

Zorka Pantelić\*

**„Milenković v. Serbia“ - poštovanje načela *ne bis in idem* ili „pravda“ na bis?**

Sadržaj

1. Uvod
2. Pozitivni propisi u Republici Srbiji koji definišu načelo *ne bis in idem*
3. Milenković protiv Srbije
4. Zaštita načela *ne bis in idem* od strane pravosudnih organa
5. Iskustva iz regiona
6. Disciplinska odgovornost i *ne bis in idem*
7. Uzrok problema
8. Umesto zaključka

**1. Uvod**

Iako znatno starije od krivičnog prava kao akademske discipline<sup>1</sup> jedno od njegovih elementarnih postulata - načelo *ne bis in idem*, tačnije problemi koji uporno egzistiraju u vezi sa poštovanjem ovog načela - iznova su aktuelizovani. Od svih grupa principa na kojima se temelji krivični postupak<sup>2</sup>, viševjekovna prisutnost pravila *ne bis in idem* i istrajan rad (radi njegovog utemeljenja) pravnih mislilaca i relevantnih pravosudnih instanci, kao da nije doprineo njegovom pojednostavljivanju i notornosti. Naprotiv, taj problem je umesto sublimacije, dobio nove forme i pokazuje tvrdokornu upornost da se sporadično pojavljuje u gotovo identičnim formama, kako u mikro sredini (gledano u odnosu na jedan pravni sistem) tako i na širem području – svojevrsne

\* Autorka je pravna savetnica u Narodnoj skupštini Republike Srbije.

<sup>1</sup> Kao samostalna nastavna disciplina, krivično pravo je formirano relativno kasno, nakon što je formirana disciplina državno pravo u XVII veku; nakon toga, u XIX veku će biti formirane discipline poput upravnog prava i građansko procesnog prava, v. V. V. Vodineć, *Javno i privatno pravo*, Beograd 1986, ss. 662-667; S druge strane, prvi pisani trag o načelu *ne bis in idem* je Demostenov govor protiv Leptina iz 356. godine pr. n. e; takođe, formiranje izreke pripisuje se Gaju u 2. veku pr. n. e, v. S. Nenadić, Načelo *ne bis in idem* u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i primena načela u praksi Evropskog suda za ljudska prava, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, Beograd 2014, s. (141-167) 143.

<sup>2</sup> Među značajnije principe krivičnog prava svrstava se princip zakonitosti, princip legitimiteta, princip jednakosti građana pred zakonom, princip pravednosti, princip zaštite prava građana, princip humanosti, princip subjektivne odgovornosti, princip individualne odgovornosti, princip individualizacije krivičnih sankcija, v. B. Čejović, *Principi krivičnog prava*, Beograd 2008, ss. 5-18.

makro celine, u koju bi spadale države pod nadzorom Evropskog suda za ljudska prava (ESLJP). Pored novih oblika povrede načela, prisutan je trend kontinuiranog ponavljanja slične greške iz jednog pravnog sistema u drugi. Upravo jedna od tih pogrešnih koncepcija pravosudnih organa Republike Srbije, kada je u pitanju povreda ovog načela, sankcionisana presudom ESLJP u Strazburu,<sup>3</sup> navodi na analizu pojedinih pitanja, tj. „stanja“ domaće i strane sudske prakse, teorijske misli, kao i prakse, tačnije, ključnih stavova ESLJP. Pokušaću da osvrtnom na pojedina pitanja identifikujem činioce koji su bitno doprineli donošenju presude protiv Srbije i koji, ukoliko se najpre ne konstatuju, a zatim i ne odstrane iz pravnog sistema Srbije, mogu i u budućnosti formirati plodno tle sa koga mogu proisteći slične odluke suda u Strazburu.

Ukoliko građani ne bi bili u prilici da iskalkulišu institucionalne reakcije i posledice tih reakcija na njihovo ponašanje, njihovo delanje bi bilo praćeno permanentnim strahom, koji bi u značajnoj meri paralisao i njihove elementarne radnje; to ne želi niti jedan zakonodavac u demokratskom društvu. Dakle, strah uveliko potiče od nepredvidljivosti pojava koje nas okružuju. Pravosuđe u tom pogledu nije izuzetak. Upravo stoga, postulat pravne sigurnosti, između ostalog počiva i na koncepciji da lica protiv kojih je postupak pravnosnažno okončan, više ne moraju da brinu u pogledu novog krivičnog gonjenja za to delo, niti za eventualno vođenje postupka paralelno sa postupkom kojim se za izvršeno delo procesuiraju.

Međutim, pravna misao ima i drugi ugao posmatranja ovog problema. Naime, suštinski postulat krivičnog prava - načelo istine<sup>4</sup> nije u potpunosti usklađeno sa ovim principom. Realizacija načela *ne bis in idem*, u punom opsegu, onemogućila bi ponavljanje krivičnog postupka, čak i da se nakon pravnosnažnosti presude utvrde novi dokazi i činjenice, što bi u velikoj meri onemogućilo načelo istine. Ukoliko bi, pak, nekontrolisano omogućili ponavljanje krivičnog postupka, pravna sigurnost bi takođe bila ugrožena. Iz tog razloga, načelo *ne bis in idem* predstavlja svojevrsni rezultat pomirenja ta dva principa.<sup>5</sup>

Tema je u poslednjoj deceniji (zbog konstantne povrede načela u pravnim sistemima širom Evrope) iscrpno obrađivana. Zbog toga se u nastavku težište neće stavlјati na celovitiji prikaz „značajnije“ prakse ESLJP kada je povreda predmetnog načela u pitanju, kao ni, pregled domaćih (i stranih) sudskih odluka, koje se mere stotinama, niti naučna dostignuća dogmatско-filozofske prirode. Ukazaće se na pojedine nelogičnosti i pojave u različitim koncepcijama pravosudnih organa u Srbiji i okruženju oličene prevashodno u njihovim odlukama, ali i necelishodnosti rešenja prilikom postupanja drugih institucija (poput policije) koje imaju samo posrednu vezu sa pravosudnom dogmatikom, te i još nedovoljno prihvatanje uloge ESLJP u

<sup>3</sup> Milenković v. Serbia, br. 50124/13 od 01. 03. 2016.

<sup>4</sup> Načelo istraživanja materijalne istine je kako smatraju pojedini autori napušteno donošenjem aktuelnog Zakonika o krivičnom postupku, koji je čl. 15 st. 2 predvideo da je teret dokazivanja na tužiocu, dok je prethodnim Zakonom o krivičnom postuku bila predviđena obaveza suda i svih drugih državnih organa da istinito i potpuno utvrde činjenice koje su važne za donošenje zakonite odluke; v. Momčilo Grubač, *Priručnik za polaganje pravosudnog ispita*, Beograd 2013, s. 40; Međutim, smatramo da je, uprkos navedenom stavu teorije, kao i st. 2 čl. 15 Zakonika, već sledećim čl. 16 st. 4 otklonjena sumnja da je ovo načelo napušteno, jer je predmetnim članom navedeno da se presuda ili rešenje koje odgovara presudi može zasnovati samo na činjenicama u čiju je izvesnost sud uveren, a kako sud može dati nalog stranci ili sam naložiti da se takvi dokazi izvedu, ukoliko su izvedeni dokazi protivrečni ili nejasni ili je to potrebno da bi se predmet dokazivanja svestrano raspravio, to je načelo materijalne istine još uvek cilj krivičnog postupka; Zakonik o krivičnom postupku, Sl. gl. RS 72/11,101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014.

<sup>5</sup> S. S. Knežević, *Osnovna načela krivičnog procesnog prava*, Niš 2012, s. 249.

srpskom pravnom sistemu. Dakle, biće ukazano na neke od potencijalnih uzroka koji doprinose povredi ovog načela. Nakon toga će se ponuditi nekoliko mogućih rešenja. Njihovom realizacijom bi moglo da dođe do unapređenja pitanja, a verujemo da takva rešenja ne bi imala štetne implikacije po sistem; i to kako po nivo stečenih ljudskih prava, tako i po ostale sfere društva.

Uprskos aktivnoj ulozi ESLJP koji u poslednjoj deceniji na svakih nekoliko godina donese protiv neke od zemalja u regionu (poslednja je presuda protiv Srbije) presudu kojom konstatuje povredu prava na sigurnost, često i na veoma sličan način, negativan trend opomena iz Strazbura se nastavlja. Kontinuiranost neke negativne pojave u bilo kom sistemu (a posebno njeno ispoljavanje u pravnom sistemu) najčešće ukazuje ili na njenu izuzetnu komplikovanost, tj. "nereshivost"<sup>6</sup> ili na određeni stepen ignorisanja problema od strane onih koji su nadležni da problem reše.

## 2. Pozitivni propisi u Republici Srbiji koji definišu načelo *ne bis in idem*

Jezičkim tumačenjem legislativnih odredbi koje uređuju pravilo *ne bis in idem* (i koje ne iziskuju potrebu tumačenja) primećuje se da eventualna nepreciznost nije faktor egzistiranja ovog problema, odnosno povrede ljudskih prava suđenjem dva puta za istu stvar. Dakle, norme koje sadrže pravila o zabrani dvostrukog kažnjavanja su nedvosmisleno određene. Na značaj predmetnog načela upućuje i činjenica da je najviši pravni akt – Ustav Srbije<sup>7</sup> čl. 34 st. 4 predvideo da „niko ne može biti gonjen i kažnjen za krivično delo za koje je pravnosnažnom presudom oslobođen ili osuđen, ili za koje je optužba pravnosnažno odbijena, ili postupak pravosnažno obustavljen, niti sudska odluka može biti izmenjena na štetu okrivljenog, u postupku povodom vanrednog pravnog leka. Istim zabranama podleže vođenje postupka za neko drugo *kažnjivo* delo.“ Ustav Srbije je u ovom aspektu prihvatio tekovine ESLJP, te je najvišim pravnim aktom proširena zabrana ponovnog suđenja i kažnjavanja za isto delo i na druga kažnjiva dela. Proširujući formulaciju i na druga kažnjiva dela (ne samo krivična) ustavotvorac je u najviši izvor prava integrisao smernice usvojene u praksi ESLJP. Nažalost, proširena formulacija u Ustavu Srbije nije doprinela sprečavanju povrede načela.

Ustavno načelo je „ozakonjeno“ odredbama niže pravne snage - Zakonikom o krivičnom postupku<sup>8</sup> te je čl. 4 određeno da „niko ne može biti gonjen za krivično delo za koje je odlukom suda pravnosnažno oslobođen ili osuđen ili za koje je optužba pravnosnažno odbijena ili je postupak pravnosnažno obustavljen“. Međutim, čl. 8 Zakona o prekršajima<sup>9</sup> je na još decidniji način predvideo da se nikome ne može ponovo suditi, niti mu se može izreći prekršajna sankcija za prekršaj o kome je pravnosnažno odlučeno u skladu sa zakonom. Zakon o prekršajima u st. 3 i 4 uređuje pitanja koja su od izuzetnog značaja za predmet rada (st. 3): „Protiv učinioca prekršaja

<sup>6</sup> „Mnoga pitanja bila su nekada nerešena, pa su danas rešena, samo ako nisu nerešljiva i u tome se sastoji ljudski progres, da se nerešena pitanja reše“. Perić navodi 4 čuvena slučaja nespojivosti različitih zahteva i prava, npr. nespojiva je teorija o zloupotrebi prava sa osnovama individualizma koji nalažu ekstremni egocentrizam, poput isključivog staranja o sopstvenom interesu ili sloboda kretanja pojedinca koja je omeđena nevidljivom linijom slobode kretanja drugog pojedinca i suštinskog pitanja ko postavlja te linije i kako, kada svako teži da se proširi na uštrb drugoga i sl. Ž. Perić, *Nerešljivi problemi u oblasti Prava*, Sarajevo 1939, s. 4.

<sup>7</sup> Ustav Srbije, Sl. gl. RS 98/2006.

<sup>8</sup> Zakonik o krivičnom postupku, Sl. gl. RS 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, i 55/2014.

<sup>9</sup> Zakon o prekršajima, Sl. gl. RS 65/2013 i 13/2016.

koji je u krivičnom postupku pravnosnažno oglašen krivim za krivično delo koje *obuhvata i obeležja prekršaja* ne može se za taj prekršaj pokrenuti postupak, a ako je pokrenut ili je u toku, ne može se nastaviti i dovršiti“. Stavom 4 određeno je: „Protiv učinioca prekršaja koji je u postupku po privrednom prestupu pravnosnažno oglašen odgovornim za privredni prestup koji obuhvata i obeležja prekršaja ne može se za taj prekršaj pokrenuti postupak, a ako je pokrenut ili je u toku, ne može se nastaviti i dovršiti“.

Pored citiranih odredbi, formulisanih radom najviših ustavotvornih i zakonodavnih instanci srpskog pravnog sistema, za zaštitu ovog ljudskog prava od posebnog značaja je (pored pravnih pravila usvojenih radom ESLJP, o kojima će u nastavku biti više reči) tekst čl. 4 Protokola br. 7 Evropske konvencije, koji glasi: „Nikome se ne sme ponovo suditi niti se može ponovo kazniti u krivičnom postupku u nadležnosti iste države za delo zbog koga je već bio pravosnažno oslobođen ili osuđen u skladu sa zakonom i krivičnim postupkom te države“<sup>10</sup>. Međutim, precizna legislativa nije doprinela da izostane opomena iz Strazbura, te je 1. marta 2016. godine ESLJP doneo presudu Milenković v. Serbia<sup>11</sup>, kojom je ustanovio da je Republika Srbija povredila čl. 4 Protokola br. 7 Evropske konvencije.

### 3. Milenković protiv Srbije

Nakon što je ESLJP 1. marta 2016. godine objavio presudu kojom je konstatovano da je Momčilu Milenkoviću iz Leskovca povređeno pravo da ne bude kažnjen i da mu ne bude suđeno dva puta, pravnička javnost u Srbiji se po ko zna koji put ustremila na pojedine aspekte u vezi sa tom povredom ljudskog prava. Pomenućemo samo da je (gledano na region) prethodnih godina u više navrata ESLJP već konstatovao povrede slične prirode i to protiv zemalja u regionu - Hrvatske i Bosne<sup>12</sup> gde je srpska pravnička javnost imala priliku da se temeljno upozna sa negativnim iskustvima suseda. Navedene presude, nisu poslužile srpskom pravosudnom sistemu kao adekvatna smernica, te se izrečena presuda protiv Srbije pridružila arsenalu odluka koje u budućnosti mogu poslužiti okretnijim pravnicima u srpskom, kao i u drugim pravnim sistemima, koji neće učiti na sopstvenim greškama i koji neće svojim radom kršiti temelje ljudskih prava.

Podnosilac predstavke je ukazao ESLJP sledeće: Milenković je 2006. godine prekršajno odgovarao zbog tuče sa čovekom koji je uputio uvrede njegovoj deci, nakon čega je zbog istog događaja osuđen zbog izvršenja krivičnog dela teška telesna povreda na kaznu zatvora u trajanju od tri meseca. Na upućenu žalbu krivičnom sudu, u smislu povrede načela *ne bis in idem* (da mu je u vezi istog događaja već izrečena sankcija od strane prekršajnog suda) ista je odbijena uz obrazloženje da se radnja iz prekršaja, gde je okrivljeni sankcionisan za narušavanje javnog reda i mira i presuda krivičnog suda, gde je Milenković osuđen zbog krivičnog dela teške telesne povrede - razlikuju.

<sup>10</sup> Dostupno na: [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SRP.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SRP.pdf) str. 43, očitavanje 01. 05. 2016.

<sup>11</sup> Milenković v. Serbia, br. 50124/13 od 01. 03. 2016.

<sup>12</sup> Maresti v. Croatia, br. 55759/07 od 25. 06. 2009; Tomasović v. Croatia, br. 53785/09 od 18. 10. 2011; Marguš v. Croatia, br. 4455/10 od 13. 11. 2012; Testa v Croatia, br. 20877/04 od 12. 07. 2007; Muslia v. Bosnia and Herzegovina, br. 32042/11 od 14. 01. 2014.

S obzirom na dosadašnju praksu i usvojene „Engel“ principe, potvrđene višedecenijskim radom Suda, u drugim presudama<sup>13</sup> predmet protiv Srbije je posmatran upravo kroz ta pravila. Najpre je bilo potrebno odgovoriti na pitanje da li se radi o krivičnoj sankciji u krivičnom postupku. Za odgovor na prvo pitanje, moramo posegnuti u st. 60 Presude Maresti protiv Hrvatske<sup>14</sup> gde je sud, potvrđujući koncepciju presude (tj. usvojenih kriterijuma) „Engel protiv Holandije“, naveo da u društvu koje se opredelilo za vladavinu prava, kada zaprećena i stvarno izrečena kazna podnosiocu zahteva uključuje gubitak slobode, postoji pretpostavka da ono što mu se stavlja na teret predstavlja optužbu za „krivično delo“, a to je pretpostavka koja se samo izuzetno može pobijati, i to samo ukoliko se lišenje slobode ne može smatrati posebno štetnim. U presudi Milenković protiv Srbije, sud je konstatovao da je Zakon o prekršajima, kojim je Milenković najpre sankcionisan, služio kao garancija ljudskog dostojanstva i javnog reda, dakle vrednosti koje spadaju u sferu krivičnog prava. Takođe, u vezi prvog kriterijuma, zaključeno je da se za ovaj prekršaj može izreći kazna zatvora do 60 dana, te bez obzira što nije izrečena u konkretnom slučaju, već je izrečena novčana kazna, to ne umanjuje karakter predmetne sankcije kao krivične.<sup>15</sup>

Drugi kriterijum kroz koji je posmatran predmet „Milenković“, kako navodi Carić, bio je identičnost dela, čiji su temelji postavljeni u slučaju „Zolotukhin protiv Rusije“<sup>16</sup> gde je propisano da se „čl. 4 Protokola br. 7 mora tumačiti na način da zabranjuje krivično gonjenje ili suđenje za drugo delo ukoliko ono proizilazi iz istih činjenica ili činjenica koje su u biti iste“. Upoređujući inkriminacije za prekršaj i krivično delo, sud je uočio da je u oba postupka posredi fizički nasrtaj (udaranje u glavu oštećenog) te da je mesto i vreme izvršenja kažnjivih radnji identično. U takvoj postavci stvari izveden je zaključak da se radi o istovetnosti kažnjivih dela u konkretnom slučaju.<sup>17</sup>

<sup>13</sup> U predmetu Engel i ostali protiv Holandije, Sud je utvrdio kriterijume za odlučivanje o tome da li je optužba „krivična“ u smislu člana 6 Konvencije. Ti kriterijumi su 1. klasifikacija u unutrašnjem zakonodavstvu, 2. priroda dela, 3. svrha kazne i 4. priroda i težina kazne. (1) Čak i ako se optužba ne kvalifikuje kao krivična, to „ne znači da se automatski ne primenjuju garancije pravičnog suđenja sadržane u članu 6, te bi države članice mogle da izbegnu primenu garancija pravičnog suđenja tako što bi dekriminalizovale ili reklasifikovale krivične optužbe. (2) „Ako se norma o kojoj je reč primenjuje isključivo na ograničenu grupu ljudi, kao što su pripadnici jedne profesije, onda bi to moglo da ukaže da je reč o disciplinskoj, a ne o krivičnoj normi. Međutim, ako norma ima opšte posledice, onda je verovatno da će ona u smislu člana 6 biti krivična. (3) Treći kriterijum, svrha kazne ima za cilj da da se napravi razlika između krivičnih i čisto administrativnih sankcija. (4) Četvrti „Engel“ kriterijum: ako priroda i težina kazne podrazumeva da svrha kazne nije takva da je član 6 primenjiv, onda će Sud razmatrati prirodu i težinu kazne koji takođe mogu uticati na primenu garancija pravičnog suđenja. Po tom kriterijumu lišenje slobode je kazna koja po pravilu čini neku normu krivičnom, a ne prekršajnom, iako takva posledica može proisteci i iz prekršaja. Takođe, u predmetu Engel i ostali protiv Holandije, Sud je izveo jedan od zaključaka koji su postali nezaobilazan citat radova (videćemo i potonjim presudama sudova) u vezi povrede načela *ne bis in idem*. Naime, zaključeno je „da u društvu koje počiva na vladavini prava, lišenje slobode koje se nameće kao kazna spada u 'krivičnu' sferu, sem kada je reč o onim lišenjima slobode koja po svojoj prirodi, trajanju ili načinu izvršenja nisu značajno štetna. Težina onoga u čemu se u datom predmetu radi, tradicije Visokih strana ugovornica i važnost koju Konvenciji pridaje poštovanju fizičke slobode nekog lica, nalažu da bude upravo tako“. v. N. Mol/K. Harbi, *Pravo na pravično suđenje*, Vodič za primenu čl. 6 Evropske konvencije o ljudskim pravima, Beograd 2007, ss. 32-36.

<sup>14</sup> Aplikacija br. 55759/07 od 25. 06. 2009.

<sup>15</sup> S. Carić, dostupno na: <http://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/030316/030316-vest1.html>, očitavanje 05. 05. 2016.

<sup>16</sup> Zolotukhin v. Russia, br. 14939/03 od 10. 02. 2009.

<sup>17</sup> Carić (bel. 15), v.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["zolotukhin"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"CHAMBER":\["ER"\],"itemid":\["001-91222"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{), očitavanje 05. 05. 2016.

Treći kriterijum, kroz koji je posmatran predmet protiv Srbije - dvostrukost postupka – je pitanje da li se radi o presuđenoj stvari, u slučajevima kada nikakva pravna sredstva nisu moguća, jer su već iskorišćena u nekom od postupaka ili je, pak, prekoračen rok za njihovo izjavljivanje. Kako su u predmetu Milenković protiv Srbije oba postupka (prekršajni i krivični) pokrenuta na osnovu policijskog izveštaja, to je momentom neulaganja žalbe na prekršajnu presudu, celokupna „kaznena stvar“ stekla svojstvo *res judicata*. Krivični postupak, koji je počeo nakon presude prekršajnog suda, po osnovu završenog prekršajnog postupka je trebao da bude odmah okončan.<sup>18</sup>

#### 4. Zaštita načela *ne bis in idem* od strane sudova Republike Srbije

Uočava se da je u predmetu Milenković protiv Srbije začetak problema u dvostrukom prijavljivanju spornog događaja nadležnim instancama (prekršajni postupak i krivični postupak inicirani su policijskim izveštajem, odnosno krivičnom prijavom od istog datuma). Problem sa inicijalnom prilježnošću nadležnih organa unutrašnjih poslova kasnije je produbljen i sa pravnog aspekta. Naime, ožalbeni krivični sud nije usvojio navode odbrane da je stvar već presuđena, u prekršajnom postupku. Dakle, problem o dvostrukom kažnjavanju, s jedne strane, ima začetak u postupanju policije, koja upućuje prijave povodom istog događaja, na više adresa, dakle pravosudnim organima različite nadležnosti, a s druge strane pogrešno tumačenje zakonskih odredbi (ili neuzimanje u obzir aktuelnih smernica ESLJP) nadležnih pravosudnih instanci, što predstavlja daleko veći problem od dvostrukog prijavljivanja. Čak i kada se dogodi da usled nedovoljnog poznavanja krivičnih i prekršajnih odredbi ili usled određenih okolnosti nadležni organi unutrašnjih poslova upute prijave za isti događaj na više adresa, ignorisanje te činjenice (da je *stvar res judicata* u nekom drugom postupku) od strane pravosudnih organa, kada se na nju ukaže, tačnije njeno pogrešno tumačenje uprkos žalbenim navodima, ukazuje da se otklanjanju ove pojave mora pristupiti sa više pažnje i na više nivoa, uz visok stepen edukacije nadležnih organa.

S obzirom na to da sudovi primenjuju pravo, tj. da od njihovog pravilnog tumačenja zakonskih odredbi, tekovina prakse ESLJP i ujednačenog postupanja zavisi i nivo poštovanja ljudskih prava u jednom društvu, u nastavku će biti skrenuta pažnja na neke zanimljive odluke domaćih sudova, u kojima se uočava specifična nedoslednost, prisutna čak i kod sudskih veća koja sude u vrlo sličnom sastavu. Takav pristup problemu, ali i nedoslednost, Srbiju ubrzo i olako može dovesti u rang sa, recimo, Hrvatskom, koja je sa četiri presude, donete u vezi povrede ovog načela u kratkom roku, lider u regionu.

Dakle, Viši sud u Beogradu, postupajući po žalbi javnog tužioca,<sup>19</sup> izjavljenoj na odbijenu optužbu prema M. Đ. zbog krivičnog dela nasilje u porodici, iz čl. 194 st. 5 KZ rešenjem ju je usvojio i predmet vratio prvostepenom sudu na ponovno suđenje. Odbijajuća prvostepena presuda je doneta zbog toga što je okrivljeni za isti događaj od strane Prekršajnog suda u Beogradu<sup>20</sup> već osuđen zbog prekršaja iz čl. 12 st. 1 Zakona o javnom redu i miru<sup>21</sup> za koji mu je izrečena novčana kazna. To prema mišljenju osnovnog suda predstavlja jedan te isti događaj.

<sup>18</sup> Carić (bel. 15).

<sup>19</sup> Presuda Višeg suda u Beogradu Kž 1. br. 446/15 od 01. 09. 2015.

<sup>20</sup> Presuda Prekršajnog suda u Beogradu 3 Pr. br. 131902/13 od 11. 04. 2014.

<sup>21</sup> Zakon o javnom redu i miru, Sl. gl. RS 51/92, 53/93, 67/93, 48/94, 101/2005 - dr. zakon i 85/2005 - dr. Zakon.

Usvajajući žalbu javnog tužioca, ožalbeni sud nije prihvatio navedeni stav osnovnog suda, jer (kako je to u žalbi istakao i javni tužilac) u konkretnom slučaju radnja izvršenja krivičnog dela podrazumeva i posledicu koja je iz nje proistekla, pa je tako posledica proistekla iz prekršaja (čl. 12 st. 1 ZJM) remećenje javnog reda i mira, dok su radnja izvršenja, pa i posledica krivičnog dela nasilje u porodici iz čl. 194 st. 5 KZ koje se okrivljenom stavlja na teret, potpuno drugačiji, budući da krivično delo iz čl. 194 st. 5 KZ čini ko prekrši mere zaštite od nasilja u porodici koje mu je sud odredio na osnovu zakona. U ovom slučaju, prema zaključku ožalbenog suda, okrivljenom je stavljen na teret konkretna radnja izvršenja krivičnog dela i konkretna posledica – da je kritične prilike prekršio mere zaštite od nasilja u porodici, ranije utvrđene presudom, prema tačno određenim licima, a ne da je drskim i bezobzirnim ponašanjem remetio javni red i mir i ugrozio spokojstvo građana, kako je to označeno u pravosnažnoj presudi Prekršajnog suda.

Viši sud je, rezimirajući napred navedeno, zaključio da se u konkretnom slučaju razlikuju zaštitni objekti; u prekršajnom postupku – javni red i mir i spokojstvo građana – odnosno brak i porodica, koji predstavljaju zaštitni objekt krivičnog dela nasilje u porodici. Viši sud je stao na stanovište da je za povredu načela *ne bis in idem* potrebno da je u pitanju pravno i činjenično isti događaj. U konkretnom slučaju ne radi se o istom pravnom događaju, jer se iz presude Prekršajnog suda br. 131902/13 jasno vidi da u prekršajnom postupku nije bilo reči o tome da je kritičnom prilikom okrivljeni prekršio mere zaštite od nasilja u porodici određene presudom Prvog osnovnog suda u Beogradu P2-2882/12 od 1. novembra 2012. godine, niti je ta okolnost bila poznata Prekršajnom sudu. Ona je upravo bila osnov optuženja i bitan element bića krivičnog dela i radnje izvršenja krivičnog dela koje se okrivljenom stavlja na teret. Na kraju, Viši sud je još jednom podvukao da su krivičnim delom oštećena tačno određena lica, dok je u prekršajnom postupku došlo do povrede javnog reda, mira i spokojsva građana.<sup>22</sup>

S druge strane, donošenjem Presude KŽ 1. br. 147/15 od 12. januara 2016. godine<sup>23</sup> isti sud je (da ponovimo u gotovo identičnom veću, tačnije, veća su se razlikovala *samo* u pogledu predsednika veća) bio suočen sa sličnim problemom. Naime, presudom Prvog osnovnog suda u Beogradu K. br. 411/13 od 12. marta 2015. godine prema okrivljenom M. Z. odbijena je optužba da je izvršio krivično delo nasilničko ponašanje, iz čl. 344 KZ jer pred Prekršajnim sudom u Beogradu<sup>24</sup> obustavljen prekršajni postupak za isti događaj, za koji je okrivljeni u krivičnom postupku optužen, te se radi o presuđenoj stvari (*res judicata*). Sud je obrazložio svoju odluku, time da su vreme, mesto i činjenični opis događaja iz optužnog akta Prvog osnovnog javnog tužilaštva u Beogradu (koje je optužilo okrivljenog zbog krivičnog dela iz čl. 344 KZ) identični u vremenu, mestu i činjeničnom opisu prekršaja iz zahteva za pokretanje prekršajnog postupka, po kom zahtevu je prekršajni postupak, predmetnim rešenjem Prekršajnog suda obustavljen. Sud je (stoji u presudi ožalbenog suda) pravilno zaključio da se radi o „istom događaju, istim licima, istom danu i satu, *pa i posledici*, da se dakle radi o istovrsnim radnjama.“

Presuda Višeg suda posebno je značajna zbog osvrta na odredbu čl. 4 Protokola broj 7 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, te praksu ESLJP u vezi povrede načela *ne bis in idem*. Naime, Viši sud u Beogradu, navodi da je Sud u Strazburu zabranio krivično gonjenje ili suđenje u vezi sa drugim „delom“ u meri u kojoj ono proizilazi iz istovetnih

<sup>22</sup> Rešenje Višeg suda u Beogradu, KŽ 1. br. 446/15 od 01. 09. 2015.

<sup>23</sup> Presuda Višeg suda u Beogradu, KŽ 1. br. 147/15 od 12. 01. 2016.

<sup>24</sup> Presuda Prekršajnog suda u Beogradu, Pr. br. 103919/11 od 30. 08. 2013.

činjenica i činjenica koje su u suštini iste. Pojam krivično delo u Evropskoj konvenciji je dosta širi u odnosu na isti pojam u našem pozitivnom pravu, tako da pomenuti pojam po Konvenciji suštinski odgovara pojmu „krivično delo“ u nacionalnom pravu, *ali istovremeno obuhvata pojedine privredne prestupe, pojedine prekršaje, među kojima su i prekršaji sa elementima nasilja*. Imajući u vidu da se predmetni prekršaj sa elementima nasilja, može podvesti pod pojam „krivično“ iz Konvencije, eventualno krivično gonjenje, pored okončanog prekršajnog gonjenja, od strane Prekršajnog suda, značilo bi povredu tog načela.

Ukratko, presudom Kž. 1 147/15 od 12. januara 2016. godine Viši sud u Beogradu je odbio žalbu javnog tužioca i zaključio da je prvostepeni sud pravilno utvrdio činjenice i doneo zakonitu odluku (kada je doneo odbijajuću presudu, kako ne bi povredio načelo *ne bis in idem*) jer je zabranjeno krivično gonjenje u vezi sa drugim „delom“ u meri u kojoj proizilazi iz istovrsnih činjenica i činjenica koje su u suštini iste. S druge strane, presudom Kž. 1 br. 446/15 od 01. septembra 2015. godine, Viši sud je usvojio žalbu javnog tužioca i našao da nije došlo do povrede spornog načela, jer je zaštitni objekat u prekršajanom postupku – javni red, mir i bezbednost, dok je zaštitni objekat krivičnog dela nasilje u porodici – brak i porodica, te je prvostepeni sud suprotnim rezonovanjem načinio bitnu povredu odredaba krivičnog postupka.

Čl. 194 st. 5 KZ sadrži odredbu kojom predviđa da će se kazniti kaznom zatvora od tri meseca do tri godine lice koje prekrši mere zaštite od nasilja u porodici koje mu je sud odredio. Na problematičnost ovakvog zakonskog rešenja upozoravao je jedan deo naše krivičnopravne teorije<sup>25</sup>, i to pre svega zbog “diskutabilne zakonske sistematike”. Problem sistematike se, kako stvari stoje, protegao i na praksu. No, uprkos navedenom, lice koje prekrši mere zaštite od nasilja u porodici, određene, na osnovu Porodičnog zakona, čini krivično delo. Ukoliko se nezakonito delanje okrivljenog podvede pod još neku kaznenu radnju, kao što je to posredi u ovom slučaju, kada je okrivljenom stavljeno na teret i izvršenje prekršaja iz oblasti javnog reda i mira, te i za tu drugu radnju bude sankcionisan, dakle pored sankcionisanja za krivično delo, biće, i pravno i faktički sankcionisan dva puta za “istu stvar”, odnosno biće sankcionisan dva puta za radnju koju je preduzeo u jednom momentu, bez obzira na to što je jedna od tih radnji (radnja krivičnog dela sadržanog u st. 5 čl. 194) utemeljena (tj. upućuje) u nekom drugom, nekrivičnom, postupku, kao što je u konkretnom slučaju kršenje mera zaštite od nasilja u porodici.

Ukoliko se obrati pažnja na deo obrazloženja druge presude (Kž 1. br. 147/15 ) gde je Sud opravdano konstatovao da “nije dozvoljeno suditi za drugo delo, ukoliko ono proizilazi iz istovetnih činjenica i činjenica koje su u suštini iste”, možemo, prihvatajući tu koncepciju, zaključiti da bi sa suprotnom postavkom stvari, pravnu sigurnost u kaznenom sistemu Srbije, u velikoj meri izložili iskušenjima i nedoslednostima, koje bi mogle ozbiljno da naruše pravnu sigurnost građana. Dakle, ukoliko bi se prilikom utvrđivanja povrede načela *ne bis in idem*, opredeljivali za kriterijum (različitog) zaštitnog objekta krivičnog dela i prekršaja (što je apostrofirano rešenjem Kž 1. Br. 446/15), a ne “činjenica koje su u suštini iste” (presuda Kž. 147/15) suviše često bi se događalo da utvrdimo da nije posredi povreda ovog načela, jer je zaštitni objekat krivičnih dela i prekršaja u nemalom broju slučajeva postavljen na, iako finim i tananim, ipak drugačijim osnovama.

Napred navedenu tvrdnju i širinu problema koji može da otvori stav o “kriterijumu različitog zaštitnog objekta” takođe, temeljimo i na drugim primerima sudske prakse. Iako je zbog istog

<sup>25</sup> M. Škulić, Krivično delo nasilja u porodici, *Zbornik radova sa naučnog skupa*, Beograd 2012, s. 79.

dogadaja protiv okrivljenog pravnosnažno okončan prekršajni postupak zbog prekršaja sa elementima nasilja, nadležni sud je zaključio da nema povrede pravila *ne bis in idem* u krivičnom postupku zbog krivičnog dela lake telesne povrede, jer zaštita fizičkog integriteta, kao ni telesne povrede oštećenog, nisu bili predmet prekršajnog postupka. Naime, okrivljeni M. M. je pravnosnažnom presudom Prekršajnog suda u V. Odeljenju suda u L. dana 7. decembra 2011. godine oglašen krivim za prekršaj iz čl. 6 st. 3 Zakona o javnom redu i miru i osuđen na novčanu kaznu u iznosu od 6.000,00 dinara. U nastavku sud navodi: “(...) stoji činjenica da je konkretan prekršajni postupak vođen povodom istog događaja od 06. maja 2011. godine, međutim, u konkretnom slučaju kod prekršajnog postupka zaštitni objekat je javni red i mir, dok zaštita fizičkog integriteta nije bila obuhvaćena prekršajem zbog kog je okrivljeni M. M. oglašen krivim i osuđen, pri čemu ni telesne povrede oštećenog nisu bile predmet prekršajnog postupka, zbog čega Apelacioni sud navodi da, imajući u vidu da se radi o istom događaju, ali o potpuno različitim zaštitnim objektima, prvostepeni sud u konkretnom slučaju nije mogao da, primenom načela *ne bis in idem*, u odnosu na okrivljenog odbije optužbu, nalazeći da je on već jednom pravnosnažno osuđen zbog istog dela.”<sup>26</sup>

Vidi se da je sa aspekta pravne sigurnosti kriterijum “različitost zaštitnih objekata” veoma problematičan, da ostavlja prostor za beskonačno ekstenzivno tumačenje i da, što je ključno, odudara od utemeljenih postavki ESLJP. U napred navedenim slučajevima pozivajući se na ovaj kriterijum pravosudni organi su uspeali (prividno, tj. nepravilno) da razdvoje od prekršajnih presuda dve velike grupacije krivičnih dela – protiv braka i porodice, odnosno krivična dela kojima je zaštitni objekat fizički integritet građana. Čak i da ne postoji pretnja opomene iz Strazbura, smatramo da se ovom ekstenzivnom postavkom i tumačenjem načela menja njegova suština, te da se na taj način udaljavamo od pravne sigurnosti, koja je bit načela, što se da videti i iz naslova čl. 34 Ustava RS u kome je sadržano načelo *ne bis in idem*, koji nosi naziv “Pravna sigurnost u kaznenom pravu”.

Sudska praksa beleži još zanimljivih slučajeva kod kojih nadležni organi nisu saglasni da li je nastupila povreda ovog načela. Naime, prema navodima žalbe Osnovnog javnog tužioca nije identičan činjenični opis prekršaja i krivičnog dela, zbog toga što je naveden različit nivo alkohola u krvi okrivljenog, u te dve odluke, dok je teška telesna povreda različito kvalifikovana. Apelacioni sud, nije doveo u sumnju dve stvari od značaja za našu temu: pravilnost zaključka prvostepenog suda da se u konkretnom slučaju radi o presuđenoj stvari, imajući u vidu citirane odredbe i konkretnu situaciju, odnosno, istovetan činjenični opis prekršaja i krivičnog dela koje se optužnicom okrivljenom stavlja na teret, kao i činjenicu da se radi o presuđenoj stvari ukoliko je pravnosnažnim rešenjem prekršajnog suda obustavljen postupak usled nastupanja apsolutne zastarelosti prekršajnog gonjenja<sup>27</sup>.

Isti sud je, dve godine pre navedenog zaključka, zaključio. “Krivična stvar nije presuđena, u smislu pravnog načela *ne bis in idem*, ukoliko je postupak protiv istog učinioca za isto delo pravnosnažno obustavljen, već samo ukoliko je okončan donošenjem pravnosnažne oslobađajuće ili osuđujuće presude”.<sup>28</sup> Podsećamo na zakonske odredbe (čl. 4 ZKP) koje predviđaju da će predmetno načelo biti povređeno i u slučajevima kada je postupak pravnosnažno obustavljen. S druge strane, pojedine odluke ožalbenih instanci ulivale su nadu da povrede prava, makar u

<sup>26</sup> Rešenje Apelacionog suda u Beogradu, Kž 1. 4512/2012 od 01. 10. 2012.

<sup>27</sup> Presuda Apelacionog suda u Kragujevcu, Kž 1. 5394/2013 od 23. 01. 2014.

<sup>28</sup> Presuda Apelacionog suda u Kragujevcu, Kž 1. 317/2012 od 10. 02. 2012.

određenim slučajevima, neće biti. Tako, još 2011. godine doneta je odluka kojom je konstatovano da kada je pravnosnažno okončan postupak pred prekršajnim sudom za prekršaj sa elementima nasilja, ne može se, povodom istog događaja, voditi i krivični postupak zbog krivičnog dela nasilničko ponašanje<sup>29</sup>

## 5. Iskustva iz regiona

Treba napomenuti da je odgovore na mnoga od navedenih pitanja, koja su se pojavila u vezi sa povredom načela *ne bis in idem*, bilo moguće uočiti, tj. sprečiti njihovu pojavu analizom već donetih presuda Suda u Strazburu, među kojima je i pomenuta presuda Maresti protiv Hrvatske doneta 25. jula 2009. godine<sup>30</sup>. Naime, nakon što je protiv okrivljenog jula meseca 2005. godine pokrenut prekršajni postupak zbog remećenja javnog reda i mira u Hrvatskom mestu Pažin, gde je isti pod uticajem alkohola verbalno vređao oštećenog, kojom prilikom mu je naneo i teške telesne povrede, pokrenut je i krivični postupak, zbog krivičnog dela teške telesne povrede. Okrivljeni je kažnjen u oba postupka, i to zatvorskom kaznom (prekršajna zatvorska kazna mu se uračunala u kaznu zatvora na koju je osuđen i zbog krivičnog dela). Okrivljeni je sudu u Strazburu podneo predstavku, kojom je prigovorio da mu je dva puta suđeno za isto delo, pozivajući se na povredu čl. 4 Protokola broj 7 uz Konvenciju.

U odgovoru na podnetu predstavku, predstavnik Vlade Republike Hrvatske je osporio povredu načela, navodeći da je podnosilac zahteva ponašanjem tokom incidenta 15. jula 2005. ostvario obeležja dva različita kažnjiva dela<sup>31</sup> zbog čega je oglašen krivim u dva različita postupka, pred dva različita suda. U prekršajnom postupku, podnosilac zahteva je proglašen krivim zbog remećenja javnog reda i mira, a svrha sankcije u ovom postupku je bila zaštita dobrobiti građana i javnog reda i mira u širem smislu. Nasuprot tome, kazneni postupak se vodio zbog fizičkog napada na oštećenog u kome mu je naneta teška telesna povreda, te se ne može smatrati takvo delo prekršajem niti jednakim delom kao i remećenje javnog reda i mira.<sup>32</sup>

ESLJP je primetio da se ključ problema nalazi u odgovoru na to da li je podnosilac zahteva pravnosnažno oslobođen ili je osuđen u skladu sa zakonom i kaznenim postupkom države. Obrazlažući donetu odluku ESLJP dodaje da prema "hrvatskoj pravnoj klasifikaciji, nije sasvim jasno mogu li se 'prekršaji' tretirati kao 'kaznena djela'. Stoga, da bi se utvrdilo da li je podnosilac zahteva 'pravomoćno oslobođen ili osuđen u skladu sa zakonom i kaznenim postupkom države' prvo pitanje o kome treba odlučiti, je da li se taj postupak odnosi na 'kaznenu' stvar u smislu članka 4 Protokola br. 7". U nastavku, sud je ponovio da pravno označavanje postupka prema nacionalnom pravu ne može biti jedino merilo relevantnosti za primenu načela *ne bis in idem*, inače bi primena predmetne odredbe bila ostavljena na slobodnu

<sup>29</sup> Rešenje Apelacionog suda u Beogradu, Kžm 1. 86/2011 od 22. 12. 2011.

<sup>30</sup> Maresti v. Croatia, br. 55759/07 od 25. 07. 2009.

<sup>31</sup> Uočava se sličnost sa napred navedenim stavom Apelacionog suda u Beogradu. V. Rešenje Apelacionog suda u Beogradu, Kž 1. 4512/2012 od 01. 10. 2012.

<sup>32</sup> Maresti v. Croatia, br. 55759/07 od 25. 07. 2009, s. 10. Dostupno na: [http://sljeme.usud.hr/usud/prakES.nsf/94b579567876f9fcc1256965002d1bf4/87fbf5009e7ebc4ec1257370002a3e9b/\\$FILE/MARESTI.%20presuda.pdf](http://sljeme.usud.hr/usud/prakES.nsf/94b579567876f9fcc1256965002d1bf4/87fbf5009e7ebc4ec1257370002a3e9b/$FILE/MARESTI.%20presuda.pdf), očitavanje 09. 05. 2016.

procenu državama ugovornicama u meri koja bi mogla dovesti do rezultata nespojivih sa ciljem i svrhom Konvencije, te je zbog *istovrsnosti događaja* našao da je došlo do povrede Konvencije<sup>33</sup>

Pogled na ostalu praksu suda Strazburu ukazuje da problem “dvostrukog kažnjavanja” sa kojim se suočava pravosuđe Republike Srbije, nije samo problem srpskog pravnog sistema, već su i druge države, u skorije vreme imale sličnih opomena iz Strazbura. Naime, nakon što je Hrvatskoj ukazano na kršenje prava građana 2009. godine (u pomenutom slučaju Maresti protiv Hrvatske), nakon samo dve godine, protiv BiH je takođe doneta presuda kojom je konstatovano kršenje načela *ne bis in idem* u presudi Muslija protiv Bosne i Hercegovine<sup>34</sup>. I u ovom slučaju do dvojtva postupaka povodom istog događaja (kao i kod analiziranih predmeta “Maresti” i “Milenković”) je došlo used dupliranja kaznenih postupaka, i to prekršaja iz oblasti javnog reda i mira i krivičnog dela protiv života i tela građana.

Dana 13. februara 2003. policija u Kaknju je podnela zahtev za pokretanje prekršajnog postupka protiv aplikanta Sudu za prekršaje u Kaknju, jer je aplikant fizički napao svoju bivšu suprugu kojom prilikom ju je nekoliko puta udario u glavu i nastavio da je udara po telu, te je oglašen krivim za prekršaj protiv javnog reda zbog čega mu je izrečena novčana kazna u iznosu od 150 konvertibilnih maraka. Međutim, 18. septembra 2003. godine kantonalni tužilac je podneo optužnicu protiv aplikanta Opštinskom sudu u Kaknju zbog krivičnog dela teške telesne povrede, zbog čega je Opštinski sud okrivljenog oglasio krivim i izrekao mu zatvorsku kaznu.

Aplikant Muslija se žalbom obratio Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine, zbog povrede načela *ne bis in idem*, na koju je dobio odgovor da je oglašen krivim za prekršaj protiv javnog reda u prekršajnom postupku, dok je u krivičnom postupku osuđen za krivično delo nanošenja teške telesne povrede. Ustavni sud je zaključio da iako su obe odluke donešene povodom istog incidenta, dela su *različita po svojoj prirodi i nameri*. Poznato je da ovakve stavove Ustavnog suda BiH nije podržao ESLJP, usled čega je i doneo predmetnu presudu.

## 6. Disciplinska odgovornost i *ne bis in idem*

Analizirani slučajevi upućuju nas na zaključak da mogućnost dvostrukog suđenja za istu stvar postoji u slučajevima kada se povodom istog događaja sprovedu dva postupka, i to (kao po pravilu) pred prekršajnim i krivičnim sudom. Međutim, da li su samo ta dva postupka podobna za povredu predmetnog ljudskog prava; da li postoji mogućnost dupliranja postupaka (u kojim slučajevima dolazi do povrede načela) kada je okrivljeni sankcionisan i u disciplinskom postupku, povodom disciplinskog prestupa?

Disciplinska odgovornost, tačnije disciplinski prestupi, u načelu, ne spadaju u kategoriju sankcija čija je pravna priroda podobna za povredu načela *ne bis in idem*. Dakle, pravna priroda disciplinskih sankcija najčešće se razlikuje od pravne prirode krivičnih ili prekršajnih sankcija, te njihovo dvostruko izricanje nužno ne prouzrokuje povredu predmetnog načela. Takođe, disciplinska sankcija se najčešće prepoznaje po tome što se primenjuje na ograničenu grupu ljudi, kao što su pripadnici jedne profesije, za razliku od drugih normi, prekršajnih ili krivičnih, koje imaju opšte posledice.<sup>35</sup>

<sup>33</sup> *Ibidem*.

<sup>34</sup> Muslija v. BiH, br. 32042/11 od 14. 01. 2014.

<sup>35</sup> Mol/Harbi (bel. 13), s. 34.

Da li se disciplinska odgovornost, već putem sistematizacije, zaista može olako neutralisati od potencijalnog dvostrugog kažnjavanja, (posmatrano u odnosu na druge kažnjive delikte) zaključuje se iz pojedinih primera. Naime, Ustavni sud Republike Hrvatske<sup>36</sup> je prilikom obrazlaganja slične koncepcije izneo konstrukcije sa kojima smo se susreli i u srpskom pravnom sistemu. Dakle, u pitanju je slučaj gde je okrivljeni oštetio imovinu, tj. telefon i vozilo Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Hrvatske, te je i proglašen krivim zbog izvršenja krivičnog dela protiv imovine. Zbog istog događaja je, takođe i disciplinski sankcionisan, od strane MUP. Ustavni sud Hrvatske je analizirao tu situaciju i izveo sledeći zaključak: “da bi se radilo o povredi navedenog načela, djela, zbog kojih se okrivljenik kazneno tereti, trebaju biti ista (*idem*), a nadalje i da li postoji dvostrukost postupka (*bis*). Iako je okrivljeni rješenjem Odjela disciplinskog sudovanja utvrđen odgovornim zbog teže povrede službene dužnosti, po mišljenju ovog suda, ne radi se o istovjetnom *objektu zaštite*. U okviru kaznenog postupka, okrivljenom se sudi zbog oštećenja tuđe stvari, dok mu se u okviru disciplinskog sudilo zbog povrede službene dužnosti. Iako je oboje rezultat istovjetnog događaja, po mišljenju suda, ne radi se o istovjetnosti djela. Jednako tako, ovaj sud smatra, da se ne radi niti o dvostrukosti postupaka (*bis*), budući da okrivljenik nije bio osuđen u okviru kaznenog ili prekršajnog postupka, dakle, pravomoćno oslobođen ili osuđen u skladu sa zakonom i kaznenim postupkom države, odnosno da li se taj postupak odnosi na 'kaznenu stvar', u smislu članka 4 Protokola br. 7.”

Jasno je da je Ustavni sud Hrvatske svoju odluku bazirao na različitom objektu zaštite krivičnog dela i disciplinskog prestupa, uz prateću odrednicu, da se povreda načela, tj. dvostrukost postupka (*bis*) može ostvariti samo kod prekršajnih i krivičnih postupaka, što se prema čl. 4 Protokola br. 7 *jedino* može podvesti pod pojam kaznene stvari.

Međutim, deo pravne teorije ukazuje da disciplinske prestupe ne treba kao kategoriju (pozivajući se na pravnu prirodu disciplinskih prestupa, kao što je to učinio Ustavni sud Republike Hrvatske) otpisati kada je u pitanju povreda načela. Naime, sankcije za pojedine disciplinske prestupe mogu biti i zatvorske kazne, te se “iz obzira prema poštovanju standarda proklamovanih relevantnim međunarodnopravnim propisima” disciplinske mere lišenja slobode izrečene okrivljenom mogu, shodno čl. 63 st. 3 KZ<sup>37</sup>, uračunati u izrečenu kaznu za krivično delo koje obuhvata i obeležja disciplinskog prestupa<sup>38</sup>. Predmetno pravilo, ali i primeri koji će uslediti, ukazuju da razlike disciplinskog prestupa i krivične sankcije (u smislu našeg problema) nisu oštro postavljene, da bi se, dakle, mogao putem sistematizacije otkloniti potencijalni problem. Zakonom o Vojski Republike Srbije<sup>39</sup> čl. 143 st. 4 propisano je da za krivično delo protiv Vojske Srbije, za koje je zaprećena kazna do 3 godine zatvora, može biti vođen disciplinski postupak, te mu se umesto krivične sankcije može izreći disciplinska mera, utvrđena tim zakonom, pod uslovom da je izvršeno delo poprimilo naročito lak oblik i ukoliko to zahtevaju interesi službe.<sup>40</sup>

<sup>36</sup> Ustavni sud Hrvatske, U-III-1018/2011, 28. 02. 2013.

<sup>37</sup> Na čl. 63 st. 3 KZ ćemo se detaljnije osvrnuti u nastavku teksta, kao o jednom od potencijalnih razloga zbog kojih su nedvosmislene odredbe najviših pravnih akata, zatim čl. 4 Protokola br. 7 Konvencije, te kontinuirana praksa suda u Strazburu nisu dovoljni da srpsko pravosuđe u punoj meri usvoji te smernice i ne goni učinioce kažnjivih dela dva puta u istoj stvari. Iz tog razloga je i doneta presuda u Strazburu, koja je u krajnjoj lini podsetila na taj, još uvek prisutan problem.

<sup>38</sup> N. Mrvić-Petrović, Poštovanje načela ne bis in idem pri suđenju za slične prekršaje i krivična dela, *Žurnal za kriminalistiku i pravo*, 2014, s. (27-37) 30.

<sup>39</sup> Sl. gl. RS 116/2007, 88/2009 i 101/2010 – dr.zakon.

<sup>40</sup> Mrvić-Petrović (bel. 38), s. 30.

Već iz ovog primera uočavamo da je bespogovorno odvajanje disciplinskih prestupa u kategoriju iz koje nije moguće povrediti načelo neopravdano rešenje, usled koga mogu proisteći određeni problemi.

## 7. Uzrok problema

Iz navedenog, uočava se da je problem povrede načela *ne bis in idem* izuzetno kompleksan i da se sastoji od nekolicine (ne)izdiferenciranih komponenti, koje su uočene, ali i izvesno je i niza drugih segmenata, koji problem čine složenijim. U suprotnom bi kako Republika Srbija, tako i druge države čije poštovanje ljudskih prava nadzire ESLJP prevazišle ovaj naizgled jednostavan problem, te bi i sudska praksa tog suda bila siromašnija za mnoge izrečene presude.

Među potencijalnim uzrocima dvostrukog kažnjavanja, nalazi se već pomenuti čl. 63 st. 3 KZ koji se odnosi na tzv. uračunavanje ranije kazne.<sup>41</sup> Predmetnim članom je predviđeno da: “zatvor ili novčana kazna koju je osuđeni izdržao, odnosno platio za prekršaj ili privredni prestup, kao i kazna ili disciplinska mera lišenja slobode koju je izdržao zbog povrede vojne discipline uračunava se u kaznu izrečenu za krivično delo čija obeležja obuhvataju i odbeležja prekršaja, privrednog prestupa, odnosno povrede vojne discipline”. Dakle, čl. 63 st. 3 KZ uređeni su slučajevi u kojima je okrivljeni proglašen krivim i izrečena mu je kazna, recimo u prekršajnim postupcima, a nakon toga je proglašeno krivim i izrečena mu je kazna u krivičnim postupcima. Pri tom opis krivičnog dela u potpunosti ili delimično odgovara prekršaju, jer obuhvata opis prekršaja. Suštinski to znači da se osuda u krivičnom postupku potpuno ili delimično bazira na istim činjenicama kao i osuda u prekršajnom postupku. U takvoj situaciji prema navedenoj zakonskoj odredbi, ne primenjuje se načelo *ne bis in idem*. Uračunavanje kazne izrečene u prekršajnom postupku u kaznu izrečenu u kaznenom postupku ne znači primenu načela *ne bis in idem*.<sup>42</sup> S obzirom na to da su prekršaji duži niz godina u Srbiji tretirani deliktima za koje nije nadležan pravosudni, već administrativni organ pokretanje krivičnog postupka i prekršajnog za različite delikte koje je u jednoj situaciji izvršilo isto lice, nije bilo neuobičajeno, s obzirom na to da ta dva postupka nisu bili iste pravne prirode. Da takav sled okolnosti ne bi bio nepravičan, u smislu kumulacije sankcija iz oba postupka, zakonodavac je pribegao uračunavanju kazne da lakši delikt - kazni za teži. Godine primene ovakve koncepcije, dovele su do toga da sa zakonskom promenom pravne prirode prekršajnog postupka, jedan deo sudske prakse ne (is)prati, tačnije ne usvoji tu legislativnu promenu, tretirajući prekršaje i dalje kao “administrativne” delikte, koji bi i kao takvi, prema “Engel pravilima” bili podobni za povredu načela. U pojedinim slučajevima, koji su usledili, nadležni organi sledeći duh jusnaturalizma, na kome počiva deo srpskog pravosuđa, pozivajući se na apstraktne pojmove poput pravde, tj. nepravde, otvoreno i uporno nastoje da opravdaju flagrantno kršenje načela. Postupajući na taj način, jednu nepravdu, otklanjaju tako što čine drugu.

S obzirom na postojeće presude protiv Hrvatske i Bosne, (među desetinama drugih, takođe dostupnih) sa kojima je srpsko pravosuđe imalo vremena da se upozna, a koje očigledno nisu na najpotpuniji način usvojene, očigledno je prisutan i problem nepoznavanja prakse ESLJP i neprepoznavanja njenog značaja. Stiče se utisak, ukoliko se sagleda praksa domaćih sudova, kao

<sup>41</sup> Krivični zakonik, Sl. gl. RS 5/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012 i 104/2013.

<sup>42</sup> D. Obradović, Mogućnost istovremenog vođenja postupka pred krivičnim i prekršajnim sudom, *Izbor sudske prakse*, Beograd 4/2012, s. (27-29) 27.

i sudova u region da još nije potpuno sazrela informacija u svesti nadležnih pravosudnih organa da je pravna sigurnost okrivljenog važnija od njegovog “potpunog” sankcionisanja, te da ukoliko sankcionišemo okrivljenog u jednom postupku, recimo lakšem, za neki prekršaj, ne možemo ga nakon toga, zbog istog događaja i krivično goniti samo zbog toga što prekršajna sankcija nije adekvatna društvenoj opasnosti te radnje. Omašku pravnog sistema, koji je odgovornost okrivljenog sankcionisao u prekršajnom postupku, umesto u krivičnom, ne sme snositi okrivljeni.

Srž problema u bilo kom pravnom sistemu (posebno ukoliko taj problem, poput ovog, nije izolovan samo na jedan pravni sistem) ne možemo tražiti isključivo u navikama pravosudnih organa, uprkos opštepoznatoj činjenici da ti organi imaju običaj da svoje stečeno znanje istrajno primenjuju, opirući se novinama. Dakle, iako značajan, ljudski faktor kod ovog pitanja, ipak nije usamljen. Problem predstavlja i nepostojanje jasnih kriterijuma, i to na dva nivoa. Prvi je svakako zakonodavni. Ukoliko je prekršaj delikt koji ima karakter “kaznenog” prema stavovima prakse suda u Strazburu, zakonodavac, uprkos teškoći mora permanentno nastojati da što jasnije razdvoji radnju izvršenja prekršaja i radnju izvršenja krivičnih dela. Taj posao nije ni najmanje jednostavan. Međutim, to ne znači da prilikom svakog pristupanja zakonodavnom poslu, postojanje već usvojenih kaznenih delikata prekršajne ili krivičnopravne prirode, treba da posluži kao tačka od koje se polazi, ili do koje se dolazi, a ne kao oblast koja se na bilo koji način utvrđuje dupliranjem iz arsenala susednog tabora. Dakle, ideal kome treba težiti je sledeći: prekršaje i krivična dela, treba obuhvatiti sa dva kruga, koji se eventualno dodiruju, (naslanjanju jedan na drugi) ali koji se ni u jednoj tački ne seku.

Problem u praksi (pravnog sistema Republike Srbije) nastaje, često, kod “dupliranja” prekršajnih postupaka koji se podvode pod čl. 6 Zakona o javnom redu i miru i krivičnih dela lakih i teških telesnih povreda, ugrožavanja sigurnosti, nasilja u porodici, nasilničkog ponašanja i sl.<sup>43</sup> Ukoliko bi zakonodavac nastojao da zaštiti pravnu sigurnost pojedinca, odnosno da pravosudnim organima stvori uslove za što precizniji rad, radnje izvršenja prekršaja i krivičnog dela oštrije postavio, u tom slučaju ne bi dolazilo do toga da kvalifikovanje neke radnja kao prekršaja, odnosno kao krivičnog dela zavisi i od nekih nepravnihih momenata. Naime, čest je slučaj da zamenik javnog tužioca (ili organ policije) prilikom vršenja dužnosti, neku radnju kvalifikuje kao prekršaj, a drugi organ, tu istu radnju okarakteriše kao krivično delo, usled čega dolazi do

<sup>43</sup> Analiziranje “preklapanja” krivičnih i drugih kažnjivih dela može najčešće nastati kod krivičnih dela blanketnog karaktera. Kažnjiva dela, poput prekršaja, često predstavljaju blanketnu dispoziciju krivičnog dela, odnosno kažnjivim delom se detaljnije određuje biće krivičnog dela. Tipičan slučaj je krivično delo Ugrožavanje javnog saobraća iz čl. 289 KZ. Takođe, “preklapanje” krivičnog i kažnjivog dela može da nastane u situaciji kada je zakonski opis krivičnog dela u najvećem delu identičan opisu drugog kažnjivog dela. U srpskom pravnom sistemu to može da bude slučaj sa krivičnim delom Ugrožavanje sigurnosti iz čl. 138 st. 1 KZ i prekršaja iz čl. 6 st. 2 Zakona o javnom redu i miru, odnosno preklapanje kod krivičnog dela Nasilničko ponašanje iz čl. 344 KZ i prekršaja iz čl. 6 st. 1 Zakona o javnom redu i miru, te krivično delo Poreska utaja iz čl. 219 KZ i prekršaja iz Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji, u kom slučaju postoji opasnost od povrede načela vođenjem dva postupka, a dispozitiv u krivičnom postupku bi obuhvatio celokupan dispozitiv iz prekršajnog postupka. Dakle, “kada je u pitanju “preklapanje” dva kažnjiva dela, najčešće se radi o situacijama kada činjenični opis jednog kažnjivog dela obuhvata i činjenični opis drugog kažnjivog dela ili kada postoji skoro identičan opis kažnjivog dela u dva propisa. Dakle, imamo situacije prividnog idealnog sticaja i to u vidu supsidijariteta, konsumpcije i specijaliteta”. V. S. Nenadić, Načelo ne bis in idem u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i primena načela u praksi Evropskog suda za ljudska prava, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, Beograd 2014, ss. (141 i dalje) 157-158.

upućivanja dve prijave prema dvema nadležnim institucijama. Razlozi mogu biti praktični, (nedostatak kvalitetnih dokaza za predstojeći krivični postupak, brza realizacija i sl.) ali i komformistički (svesno opredeljivanje za određenu kvalifikaciju kako bi se zasnovala nadležnost drugog pravosudnog organa). Ukoliko se kvalifikacija deliktne radnje kao prekršaja ili krivičnog dela ograniči samo na taj, jedan postupak, u tom slučaju, ne predstoji opasnost povrede prava okrivljenom na pravično suđenje. Međutim, u praksi, postoji veliki broj slučajeva da organi policije, nakon konsultacija sa nadležnim tužiocem, paralelno sa podnošenjem krivične prijave podnesu i zahtev za pokretanje prekršajnog postupka. Momenat kada nadležni pravosudni organi utvrde dvojstvo postupaka je često na glavnom pretresu ili nakon što se okonča prekršajni postupak, kada odbrana, iz taktičkih razloga, "pristane" na blažu sankciju, izbegavajući potencijalnu oštriju sankciju, u krivičnom postupku. Treba napomenuti da kasno utvrđivanje dvojstva postupka može izazvati i niz problema koji se mogu okarakterisati nepopularnim izrazom - profesionalna sujeta. Naime, suđenja mogu dovesti do svojevrzne netrpeljivosti stranaka u postupku, kao i velikih troškova nagomilanih protekom vremena i drugih negativnih pojava. Usled ovih (ne samo njih) činilaca nadležni organ i kada intimno posumnja da bi mogao da odustane od daljeg krivičnog gonjenja, zbog moguće povrede načela, uporno pronalazi način da opravda svoje dalje učešće, ne želeći da prizna *poraz* i da dozvoli drugoj strani da izađe sa glavnog pretresa uzdignute glave.

Uprkos navedenom, postoji nada da će nove tehnologije, digitalno povezivanje i zavidniji nivo transparentnosti rada državnih organa, u budućnosti, pojavu povrede načela *ne bis in idem*, makar kada su u pitanju prekršajni i krivični sudovi, u značajnoj meri preduprediti. Dovoljno bi bilo napraviti kompjuterski program u koji bi zaposleni u pisarnicama prekršajnih i krivičnopравnih organa, na teritoriji čitave države unosili tačno određene kriterijume (stavke) o kaznenom događaju i učesnicima, te bi sistem prepoznao i ukazao da su o tom događaju već uneti podaci od strane drugog pravosudnog organa, što bi već predstavljalo indiciju o potencijalnom problemu. Brzom međusobnom komunikacijom, sudovi i tužilaštva bi utvrdili činjenično stanje, te bi nadležni sud sproveo postupak.

Prilikom analize stanja u srpskom pravnom sistemu, kada je u pitanju povreda načela *ne bis in idem*, sudija Apelacionog suda u Kragujevcu, izvela je slične zaključke. Naime sudija je primetila da "iako sudovi imaju obavezu da primenjuju standard Evropskog suda, to ne čine u pravoj meri. Stoga, sudije moraju nastojati da u dovoljnoj i punoj meri poznaju suštinu ključnih pojmova i principa Evropske konvencije, naročito sadržinu određenih pojmova koji su "autonomni" prema odredbama Konvencije, kako bi iste primenili i na iste se pozavali u donošenju sudskih odluka."<sup>44</sup> Zaključujući da se u svojim odlukama, sudije nižih instanci retko pozivaju na tumačenje Evropskog suda, navedena je njihova obaveza (sudija) da permanentno izučavaju i prate praksu Evropskog suda, te da im je iz tog razloga potrebna još intenzivnija edukacija, uprkos činjenici da se na tom polju dosta učinilo. Zaključeno je da vođenjem postupka pred prekršajnim i krivičnim sudom povodom istog događaja ne samo da se krše osnovna ljudska prava, već se u velikoj meri opterećuju sudovi i stvaraju troškovi za budžet države. Da bi se navedeno izbeglo, organi gonjenja kažnjivih dela, moraju imati bolju kordinaciju.<sup>45</sup>

Uprkos navodima sudije kragujevačke Apelacije, analizirajući sudsku praksu, postoje i reprezentativne odluke u pogledu odnosa prema praksi ESLJP. Naime zavidna protkanost

<sup>44</sup> M. Cvetković, Kažnjiva dela i načelo *ne bis in idem*, Vrhovni kasacioni sud, *Bilten* 2/2011, ss. (127-140) 139-140.

<sup>45</sup> *Ibidem*.

praksom suda u Strazburu, između ostalih<sup>46</sup> uočava se u odluci Ustavnog suda Srbije, br. UŽ - 1285/2012 od 26. marta 2014. godine. Prilikom konstatovanja povrede prava na pravnu sigurnost u kaznenom pravu, zajemčenu odredbom čl. 34 st. 4 Ustava RS preispitujući činjenično stanje dvostrukog kažnjavanja u prekršajnom i krivičnom postupku, i to kroz prizmu „Engel pravila“, Ustavni Sud je temeljno citirao mnoge smernice prakse ESLJP. Doslovce su citirani delovi presuda Zolotuhin protiv Rusije, Maresti protiv Hrvatske i Muslija protiv Bosne i Hercegovine, kao i delovi presude Welch protiv Ujedinjenog Kraljevstva<sup>47</sup>.

## 8. Zaključak

Uzimajući u obzir izreku o plaćanju cene svakog školovanja tj. svakog stečenog iskustva, možemo konstatovati da je „predmet Milenković“ neminovnost prilikom utemeljenja demokratskog društva i poštovanja ljudskih prava. Kako je za sada u pitanju samo jedna presuda u vezi ovog pitanja, čini se da „škola“ do sada i nije preskupo plaćena. Međutim, pitanje koje se postavlja, nakon izricanja presude iz Strazbura, je moment okončanja tog školovanja, odnosno usvajanja smernica ESLJP, izvedenih u mnogim postupcima protiv evropskih država, kao i protiv Srbije. Da li će Srbija biti i u budućnosti pogodno tle za donošenje presuda kojima će Sud konstatovati da se (i dalje) ne poštuje načelo *ne bis in idem*?

Umesto neposrednog odgovora, koji može pouzdano da iznedri samo vreme koje je pred nama, treba se osvrnuti na neke od skorašnjih odluka, donetih od strane viših sudskih instanci nakon izricanja presude Milenković protiv Srbije.

Treći osnovni sud u Beogradu, postupajući po optužnom aktu javnog tužioca Trećeg osnovnog javnog tužilaštva u Beogradu, odbio je optužbu tužilaštva imajući u vidu da je u pogledu činjeničnog opisa koji se okrivljenom stavlja na teret optužnim aktom tužilaštva, već vođen i pravnosnažno okončan postupak, u prekršajnom postupku, pred Prekršajnim sudom. Dakle za isti životni događaj, koji je predmet i krivičnog postupka, odluka je već doneta. Sud je odluku o istom događaju doneo s obzirom na identitet činjeničnog opisa u oba postupka, koji predstavljaju skup konkretnih činjeničnih okolnosti, u odnosu na okrivljenog koje su nerazdvojno povezane u vremenu i prostoru, dakle, radnje koje se okrivljenom stavlja u teret u prekršajnom i radnje koje su okrivljenom stavljene na teret u krivičnom postupku.<sup>48</sup>

Na presudu Trećeg osnovnog suda u Beogradu, žalbu je podneo nadležni javni tužilac pozivajući se na „nepostojanje jasnog razgraničenja između krivičnih dela i prekršaja u srpskom zakonodavstvu“. Dodao je i to da „takva situacija ne sme da dovede u situaciju u sudskoj praksi da presuđena stvar u prekršajnom postupku, predstavlja smetnju za progon učinilaca krivičnih dela“. Žalbom je istaknuto i „da bi suština krivičnopravne zaštite temeljnih društvenih vrednosti, pre svih života i telesnog integriteta svakog pojedinca, bila dovedena u pitanje, kada bi prekršajni sud izrekom svoje presude proširio činjenični opis prekršaja i tako obuhvatio činjenični supstrat

<sup>46</sup> Iscrpno pozivanje na smernica prakse ESLJP vidi se i u presudama Osnovnih sudova, poput presude Trećeg osnovnog suda u Beogradu, 7K. br. 170/14 od 21. 01. 2016.

<sup>47</sup> Ustavni sud je u predmetnoj odluci, između ostalog, citirao i presudu Welch v. UK, br. 17440/90 od 09. 02. 1995. ukazujući da kaznenu prirodu neke mere treba utvrđivati s obzirom na sledeće kriterijume: 1) priroda i cilj sankcije – prevencija, reparacija, represija; 2) kvalifikacija sankcija prema unutrašnjem pravu; 3) postupak određivanja i izvršenja; 4) težina (prvenstveno zaprećene) sankcije.

<sup>48</sup> Presuda Trećeg osnovnog suda u Beogradu 7K. br. 170/14 od 21. 01. 2016.

krivičnog dela, aktivirajući zabranu *ne bis in idem* u krivičnom postupku“. Zaključio je stoga da je u cilju zaštite *pretežnijeg interesa*, pored utvrđivanja kriterijuma činjeničnog identiteta dela, potrebno u svakom konkretnom slučaju razmotriti i korektivne kriterijume i to identitet zaštićenog dobra, težine posledice i identitet sankcije.<sup>49</sup>

Ova odluka doneta je gotovo dva meseca nakon donošenja presude u predmetu *Milenković protiv Srbije*. Viši sud ukazuje na problem nepostojanja jasnog razgraničenja prekršaja i krivičnih dela, u kom slučaju, očigledno, teret takvog stanja u srpskom pravnom sistemu treba da snosi okrivljeni, kome, dakle, treba izreći kaznu u oba slučaja, a na koji se nadovezuje i (podupire takvu tvrdnju) „pretežni interes“ društva, koje, kako Sud koncipira, bolje da dva puta kazni okrivljenog, nego da „aktiviranjem zabrane *ne bis in idem*“ isti prođe sa neadekvatnom sankcijom. Na kraju, primetićemo i zanimljivu (*sui generis*) sistematiku „korektivnih kriterijuma“ (identitet zaštitnog dobra, težina posledice dela i težina sankcije) koji odudaraju od utvrđenih „Engel pravila“, postavljenih pre 40 godina. Odstupanje navedenih kriterijuma od „Engel pravila“ je možda prisutno i zbog toga što „korektivnim“ pravilima u pomenutoj interpretaciji i nije cilj zaštita ljudskih prava i pravne sigurnosti, već očuvanje poretka, koji, po svaku cenu, mora na adekvatan način da ispolji osudu prema onima koji urušavaju njegove vrednosti.

---

<sup>49</sup> Presuda Višeg suda u Beogradu Kž 1. br. 233/16 od 26. 04. 2016.