23.06.2016. године

Вишег суда у Нишу донета само годину дана раније, у којој је заузет став да код оцене казнене природе неке санкције се, према пракси ЕСЈП, узима и критеријум извршења, па чињеница да се у поступку извршења новчана казна изречена у прекршајном поступку по службеној дужности може заменити казном затвора уколико у одређеном року осуђени не плати новчану казну, говори о томе да казна која је прописана за прекршај због којег је вођен поступак пред прекршајним судом има кривичноправни карактер.¹³⁷

Примећујемо један доста екстензиван приступ ЕСЈП у дефинисању оног шта се може сматрати кривичном санкцијом. Граница између кривичне и неке друге санкције је доста танка и зависи од околности сваког случаја. Илустроваћемо то навођењем сличних примера из праксе овог суда. У предмету *Malige v France*¹³⁸ ЕСЈП нашао је да, иако је у питању административна природа санкције, јер се тичала казних поена апликанту због прекорачења брзине, да су ти поени могли да доведу до губитка возачке дозволе, те да зато санкција има репресивни и казнени карактер што је довољно за кривичну конотацију. У случају *Nilsson v. Sweden* ЕСЈП нашао је да забрана управљања моторним возилом представља кривичну санкцију, у смислу ЕКЈП. Чак и казна због невезивања сигурносног појаса у колима је у случају *Schmautzer v Austria*¹³⁹ окарактерисана као кривична.¹⁴⁰ Али, у предмету *Escoubet v Belgium* ЕСЈП нашао је да мере предострожности, као што су аутоматско одузимање возачке дозволе (на лицу места, пре вођења прекршајног поступка) и забрана управљања моторним возилом за један краћи временски период (6 дана у конкретном случају) не потпадају под чл. 6. ЕКЈП.¹⁴¹

У предмету *Matyjec v Poland*¹⁴² ЕСЈП је окарактерисао као „кривичну“ санкцију отпуштања из вршења јавних функција и забрану вршења истих у наредних 10 година која је важила за сваког ко је поднео лажне изјаве о сарадњи са службом државне безбедности током комунистичког режима. Чак и уз чињеницу да нити казна затвор нити новчана казна нису могле бити изречене за овакав преступ, ЕСЈП је закључио да забрана вршења одређене делатности (политичке или правне) за дужи временски период може имати

¹³⁷ Пресуда Вишег суда у Нишу, Кж 212/2016 од 8.4.2015. године

¹³⁸ Case 27812/95, *Malige v France*, para. 39

¹³⁹ Case 15523/89, *Schmautzer v Austria*

¹⁴⁰ Види: В. Emmerson, А. Ashworth, А. Macdonald, *op.cit.*, стр. 215.

¹⁴¹ para. 28-36

¹⁴² Case 38184/03 *Matyjec v. Poland*

озбиљне последице по особу, забрањујући јој да настави са професионалним животом. Ову казну би стога требало посматрати као да има барем делимично казнени и одвраћајући карактер.

Предмети који су садржали неке могуће елементе кривичног поступка, али које ЕСЈП није сматрао кривичним су, на пример, поступак којим је лицу које је наводно угрожавало безбедност грађана и морал наређено да се пресели на одређену локацију¹⁴³ или протеривање по безбедносном основу.¹⁴⁴ Примери дисциплинских поступака који не спадају у кривичну област, према пракси ЕСЈП су: војни дисциплински поступци са принудним пребацивањем официра у резерву, дисциплински поступак који је довео да отпуштања припадника полиције због противправног присвајања државне имовине, отпуштање државних службеника по основу посебних прописа у области државне безбедности, лакши дисциплински поступак против адвоката који је за последицу имао опомену, дисциплински поступак против наставника уз новчану казну због штрајка, поступак против апотекара уз одређивање новчане казне за прекршај етичког кодекса у вези са повредом прописа о ценама лекова.¹⁴⁵

Може се извести закључак да озбиљност санкције није битан елемент, све док санкција има одвраћајући и кажњиви карактер, а са друге стране, чак и када је санкција ускраћена за такав карактер, може бити „кривична“ и спадати у домен чл. 6 ЕКЈП у свим случајевима када изречена санкција озбиљно утиче на грађане.¹⁴⁶

¹⁴³ Case 7367/76, *Guzzardi v Italy*

¹⁴⁴ Interights, Члан 6 Европске конвенције о људским правима- Право на правично суђење, приручник за адвокате, *op.cit.*, стр 17

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ M. Allena, *op.cit.*, стр. 9.

III ЕМПИРИЈСКО ИСТРАЖИВАЊЕ

8. Опис истраживања

За разумевање правног значаја и суштине правних стандарда, као „каучук“ појмова, неопходно је изучавање судских одлука, како међународних, тако и домаћих. Ово се посебно односи на праксу ЕСЈП, с обзиром да су у ЕКЈП садржана мање прецизна, флексибилна правила, која представљају концентрацију идеје права и чине полазну основу и правни темељ за уређење свих важних начела и општих института кривичног поступка.¹⁴⁷ Статистичким прегледом судских одлука и њиховом анализом уочавају се позитивне и негативне стране, те се указује на недостатке и могућа решења која *de lege ferenda* треба усвојити.

Начело *ne bis in idem* настало је као логичка последица ефекта *res iudicata* у смислу коначне пресуде у конкретном случају; стварно представља основну гаранцију правне заштите грађана у облику процесне препреке за отпочињање кривичног поступка у истој ствари, када се ради о идентичним поступцима и идентичном основу за санкцију.¹⁴⁸ Да би начело *ne bis in idem* важило, потребно је да постоји идентитет између правноснажно пресуђене и новоутужене кривичне ствари.

Кумулативна примена норми којима се санкционишу кривично дело и неко друго кажњиво дело (на пример, прекршај, дисциплински или привредни преступ), или случајеви када се преплићу два кривична дела са становишта свог законског или чињеничног описа, у случају продуженог кривичног дела, у случају бланкентних кривичних дела или у случају када се за исто дело суди учиниоцу у две различите државе, доводе до примене начела *ne bis in idem*.¹⁴⁹

Честе су ситуације да истим противправним понашањем учинилац чини кажњиву радњу која одговара опису двају или више врста јавноправних казnenих деликата. Проблем због којег најчешће долази до примене овог начела јесте чињеница да, у пракси, полиција истовремено, поводом истог догађаја, подноси против истог лица и кривичну пријаву и захтев за покретање прекршајног поступка и то најчешће када су у питању

¹⁴⁷ В. Ђурђић, *op.cit.*, стр. 192.

¹⁴⁸ И.Беле, В.Јакулин, *op.cit.*, стр.181.

¹⁴⁹ С. Бован, *op.cit.*, стр. 64.

кривично дело насилничко понашање из чл. 344. ст.1 КЗ и прекршај из чл. 9.ст. 2. Закона о јавном реду и миру, затим, кривично дело угрожавање сигурности из чл. 138. ст. 1. КЗ и прекршај из чл. 9.ст. 1. ЗЈРМ или када је у питању кривично дело пореска утаја из чл. 229. КЗ и прекршај из чл. 177, 178 и 178а Закона о пореском поступку и пореској администрацији. Честа животна ситуација је када учинилац, који управљајући моторним возилом, пребрзом возњом проузрокује саобраћајну несрећу и повреди друго лице и тиме истовремено учини саобраћајни прекршај возње недопуштеном брзином и кривично дело угрожавања безбедности јавног саобраћаја. Већина судских случајева односи се на проблематичну кумулативну примену норми о прекршајима против јавног реда и мира и различитих квалификација кривичних дела, попут, угрожавања сигурности, лаке и тешке телесне повреде, увреде, насилничког понашања, ометања овлашћеног службеног лица у обављању послова безбедности или одржавања јавног реда и мира и друго.

Сличност између прописаних обележја деликата најчешће је изражена у томе да се биће неког јавноправног деликта „утапа“ у биће одређеног кривичног дела, које га конзумира или се пак њихова бића делимично поклапају у погледу неких објективних обележја, попут разлике у врсти прописане санкције. Тада је питање да ли ће се учинилац казнити само за једно или за сва кажњива дела која проистичу из његовог понашања. Као логично решење намеће се да, ако је у конкретној ситуацији утврђено да постоји кривично дело, онда оно конзумира одговарајући лакши деликт са сличним обележјима (привредни преступ или прекршај). Правноснажна пресуда за кривично дело је истовремено процесна сметња за накнадно вођење прекршајног поступка према истом лицу које је већ кажњено у кривичном поступку.¹⁵⁰ „Како се прописивањем кривичних дела и прекршаја, чак и када имају нека заједничка обележја, штите различити заштитни објекти, доктринарна правила би наметала да у конкуренцији сличног прекршаја и кривичног дела треба приоритетно применити кривичноправну норму, ако се настоји постићи заштита посебно значајног правног добра.“¹⁵¹ Нажалост, стање у пракси је знатно другачије, што ће показати резултати истраживања у остатку рада.

¹⁵⁰ *Ibid*, стр.28.

¹⁵¹ *Ibid*. стр.29

9. Предмет истраживања

Предмет истраживања су правноснажно пресуђени предмети у кривичном поступку у којима је оптужба одбијена због раније пресуђене ствари, а због забране двоструке угрожености, на основу примене чл. 422. ст. 2. ЗКП-а.

10. Циљ и задаци истраживања

Циљ овог истраживања је да укаже на трендове који прате праксу наших судова услед постојања пресуђене ствари у дисциплинском, прекршајном или управном поступку.

Задаци истраживања су утврдити распрострањеност одбијања оптужбе због забране двоструке угрожености, утврдити код оптужби за која кривична дела је најчешће раније вођен неки други поступак, у колико предмета је донета одбијајућа пресуда због забране *ne bis in idem*, као и то колики је утицај праксе ЕСЈП на наше судство.

11. Хипотезе које су проверене истраживањем

1. Највећи број пресуда у којима се оптужба одбија у Основном суду у Нишу донето је због претходног вођења прекршајног поступка.
2. Најчешћа кривична дела за чије извршење су ослобођени учиниоци јер су претходно прекршајно кажњени јесу насилничко понашање из чл. 344. КЗ, пореска утаја из чл. 229. КЗ и тешко дело против безбедности јавног саобраћаја из чл. 297. КЗ.
3. Практика Основног и Вишег суда у Нишу у промени начела *ne bis in idem* кореспондира са установљеним критеријумима ЕСЈП.

12. Узорак и метод истраживања

Узорак обраде чине правноснажно окончани кривични предмети у Основном и Вишем суду у Нишу примљени у периоду од 01.01.2014. године до 01.05.2016. године, у којима је оптужба одбијена због раније пресуђене ствари, на основу примене чл. 422.ст.2. ЗКП-а.

Методе истраживања: догматски метод, метод анализе случаја и упоредно-правни метод.

13. Анализа резултата истраживања

Анализом добијених података на основу спроведеног истраживања, изведени су закључци у погледу постављених хипотеза и дат је статистички преглед на основу одабраног узорка.

Анализа података добијених истраживањем спроведеним у Вишем суду у Нишу за период од 01.01.2014. године до 01.05.2016. године:

Истраживање је спроведено у кривичној писарници Вишег суда у Нишу, где је истраживачу омогућен увид у електронску базу података Вишег суда. На основу задатих критеријума, компјутерски програм израдио је извештај који садржи седам предмета у којима се оптужба одбијена за предметни период. Истраживач је, потом, прегледом сваког од ових предмета појединачно установио у којима од њих је оптужба одбијена због пресуђене ствари и дошао до следећих резултата:

Табела бр. 1. Број предмета у којима је оптужба одбијена због пресуђене ствари

Година	Број пресуда
2014.	1
2015.	/
до маја 2016.	/

Као што се из Табеле бр. 1 може закључити, сама примена начела забране двоструке угрожености у пракси Вишег суда у Нишу је слабије заступљена.¹⁵² Разлог овоме је мањи број догађаја који се могу квалификовати као нека друга врста кажњивог понашања (попут преступа или прекршаја), већ носе искључиво карактеристике кривичног дела.

¹⁵² Чак и проширењем периода истраживања на 2013., 2012., и 2011. годину, истраживач је дошао само до још једног предмета у којем је пресуда одбијена, а то је предмет К.бр. 41/12, у коме је пресудом Вишег суда у Нишу К.бр. 41/12 од 02.04.2012. године, утврђено је да се ради о пресуђеној ствари и суд је одбио оптужбу позивајући се на забрану *ne bis in idem*. Наиме, у конкретном случају окривљеном је стављено на терет извршење кривичног дела насилничко понашање на спортској приредби из чл. 20. ст. 1. Закона о спречавању насиља и недоличног понашања на спортским приредбама. Суд је у конкретном случају нашао да је пресудом Прекршајног суда у Нишу- одељење у Ражњу, окривљени већ оглашен кривим да је заједно са још једним лицем нарушавао јавни ред и мир, чиме су учинили прекршаје из чл. 6. ст. 3. Закона о јавном реду и миру, због чега су осуђени на новчане казне у износу од по 7.000,00 динара. Упоређивањем радње кривичног дела које је окривљеном стављају на терет описане у оптужном предлогу са радњама описаним у изреци пресуде Прекршајног суда у Нишу, суд је утврдио да се ради о истоветним радњама, истом догађају и истим учесницима у сукобу.

Тако је једина пресуда, у предметном периоду, којом се оптужба одбија због пресуђене ствари и забране двоструке угрожености донета 2014. године у предмету К. бр. 232/12.

Виши суд у Нишу је у предмету К. бр. 232/12 од 11.07.2014. године, нашао да се ради о пресуђеној ствари. Оптужбом је првоокривљеном стављено на терет извршење кривичних дела примање мита из чл. 179. ст. 1. ОКЗ и злоупотреба службеног положаја из чл. 174. ст. 1. ОКЗ, док је другоокривљеном стављено на терет извршење кривичног дела злоупотреба службеног положаја из чл. 174. ст. 1. ОКЗ. Пресудом Војно дисциплинског суда Дис бр. 22/07 од 17.01.2011. године, суд је утврдио да је првоокривљени оглашен кривим да је учинио дисциплински преступ „поступак у служби“ који је противан војном реду и који представља повреду прописа из чл. 160 ст. 1 тач. 10 Закона о војсци Југославије и да је осуђен на казну смењивања са дужности војног старешине са забраном поновног постављања на ту дужност у року од 2 године, а да је другоокривљени оглашен кривим да је учинио дисциплински преступ „поступак у служби“ који је противан војном реду и који представља повреду прописа из чл. 160 ст. 1 тач. 10 Закона о војсци Југославије и да је осуђен на смањење плате у износу од 20% у трајању од 6 месеци. Виши суд у Нишу је нашао да постоји идентитет оптужбе у односу на преступе у погледу времена извршења кривичног дела и дисциплинског преступа, новчаних износа који се окривљенима стављају на терет, оштећених лица и свеукупно радњи окривљених.¹⁵³

Анализа података добијених истраживањем спроведеним у Основном суду у Нишу за период од 01.01.2014. године до 01.05.2016. године:

Истраживање је спроведено у кривичној писарници Основног суда у Нишу, где је истраживачу омогућен увид у електронску базу података Основног суда. На основу задатих критеријума, компјутерски програм израдио је извештај који се састоји од

¹⁵³ Ступањем на снагу новог Закона о војсци Републике Србије (Службени гласник бр.116/2007, 88/2009, 101/2010- други закон, 10/2015 и 88/2015-одлука УС), у чл. 148. ст. 4. прописано је да за кривично дело против Војске Србије за које је прописана казна затвора до три године, против војног лица може бити вођен дисциплински поступак и уместо кривичне санкције може му се изрећи дисциплинска казна, односно дисциплинска мера утврђена Законом о војсци, ако је дело добило нарочито лак вид и ако то захтевају интереси службе, а ускладу са одредбама КЗ. Ово правило је изузетак од одредбе из чл. 143. ст. 2 Закона о војсци, којим је прописано да одговорност за кривично дело, привредни преступ и прекршај не искључују дисциплинску одговорност ако дело које је предмет кривичног поступка, поступка за утврђивање одговорности за привредни преступ или прекршајног поступка, представља и повреду дужности из службе. Овим увиђамо да су разлике између дисциплинске казне и кривичне санкције мање јасне него што то изгледа на први поглед.

предмета који су примљени 2014, 2015 и до маја 2016. године. Извештај садржи 126 предмета у којима је оптужба одбијена за предметни период. Истраживач је потом прегледом сваког од ових предмета појединачно установио у којима од њих је оптужба одбијена због пресуђене ствари и дошао до следећих резултата:

У 2014. години је у Основни суд примљено 9 предмета у којима је касније оптужба одбијена због забране двоструке угрожености, у 2015. години 8, а у 2016., до дана спровођења истраживања, два предмета.

Истраживачки узорак чине следећи предмети Основног суда у Нишу:

К. бр. 114/2014, К. бр.140/15, К.1191/13, К.бр.166/13, К.бр.2484/13, К. бр. 682/14, К. бр. 227/14, К. бр. 683/15, К.бр.1193/14, К.бр.1126/14, К. бр. 533/14, К. бр. 1426/12, К.42/16, К. бр. 140/16, К. бр. 8598/10, К. бр. 1686/12, К.645/12, К. бр. 1327/11, К. бр. 3620/11.

Непосредним увидом у ове предмете дошло се до следећих резултата:

Од укупно 19 пресуда у којима је оптужба одбијена због забране двоструке угрожености, позивајући се на пресуђену ствар:

- у 16 предмета је оптужба одбијена због забране двоструке угрожености, позивајући се на пресуђену ствар, јер је претходно правноснажно окончан прекршајни поступак према истом лицу.
- у 2 предмета је оптужба одбијена због забране двоструке угрожености, позивајући се на пресуђену ствар, јер је претходно правноснажно одлучено у кривичном поступку према истом лицу.
- у једном предмету оптужба је одбијена, јер је претходно правноснажном одлуком обустављен управни поступак, а потом и царински прекршајни поступак.

Објашњење оваквог резултата је чињеница да су након спроведене реформе судова 2010. године, органи за прекршаје укључени у судски систем и постали су прекршајни судови и установљена је искључива надлежност прекршајних судова да одлучују о прекршајима. Како је за прекршаје могуће прописати и изрећи казну затвора, а неплаћену новчану казну заменити казном затвора, одлука о прекршају је подведена под „казнену

ствар“, у складу са критеријумима установљеним у пракси ЕСЈП, поводом испитивања кршења права на правично суђење из чл. 6. Конвенције.

Проблем који је раније наведен, а то је сличност у бићима јавноправних деликата, доводи до тога да се покреће и прекршајни и кривични поступак, без прописаних неких ближих критеријума о томе који би поступак било целисходније водити. Услед недостатка јасних критеријума за поделу надлежности, прекршајни поступак се редовно покреће први због чињенице да траје краће, да су краћи рокови застарелости за вођење овог поступка као и да се захтев подносиоца непосредно предаје прекршајном суду. Захтев за покретање прекршајног поступка не представља оптужни акт. Сачињен је од стране полиције, као подносиоца, те примећујемо проблем квалификованости субјеката за ту радњу. Оптужни акт саставља јавни тужилац, на основу кривичне пријаве и након прикупљања неопходних обавештења и доказа, те је самим тим дужи временски период који је потребан до подношења оптужног акта.

У погледу кривичних дела која су окривљенима стављена на терет у кривичном поступку:

Табела бр. 2. Преглед кривичних дела која су окривљенима стављена на терет у кривичном поступку

Кривично дело	Број пресуда
Лака телесна повреда чл.122.КЗ	1
Неовлашћено држање оружја и експлозивних материја чл. 348. КЗ	1
Увреда чл. 170.	1
Тешко дело против опште сигурности чл. 288. у вези са чл.278.КЗ	1
Недозвољена трговина чл. 243. КЗ	1
Неосновано исказивање износа за повраћај пореза у порески кредит чл. 173а ЗПППА	1
Тешка телесна повреда чл.121. КЗ	2
Пореска утаја чл. 229. КЗ	3
Тешко дело против безбедности јавног саобраћаја чл. 297. у вези са чл. 289. КЗ	3
Насилничко понашање чл. 344. КЗ	5

Закључујемо да је највећи број пресуда којима се оптужба одбија донето када су окривљенима у кривичном поступку стављена на терет дела тешка телесна повреда, пореска утаја, тешко дело против безбедности јавног саобраћаја и насилничко понашање. Поред претходно наведеног објашњења, додајемо томе и сличност у прописивању јавноправних деликата, те тако бића ових кривична дела имају сличности са бићима прекршаја из Закона о јавном реду и миру¹⁵⁴(прекршаји из чл. 7., 8., и 9. овог Закона), из Закона о порезу на додату вредност, као и из Закона о безбедности саобраћаја на путевима¹⁵⁵ (чл. 332. у вези са чл. 246. овог Закона).

У образложењу својих одлука, Основни и Виши суд у Нишу позивају се на „Енгел“ критеријуме и пресуду у случају *Maresti*, а у новије време и на ставове из пресуде у случају *Zolotukhin*. Укупно у 5 пресуда првостепени суд је, тек по укидању пресуде од стране другостепеног суда и враћању предмета на поновно суђење, донео пресуду којом се оптужба одбија због забране двоструке угрожености и позвао се на стандарде ЕСЉП. У једној од пресуда првостепени суд се у образложењу позвао на Закључке кривичног одељења Апелационог суда у Нишу из којих произилази да, уколико је прекршајни поступак правноснажно обустављен, првостепени суд у случају постојања идентитета оптужбе, мора да донесе одбијајућу пресуду. Ово нам говори да праксу ЕСЉП усвајају и примењују првостепени судови, у почетку кроз утицај другостепених судова, а касније и непосредно, позивајући се на исте.

¹⁵⁴ Закон о јавном реду и миру, *Сл.гласник* бр. 6/2016

¹⁵⁵ Закон о безбедности саобраћаја на путевима, *Сл.гласник* бр. 41/2009, 53/2010, 101/2011, 32/2013 – одлука УС, 55/2014, 96/2015 – др.закон и 9/2016 – одлука УС

ЗАКЉУЧАК

Начело *ne bis in idem* представља једно од темељних правних начела. Процесни значај забране двоструке угрожености огледа се у одбијању оптужбе и спречавању вишеструког прогона лица за исто дело. Тиме се остварује максимум поштовања људских права, у погледу правне сигурности и отклањању неизвесне правне ситуације за појединца. Посебан значај начела *ne bis in idem* повећава се са интеграционим процесима у Европи, где се у оквиру Европске уније све више поштују стране судске одлуке и расте међународна сарадња.

Критика која се упућује овом начелу лежи у различитој сврси доказивања у кривичном и осталим казним поступцима. Сврха највишег могућег стандарда доказивања изван разумне сумње у кривичном поступку је одраз чињенице да су у питању слобода, част, углед окривљеног, и да се у кривичном поступку штите пре свега, живот и телесни интегритет. Применом начела *ne bis in idem* заштита права остаје на нивоу прекршајног, управног или дисциплинског поступка, у коме се штите неке друге вредности, па се доводи у питање заштита осталих конвенцијских права. Доследно поштовање начела забране двоструке угрожености спречавало би потенцијално кршење људских права и нарушавање правне сигурности грађана, али у случају када се не зна који надлежни државни орган опредељује процесни пут заштите угроженог правног добра, могло би да дође до тога да се та заштита неоправдано ограничи на ниво прекршајног или само управног поступка, у којима су рокови застарелости за вођење одговарајућих поступака знатно краћи него што је то у кривичном поступку, а и санкције су далеко лакше од оних прописаних кривичним законодавством.

Негативни тренд, који је заступљен у пракси наших судова, јесте да се прво води и окончава прекршајни поступак и то најчешће због наступања застарелости за вођење истог. Како се на то оправдано указује, оваквим приступом дошли бисмо у ситуацију да од дискреционе процене органа управе (а нарочито полиције) зависи избор меродавног процесног пута ради казнене заштите најважнијих друштвених вредности, а то би могло да води бројним злоупотребама у пракси.

Напред указани проблеми представљају потешкоће са којима се сусреће не само наш, већ и други правни системи у региону, по питању начела *ne bis in idem*, али приликом

њиховог решавања не треба заборавити да су у средишту начела забране двоструке угрожености појединац и његова права.

Судије и јавни тужиоци морају настојати да у довољној мери познају суштину кључних појмова и принципа ЕКЉП, а нарочито садржину одређених појмова које „аутономно“ тумачи ЕСЉП и да уважавају исте приликом доношења одлука, јер то представља обавезу установљену Уставом. Подносиоцима захтева за покретање кривичног или прекршајног поступка требало би дати јасније смернице, како би пријаву подносили само једном органу за који се процени да је целисходније да он води поступак, а не као у досадашњој пракси и прекршајном и суду опште надлежности. Поред тога, успостављање јединствене електронске базе података, у којој би се водила евиденција о свим поступцима који се воде или су правноснажно окончани против неког лица, знатно би смањило могућност двоструке угрожености.

Кључна и најзахтевнија промена тиче се законске регулативе и јаснијег разграничења између различитих видова кажњивих дела: кривичних дела, прекршаја, привредних и дисциплинских престапа и слично. Органи гоњења, морали би да имају одређену координацију, јер управо недовољна сарадња између надлежних државних органа, јавних тужилаштва, полиције, судова опште надлежности, прекршајних и управних судова, погодују настанку услова за двоструко суђење поводом исте ствари.

Објективно гледано, пресуда у случају *Maresti*, иако је сама последица појединачне грешке у поступању хрватских надлежних органа, упозорила је на постојање системске грешке у начину на који је уређена могућност истовременог или сукцесивног вођења прекршајног и кривичног поступка, ако су учиниоцу у оба поступка на терет стављене исте или у основи исте чињенице.¹⁵⁶ Слично је и са најновијом пресудом Европског суда у случају *Milenkovic v Serbia*, где је ЕСЉП нашао повреду начела *ne bis in idem*.

Захваљујући ставовима ЕСЉП, наши судови мењају лошу праксу, која је била штетна не само са становишта лица против кога су вођени поступци, већ и практично гледано, због преоптерећености судова великим бројем предмета. На законописцу остаје да *de lege*

¹⁵⁶ Д. Новосел, М. Рашо, З. Бурић, *Разграничење казних дјела и прекршаја у свјетлу пресуде Европског суда за људска права у предмету Марести против Хрватске*, 2010, преузето 13.05.2016. године hrcak.srce.hr/file/129727

ferenda посвети већу пажњу овом питању и омогући лакше разграничење сличних јавноправних деликата.

ЛИТЕРАТУРА

Уџбеници:

- Гај, *Институције*, Београд 1982, Нолит Београд
- Кнежевић Саша, *Заштита људских права окривљеног у кривичном поступку*, Правни факултет, Ниш, 2007
- Dutertre Gilles, *Key case-law extracts - European Court of Human Rights*, 2003, Council of Europe
- Emmerson Ben, Ashworth Andrew, Macdonald Alison, *Human Rights and Criminal Justice*, London, 2012, Sweet&Maxwell
- Leach Philip, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, Oxford, 2011, Oxford University Press
- Mowbray Alastair, *Cases, Materials, and Commentary on the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2007, Oxford University Press
- Rainey Bernadette, Wicks Elizabeth, Ovey Clare, *Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights*, Oxford, 2014, Oxford University Press
- Schabas A. William, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford, 2015, Oxford University Press

Научни и стручни чланци:

- Белен Иван, Јакулин Вид, *Ne bis in idem*, *Правни живот*, бр.9/2007, стр.181-198
- Бован Саша, Методски потенцијали херменеутичког прагматизма у разумевању и примени начела *ne bis in idem*, *Crimen*, бр. 1, 2014, стр. 62-74.
- Бурић Зоран, Начело *ne bis in idem* у еуропском казненом праву- правни извори и судска пракса Еуропског суда, *Зборник Правног факултета у Београду*, вол.60,бр.3-4, 2010, стр. 819-859.
- Ђурђић Војислав, Међународни стандарди и заштита људских права у кривичном поступку, *Уставне и међународне гаранције људских права: зборник радова*, 2008, стр. 191-204.
- Ђурђић Војислав, *Ne bis in idem*, *Правна ријеч*, бр.19 Бањалука, 2009, стр. 429-441.
- Живковић Снежана, Основна начела прекршајног поступка и пракса Еуропског суда за људска права, *Билтен Врховног касационог суда*, бр. 2/2011, стр. 221-246
- Ивићевић Карас Елизабета, Д.Кос, Примјена начела *ne bis in idem* у хрватском казненом праву, *Хрватски љетопис за казнено право и праксу*, Загреб, вол.19, бр.2/2012. година
- Илић Иван, Забрана двоструке угрожености и понављање кривичног поступка на штету окривљеног, *Зборник радова- Косовска Митровица*, Правни факултет, 2011, стр. 349-369.
- Илић Иван, Дејство начела *ne bis in idem* у еуропском правном простору, у: П.Димитријевић (ур.) *Заштита људских и мањинских права у еуропском правном простору-тематски зборник радова*, 2011, Ниш, Центар за публикације правног факултета стр.611-628
- Кнежевић Саша, Забрана двоструке угрожености и људска права окривљеног,

Правни живот, бр.9/2007, стр. 757-768

- Мрвић-Петровић Наташа, Поштовање начела *ne bis in idem* при суђењу за сличне прекршаје и кривична дела, *Журнал за криминалистику и право*, Београд, 2014, стр. 27-40.
- Цветковић Милунка, Кажњива дела и начело *ne bis in idem*, *Билтен Врховног касационог суда*, бр. 2/2011, *Intermex*, стр. 127-140.

Коментари закона:

- Грубач Момчило, Васиљевић Тихомир, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Београд, Пројурис, 2014
- Илић Горан, Мајић Миодраг, Бељански Слободан, Трешњев Александар, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Београд, Службени гласник, 2014

Приручници:

- Council of Europe/European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights*, 2010

Електронски извори:

- Гарачић, А, Гргић, М, *Ne bis in idem* (у законима, конвенцијама и судској пракси) (2008), преузето 30.09.2016. године http://www.vsrh.hr/custompages/static/hrv/files/agaracic_ne-bis-in-idem_opatija_zagreb_2008.pdf
- Зупанчић Боштјан, *Ne bis in idem* (забрана поновног суђења за исто дело) *la belle dame sans merci* (2011) преузето: 20.08.2016. http://www.ius.bg.ac.rs/crimenjournal/articles/crimen_002-2011/crimen_002-2011_01.zupancic.pdf
- Ивичевић Карас Елизабета, Поводом пресуде Еуропског суда за људска права у предмету Марести против Хрватске- анализа могућег утјецаја на реформу прекршајног права у Републици Хрватској (2009) преузето: 25.09.2016. https://www.pravo.unizg.hr/_download/repository/Zbornik_s_III._specijalistickog_savjetovanja.pdf
- Interights, Члан 6 Европске конвенције о људским правима- Право на правично суђење, приручник за адвокате, преузето 20.08.2016. <https://www.hitpages.com/doc/6058561700364288/14#pageTop>
- Lelieur Juliette, 'Transnationalising' Ne Bis In Idem: How the Rule of Ne Bis In Idem Reveals the Principle of Personal Legal Certainty, *Utrecht Law Review*, 9(4), (2013), pp.198-210, преузето: 20.09.2016. године http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2334882
- М. Шкулић, *Начело опортунитета кривичног гоњења и (не)деловање начела ne bis in idem* (2015), преузето 30.09.2016. <http://www.propisionline.com/Informator/Article/11209>
- Miriam Allena, *Art.6 ECHR: New horizons for domestic administrative law* (2014)

- преузето: 30.09.2016. http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/09_01_2015_11_49_Allena_ENG.pdf
- Новосел Драган, Рашо Марко, Бурић Зоран, *Разграничење казnenих дјела и прекршаја у свјетлу пресуде Европског суда за људска права у предмету Марести против Хрватске* (2010) преузето 13.05.2016. године hrcak.srce.hr/file/129727
 - Skoghøy A. Jens Edvin, *The Prohibition Against Repeated Criminal Proceedings* (2012), преузето 30.09.2016. <http://www.scandinavianlaw.se/pdf/51-22.pdf>
 - Wasmeier Martin, *The principle of ne bis in idem* (2006) преузето 20.08.2016. <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2006-1-page-121.htm>

Прописи:

- Устав Републике Србије, Службени гласник Републике Србије бр 98/2006
- Законик о кривичном поступку, Службени гласник РС, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014
- Закон о прекршајима, Службени гласник РС, бр. 65/2013 и 13/2016
- Закон о привредним преступима, "Сл. лист СФРЈ", бр. 4/77, 36/77 - испр., 14/85, 10/86 (пречишћен текст), 74/87, 57/89 и 3/90 и "Сл. лист СРЈ", бр. 27/92, 16/93, 31/93, 41/93, 50/93, 24/94, 28/96 и 64/2001 и "Сл. гласник РС", бр. 101/2005 - др. закон
- Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода са додатним протоколима („Службени лист СЦГ – Међународни уговори“, бр.9/03, 5/05 и 7/05 – исправка и „Службени гласник РС – Међународни уговори“, бр.12/10).
- Закон о ратификацији међународног пакта о грађанским и политичким правима, (Службени лист СФРЈ – Међународни уговори, бр. 7/1971)
- Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода (Савет Европе, F-67075, 04.11.1950.)
- Европска конвенција о екстрадицији, потписана 13.12.1957. године
- Конвенција о имплементацији Шенгенског уговора, 14.06.1985. године
- Међународни пакт о грађанским и политичким правима, УН, 2200А (XXI) 16.12.1966.
- Повеља о основним правима ЕУ, 2010/С 83/02, објављена 07.12.2000. године
- Римски статут Међународног кривичног суда, 01.07.2002. године
- Статут међународног кривичног суда за бившу Југославију, усвојен 25.05.1993. године, Резолуцијом бр. 827
- Статут међународног кривичног суда за Руанду, усвојен 08.11.1994. године, Резолуцијом бр. 955

Судске одлуке:

Суд правде Европске Уније:

Case C-150/05, *Jean Leon Van Straaten*, Judgment of 28 September 2006

Case C-436/04, *Leopold Henri Van Esbroeck*, Judgment of 9 March 2006
Case C-187/01 and C-385/01, *Hüseyin Gözütok and Klaus Brügge*, Judgment of 11 February 2003

Европски суд за људска права:

Case 8269/78, *Adolf v Austria*, Judgment of 26 March 1982
Case 72596/01, *Balsytė-Lideikienė v. Lithuania*, Judgment of 4 November 2008
Case 12547/86, *Bendenoun v France*, Judgment of 24 February 1994
Case 19380/92 *Benham v The United Kingdom*, Judgment of 10 June 1996
Case 37575/04, *Boulois v Luxembourg*, Judgment of 03 April 2012
Case 1466/07, *Brusco v France*, Judgment of 14 October 2010
Case 7819/77 7878/77, *Campbell and Fell v The United Kingdom*, Judgment of 28 June 1984
Case 13057/87, *Demicoli v Malta*, Judgment of 27 August 1991
Case 6903/75, *Deweert v Belgium*, Judgment of 27 February 1980
Case 8130/78, *Eckle v Germany*, Judgment of 21 June 1983
Case 5100/71 5101/71 5102/71 5354/72 5370/72, *Engel and Others v The Netherlands*, Judgment of 23 November 1976
Case 74912/01, *Enea v Italy*, Judgment of 17 September 2003
Case 39665/98 and 40086/98, *Ezeh and Connors v. the United Kingdom*, Judgment of 9 October 2003
Case 37950/97, *Franz Fischer v Austria*, Judgment of 29 May 2001
Case 15963/90, *Gradinger v Austria*, Judgment of 23 October 1995
Case 33933/96, *Guisset v France*, Judgment of 26 September 2000
Case 7367/76, *Guzzardi v Italy*, Judgment of 6 November 1980
Case 11529/02, *Hüseyin Turan v. Turkey*, Judgment of 4 March 2008
Case 34619/97, *Janosevic v Sweden*, Judgment of 23 July 2002
Case 73053/01, *Jussila v Finland*, Judgment of 23 November 2006
Case 73797/01, *Kyprianou v Cyprus*, Judgment of 15 December 2005
Case 26138/95, *Lauko v Slovakia*, Judgment of 2 September 1998
Case 20429/07, *Lilly France S.A. v. France*, Judgment of 25 November 2010
Case 27812/95, *Malige v France*, Judgment of 23 September 1998
Case 38184/03, *Matyjec v. Poland*, Judgment of 24 April 2007
Case 55759/07, *Maresti v Croatia*, Judgment of 25 June 2009
Case 50124/13, *Milenkovic v Serbia*, Judgment of 1 March 2016
Case 32042/11, *Muslija v Bosnia and Herzegovina*, Judgment of 14 January 2014
Case 50178/99, *Nikitin v Russia*, Judgment of 20 July 2004
Case 11828/11, *Nykänen v. Finland*, Judgment of 20 May 2014
Case 25711/94, *Oliveira v Switzerland*, Judgment of 30 July 1998
Case 8544/79, *Öztürk v. Germany*, Judgment of 21 February 1984
Case 14220/88, *Ravnsborg v Sweden*, Judgment of 23 March 1994
Case 10519/83, *Salabikau v France*, Judgment of 7 October 1988
Case 15523/89, *Schmautzer v Austria*, Judgment of 23 October 1995
Case 14939/03, *Sergey Zolotukhin v Russia*, Judgment of 10 February 2009
Case 33726/03, *Tsonyio Tsonev v Bulgaria*, Judgment of 1 October 2009
Case 11034/84, *Weber v Switzerland*, Judgment of 22 May 1990

Case 61821/00, *Ziliberberg v Moldova*, Judgment of 1 February 2005

Судови Републике Србије:

Пресуда Вишег суда у Нишу, Кж 212/2016 од 08.04.2015. године

Пресуда Апелационог суда у Београду, Кж1. 2183/2012 од 9.10.2012. године

Пресуда Апелационог суда у Нишу Кж.1.бр.800/16 од 04.08.2016.године

Пресуда Апелационог суда у Нишу, Кж1 бр. 15/16 од 23.06.2016. године

Пресуда Апелационог суда у Нишу, Кж1.бр.189/13 од 23.01.2013. године

Пресуда Апелационог суда у Нишу, Кж.1.бр.2305/13 од 09.12.2013. године

Пресуда Апелационог суда у Нишу Кж.1.бр. 2334/11 од 07.10.2011. године

Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу, Кж.бр. 1349/2015 од 18.11.2015. године

Пресуда Врховног Касационог суда, Кзз бр. 576/2014 од 26.6.2014. године

Одлука Уставног суда Уж.бр. 11106/2013 од 19.05.2016. године

САЖЕТАК

Правни стандарди чине полазну основу за уређење правних института и примену правних норми. Као доста флексибилна и апстрактна правила, начела своју конкретизацију добијају путем судске праксе, односно, кроз усвајање правних ставова од стране домаћих и међународних судова. *Ne bis in idem* представља један од сегмената права на правично суђење и темељно правно начело заједничко готово свим правним системима.

Истраживањем примене овог начела кроз анализу судске праксе, стандарда и ставова, овај рад указује на значај самог начела као гаранције правне сигурности, која се манифестује у облику процесне претпоставке за отпочињање кривичног поступка у истој ствари, када се ради о идентичном чињеничном стању, односно, идентичном основу за санкцију. Полазећи од тога да кумулативна примена норми којима се санкционишу различите врсте кажњивих дела (кривична дела, прекршаји, привредни и дисциплински преступи) доводе до активирања дејства овог начела, аутор ће указати на распрострањеност одбијања оптужбе због забране двоструке угрожености, као и на проблеме који владају у нашем правном систему услед сличности у прописивању јавноправних деликата са сличним објективним обележјима у њиховим бићима.

Србија је, као чланица Савета Европе, преузела обавезу за достизањем европских стандарда, кроз поштовање права и слобода прокламованих Европском конвенцијом о заштити људских права и основних слобода и одлука Европског суда за људска права у Стразбуру. Стандарди које поставља Европски суд кроз аутономно тумачење Европске конвенције постају својеврстан извор права који обавезује нашу земљу. Широка пракса овог међународног суда по питању двоструке угрожености свакако заслужује пажњу приликом изучавања начела *ne bi in idem*, те ће, такође, бити предмет овог рада.

Након обраде предметне проблематике, биће указано на могућа решења чијим уважавањем би се смањило потенцијално угрожавање правне сигурности због двоструке угрожености и остварили циљеви којима законодавац тежи.

Кључне речи: *ne bis in idem*, забрана двоструке угрожености, правна сигурност, Европски суд за људска права, „Енгел“ критеријуми

SUMMARY

THE PRINCIPLE OF NE BIS IN IDEM

Legal standards constitute a starting point for the regulation of legal institutes and application of legal norms. Principles, being adaptable and abstract rules, obtain their materialization through case law, that is, throughout the adoption of legal standpoints by domestic and international courts. *Ne bis in idem* represents one of the segments of the right to a fair trial, and is considered to be the fundamental legal principle common to almost all legal systems.

By researching the application of this principle through the analysis of judicial practice, standards and views, the paper will point out the importance of this principle, as a guarantee of legal certainty. *Ne bis in idem* is manifested in a form of a procedural presumption for initiation of criminal proceedings in the same matter, in the case of identical factual situation, i.e., an identical basis for sanction. Starting from the fact that the cumulative application of norms, by which different types of offenses are sanctioned (crimes, misdemeanors, commercial and disciplinary offenses), lead to activation of this principle, the author will point out the widespread rejection of charges due to the prohibition of double jeopardy, as well as the problems that are prevailing in our legal system due to similarities in prescribing offenses with similar characteristics.

Serbia, as a member of the Council of Europe, has undertaken the commitment to achieve European standards by respecting the rights and freedoms proclaimed by the European Convention on Human Rights and decisions of the European Court of Human Rights in Strasbourg. The standards set by the European Court through an autonomous interpretation of the European Convention are becoming *sui generis* source of law, that obliges our country. The extensive practice of this international court, on the issue of the *ne bis in idem* principle certainly deserves attention while researching this principle, and it will also be the subject of this paper.

Upon processing the given issue, possible solutions will be highlighted. By respecting them, the potential threat to legal certainty due to double jeopardy would be reduced and the goals that legislator strives for would be accomplished.

Key words: ne bis in idem, prohibition of double jeopardy, legal certainty, The European Court of Human Rights, Engel criteria

Биографија

Јелена Веселиновић рођена је 06.08.1991. године у Алексинцу. Основну школу, а потом и Алексиначку гимназију завршила је са одличним успехом, као носилац Вукове дипломе. Правни факултет у Нишу уписала је школске 2010/2011. године и на истом дипломирала јануара 2015. године, са просечном оценом 9,97. Мастер академске студије права уписала је школске 2015/2016. године. Испите на мастер студијама положила је са просечном оценом 10,00.

У току основних академских студија три пута била је добитник признања за постигнути успех на првој, другој и трећој години студија, са оствареном просечном оценом 10,00. Добитник је стипендије Фонда за младе таленте „Доситеја“ за школску 2013/2014. и 2015/2016. годину, као и стипендије Фонда „Михајло Пупин“ Српске народне одбране у Америци, 2013. године. У току студија учествовала је на такмичењима у симулацији суђења из области људских права и то као део тима Правног факултета у Нишу на Регионалном *moot court* такмичењу у Љубљани 2013. године и на Европском *moot court* такмичењу у Стразбуру 2014. године.

Јелена је била полазница различитих програма неформалног образовања, при чему издваја Мобилну правну клинику и Школу за будуће бранитеље/ке људских права. Од 2009. године члан је невладине организације „Друштво за развој креативности“ у Алексинцу, где је учествовала у многобројним пројектима, којима се штите и унапређују права маргиналних група у алексиначкој општини и нишавском округу.

Тренутно обавља приправнички стаж у Вишем суду у Нишу. Од знања страних језика истиче енглески језик, а служи се француским и руским језиком.

**ИЗЈАВА О ИСТОВЕТНОСТИ
ШТАМПАНОГ И ЕЛЕКТРОНСКОГ ОБЛИКА МАСТЕР РАДА**

Име и презиме аутора мастер рада: Јелена Веселиновић

Наслов мастер рада: Начело *ne bis in idem*

Ментор: проф.др Саша Кнежевић

Изјављујем да је електронски облик мастер рада у pdf. формату истоветан штампаном облику, који сам предала Правном факултету Универзитета у Нишу.

У Нишу, 18.10.2016. године

Потпис аутора

ИЗЈАВА О АУТОРСТВУ И ОДОБРАВАЊУ ОБЈАВЉИВАЊА МАСТЕР РАДА

Изјављујем да овај мастер рад, под насловом „Начело *ne bis in idem*“ пријављен и одбрањен на Правном факултету Универзитета у Нишу:

- представља резултат сопственог истраживачког рада;
- није у целини, нити у деловима са моје стране пријављиван за одбрану на другим факултетима или универзитетима;
- не крши ауторска права или интелектуалну својину других лица.

Дозвољавам да се овај мастер рад чува у библиотеци и објави на сајту Правног факултета Универзитета у Нишу.

Аутор мастер рада: Јелена Веселиновић

У Нишу, 18.10.2016. године

Потпис аутора
