

eudaimonia

Revija za pravnu, političku i
socijalnu teoriju i filozofiju

Vol. 5 No. 2 • 2021.

Izdavač

IVR **SRBIJA**

Srpsko udruženje za pravnu
i socijalnu filozofiju

ZABRANA VOĐENJA NOVOG POSTUPKA
POVODOM ISTE STVARI U PRAKSI
EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA
SA POSEBNIM OSVRTOM NA
SLUČAJ *MILENKOVIĆ PROTIV SRBIJE*

Ana Zdravković

Strane: 53–92

Ana Zdravković*

ZABRANA VOĐENJA NOVOG POSTUPKA
POVODOM ISTE STVARI U PRAKSI EVROPSKOG
SUDA ZA LJUDSKA PRAVA SA POSEBNIM OSVRTOM
NA SLUČAJ MILENKOVIĆ PROTIV SRBIJE**

U uporednoj i domaćoj pravnoj praksi često dolazi do krivičnog gonjenja lica za radnje koje u sebi sadrže i elemente prekršaja, privrednog ili disciplinskog prestupa, a za koje je već suđeno u drugom kaznenom postupku i time do povrede načela ne bis in idem. Ovo načelo je, pored toga što predstavlja jedno od osnovnih temelja kaznenog prava, pronašlo svoje mesto i u normativnim okvirima zaštite ljudskih prava, te je garantovano, između ostalog, i Evropskom konvencijom o ljudskim pravima. Analizom prakse Evropskog suda za ljudska prava, a naročito presude Milenković protiv Srbije, kao i stavova domaćih sudova, biće pokazano da neadekvatna primena zabrane ne dva puta o istom, može dovesti do izostanka kaznene zaštite ugroženog pravnog dobra, pravičnog zadovoljenja žrtve i povrede načela pravne sigurnosti.

Ključne reči: – *Ne Bis In Idem*. – *Evropska konvencija o ljudskim pravima*. – *Evropski sud za ljudska prava*. – *Milenković protiv Srbije*. – *Protokol broj 7*.

„Setite se, gospodaru Don Kihote, ako poraženi vitez bude izvršio ono što ste mu naredili ... izvršio je što je morao i ne zaslužuje drugu kaznu, osim ako ne izvrši drugo zlo.“

M. D. Servantes, „Don Kihot“

* Autorka je doktorantkinja Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, *ana.zdravkovic@ius.bg.ac.rs*.

** Članak je zasnovan na master radu pod istim naslovom, koji je autorka odbranila 29. septembra 2017. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu pred komisijom prof. dr Ivana Krstić (mentor) i prof. dr Bojana Čučković.

1. UVOD

Načelo *ne bis in idem*, to jest zabrana vođenja novog postupka povodom iste stvari, sadržano je u Ustavu Republike Srbije, u nacionalnom krivičnom zakonodavstvu i proklamovano je brojnim ratifikovanim međunarodnim konvencijama o ljudskim pravima i osnovnim slobodama. Prepoznato je kao sastavni deo mehanizma zaštite ljudskih prava pojedinca od strane različitih država, a pojedini autori smatraju i da je postalo sastavni deo običajnog prava (Cassese 2003, 319). U većini demokratskih zemalja sa relativno visokim stepenom vladavine prava tek izuzetno će doći do situacije ponovnog krivičnog progona lica za krivično delo za koje je krivični postupak pravnosnažno okončan (Nenadić 2014, 149). Međutim, mnogo češće dolazi do krivičnog gonjenja lica za radnje koje u sebi sadrže i elemente prekršaja, privrednog ili disciplinskog prestupa, a za koje su ta lica već bila kažnjena u drugom kaznenom postupku (Nenadić 2014, 149). Pri tome, razvoj prakse Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu: ESLJP ili Sud) u ovoj materiji otvorio je brojna teorijska i praktična pitanja i doveo do problema u domaćoj sudskoj praksi.

Zbog toga je važno ispitati na koji način se rešava sporna situacija kada zbog međusobne sličnosti učinjenih kaznenih delikata isti učinilac može biti kažnjen i u prekršajnom i u krivičnom postupku (Mrvić-Petrović 2014, 28). Rešenje tog pitanja je od nesumnjivog praktičnog značaja jer bi opredelilo adekvatno postupanje nadležnih organa kojim bi se izbeglo kršenje ljudskih prava, a ujednačena sudska praksa bi omogućila pravnu sigurnost.

U radu će biti prikazan međunarodni i nacionalni normativni okvir zabrane vođenja novog postupka povodom iste stvari, kao i praksa ESLJP, sa posebnim osvrtom na presudu *Milenković protiv Srbije*. Kroz komentar ove presude rad će osvetliti njene posledice na nacionalno pravo i sudsku praksu, kao i lutanja i konfuziju u domaćem pravosuđu, do kojih je ova presuda dovela. Na osnovu nekolicine primera iz prakse naših sudova biće pokazano da neadekvatna primena zabrane *ne dva puta o istom* može dovesti do izostanka kaznene zaštite ugroženog pravnog dobra, jer se ta zaštita neopravdano ograničava na nivo prekršajne reakcije, bez adekvatne krivičnopravne sankcije i pravičnog zadovoljenja žrtve.

Cilj rada je analiza značenja načela *ne bis in idem*, kako u domaćem pravu, tako i u jurisprudenciji ESLJP, radi njegove pravilne primene u nacionalnoj praksi i ostvarivanja zaštite ovog ljudskog prava.

1.1. Pojam načela *ne bis in idem*

Načelo *ne bis in idem* je jedno od osnovnih načela krivičnog procesnog prava i podrazumeva zabranu ponavljanja krivičnog postupka protiv lica u odnosu na koje je već doneta pravnosnažna sudska odluka. Tradicionalno se u literaturi pravi distinkcija između *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa* (niko ne sme biti dva puta optužen za isto krivično delo) i *nemo debet bis puniri pro uno delicto* (niko ne sme biti dva puta kažnjen za isto krivično delo) (Garačić, Grgić 2008, 18). Svrha načela je da osigura zaštitu građana od *ius puniendi* države, te se njime država ograničava u pravu na kažnjavanje izvršioca krivičnih dela, tako da ovo načelo predstavlja pretpostavku pravičnog suđenja (Bernard 2011, 865). Takođe, ono je prirodna posledica svojstva pravnosnažnosti sudskih odluka, jer je odraz javnog interesa da ne dođe do različitih odluka sudova povodom iste stvari i da pravna sigurnost bude ostvarena. (videti više kod Van Den Wyngaert, Stessens 1999, 781). Poštovanje pravnosnažnih sudskih odluka je ujedno i pokazatelj autoriteta sudova i doprinosi očuvanju zakonitosti pravnog sistema i države u celini. Osim toga, zabrana *ne bis in idem* podrazumeva i svojevrstu sankciju za nepotpuno i nemarno ispitivanje postojanja krivičnih dela od strane državnih vlasti, koje takvim postupanjem rizikuju donošenje oslobađajućih presuda, uz nemogućnost ponovnog suđenja u istom predmetu, bez obzira na eventualno naknadno prikupljene dokaze o krivici (Ivičević Karas, Kos 2012, 557). Povreda ovog pravila šteti kako privatnim, tako i javnim interesima. Pravna nauka, niz međunarodnih dokumenata i nacionalnih propisa ovo načelo definiše kao ljudsko pravo, koje se ogleda u oslobađanju od neizvesnosti zbog mogućeg ponovnog pokretanja krivičnog postupka za isto delo, te njegova povreda podrazumeva kršenje ljudskog prava okrivljenog. Što se tiče javnih interesa, povreda dovodi do narušavanja načela vladavine prava i pravne sigurnosti, jer se pokazuje da odluke koje sud donosi nisu obavezujuće, pouzdane i ujednačene (Nenadić 2014, 144).

Načelo se sastoji od nekoliko elemenata – odnosi se isključivo na krivični postupak, štiti samo onog pojedinca u odnosu na koga je doneta pravnosnažna odluka, ta zaštita se sastoji u zabrani ponavljanja krivičnog postupka i na kraju, pravnosnažna odluka i ponovljeni krivični postupak se moraju ticati istog (*idem*) (Nenadić 2014, 143).

Iako se načelo *ne bis in idem* najčešće shvata kao garancija pravne sigurnosti, interesantan je i stav da se ovo načelo, zapravo, nalazi u središtu sukoba između načela pravne sigurnosti i načela pravičnosti,

odnosno načela materijalne istine (videti i Bovan 2014, 63). Neograničeno dejstvo načela *ne bis in idem* obesmisli bi postojanje vanrednih pravnih lekova, te bi, na primer, bilo onemogućeno ponavljanje postupka u situaciji kada se nakon pravnosnažnosti sudske odluke pojave novi dokazi i nove činjenice koje sa visokim stepenom izvesnosti ukazuju na mogućnost drugačijeg ishoda postupka. Suprotno, neograničeno ponavljanje postupka bi potpuno derogiralo interese pravne sigurnosti i ljudska prava okrivljenog. Kako većina zakonodavstava predviđa izuzetnu mogućnost ponavljanja postupka, ona je najčešće ograničena taksativno propisanim razlozima za ponavljanje, te se pronalazi kompromis i ravnoteža između načela *ne bis in idem*, odnosno načela pravne sigurnosti i načela istine, čime načelo *ne bis in idem*, po nekim shvatanjima, stiče osobinu relativnosti (Ilić, Veselinović 2016, 252).

1.2. Međunarodna regulativa

Na univerzalnom nivou načelo *ne bis in idem* propisano je odredbom člana 14. stava 7. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima (u daljem tekstu: Pakt) iz 1966. godine¹, prema kojem „*niko ne može biti gonjen ili kažnjen zbog krivičnog dela u vezi sa kojim je već bio oslobođen krivice ili osuđen pravnosnažnom presudom prema zakonu i postupku svoje zemlje*“. U slučaju *A. P. protiv Italije* Komitet za ljudska prava je konstatovao da je zabrana internog karaktera i da Pakt zabranjuje dvostruko procesuiranje samo u pogledu dela za koje se nekome sudi u jednoj državi.² S obzirom da Pakt, za razliku od Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: EKLJP ili Konvencija) ne sadrži izuzetak koji se odnosi na mogućnost ponavljanja postupka, veliki broj država je stavio rezervu na ovu odredbu Pakta (Coffey 2013, 73). Zato je Komitet za ljudska prava u Opštem komentaru broj 13 naglasio razliku između obnavljanja loše vođenog postupka i stvarnog ponavljanja postupka i sugerisao da je isključivo ovo drugo zabranjeno navedenom odredbom Pakta (više u Hanski, Šajnin 2007, 180) .

Zabrana dvostruke ugroženosti iz odredbe člana 8. Američke konvencije o ljudskim pravima³ se razlikuje od zabrane iz Pakta i EKLJP, pre

¹ UN General Assembly, *International Covenant on Civil and Political Rights*, 16 December 1966, Treaty Series vol. 999, p. 171.

² *A. P. v. Italy*, UN Human Rights Committee, App. No. 204/1986.

³ Organization of American States, *American Convention on Human Rights*, 22 January 1969

svega, jer se odnosi samo na slučajeve u kojima je osoba prethodno oslobođena optužbe. Za razliku od Pakta i EKLJP, koji zabranjuju naknadna suđenja za isto krivično delo, Američka konvencija o ljudskim pravima zabranjuje nova suđenja koja se zasnivaju na „istom osnovu“, što znači da ako se optužba odnosi na istu stvar ili skup činjenica, naknadno suđenje je zabranjeno, čak i ako je krivično delo za koje se podiže optužni akt drugačije (Amnesty International 1998, 127).

Načelo je obuhvaćeno i Statutom Međunarodnog krivičnog suda⁴, koji u odredbi člana 10. stav 2. predviđa odstupanje, jer se postupak pred tim sudom može voditi i posle pravosnažno sprovedenog postupka pred domaćim sudom, ako je optuženom bilo suđeno za obično krivično delo umesto za krivično delo protiv međunarodnog humanitarnog prava ili ako je postupanje nacionalnog suda bilo pristrasno ili nije bilo nezavisno i propisno ili je, pak, bilo usmereno na zaštitu optuženog od međunarodne krivične odgovornosti. Ovako koncipiranoj odredbi se, međutim, zamera da Međunarodni krivični sud nije međunarodni sud koji se primarno bavi zaštitom ljudskih prava, te nije kompetentan da ocenjuje da li je nacionalni postupak vođen pristrasno, nezavisno i propisno (Bernard 2011, 879).

Garanciju *ne bis in idem* predviđaju i Statuti *ad hoc* Tribunala za bivšu Jugoslaviju⁵ i Ruandu⁶.

Na tlu Evrope načelo je inkorporirano u različite pravne okvire, kao što su Evropska unija, zona Šengena i Savet Evrope.

Odredba člana 50. Povelje o osnovnim pravima Evropske unije⁷ garantuje da se „*nikome ne može ponovo suditi, niti mu se može ponovo izreći kazna u krivičnom postupku za delo za koje je već bio pravosnažno osuđen ili oslobođen unutar Evropske unije, u skladu sa zakonom*“. Interesantno je da Povelja eliminiše razliku između nacionalnog i transnacionalnog načela *ne bis in idem*, te se ono primenjuje bez obzira na to da li se radi o postupcima koji se vode u istoj ili u različitim državama članicama Evropske unije.

⁴ UN General Assembly, *Rome Statute of the International Criminal Court*, 17 July 1998, Treaty Series vol. 2187, no. 38544

⁵ UN Security Council, *Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, 25 May 1993

⁶ UN Security Council, *Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda*, 8 November 1994

⁷ European Union, *Charter of Fundamental Rights of the European Union*, 26 October 2012, 2012/C 326/02

Konvencija o implementaciji šengenskog sporazuma⁸ odredbom člana 54. propisuje da „osoba čiji je postupak pravnosnažno okončan u jednoj od strana ugovornica ne može biti kazneno gonjena u drugoj strani ugovornici za iste radnje pod uslovom da je izrečena kazna, da je kazna izvršena, upravo se izvršava ili se više ne može izvršiti po zakonima države ugovornice koja ju je izrekla“. Primetno je da je navedena odredba šira od člana 50. Povelje o osnovnim pravima Evropske unije, s obzirom da se ne ograničava isključivo na krivični postupak, niti na pravnosnažne osuđujuće ili oslobađajuće presude.⁹ Navedene razlike, međutim, nisu od značaja u praktičnom smislu, s obzirom da je Ugovorom iz Amsterdama iz 1997. godine šengenski *acquis* integrisan u pravni okvir Evropske unije.

Na nivou Saveta Evrope, pored odredbe člana 4. Protokola broj 7 uz EKLJP¹⁰, koji će detaljno biti analiziran u nastavku rada, ovo načelo je garantovano i drugim konvencijama, kao što su Evropska konvencija o prenosu postupaka u krivičnim stvarima iz 1972. godine¹¹, Evropska konvencija o međunarodnom važenju krivičnih presuda iz 1970. godine¹² ili Evropska konvencija o ekstradiciji iz 1957. godine¹³.

S obzirom da u navedenim dokumentima načelo nije formulisano na istovetan način, te da nema jedinstvene odredbe koja ga definiše, može se zaključiti da ne postoji univerzalno načelo *ne bis in idem*, već više njih, kao i da se njihova obeležja prepliću, ali u određenoj meri i razlikuju. Dakle, njegova primena zavisi od sadržine konkretnog akta kojim je regulisano i organa koji taj akt tumači i primenjuje, što pokazuje kompleksnost koncepta *ne bis in idem*.

⁸ European Union, *Convention Implementing the Schengen Agreement of 14 June 1985 between the Governments of the States of the Benelux Economic Union, the Federal Republic of Germany and the French Republic, on the Gradual Abolition of Checks at their Common Borders* (“Schengen Implementation Agreement”), 19 June 1990

⁹ Tako je Sud pravde EU tumačenjem odredbe člana 54. Konvencije o implementaciji šengenskog sporazuma smatrao da se on može primeniti i na sporazum javnog tužioca i okrivljenog, kao i na odluku javnog tužioca da odustane od krivičnog gonjenja (detaljnije kod Ilić 2011, 611–628).

¹⁰ Council of Europe, *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11 and 14*, 4 November 1950, ETS 5

¹¹ Council of Europe, *European Convention on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters*, 15 May 1975, ETS 73

¹² Council of Europe, *European Convention on the International Validity of Criminal Judgments*, 28 May 1970

¹³ Council of Europe, *European Convention on Extradition*, 13 December 1957, ETS 24

1.3. Definisane pojma *ne bis in idem* sa aspekta domaćeg zakonodavstva

Jugoslovensko krivično pravo poznavalo je princip *ne bis in idem*, ali samo kao zakonsko načelo, te je zakonodavac mogao da predvidi određena odstupanja. Najdrastičnije odstupanje je bila mogućnost ponavljanja krivičnog postupka na štetu okrivljenog posle pravnosnažne presude ili rešenja o obustavi postupka (Grubač 2014, 42).

Odredba člana 28. Ustava SRJ iz 1992. godine je prvi put u domaćem pravu podigla zabranu dvostruke ugroženosti na rang ustavnog načela, predviđajući da „*niko ne može biti ponovo osuđen, ni kažnjen za delo za koje je postupak protiv njega pravnosnažno obustavljen, ili je optužni akt protiv njega pravnosnažno odbijen, ili je pravnosnažnom odlukom oslobođen ili osuđen*“, te ne ostavljajući mogućnost da se zakonom predvidi bilo kakvo odstupanje.

Odredba člana 34. stav 4. važećeg Ustava Republike Srbije iz 2006. godine reguliše na skoro identičan način princip *ne bis in idem* i definiše ga tako da „*niko ne može biti gonjen ni kažnjen za krivično delo za koje je pravnosnažnom presudom oslobođen ili osuđen ili za koje je optužba pravnosnažno odbijena ili postupak pravnosnažno obustavljen*“.¹⁴ Dalje je istom odredbom predviđeno da „*istim zabranama podleže vođenje postupka za neko drugo kažnjivo delo*“. Otvoreno je pitanje da li je namera ustavotvorca bila da ovakvom formulacijom zabrani ponovno suđenje za krivično delo, ako je, na primer, to isto lice bilo pravnosnažno osuđeno za prekršaj ili je ustavotvorac navedenim podrazumevao da je načelo *ne bis in idem* osnovno načelo ne samo krivičnog, već i prekršajnog postupka.¹⁵ Novina u odnosu na Ustav SRJ predstavlja to što je u odredbi člana 34. stav 5. izuzetno dozvoljeno ponavljanje krivičnog postupka „*u skladu sa kaznenim propisima, ako se otkriju dokazi o novim činjenicama koje su, da su bile poznate u vreme suđenja, mogle bitno da utiču na njegov ishod, ili ako je u ranijem postupku došlo do bitne povrede koja je mogla da utiče na ishod postupka*“. S obzirom na to da je ova odredba u potpunosti preuzeta iz odredbe člana 4. stav 2. Protokola broj 7 uz EKLJP, ni ova odredba, kao ni Protokol, ne isključuju mogućnost ponavljanja krivičnog postupka na

¹⁴ Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006, član 34, stav 4.

¹⁵ Primera radi, stav da je navedenim precizirano da se načelo odnosi i na prekršajni postupak prisutan je kod Nevne Janković (2014, 265), dok za suprotno viđenje videti Milunka Cvetković (2011, 139).

štetu okrivljenog. Ipak, kako jedno od osnovnih načela međunarodnog prava predstavlja pravilo o zaštiti dostignutog nivoa ljudskih prava i s obzirom na to da je ono predviđeno u članu 20. stav 2. Ustava RS, prema kojem se „*dostignuti nivo ljudskih i manjinskih prava ne može smanjivati*“, jasno je da je ponavljanje postupka na štetu okrivljenog zabranjeno i na ustavnom nivou.

Zakonik o krivičnom postupku (u daljem tekstu: ZKP) predviđa načelo *ne bis in idem* u članu 4. stav 1. kojim određuje 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*“.¹⁶

Izvesno je da naš normativni sistem nadmašuje međunarodne standarde, te reguliše načelo *ne bis in idem* šire od EKLJP u pogledu odluka na koje se odnosi, s obzirom na to da se u EKLJP navode samo meritorne odluke, dok se u našem pravu ovo načelo odnosi i na procesne odluke (rešenje o obustavi postupka i odbijajuća presuda). Razlika je i u tome što EKLJP ne zabranjuje ponavljanje postupka na štetu okrivljenog.¹⁷

1.4. Definisane pojma *ne bis in idem* iz ugla Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda

Konvencija iz 1950. godine u svom osnovnom tekstu nije sadržala načelo *ne bis in idem*, već je ono propisano naknadno, 1984. godine, Protokolom broj 7 uz EKLJP. Navedeni Protokol je donet u nameri da se zaštita ljudskih prava proširi unošenjem pojedinih odredbi Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima u EKLJP (Explanatory Report to the Protocol No. 7 to the ECHR1984, para. 1). Do danas Protokol broj 7 su ratifikovale sve države ugovornice EKLJP, osim Nemačke i Holandije, koje su ga samo potpisale.¹⁸

Protokol broj 7 u članu 4. stav 1. predviđa da se „*nikome ne sme ponovo suditi niti se može kazniti u krivičnom postupku u nadležnosti iste države za delo zbog koga je već bio pravnosnažno oslobođen ili osuđen u skladu sa zakonom i krivičnim postupkom te države*“. Iako je

¹⁶ Zakonik o krivičnom postupku, *Službeni glasnik RS, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014*, član 4, stav 1.

¹⁷ Zakonik o krivičnom postupku, *Službeni glasnik RS, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014*, član 4, stav 2.

¹⁸ <https://sdg.humanrights.dk/en/instrument/signees/2469>

cilj člana da spreči da lice bude osuđeno ili kažnjeno dva puta za isto krivično delo¹⁹, pravilo se odnosi i na situaciju kada se protiv lica samo vodi postupak drugi put (bez obzira da li postoji osuda)²⁰. ESLJP je u slučaju *Nikitin protiv Rusije* definisao da načelo sadrži tri garancije i to pravo okrivljenog da ne bude ponovo krivično gonjen, pravo da mu se ne sudi ponovo i pravo da ne bude kažnjen.²¹

Ipak, prema ovom članu, postupak se može opravdano ponovo pokrenuti, ako postoje dokazi o novim ili novootkrivenim činjenicama ili ako je u ranijem postupku došlo do bitne povrede koja bi mogla da utiče na njegov ishod. Za razliku od Pakta i našeg ZKP, EKLJP ne daje garancije kojima bi se isključila mogućnost ponavljanja krivičnog postupka na štetu okrivljenog, odnosno garanciju zabrane *reformatio in peius*.

O značaju ovog načela govori i činjenica da ga je EKLJP podigla na nivo apsolutnog prava, koje ne može biti derogirano na osnovu člana 15. EKLJP, odnosno stavljeno van snage u slučaju rata ili druge javne opasnosti koja preči opstanku nacije. S obzirom na takvu važnost ovog načela, iznenađujuće je da ono nije deo izvornog teksta Konvencije (isto kod Bartsch 2002, 1164). U teoriji je zauzet i stav da je član 4. Protokola broj 7 uz EKLJP segment prava na pravično suđenje garantovanog odredbom člana 6. EKLJP, preciznije deo prava protiv samo-optuženja (Trechsel 2005, 381).

1.4.1. Primena načela – *ratione loci*

U slučaju *Baragiola protiv Švajcarske* ESLJP je konstatovao da se načelo odnosi samo na slučajeve u kojima je nekome dva puta suđeno ili je dva puta kažnjen za isto delo pred sudovima jedne države.²² Dakle, primena je ograničena isključivo na odluke donete na nacionalnom nivou, te se ne proteže na slučajeve kada se licu sudi pred sudom jedne zemlje za krivično delo za koje je osuđen u nekoj drugoj zemlji.²³

Međutim, ako se ima u vidu stav da je načelo deo prava na pravično suđenje, bilo bi logično da lice kome su zbog iste stvari sudi-

¹⁹ *W. F. v Austria*, App. No. 38275/97, Judgment of 30 August 2002, para. 23.

²⁰ *Zigarella v Italy*, App. No. 48154/99, Decision of 03 October 2002

²¹ *Nikitin v Russia*, App. No. 50178/99, Judgment of 20 July 2004, para. 36.

²² *Baragiola v Switzerland*, App. No. 17626/90, Decision of 21 October 1993

²³ Mada se prevaga načela teritorijalnosti uobičajeno ublažava tako što se domaćem državljaninu osuđenom u inostranstvu za domicilno krivično delo, prilikom ponovnog suđenja, uračunava kazna koju mu je izrekao strani sud za isto krivično delo.

li sudovi dve različite države može da se poziva na povredu člana 6. EKLJP. Ipak, primena člana 6. EKLJP je u ovom slučaju isključena jer se „nije postavljalo pitanje širenja obima odredbi Konvencije koji su ugovorne strane imale nameru izričito da isključe putem Protokola koji se odnosi samo na gonjenje osobe dva puta u okviru iste države“ (Rid 2007, 112). Iako je jasno da je ovako usko postavljen član 4. Protokola broj 7 ustupak za države, koje su naročito osetljive u pogledu krivičnih procedura, budući da krivično pravo doživljavaju kao ekskluzivnu sferu suverenosti i moći, navedenim ograničenjem teritorijalne primene, načelo *ne bis in idem* se praktično relativizuje (Nenadić 2014, 147).

1.4.2. Primena načela – *ratione materiae*

Obim primene načela *ratione materiae* se odnosi samo na krivični postupak. S obzirom na to da ESLJP ima autonomno tumačenje pojma krivičnog postupka, pravna karakterizacija postupka u nacionalnom pravu nije od značaja, imajući u vidu pri tom da države članice mogu istu radnju inkriminisati na različite načine, kao različita kažnjiva dela. U slučaju *Sergey Zolotukhin protiv Rusije* ESLJP je istakao da kada bi primena odredbe zavisila isključivo od klasifikacije dela po nacionalnom pravu, to bi moglo da dovede do ishoda koji je suprotan predmetu i svrsi EKLJP.²⁴ U predmetu *Grande Stevens i ostali protiv Italije*²⁵, italijanska Vlada je isticala kako je Italija stavila rezervu na članove 2–4. Protokola broj 7 tako da se oni primenjuju samo na dela, postupke i odluke koji su po italijanskom nacionalnom pravu definisani kao „krivični“. ESLJP nije prihvatio ovakav argument zbog toga što takva rezerva nije u skladu sa članom 57. EKLJP, koji zabranjuje rezerve opšteg karaktera (Council of Europe 2017a, 12).

Formiranje koncepta krivične optužbe i krivičnog postupka započeto je slučajem *Engel i ostali protiv Holandije*.²⁶ Engel test sadrži tri kriterijuma: klasifikacija dela u domaćem pravu, priroda inkriminirane radnje, svrha i težina kazne. Drugi i treći kriterijum su postavljeni alternativno, s tim što je moguća njihova kumulativna primena u slučaju da nakon odvojenih analiza svakog kriterijuma nije moguće doneti jasan zaključak o tome da li postoji „krivična optužba“ (Council of Europe 2017b, 6).

²⁴ *Sergey Zolotukhin v Russia*, App. No. 14939/03, Judgment of 10 February 2009, para. 52.

²⁵ *Grande Stevens and Others v Italy*, App. No. 18640/10, Judgment of 07 July 2014

²⁶ *Engel and Others v Netherlands*, App. No. 5100/71, Judgment of 08 June 1976

i. Klasifikacija dela prema nacionalnom pravu

ESLJP je u slučaju *Nykänen protiv Finske* naveo da „pravna klasifikacija postupka i dela prema nacionalnom pravu ne može biti jedini kriterijum za primenu odredbe člana 4. Protokola broj 7 i da kada bi primena ovog člana zavisila isključivo od suverene volje država ugovornica, mogle bi nastupiti posledice koje su u neskladu sa svrhom i ciljem Konvencije“.²⁷ To znači da ako nacionalno zakonodavstvo kvalifikuje određenu radnju kao krivično delo, ESLJP će automatski smatrati da se radi o krivičnoj optužbi i krivičnom postupku. Sa druge strane, ako nacionalno pravo neku radnju kvalifikuje kao prekršaj ili disciplinski ili privredni prestup, to neće nužno značiti i za Sud da se ne radi o krivičnoj optužbi i krivičnom postupku, već će pristupiti razmatranju ostalih kriterijuma.

ii. Priroda dela

Optužba za krivično delo, u smislu EKLJP, postoji „ako je konkretna norma opšteprimenljiva, odnosno ako se ne odnosi samo na određenu grupu nego je usmerena prema svim građanima i ima generalno obavezujući karakter“²⁸, te „ako je postupak vođen od strane javnih organa, poput organa izvršne vlasti, organa uprave“²⁹. Stoga, za ESLJP je irelevantno koje telo je utvrđivalo postojanje dela. U predmetu *Tsonyo Tsonev protiv Bugarske*, okolnost da je prvu kaznu zbog remećenja javnog reda i mira podnosiocu predstavke izrekao gradonačelnik nije imala velikog uticaja na ESLJP pri oceni da li se radi o krivičnom postupku u smislu člana 4. Protokola broj 7.³⁰ U slučaju *A. Menarini Diagnostics S.R.L protiv Italije*, ESLJP je objasnio da i upravni organ može izreći krivičnu sankciju, sve dok takva odluka može biti ožalbena pred sudskim organom.³¹

Dakle, ESLJP u okviru prirode inkriminisane radnje procenjuje kojem broju lica je upućena kaznena norma, određenom ili neodređenom, kako bi utvrdio da li se radi o normi sa „generalnim efektom“ ili

²⁷ *Nykänen v Finland*, App. No. 11828/11, Judgment of 20 May 2014, para. 38.

²⁸ *Bendenoun v France*, App. No. 12547/86, Judgment of 24 February 1994, para. 47.

²⁹ *Benham v UK*, App. No. 19380/92, Judgment of 10 June 1996, para. 56.

³⁰ *Tsonyo Tsonev v Bulgaria*, App. No. 2376/03, Judgment of 14 January 2010, paras. 47–50.

³¹ *A. Menarini Diagnostics S.R.L v Italy*, App. No. 43509/08, Judgment of 27 September 2011

normi koja se odnosi na određenu specifičnu grupu ljudi. U slučajevima normi sa generalnim efektom veće su šanse da će ESLJP smatrati da se radi o krivičnoj optužbi i krivičnom postupku.

Svako pozivanje nacionalnih sudova na „lakšu“ prirodu dela ne isključuje njenu klasifikaciju kao „krivičnu“ u autonomnom tumačenju značenja Konvencije, budući da EKLJP ne sadrži ništa što ukazuje da krivična priroda dela, u okviru značenja Engelovih kriterijuma, neizostavno zahteva određeni nivo ozbiljnosti.³²

Takođe se „*posmatra kako su slični postupci klasifikovani u drugim zemljama članicama Saveta Evrope*“ i na kraju „*da li sankcija ima represivni i odvraćajući karakter od društveno nepoželjnog ponašanja*“.³³

iii. Svrha i stepen težine kazne

Poslednji kriterijum služi za razlikovanje krivičnih od administrativnih sankcija.³⁴ U presudi *Welch protiv Ujedinjenog Kraljevstva* ESLJP je zauzeo stav da se krivična priroda neke mere utvrđuje prema sledećim kriterijumima: priroda i cilj mere (prevencija, reparacija, represija), kvalifikacija mere u unutrašnjem pravu, karakter postupka koji se odnosi na njeno određivanje i izvršenje i težina (pre svega zaprećene) mere.³⁵

Stvarno izrečena kazna je relevantna za utvrđivanje, ali ne može da umanjí važnost onoga što je od prvobitnog interesa.³⁶

ESLJP je u slučaju *Engel i ostali protiv Holandije* istakao 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 i načinu izvršenja nisu značajno štetna*“. Dakle, čak i sama mogućnost lišenja slobode čini postupak krivičnim, pa i onda kada se novčana kazna bez posebnog novog postupka može zameniti zatvorskom kaznom.³⁷ *Ratio* ovakvog pristupa je u važnosti koju ESLJP pridaje poštovanju fizičke slobode svih lica.

³² *Ezeh and Connors v UK*, App. Nos. 39665/98 и 40086/98, Judgment of 30 October 2003, paras. 82–86.

³³ *Öztürk v Germany*, App. No. 8544/79, Judgment of 21 February 1984, para. 53.

³⁴ *Engel and Others v Netherlands*, n15, para. 82.

³⁵ *Welch v UK*, App. No. 17440/90, Judgment of 09 February 1995, para. 28.

³⁶ *Sergey Zolotukhin v Russia*, n12, para. 56.

³⁷ *Weber v Switzerland*, App. No. 11034/84, Judgment of 22 May 1990, para. 34.

Kada se radi o novčanoj kazni, ESLJP razmatra da li je reč o materijalnoj naknadi štete, te kazna ima kompenzacioni karakter, ili se radi o kazni kojom se lice odvraća od ponavljanja krivičnog dela, kada spada u krivičnu sferu.³⁸

Ipak, granica između krivične i neke druge sankcije, po ovim kriterijumima, veoma je tanka i zavisi od okolnosti svakog slučaja. Tako je ESLJP u predmetu *Malige protiv Francuske* našao da su kazneni poeni zbog prekoračenja brzine mogli da dovedu do gubitka vozačke dozvole podnosioca predstavljanja, te da to ukazuje da sankcija ima represivni i kazneni karakter.³⁹ Kasnije, u predmetu *Escoubet protiv Belgije*, smatrao je da mere predostrožnosti, kao što su oduzimanje vozačke dozvole na licu mesta i zabrana upravljanja motornim vozilom na kraći vremenski period (6 dana u konkretnom slučaju) ne potpadaju pod član 6. EKLJP.⁴⁰

Interesantno je da je ESLJP odstupio od Engel testa u slučaju *Knut Haarving protiv Norveške*, i to tako što je proširio listu kriterijuma.⁴¹ Prvi dodatni kriterijum se odnosio na to da li je mera izrečena nakon osude za krivično delo, a drugi na implementaciju izrečene mere. Međutim, u predmetu *Sergey Zolotukhin protiv Rusije*, ESLJP je izričito naveo da jedini kriterijum za određivanje krivične optužbe i krivičnog postupka jeste Engel test. Nije do kraja jasno zašto je ESLJP samo u ovom slučaju odstupio od prethodno čvrsto utemeljenih kriterijuma. Može biti da je u situaciji kada je lice osuđeno za istu radnju u krivičnom postupku, a potom u administrativnom postupku, ESLJP bio suočen sa inherentnom tenzijom između pravde i pravne sigurnosti, usled čega je uočio nesposobnost Engel testa da reši dilemu (Nenađić 2014, 149).

Ovako ekstenzivan pristup ESLJP nije u duhu domaćeg shvatanja pojma krivične sankcije. Zato ne čudi da nacionalni sudovi teško prihvataju, a često i ne razumeju stavove ESLJP u ovoj materiji. Primer je presuda Apelacionog suda u Nišu u kojoj je u obrazloženju navedeno da „*prvostepeni sud mogućnost zamene propisane novčane kazne kaznom zatvora za učinjeni prekršaj pogrešno poistovećuje sa kaznom*

³⁸ *Bendenoun v France*, n16, para. 47.

³⁹ *Malige v France*, App. No. 68/1997/852/1059, Judgment of 23 September 1998, para. 39.

⁴⁰ *Escoubet v Bulgaria*, App. No. 26780/95, Judgment of 28 October 1999, paras. 28–36.

⁴¹ *Knut Haarvig v Norway*, App. No. 1187/05, Decision of 11 December 2007

zatvora kao mogućnosti gubitka slobode, a koja evidentno nije propisana za navedene prekršaje za koje je okrivljeni pravnosnažno oglašen krivim, iako prema ustaljenoj praksi ESLJP uslov krivične konotacije kažnjivog dela jeste zaprećena kazna koja pretpostavlja lišenje slobode“⁴².

1.4.3. Primena načela – *ratione temporis*

Pre svega, načelo *ne bis in idem* tiče se samo krivičnih postupaka koji su hronološki usledili nakon donošenja pravnosnažne osuđujuće ili oslobađajuće presude. Dakle, tiče se potonjeg postupka i ne primenjuje se u situacijama u kojima se protiv jednog lica vode istovremeno dva ili više krivičnih postupaka povodom istog događaja. U presudi *Garaudy protiv Francuske* ESLJP je objasnio da odredba člana 4. Protokola broj 7 ne zabranjuje paralelno vođenje više postupaka o istom delu, s obzirom da se u takvoj situaciji ne vodi postupak za delo za koje je lice već pravnosnažno osuđeno ili oslobođeno.⁴³ Isti stav je potvrdio i u presudi *Johannesson i ostali protiv Islanda*.⁴⁴

Zbog toga je ključno utvrditi šta ESLJP smatra trenutkom konačnosti ishoda prvog postupka, a šta momentom započinjanja drugog postupka.

Odluka kojom je okončan prvi postupak mora biti pravnosnažna. U slučaju *Nikitin protiv Rusije* ESLJP je istakao da odluka mora biti neopoziva, a kao kriterijume neopozivosti je naveo: nepostojanje ili nedostupnost pravnih lekova, iscrpljenost svih redovnih pravnih lekova, protek roka u kojem se redovan pravni lek mogao uložiti.⁴⁵ U slučaju *Sergey Zolotukhin protiv Rusije* precizirao je da eventualna mogućnost ulaganja vanrednog pravnog leka nije od značaja prilikom procene da li se radi o presuđenoj stvari, kao ni to da li se radi o osuđujućoj ili oslobađajućoj presudi.⁴⁶

Početak novog krivičnog postupka trebalo bi smatrati momentom započinjanja novog krivičnog gonjenja, s obzirom na trostruku garanciju, koju prema stavu ESLJP, načelo *ne bis in idem* podrazumeva (Nenadić 2014, 150).

⁴² Presuda Apelacionog suda u Nišu, 11 Kž br. 15/16 od 23. juna 2016. godine.

⁴³ *Garaudy v France*, App. No. 65831/01, Decision of 24 June 2003

⁴⁴ *Johannesson and Others v Iceland*, App. No. 22007/11, Judgment of 18 May 2017

⁴⁵ *Nikitin v Russia*, App. No. 50178/99, Judgment of 20 July 2004, para. 37.

⁴⁶ *Sergey Zolotukhin v Russia*, n12, para. 108.

Da li je odluka kojom se okončava novi postupak meritorna ili procesna nije od značaja za utvrđivanje povrede člana 4. Protokola broj 7. Ipak, važno je istaći da do povrede neće doći, ako sud obustavi ponovni postupak, jer je saznao da je o istom ranije već vođen postupak, odnosno da krši načelo *ne bis in idem*.⁴⁷

2. PRAKSA EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Imajući u vidu da je EKLJP samo okvir koji ESLJP u svojoj praksi razrađuje, upotpunjuje i objašnjava, nužno je detaljnije sagledati načelo *ne bis in idem* kroz shvatanja ovog Suda.

2.1. Tumačenje pojma *idem*

Kamen spoticanja u primeni odredbe člana 4. Protokola 7 za ESLJP bio je pojam *idem* (Nenadić 2014, 151). Toj dilemi ne pomaže ni činjenica da i u teoriji postoji mnogo različitih stavova o tome šta se smatra *istim* u formulaciji *ne ponovo o istom*.

U širem smislu, za identitet između novoutužene i pravnosnažno presuđene krivične stvari, neophodno je postojanje objektivnog identiteta (identiteta krivičnog dela, *eadem res*) i subjektivnog identiteta (identiteta učinioca, *eadem persona*) (Ilić, Veselinović 2016, 255). Subjektivni identitet je lako definisati i odrediti, jer postoji kada je novoutuženo lice ono koje je u ranije pravnosnažno okončanom postupku imalo svojstvo okrivljenog. Zbog toga će u daljem tekstu biti razmatran objektivni identitet, kao predmet sukoba različitih definicija i shvatanja, te će se pojam *isto* odnositi samo na objektivni identitet.

Značaj jasnog definisanja pojma *idem* je u tome što on predstavlja vezu između „prvog“ i „drugog“ postupka, pa je ključan za primenu načela. Suštinska dilema sastoji se u tome na šta se primenjuje pojam *isto*, odnosno da li se odnosi na iste činjenice (*idem factum*) ili na istu pravnu kvalifikaciju (*idem crimen*) (Lelieur 2013, 205).

ESLJP je pokazao nekonzistentnost i nedoslednost u definisanju pojma *idem* i u dosadašnjoj praksi se može identifikovati nekoliko pristupa pitanju da li postoji identitet dela za koja je podnosilac predstave krivično gonjen.

⁴⁷ *Zigarella v Italy*, n8

U prvoj presudi u kojoj je Sud odlučivao o povredi člana 4. Protokola broj 7, *Gradinger protiv Austrije*, podnosilac predstavke je pred nacionalnim sudom bio osuđen za krivično delo izazivanja saobraćajne nesreće sa smrtnim ishodom.⁴⁸ U tom postupku nije bila uzeta u obzir, kao otežavajuća okolnost, činjenica da je upravljao vozilom pod dejstvom alkohola. Nakon pravnosnažnosti odluke suda protiv njega je pokrenut drugi, prekršajni postupak, u kome je osuđen za vožnju u stanju alkoholisanosti. ESLJP je prvo ispravno primetio da se različitost kažnjivih dela ne određuje samo prema različitosti njihovih oznaka, odnosno formi, već prvenstveno prema njihovoj prirodi i svrsi.⁴⁹ Nakon toga je zaključio da prekršaj praktično predstavlja samo jedan aspekt krivičnog dela, ali da su obe odluke bile zasnovane na istom ponašanju (*idem factum, same conduct*), te da je povređen član 4. Protokola broj 7.⁵⁰

Drugi pristup, takođe, polazi od pretpostavke da je ponašanje okrivljenog koje dovodi do krivičnog gonjenja isto, ali ukazuje da isto ponašanje može da predstavlja izvršenje nekoliko dela (*concoeurs ideal d'infractions, idealni sticaj krivičnih dela*) za koje je moguće suditi u odvojenim postupcima. Ovaj stav ESLJP je izneo u slučaju *Oliveira protiv Švajcarske*, u kojem je podnositeljka predstavke prvo bila osuđena u prekršajnom postupku zbog neprilagođene brzine, a potom za krivično delo nehatno nanošenje teške telesne povrede u istoj saobraćajnoj nesreći.⁵¹ ESLJP je prvo konstatovao da nije bilo nekonzistentnosti u pogledu utvrđivanja činjenica između dva suda, potom da je nadležnost policije, koja je u prekršajnom postupku donela prvu odluku, bila ograničena i da nije mogla da obuhvati sve aspekte događaja i na kraju, da podnositeljka predstavke radnjama dva organa nije stavljena u nepovoljniji položaj.⁵²

Kako je u svojoj odluci Sud naveo da je nadležnost upravnog organa koji je odlučivao po prekršaju bila ograničena, odnosno da se nije protezala na sve aspekte kriminalnog događaja, ESLJP nije uzeo činjenično stanje kao isključivi kriterijum za ocenu povrede načela *ne bis in idem*, već je činjenično stanje percipirao kao početni, a vrednosti koje se štite kao završni kriterijum i time odstupio od stava iz slučaja

⁴⁸ *Gradinger v Austria*, App. No. 15963/90, Judgment of 23 October 1995

⁴⁹ *Ibid*, para. 55.

⁵⁰ *Ibid*.

⁵¹ *Oliveira v Switzerland*, App. No. 84/1997/868/1080, Judgment of 30 July 1998.

⁵² *Ibid*, para. 23

Gradinger protiv Austrije. Iako su se obe osude ticale istog događaja, specifičnost ovog slučaja je u tome što je krivični sud u kaznu za krivično delo uračunao i kaznu koju je drugi sud prethodno izrekao za prekršaj. ESLJP je istakao da je krivično delo moguće podeliti na dva dela, gubitak kontrole nad vozilom i nanošenje teške telesne povrede.⁵³ Zatim je objasnio da član 4. Protokola broj 7 ne sprečava vođenje postupaka pred različitim sudovima povodom različitih kaznenih dela, čak i ako su svi deo jedne radnje, a posebno u slučajevima kada kazne nisu kumulativne i kada je manja kazna apsorbovana većom, te je zaključio da nema povrede načela *ne bis in idem*.⁵⁴ Iako je ovakvo pravno rezonovanje ESLJP u skladu sa našom krivičnopравnom teorijom i dugogodišnjom praksom domaćih sudova, koja se, pre svega, odnosi na uračunavanje kazne iz odredbe člana 63. stav 3. KZ, ispravan je i argument da je ovakvim stavom ESLJP odstupio od trostruke garancije i povredio pravo okrivljenog da mu se ne sudi dva puta.

Treći pristup stavlja akcenat na „bitne elemente“ dva dela. U predmetu *Franz Fischer protiv Austrije* ESLJP je priznao da može delovati da su stavovi zauzeti u slučajevima *Gradinger protiv Austrije* i *Oliveira protiv Švajcarske* kontradiktorni.⁵⁵ Objasnio je da, ako se postupci za različita krivična dela u vezi sa istom radnjom pokreću konsektivno, ključno pitanje je da li dela imaju „iste bitne elemente“ (*same essential elements*). Podnosilac predstavke je, upravljajući vozilom pod dejstvom alkohola, udario u biciklistu, koji je podlegao povredama. Prvobitno je novčano kažnjen u prekršajnom postupku, a nakon toga i u krivičnom postupku na kaznu zatvora zbog nehatnog izazivanja saobraćajne nesreće sa smrtnim ishodom, usled upravljanja vozilom pod dejstvom alkohola. ESLJP je identifikovao povredu člana 4. Protokola broj 7, jer navedeni prekršaj i krivično delo imaju iste bitne elemente. Dakle, ESLJP smatra da nema povrede načela ako se kažnjiva dela razlikuju u pogledu bitnih elemenata, ali taj test podrazumeva pažljivo razmatranje elemenata dela, odnosno da se analiza ne sme ograničiti samo na njihovu nominalnu različitost, *i.e.* pravnu kvalifikaciju.⁵⁶

ESLJP je razrađivao pojam „bitnih elemenata“ u kasnijim presudama, te je u *slučaju Manasson protiv Švedske* zaključio da osuda pod-

⁵³ *Ibid*, para. 26.

⁵⁴ *Ibid*, para. 27.

⁵⁵ *Franz Fischer v Austria*, App. No. 37950/97, Judgment of 29 May 2001, para. 25.

⁵⁶ *Ibid*, paras. 30–31.

nosioca predstavke za prekršaj u vođenju knjigovodstvene evidencije i određivanje dodatnih poreskih obaveza nisu sadržale iste bitne elemente.⁵⁷ Objasnio je da je podnosilac predstavke prekršio opštu obavezu unošenja podataka o prihodu i isplatama plata u knjigovodstvenoj evidenciji svog taksi preduzeća, a da su dodatne poreske obaveze proistekle iz davanja netačnih informacija poreskim vlastima.⁵⁸

Interesantan je i slučaj *Göktan protiv Francuske*, u kojem je podnosilac predstavke tvrdio da su mu povređena prava iz člana 4. Protokola broj 7, jer mu je, pored kazne zatvora za trgovinu narkoticima, izrečena i kazna zatvora zbog toga što nije platio kaznu za neprijavlivanje robe koja podleže carinjenju.⁵⁹ ESLJP nije utvrdio povredu člana 4, jer je ustanovio da je isti krivični sud vodio postupak za istu kriminalnu radnju, koja je predstavljala dva kažnjiva dela (kao u slučaju *Oliveira protiv Švajcarske*). Dakle, ESLJP je još jednom potvrdio da je sposoban da uvidi mogućnost da iz jednog kriminalnog događaja, preciznije jedne radnje izvršenja, proistekne više kažnjivih dela.

U predmetu *Hauser-Sporn protiv Austrije* Sud je naveo da se pojam „bitnih elemenata“ može ticati radnji i propusta, ali i drugih elemenata koji se nalaze izvan radnje okrivljenog, kao što su na primer težina posledice ili značaj zaštićenog dobra.⁶⁰

ESLJP je, svestan činjenice da je bio na meti kritike zbog nepredvidljivosti i pravne neizvesnosti u pogledu odluka koje su donete u odnosu na član 4. Protokola broj 7, kao i potrebe za konsolidacijom dotadašnje prakse, odlučio da zauzme jasan stav u presudi *Sergey Zolotukhin protiv Rusije*. U navedenom predmetu podnosilac predstavke je prvo kažnjen zbog remećenja javnog reda i mira, a potom je protiv njega pokrenut krivični postupak za krivično delo nasilničkog ponašanja, u čijoj radnji izvršenja je opisan i prekršaj za koji je prethodno kažnjen.⁶¹ ESLJP je utvrdio da se „član 4. Protokola broj 7 mora razumeti kao zabrana krivičnog gonjenja ili suđenja za drugo delo sve dok proizilazi iz identičnih činjenica ili činjenica koje su suštinski iste“.⁶² Nakon toga naveo je da „Sud u svome ispitivanju treba da se usredsredi na one činjenice koje predstavljaju skup konkretnih činjeničnih okolnosti

⁵⁷ *Manasson v Sweden*, App. No. 41265/98, Judgment of 08 April 2003

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ *Göktan v France*, App. No. 33402/96, Judgment of 02 July 2002

⁶⁰ *Hauser-Sporn v Austria*, App. No. 37301/03, Judgment of 07 December 2006, para. 25.

⁶¹ *Sergey Zolotukhin v Russia*, n12

⁶² *Ibid.*, para. 82.

koje uključuju istog okrivljenog i nerazdvojno su povezane u vremenu i prostoru, a čije postojanje treba dokazati kako bi se osigurala osuđujuća presuda ili pokrenuo krivični postupak“.⁶³

Dakle, kao jedini kriterijum za ocenu postojanja *idem*, ESLJP ustanovljava činjenice, polazeći od pretpostavke da je metod primene činjenica u odnosu na metod primene pravne kvalifikacije kao kriterijuma, sigurniji za pojedinca (Nenadić 2014, 155). Ipak, procena da li se radi o istim činjenicama ili ne, prepuštena je telima koja vode postupak, što znači da zavisi od njihove diskrecione ocene i potencijalno otvara prostor za zloupotrebe, nejednako postupanje i povredu samog načela *ne bis in idem*.

Sličnog su stava i Interamerički sud za ljudska prava i Sud pravde EU, jer usvajaju pristup strogo zasnovan na „*istovetnosti stvarnih (ne) činjenja, odbacujući pravno određenje tih dela kao nebitno*“, jer bi takav pristup samo „*pomogao izvršiocu koji bi znao da, nakon što je osuđen i izdržao kaznu ili nakon što je oslobođen optužbe, ne mora više da strahuje od naknadnog krivičnog gonjenja u vezi sa istim delom*“ (Mekbrajd 2009, 265). Ovakav novonastali kriterijum „*materijalnog identiteta dela*“ oslonjen je na praksu Suda pravde EU, koji pri oceni identiteta dela primenjuje činjenično utemeljen pristup, za razliku od pristupa utemeljenog na identitetu pravnih kvalifikacija dela ili identitetu zaštićenih pravnih dobara, pre svega, zato što mu omogućava nezavisnost u odnosu na različita nacionalna uređenja država članica.

Navedeni rezon sudova opterećen je nedostacima. Zapažanje činjenica od strane sudije uvek je ograničeno na elemente koji čine kažnjivo delo. S obzirom na to da su činjenice u pravu uvek vezane za pravnu kvalifikaciju, pravnik putem apstraktnih konstrukcija, kao što su pravne kvalifikacije, selektivno bira činjenice, i to tako što identifikuje samo one koje može da podvede pod odgovarajuću pravnu normu (Nenadić 2014, 156). Stoga, događaj se objektivno desio, ali je pravna percepcija činjenica u vezi sa tim događajem nužno selektivna, odnosno filtrirana kroz prizmu pravne kvalifikacije (Nenadić 2014, 156). Zato se i ističe da tumačenje doktrine *ne bis in idem* od strane ESLJP vodi u „*logički ćorsokak*“, s obzirom na to da sud putem pravne kvalifikacije u jednom postupku može videti kao relevantnu jednu kombinaciju činjenica, dok u drugom postupku povodom istog događaja te činjenice mogu dobiti sasvim drugi smisao (Zupančić 2011, 171–172).

⁶³ *Ibid*, para. 84.

U predmetu *Maresti protiv Hrvatske* podnosilac predstavke je pravnosnažno osuđen u prekršajnom postupku, na 40 dana zatvora, zbog toga što je u alkoholisanom stanju vređao i fizički napao oštećenog na javnom mestu.⁶⁴ Nakon toga, u krivičnom postupku osuđen je na bezuslovnu kaznu zatvora za krivično delo teška telesna povreda. ESLJP je istakao da određena dela imaju krivični karakter, iako ih nacionalno pravo ne smatra dovoljno ozbiljnim da bi bila sankcionisana krivičnim zakonodavstvom. Uzeo je u obzir da se njihovom zabranom štiti ljudsko dostojanstvo i javni red, da se radi o odredbi generalnog karaktera i da sankcija ima za cilj prevenciju i kažnjavanje.⁶⁵ Sud je upoređivao činjenice koje je u svojoj presudi utvrdio Prekršajni sud i one utvrđene u krivičnom postupku. Našao je da je podnosilac predstavke u pravnosnažnoj presudi Prekršajnog suda proglašen krivim za, između ostalog, fizički napad na oštećenog, a da je za isti napad osuđen i u krivičnom postupku, te zaključio da su mu u oba postupka na teret stavljene iste činjenice. Dakle, iako zakonski opis prekršaja iz člana 6. Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira uopšte ne sadrži nanošenje teških telesnih povreda, Prekršajni sud je utvrdio krivicu okrivljenog i za taj aspekt događaja i izrekao mu relativno tešku kaznu od 40 dana zatvora (Ivičević Karas, Kos 2012, 563). Na osnovu svega navedenog ESLJP je zaključio da je došlo do povrede člana 4. Protokola broj 7.

Nakon osude u predmetu *Maresti protiv Hrvatske*, Republika Hrvatska osuđena je zbog povrede člana 4. Protokola broj 7 i presudom *Tomasović protiv Hrvatske*, u kojoj je podnositeljka predstavke osuđena prvo u prekršajnom postupku zbog posedovanja droge, a potom i u krivičnom postupku za isto delo.⁶⁶ Kako su zakonski opisi prekršaja i krivičnog dela bili usklađeni i odnosili se na iste činjenice, nije bilo sporno za ESLJP da se radi o istom delu. Ono što je karakteristično za ovaj slučaj jeste da je podnositeljka predstavke u prekršajnom postupku osuđena na novčanu kaznu, a da je ona okarakterisana kao krivična sankcija u smislu člana 4. Protokola broj 7.⁶⁷

Republika Hrvatska je nakon saznanja za presudu u slučaju *Maresti protiv Hrvatske* i sagledavanja njenih mogućih posledica preduze-

⁶⁴ *Maresti v Croatia*, App. No. 55759/07, Judgment of 25 June 2009

⁶⁵ *Ibid*, para. 58.

⁶⁶ *Tomasović v Croatia*, App. No. 53785/09, Judgment of 18 December 2011, para 28.

⁶⁷ *Ibid*, para. 25.

la mere kako bi sprečila dvostruko optuživanje u budućnosti, odnosno povrede načela *ne bis in idem* (videti i Novosel, Rašo, Burić 2010, 795). Radi ostvarenja tog cilja usvojili su privremena uputstva za postupanje nadležnih organa kojim bi se razgraničili krivični i prekršajni postupak. U nekim situacijama je moguće razdvojiti prekršaj od krivičnog dela, ako se prati vremenski sled. Tada je, prema privremenim uputstvima, moguće podnošenje i optužnog predloga za prekršaj i krivične prijave za krivično delo, s tim što optužni predlog za prekršaj ne sme u sebi obuhvatiti krivično delo i obrnuto (Novosel, Rašo, Burić 2010, 799). Ta privremena uputstva se prvenstveno odnose na zloupotrebu droga, oružja, vožnju u situaciji kada je izrečena mera bezbednosti, napad na službena lica i nasilje u porodici (Novosel, Rašo, Burić 2010, 800). Na primer, u privremenim uputstvima se navodi da u slučaju neovlašćenog posedovanja opojne droge policija podnosi krivičnu prijavu nadležnom javnom tužiocu, a ne i optužni predlog za prekršaj. Javni tužilac je taj koji ocenjuje da li se radi o krivičnom delu ili o prekršaju i odlučuje kako će dalje postupiti. Potpuno drugačiji stav je zauzet kada se radi o nasilju u porodici. U tom slučaju se prvenstveno podnosi optužni predlog za prekršaj, s obzirom na potrebu brze reakcije i fizičkog odvajanja izvršioca (Novosel, Rašo, Burić 2010, 802). Javni tužilac uzima u obzir da li se radi o prvom prijavljivanju, kod kojeg intenzitet protivpravnog ponašanja okrivljenog prelazi intenzitet uobičajen za prekršaj i da li je kažnjivim ponašanjem član porodice doveden u posebno ponižavajući položaj ili se radi o nanošenju povreda i odlučuje da li će pokrenuti krivični umesto prekršajnog postupka. Ipak, samo su jednostavni slučajevi rešeni privremenim uputstvima (Novosel, Rašo, Burić 2010, 805). Kada je reč o složenijim situacijama, odluku o tome koji će postupak pokrenuti donose nadležni organi, uz konsultaciju sa javnim tužiocem. Kao nedostatak privremenih uputstava navodi se činjenica da je ocena o razgraničenju krivičnog dela i prekršaja u rukama javnog tužioca ili državnih službenika, što ne garantuje jednako postupanje prema svim građanima u identičnim situacijama. Ističe se i da su privremena uputstva, kako naziv kaže, samo privremena, a da je za trajno rešenje neophodno napraviti distinkciju između opisa krivičnih dela i opisa prekršaja (Novosel, Rašo, Burić 2010, 806). Hrvatska je kasnije izvršila izmenu zakonodavstva, ali je granica između krivičnih dela i prekršaja ostala nejasna. Interesantno je pomenuti i da novi Kazneni zakon Republike Hrvatske iz 2011. godine više ne sadrži odredbu o obaveznom uračunavanju kazne izrečene u prekršajnom postupku, već samo opštu odredbu o uračunava-

nju vremena provedenog u pritvoru i istražnom zatvoru, kao i svako oduzimanje slobode u vezi sa krivičnim delom.⁶⁸ Navedeno pokazuje rešenost ove države da svoju praksu i zakonodavstvo prilagodi novim stavovima i zahtevima ESLJP.

I pored mogućih nedostataka ovakvih rešenja, pohvalna je brza reakcija Republike Hrvatske na novonastalu situaciju nakon presude *Maresti protiv Hrvatske*, kao i pokušaj izgradnje mehanizama koji će omogućiti uspešno izbegavanje povrede načela *ne bis in idem*. Nužno je primetiti i da je praksa u Republici Srbiji, u momentu donošenja presude *Maresti protiv Hrvatske*, bila identična kao ona u Republici Hrvatskoj, zahvaljujući zajedničkim korenima, te smo mogli osnovano da očekujemo da će se pogled ESLJP u jednom momentu okrenuti i ka nama i što je najvažnije, da pokušamo da sprečimo osudu blagovremenom izmenom prakse ili zakonodavstva. Iako je novi Zakon o prekršajima Republike Srbije, verovatno pod uticajem ove presude, dao jasan primat krivičnom postupku, Srbija nije sprovela adekvatne i dovoljne promene. Nekoliko godina kasnije i sama je izgubila slučaj *Milenković protiv Srbije* pred ESLJP, koji će kasnije biti detaljno analiziran.

U novijem predmetu protiv države iz našeg regiona, *Muslija protiv Bosne i Hercegovine*, ESLJP je smatrao neprihvatljivim zaključak Ustavnog suda Bosne i Hercegovine da, iako je podnosilac predstavke u prekršajnom i krivičnom postupku osuđen povodom istog incidenta, načelo *ne bis in idem* nije povređeno, jer su dela različita po svojoj prirodi.⁶⁹ Podnosilac predstavke je prvo osuđen na novčanu kaznu od strane prekršajnog suda zato što je fizički napao svoju bivšu suprugu i to u prisustvu njihove maloletne dece, dok je u krivičnom postupku osuđen na kaznu zatvora za tešku telesnu povredu. Kako se radilo o istim činjenicama i istom događaju, ESLJP je našao povredu člana 4. Protokola broj 7, a dodatne kriterijume Ustavnog suda, kao što su priroda dela i namera, smatrao je neprihvatljivim. S obzirom da je Sud naložio Bosni i Hercegovini da primeni individualne mere radi otklanjanja posledica povrede prava oštećenog i generalne mere radi sprečavanja budućih povreda ljudskih prava iz člana 4. Protokola broj 7, Bosna i Hercegovina je već 2014. godine usvojila Akcioni plan radi interne harmonizacije svog zakonodavstva i harmonizacije sa me-

⁶⁸ Kazneni zakon Republike Hrvatske, *Narodne novine*, 125/11, član 54.

⁶⁹ *Muslija v Bosnia and Herzegovina*, App. No. 32042/11, Judgment of 10 December 2013

đunarodnim propisima i praksom ESLJP. Cilj mera je stvaranje jasne distinkcije između prekršaja i krivičnih dela, kako bi se izbeglo kršenje načela *ne bis in idem* u budućnosti (Jokić, Jokić 2016, 467).

2.2. Tumačenje pojma *bis*

U prethodnim poglavljima rada već je objašnjeno da je cilj odredbe člana 4. Protokola broj 7 da zabrani ponovno vođenje postupka koji je zaključen pravnosnažnom odlukom, dakle meritornom odlukom kojom je lice pravnosnažno osuđeno ili oslobođeno.

Istaknuto je i da se primena načela u našem sistemu širi i na procesne odluke, odnosno situacije kada je postupak pravnosnažno obustavljen ili je optužni akt pravnosnažno odbijen. Ako pođemo od toga da je namera zakonodavca da ovakvim proširenjem osnaži zaštitu ljudskih prava, postavlja se pitanje zašto se odredba člana 4. ZKP odnosi isključivo na odluke suda, a ne i na pravnosnažne odluke javnog tužioca. Ovakav propust ZKP može u praksi dovesti do apsurdnih situacija. Javni tužilac može, u skladu sa načelom oportuniteta krivičnog gonjenja, rešenjem da odbaci krivičnu prijavu, ali ga tada ništa ne sprečava da, nakon određenog vremena, ponovo pokrene krivični postupak u odnosu na isto lice za isto krivično delo. Ista je situacija i kada javni tužilac, zbog toga što nema dovoljno dokaza za optuženje, donese naredbu o obustavi istrage, a ukoliko naknadno prikupi potrebne podatke i dokaze, mogao bi ponovo da vodi postupak protiv istog lica za isto krivično delo. Do takve situacije može doći i kada javni tužilac odustane od krivičnog gonjenja maloletnog lica, jer je maloletnik nadoknadio štetu okrivljenom ili se izvinio.⁷⁰

Činjenica da naše zakonodavstvo dopušta ovakvu mogućnost nije u skladu sa suštinskim značenjem načela *ne bis in idem* i može dovesti do ozbiljnih kršenja ljudskih prava, te se čini pravičnim da se u element „*bis*”, pored pravnosnažnih sudskih odluka, uključe i ostale odluke kojima se postupak konačno završava.⁷¹

⁷⁰ Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, *Službeni glasnik RS, br. 85/05*, član 58. stav 1.

⁷¹ ESLJP se nije mnogo puta izjasnio o ovom pitanju, te ne možemo govoriti o formiranom standardu. Ipak, u predmetu *Sundqvist v Finland*, App. No. 75602/01, Decision of 22 November 2005, ESLJP je naveo da okončanje krivičnog postupka od strane javnog tužioca nema karakter pravnosnažne osuđujuće ili oslobađajuće presude, te ne invocira primenu člana 4. Protokola broj 7.

3. MILENKOVIĆ PROTIV SRBIJE

3.1. Prikaz presude

ESLJP je presudom u predmetu *Milenković protiv Srbije* utvrdio da je Republika Srbija odgovorna za povredu načela *ne bis in idem* iz člana 4. Protokola broj 7 usled dvostrukog suđenja za isto delo u krivičnom i prekršajnom postupku.⁷²

Podnosilac predstavke Momčilo Milenković je 06. novembra 2007. godine osuđen u prekršajnom postupku za prekršaj iz člana 6. stav 3. ranijeg Zakona o javnom redu i miru, koji je predviđao da će se kazniti onaj „*ko vređanjem ili zloupotrebom drugog, vršenjem nasilja nad drugim, izazivanjem tuče ili učestvovanjem u njoj ugrožava spokojstvo građana ili remeti javni red i mir*“⁷³. Prekršajni sud u Leskovcu osudio ga je na novčanu kaznu u iznosu od 4.000 dinara, koja se u slučaju nepoštovanja mogla pretvoriti u kaznu zatvora od 8 dana, zbog toga što je oštećenog, nakon što mu je ovaj vređao decu, udario nekoliko puta u glavu.⁷⁴

U međuvremenu, javni tužilac iz Leskovca je 04. aprila 2007. godine pokrenuo krivični postupak protiv okrivljenog Milenkovića zbog krivičnog dela teška telesna povreda, te ga je Osnovni sud u Leskovcu 13. aprila 2011. godine osudio na kaznu zatvora od 3 meseca.⁷⁵

Okrivljeni je izjavio žalbu na prvostepenu presudu, u kojoj je istakao da je već osuđen od strane prekršajnog suda za isti događaj.⁷⁶ Apelacioni sud u Nišu odbio je žalbu kao neosnovanu, uz obrazloženje da je okrivljeni u prekršajnom postupku kažnjen za prekršaj protiv javnog reda i mira, dok je u krivičnom postupku osuđen za nanošenje teških telesnih povreda, pa se ne može raditi o povredi načela *ne bis in idem*, s obzirom na to da se činjenični opisi dva dela jasno razlikuju. Okrivljeni Milenković je 25. maja 2012. godine izjavio i ustavnu žalbu, koju je Ustavni sud RS odbio kao neosnovanu, 20. maja 2013. godine, pozivajući se na obrazloženje Apelacionog suda u Nišu kao „*potpuno ustavnopravno prihvatljivo*“⁷⁷.

⁷² *Milenković v Serbia*, App. No. 50124/13, Judgment of 01 March 2016

⁷³ Zakon o javnom redu i miru, *Službeni glasnik RS, br. 51/92, 53/93, 67/93, 48/94, 101/2005*

⁷⁴ *Milenković v Serbia*, n60, paras. 7–8.

⁷⁵ *Ibid*, paras. 9–10.

⁷⁶ *Ibid*, paras. 11–12.

⁷⁷ *Ibid*, para. 15.

U toku postupka pred ESLJP srpska Vlada je isticala da se i činjenično i pravno radi o različitim delima.⁷⁸ U pogledu činjenica u prekršajnom postupku je utvrđeno da je podnosilac predstavke kriv zbog narušavanja javnog reda i mira.⁷⁹ Svrha kažnjavanja u tom postupku bila je da se zaštiti javni red i mir i spokojstvo građana, a činjenica da je okrivljeni naneo oštećenom teške telesne povrede nije bila obuhvaćena izrečenom sankcijom. Za razliku od toga, krivično gonjenje podnosioca predstavke se odnosilo na fizički napad na oštećenog, te iako se radi o identičnoj radnji izvršenja, dela se razlikuju u posledici.⁸⁰ Kako nanošenje teških telesnih povreda ne predstavlja bitan element prekršaja, telesna povreda je jedan od osnovnih elemenata krivičnog dela.⁸¹

Što se tiče ocene ESLJP, on je postavio sledeća pitanja:

(a) *Da li je priroda prve kazne bila krivična?*

Kako bi pronašao odgovor na ovo pitanje, Sud je razmotrio Engelove kriterijume. U vezi sa prvim kriterijumom – pravna klasifikacija dela prema nacionalnom pravu, Sud primećuje da se radi o delu koje je klasifikovano kao prekršaj.⁸² Analizirajući slične pravne sisteme, zaključio je da sfera definisana kao „upravna/prekršajna“ obuhvata i određene prekršaje koji imaju krivičnu konotaciju, ali su previše beznačajni da se regulišu krivičnim pravom.⁸³

Sud ističe da po svojoj prirodi predmetni prekršaj ima za cilj zaštitu ljudskog dostojanstva i javnog reda, vrednosti koje obično spadaju u sferu zaštite krivičnog prava, kao i da se radi o opštoj zakonskoj odredbi koja važi za sve građane.⁸⁴ Sud ponavlja i da svako pozivanje na „lakšu“ prirodu dela, samo po sebi, ne isključuje njenu klasifikaciju kao „krivičnu“ u autonomnom značenju Konvencije, budući da EKLJP ne sadrži ništa što ukazuje da krivična priroda dela, u okviru značenja Engelovih kriterijuma, neizostavno zahteva određeni nivo ozbiljnosti.⁸⁵

ESLJP, na kraju, zaključuje da novčana kazna nije predviđena kao materijalna naknada štete, već da je primarni cilj kažnjavanje

⁷⁸ *Ibid*, para. 28.

⁷⁹ *Ibid*, para. 29.

⁸⁰ *Ibid*, para. 30.

⁸¹ *Ibid*.

⁸² *Ibid*, para. 34.

⁸³ *Ibid*. Isto u *Sergey Zolotukhin v Russia*, n12, para. 54.

⁸⁴ *Ibid*, para. 35.

⁸⁵ *Ibid*. Isto u *Ezeh i Connors v UK*, n20, paras. 82–86

i sprečavanje ponovnog izvršenja dela, što su karakteristična svojstva krivičnih kazni.⁸⁶ Što se tiče stepena ozbiljnosti mere, Sud ističe da je zakonom propisana maksimalna kazna za navedeni prekršaj zatvor od 60 dana, te da, iako je podnosilac predstavke kažnjen novčanom kaznom, okolnost da je bio izložen mogućnosti da mu bude izrečena kazna lišenja slobode, dovoljna je da ukaže na to da su optužbe protiv njega krivične.⁸⁷

Na osnovu svega navedenog, ESLJP je zaključio da se oba postupka moraju smatrati krivičnim.⁸⁸

(b) *Da li su dela za koja je podnosilac predstavke krivično gonjen ista?*

Nakon što je podsetio da su u njegovoj praksi postojali različiti pristupi pojmu „isto delo“ i priznao da to vodi u pravnu nesigurnost, ESLJP je ukazao na usaglašeno tumačenje iz predmeta *Sergey Zolotukhin protiv Rusije*.⁸⁹ Sud je mišljenja da se član 4. Protokola broj 7 mora razumeti kao zabrana krivičnog gonjenja ili suđenja za drugo delo u onoj meri u kojoj ono proizilazi iz identičnih činjenica ili činjenica koje su suštinski iste.⁹⁰ Takođe je objasnio da se garancija predviđena ovim članom aktivira početkom novog krivičnog gonjenja, nakon prethodne oslobađajuće ili osuđujuće presude. U tom momentu, dostupan materijal se sastoji od odluke kojom je okončan prvi postupak i spiska optužbi iz novog postupka, a ESLJP smatra da su to materijali koji sadrže prikaz činjenica koje bi trebalo uporediti za utvrđivanje da li su činjenice u oba postupka identične ili suštinski iste.⁹¹

Sagledavajući činjenice ovog predmeta, Sud je zaključio da je podnosilac predstavke u prekršajnom postupku osuđen zbog toga što je „*udario u glavu oštećenog i time ga povredio*“, dok je u krivičnom postupku osuđen za to što je „*udario u glavu oštećenog i time mu naneo tešku telesnu povredu*“, pa je stoga krivično gonjen i kažnjen u dva postupka zbog istog pitanja, u kojima je isti tuženi i koja su nerazdvojno povezana u istom prostornom i vremenskom okviru (bez obzira na to što je, na primer, u odluci Prekršajnog suda navedeno da se događaj

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ *Ibid*, para. 36.

⁸⁸ *Ibid*, para. 37.

⁸⁹ *Ibid*, para. 38.

⁹⁰ *Ibid*, para. 36.

⁹¹ *Ibid.*

desio oko 17.30 časova, a u odluci krivičnog suda da se radi o vremenu između 16.00 i 16.30. časova).⁹²

Vlada je istakla da zakonska definicija prekršaja ne sadrži nanošenje telesne povrede, međutim, Sud je ukazao na navode Prekršajnog suda da je podnosilac predstavke kriv za, između ostalog, udaranje i povredu oštećenog, te da ga je i za to kaznio.⁹³

(v) *Da li je bilo dupliranja postupka (bis)?*

S obzirom na to da je odluka u prekršajnom postupku doneta 06. novembra 2007. godine, a da stranke nisu iskoristile pravo na žalbu, nakon isteka tog roka, odluka je postala pravnosnažna. U međuvremenu, krivični postupak je počeo 04. aprila 2007. godine, te Sud smatra da je krivični sud trebalo da obustavi krivični postupak nakon donošenja pravnosnažne odluke u prvom postupku.⁹⁴

Uzimajući u obzir činjenicu da se podnosilac predstavke žalio na povredu načela *ne bis in idem* i Apelacionom sudu u Nišu i Ustavnom sudu, ESLJP naročito zamera domaćim organima to što su dopustili da se vode dupli postupci, s obzirom na to da su imali saznanja o prethodnoj osudi podnosioca predstavke za isto delo.⁹⁵

3.2. Komentar presude

Slučaj Milenković nije usamljen i nekarakterističan za našu sudsku praksu. Način razmišljanja sudova koji su sudili u predmetima koji se odnose na ovaj slučaj i njihovo shvatanje odnosa krivičnog i prekršajnog postupka razvijano je i formirano mnogo godina unazad. Rezon je blizak onom koji su imali i hrvatski sudovi kada su sudili u postupcima koji se odnose na slučaj *Maresti*. Dakle, u domaćoj teoriji je smatrano da zabrana ponovnog suđenja ne isključuje mogućnost vođenja krivičnog postupka kada mu je prethodio neki drugi kazneni postupak za delikt koji potiče iz istog događaja (bilo da se radi o prekršaju, disciplinskom ili privrednom prestupu) (Vasiljević, Grubač 2005, 38). Praksa naših sudova se, stoga, zasnivala na istim stavovima. Tako je isticano da „*oslobađajuća presuda za krivično delo nasilničkog ponašanja ne predstavlja smetnju za osudu u prekršajnom postupku za*

⁹² *Ibid*, paras. 39–40.

⁹³ *Ibid*, para. 41.

⁹⁴ *Ibid*, para. 46.

⁹⁵ *Ibid*.

isto delo⁹⁶ ili da „samo presuda doneta u krivičnom postupku sprečava njegovo ponovno vođenje, a nikako odluka prekršajnog suda, jer između krivičnog dela i prekršaja postoji kvalitativna razlika koja se ogleda u objektu zaštite“⁹⁷.

Odredba člana 63. stav 3. Krivičnog zakonika dobro oslikava način na koji su domaći sudovi, do skoro, shvatali odnos između krivičnog i prekršajnog postupka. Ona predviđa 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 obeležja prekršaja, privrednog prestupa, odnosno povrede vojne discipline“.⁹⁸ Ova odredba, dakle, uređuje situaciju u kojoj je lice prvo oglašeno krivim i izrečena mu je kazna u prekršajnom postupku, a nakon toga je oglašeno krivim i izrečena mu je kazna u krivičnom postupku. Kako profesor Ljubiša Lazarević objašnjava, uslov za ovo uračunavanje je da se radi o krivičnom delu koje svojim obeležjima obuhvata i obeležja prekršaja ili privrednog ili disciplinskog prestupa, te da se navedena odredba prvenstveno odnosi na one situacije kada se nekom licu sudi za prekršaj ili privredni ili disciplinski prestup, i za to bude kažnjeno, a kasnije se utvrdi da takva njihova ponašanja imaju i obeležja krivičnog dela (2006, 227). Dakle, opis krivičnog dela potpuno ili delimično obuhvata opis prekršaja, što znači da se osuda u krivičnom postupku potpuno ili delimično temelji na istim činjenicama kao i osuda u prekršajnom postupku. U takvoj situaciji, prema izričitoj zakonskoj odredbi, ne primenjuje se načelo *ne bis in idem*.

Novi Zakon o prekršajima drugačije reguliše ovu materiju. Pravilo *ne bis in idem* propisano je u članu 8. čiji stav 1. određuje da se „nikome ne može ponovo suditi niti mu može ponovo biti izrečena prekršajna sankcija za prekršaj o kome je pravnosnažno odlučeno u skladu sa zakonom“.⁹⁹ U vezi sa tim, predviđeno je da će se prekršajni postupak obustaviti, između ostalog, kada sud utvrdi da je okrivljeni za istu radnju već pravnosnažno kažnjen, oslobođen odgovornosti u prekršajnom

⁹⁶ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Up. 756/2006 od 02.07.2008. godine

⁹⁷ Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu, Kž 1 3680/10 od 21.08.2010. godine

⁹⁸ Krivični zakonik, *Službeni glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009 и 111/2009, član 63, stav 3.

⁹⁹ Zakon o prekršajima, *Službeni glasnik RS*, br. 65/2013, 13/2016, 98/2016 – odluka US, član 8. stav 1.

postupku ili je prekršajni postupak pravnosnažno obustavljen (ali ne zbog nenadležnosti).¹⁰⁰

Stav 3. i 4. člana 8. određuju da se protiv učinioa prekršaja koji je u krivičnom postupku ili u postupku po privrednom prestupu pravnosnažno oglašen krivim za krivično delo (odnosno privredni prestup) koje obuhvata i obeležja prekršaja, ne može za taj prekršaj ponovo pokrenuti postupak, a ako je pokrenut ili je u toku, ne može se nastaviti i dovršiti.¹⁰¹ Kada je okrivljeni u krivičnom postupku, odnosno u postupku po privrednom prestupu, pravnosnažno oslobođen ili oglašen krivim za istovetan događaj koji obuhvata i obeležja prekršaja, prekršajni sud će doneti rešenje o obustavi prekršajnog postupka.¹⁰²

Shodno tome, vođenju krivičnog postupka se daje jasan primat nad vođenjem prekršajnog postupka, a pored osuđujuće presude i oslobađajuća presuda aktivira zabranu vođenja krivičnog postupka. Nejasno je, međutim, kako će sudovi postupati u slučajevima kada je razlika između krivičnog dela i prekršaja samo kvantitativna. Na primer, kod krivičnog dela ugrožavanja bezbednosti javnog saobraćaja, nastupanje materijalne štete veće od 200.000 dinara razgraničava krivično delo od prekršaja (videti Bajović 2016, 251). Ako bi se u krivičnom postupku ustanovilo da pričinjena šteta ne prelazi navedeni iznos, sud bi morao da donese oslobađajuću presudu jer se ne radi o krivičnom delu. Ovakva odluka bi, prema Zakonu o prekršajima, onemogućila vođenje prekršajnog postupka i nalagala obustavu prekršajnog postupka (Bajović 2016, 251).

Zakon o prekršajima nalaže da se u zahtevu za pokretanje prekršajnog postupka navede da li je protiv okrivljenog povodom istog događaja pokrenut krivični postupak ili postupak za privredni prestup.¹⁰³ Ipak, zakonom nije propisana nikakva sankcija za lice koje uopšte ne pruži takvo obaveštenje ili ga ne pruži blagovremeno (Janković 2014, 269). Ako zahtev sadrži takve podatke ili prekršajni sud u toku postupka sazna da se povodom istog događaja vodi krivični postupak ili postupak za privredni prestup, prekršajni sud će dostaviti spise nadležnom sudu na dalje postupanje i o tome obavestiti podnosioca zahteva.¹⁰⁴ Međutim, zakon nije regulisao koju odluku će prekršajni sud

¹⁰⁰ *Ibid*, član 248. stav 1. tačka 3).

¹⁰¹ *Ibid*, član 8. stav 3 i 4.

¹⁰² *Ibid*, član 248, stav 1. tačka 4)

¹⁰³ Zakon o prekršajima, član 181. stav 1. tačka 7)

¹⁰⁴ *Ibid*, član 183. stav 2. i 3.

doneti u slučaju kada dostavlja spise. Na osnovu analogije sa krivičnim postupkom, možemo pretpostaviti da bi u slučaju istovremeno pokrenutih postupaka, prekršajni sud odbacio zahtev za pokretanje prekršajnog postupka, a u slučaju da je krivični postupak pokrenut naknadno, prekršajni sud bi obustavio prekršajni postupak. Tada ponovo dolazimo do potencijalno problematične situacije. Šta ako se u krivičnom postupku ispostavi da delo nema elemente krivičnog dela, već samo prekršaja? Prekršajni postupak se, svakako, ne može ponovo pokrenuti, kako zbog delovanja načela *ne bis in idem*, tako i zbog kratkog roka zastarelosti u prekršajnom postupku, koja će verovatno nastupiti (Bajović 2016, 250).

Zakonodavac nije imao u vidu još jednu hipotetičku situaciju. Krivična dela koja se gone po privatnoj tužbi često sadrže i elemente prekršaja. Krivično delo lake telesne povrede, na primer, može u sebi sadržati i prekršaj protiv javnog reda i mira, pa je moguće da se prekršajni postupak okonča pre isteka roka od 3 meseca za podnošenje privatne tužbe (Bajović 2016, 250). U tom slučaju bi prekršajna presuda nalagala krivičnom sudu da privatnu tužbu odbije, budući da se radi o presuđenoj stvari. Ako se prekršajni postupak ne okonča u ovom roku, prekršajni sud bi bio dužan da spise dostavi krivičnom sudu, ali bi oslobađajuća krivična presuda onemogućila kažnjavanje učinioca u prekršajnom postupku za izvršeni prekršaj (Bajović 2016, 250).

Verovatno je, pod uticajem prakse ESLJP, zakonodavac novim Zakonom o prekršajima želeo da pruži drugačiji pristup odnosu prekršajnog i krivičnog postupka, ali iz svega izloženog proizilazi da novousvojena rešenja sadrže brojne proceduralne i materijalne nedostatke. Nema sumnje da su pravna shvatanja ESLJP u ovoj materiji potpuno inovativna i nesvojstvena domaćoj pravnoj teoriji i praksi.

Pre svega, otvoreno je pitanje da li bi ESLJP doneo istu odluku da je Milenković u prekršajnom postupku bio osuđen samo za prekršaj, a ne i za fizički napad na oštećenog. ESLJP je u presudi jasno istakao da je podnosilac predstavke u oba postupka osuđen za fizički napad i zbog toga krivično gonjen i kažnjen u dva postupka zbog istog pitanja.¹⁰⁵ Kada bi se jezički jasno razgraničilo koje ponašanje potpada pod opis prekršaja, a koje pod zakonski opis krivičnog dela, da li bi to omogućilo opstanak obe presude? Izvesno je da u takvoj situaciji argumenti ESLJP o „materijalnom identitetu dela“ ne bi opstali, s obzirom

¹⁰⁵ *Milenković v Serbia*, n60, paras. 39–40.

na to da se radi o dva potpuno različita dela, izvršena istom radnjom izvršenja. Slično tumačenje izložio je i Ustavni sud RS, koji je istakao sledeće: „Ustavni sud želi da ukaže da nepostojanje jasnog razlikovanja između krivičnih dela i prekršaja u srpskom zakonodavstvu ne sme da dovede do situacije da u sudskoj praksi presuđena stvar u prekršajnom postupku predstavlja smetnju za progon učinilaca krivičnih dela. Takođe, suština krivičnopravne zaštite temeljnih društvenih vrednosti, pre svih, života i telesnog integriteta svakog pojedinca bi bila dovedena u pitanje kada bi prekršajni sud svojom izrekom proširio činjenični opis prekršaja i tako obuhvatio činjenični supstrat krivičnog dela, te aktivirao zabranu ne bis in idem u krivičnom postupku ... Ustavni sud stoji na stanovištu da se prekršajni sudovi moraju ograničiti na utvrđivanje onih činjenica koje čine biće prekršaja i da prepuste krivičnom sudu da utvrđuje činjenice bitne za postojanje krivičnog dela. Konkretno, jedan u osnovi jedinstven događaj, koji započinje kao remećenje javnog reda i mira, a završava kao povreda telesnog integriteta, može se vremenski i sadržinski sagledati kao dve zasebne celine, odnosno kao dva različita činjenična stanja, jedno u prekršajnom, a drugo u krivičnom postupku, pa ne bi došlo do povrede načela ne bis in idem“.¹⁰⁶ Jasno i koncizno je Ustavni sud ukazao da, ako se različitim inkriminacijama želi sprečiti drugačije zlo ili šteta, drugo gonjenje za isti događaj nije zabranjeno (Zupančić 2011, 175).

U istoj presudi Ustavni sud je razmotrio i dodatne korektivne kriterijume za utvrđivanje identiteta dela, te istakao da „uvažavajući praksu ESLJP, Ustavni sud smatra da specifičnost i mane srpskog kaznenog zakonodavstva, te „lutanja“ pravosudne sudske prakse ne smeju dovesti do toga da se uskim tumačenjem kriterijuma materijalnog identiteta dela iz presude Zolotukhin protiv Rusije i zaštitom konvencijskog načela ne bis in idem, ugroze pretežnije konvencijske obaveze svake države članice, a to je pre svih, zaštita prava žrtve na život iz člana 2. EKLJP, koje predstavlja najvrednije ljudsko pravo, te prava na nepovredivost telesnog i duševnog integriteta iz člana 3. EKLJP. Stoga, Ustavni sud smatra da je u cilju zaštite pretežnijeg interesa, pored utvrđenog kriterijuma činjeničnog identiteta dela, potrebno u svakom konkretnom slučaju razmotriti i dodatne, tzv. korektivne kriterijume: a) identitet zaštićenog dobra i težine posledice dela, b) identitet sankcije“.¹⁰⁷

Sličan stav zauzeo je i Apelacioni sud u Beogradu, kada je naveo da je „u prekršajnom postupku u konkretnom slučaju zaštitni objekt bio

¹⁰⁶ Presuda Ustavnog suda RS, Už. 1285/2012 od 26.03.2014, para. 5.

¹⁰⁷ Presuda Ustavnog suda RS, Už. 1285/2012 od 26.03.2014, para. 6.2.

javni red i mir, dok zaštita fizičkog integriteta nije bila obuhvaćena prekršajem zbog koga je okrivljeni proglašen krivim i osuđen. Pri tome, ni telesne povrede oštećenog nisu bile predmet prekršajnog postupka, zbog čega Apelacioni sud smatra da, imajući u vidu da se radi o istom događaju, ali o potpuno različitim zaštitnim objektima, prvostepeni sud nije mogao da, primenom načela ne bis in idem, odbije optužbu u odnosu na okrivljenog nalazeći da je on već jednom pravnosnažno osuđen zbog istog dela.¹⁰⁸

Iako ESLJP nije uzimao u obzir kriterijum zaštićenog dobra i težine posledice, pohvalno je da Ustavni sud RS uvažava promene u stavovima ESLJP, te promišlja kako da prihvati i poštuje standarde ovog Suda, a da ih opet prilagodi zahtevima domaćeg zakonodavstva i prakse.

Sagledana sa aspekta kriterijuma zaštićenog dobra i težine posledice dela, presuda *Milenković protiv Srbije*, odnosila se na radnju izvršenja, u konkretnom slučaju udaranja, iz koje je nastupila posledica narušavanja javnog reda i mira i posledica povrede telesnog integriteta oštećenog. U prilog stavu da se ovde radilo o dva različita dela, izdvaja se argument da su upravo dva različita zaštitna objekta i potreba zaštite oba, opredelila našeg zakonodavca da propiše više vrsta delikata, a zbog težine i značaja te povrede i više vrsta postupaka u kojima se te povrede utvrđuju, a odgovorna lica sankcionišu (Janković 2014, 272).

Stav je i Vrhovnog kasacionog suda da kada se radi o situaciji da isti događaj dovede i do prekršaja remećenja javnog reda i mira i do krivičnog dela teške telesne povrede, da „*iako je u oba postupka reč o istom okrivljenom i o životnom događaju koji se odigrao u istom vremenskom i prostornom okviru, činjenični opis prekršaja iz člana 6. stav 3. Zakona o javnom redu i miru (remećenje javnog reda i mira) bitno je različit od činjeničnog opisa krivičnog dela iz člana 121. stav 1. Krivičnog zakonika (teška telesna povreda). Opis prekršaja, osim što ne sadrži sve činjenice i radnje okrivljenog u vezi nanošenja povreda, ne obuhvata uopšte događaj nastao posle početnog sukoba opisanog kao prekršaj, pa tada preduzete radnje okrivljenog i posledice tih radnji u vidu težeg povređivanja važnog organa oštećenog, ne predstavljaju zakonska obeležja prekršaja, već ih Krivični zakonik kvalifikuje kao krivično delo teške telesne povrede*“.¹⁰⁹

¹⁰⁸ Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Kž1. 4512/2012 od 01.10.2012. godine

¹⁰⁹ Sentenca Vrhovnog kasacionog suda RS, utvrđena na sednici Krivičnog odeljenja 23.12.2013. godine.

U vezi sa samim odnosom prekršaja i krivičnog dela, teorijski kriterijumi razlikovanja su mnogobrojni. Prekršaji su definisani kao dela manje društvene opasnosti (Mihajlovski 1975, 211), a kao kriterijum razlikovanja navođen je, na primer, i zaštitni objekt, te prekršaji predstavljaju povredu društvene discipline, dakle, dela protivna interesima društvene zajednice, ali koja nisu upravljena protiv osnovnih društvenih vrednosti (Sržentić, Stajić, Lazarević 1978, 49). Profesor Toma Živanović je isticao da kvalitativna razlika ne postoji, već da se sva nepravda svode na isti rod, a samo sačinjavaju razne vrste tog roda (1959, 326). Iako su prekršaji ranije najčešće shvatani samo kao protivnost izvesnom propisu (Delibašić 2015, 790), danas su veoma blizu određenih krivičnih dela. Prema našem Zakonu o prekršajima, svrha propisivanja, izricanja i primene prekršajnih sankcija je da građani poštuju pravni sistem i da se ubuduće ne čine prekršaji.¹¹⁰ Cilj kažnjavanja za prekršaj je da se izrazi društveni prekorač učinocu zbog izvršenog prekršaja i da se utiče na njega i na sva ostala lica da ubuduće ne čine prekršaje.¹¹¹ Imajući u vidu i da je za mnoge prekršaje propisana kazna lišenja slobode, izvesno je da su ispunjeni Engel kriterijumi i da bi ESLJP veliki broj prekršaja u domaćem pravu smatrao krivičnim delima.

Nužno je ukazati i na opasnost od zloupotreba kriterijuma „materijalnog identiteta dela“. Na primer, u praksi se dešava da prekršajni sud prekida postupak do okončanja krivičnog postupka, a kad istekne rok zastarelosti prekršaja, na zahtev odbrane, obustavlja prekršajni postupak (Delibašić 2015, 806). Krivični sud, takođe, čeka ishod prekršajnog postupka, pa kada dođe do obustave prekršajnog postupka zbog navedene zastarelosti, okončava postupak zbog presuđene stvari (Delibašić 2015, 806).

Situacija može biti i jednostavnija. Moguće je da krivični sud sazna da je u vezi sa istim događajem, istom radnjom izvršenja, već pravnosnažno okončan prekršajni postupak, i da, bez detaljnije analize, okonča krivični postupak zbog presuđene stvari, pozivajući se na stavove ESLJP. Automatska primena načela *ne bis in idem*, bez analitičnosti u pristupu, posledica je nerazumevanja suštine ovog pravila.

Krajnost navedenih problema ilustrovana je u činjenici da je Vrhovni kasacioni sud, u slučaju kada je okrivljeni prvo osuđen za remećenje javnog reda i mira u prekršajnom postupku, a kasnije zbog

¹¹⁰ Zakon o prekršajima, član 5. stav 2.

¹¹¹ *Ibid*, član 33. stav 2.

krivičnog dela teška telesna povreda u krivičnom postupku, zaključio da obe okolnosti predstavljaju činjenično jedan isti događaj i našao da se radi o povredi načela *ne bis in idem*, zbog čega je usvojio zahtev za zaštitu zakonitosti i preinačio pobijanu presudu, odbijajući optužbu za krivično delo teške telesne povrede!¹¹²

Primenjujući istu logiku, možemo zaključiti da bi krivični sud mogao da obustavi krivični postupak u odnosu na okrivljenog koji je usled prekoračenja dozvoljene brzine usmrtio pešaka, samo zato što je okrivljeni već kažnjen u prekršajnom postupku za prekoračenje brzine, te obe okolnosti predstavljaju činjenično jedan isti događaj?!

Neophodno je pomenuti još jedan primer, koji je, čini se, veoma čest u praksi. Apelacioni sud u Beogradu je, u situaciji kada je okrivljeni prvo osuđen u prekršajnom postupku za remećenje javnog reda i mira (član 6. stav 3. starog Zakona o prekršajima), a potom u krivičnom postupku za krivično delo „Nasilje u porodici“ (član 194. stav 1. KZ), odbio optužbu u odnosu na okrivljenog, primenom načela *ne dva puta o istoj stvari*.¹¹³ Obrazložio je da, iako posledice dva dela nisu iste, okolnosti da se u oba postupka radilo o istom okrivljenom, istoj oštećenoj, istom životnom događaju koji se odigrao u istom prostoru i u istom vremenu, pri čemu su iste povrede oštećene opisane i u izreci prekršajnog suda i u optužnom predlogu javnog tužioca, ukazuju na to je reč o istom delu. U ovom slučaju okrivljeni je u prekršajnom postupku osuđen na novčanu kaznu od 18.000 dinara, dok je u krivičnom postupku uslovno osuđen na kaznu zatvora u trajanju od 3 meseca. Zamislimo situaciju u kojoj je prekršajni postupak obustavljen zbog zastarelosti, a krivični postupak obustavljen zbog toga što je prekršajni postupak pravnosnažno okončan. Dakle, bez meritorne odluke i naknade štete žrtvi ozbiljnog krivičnog dela, kao što je nasilje u porodici. Može li se u ovakvoj situaciji postaviti pitanje odgovornosti države prema članu 3. EKLJP, zbog neispunjenja pozitivne obaveze da sprovede delotvornu istragu u cilju kažnjavanja izvršioca krivičnog dela?

Ovakve nedopustive situacije mogu se izbeći samo kontinuiranom edukacijom sudija i javnih tužilaca i kvalitetnim presudama i stavovima sudskih autoriteta, kao što su apelacioni sudovi, Ustavni sud RS i Vrhovni kasacioni sud RS.

Često se dešava da se prekršajni postupak u praksi okonča pre pokretanja krivičnog postupka. Kao što je već objašnjeno, odluka pre-

¹¹² Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Kzz 121/2017 od 14.02.2017. godine

¹¹³ Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Kž3 5/13 od 13.03.2015. godine

kršajnog suda u najpre pokrenutom prekršajnom postupku, kao presuđena stvar, isključila bi mogućnost da se naknadno inicira krivično gonjenje povodom istog događaja. Tada bi od diskrecione procene organa uprave (a naročito policije ovlašćene da podnosi kako zahtev za pokretanje prekršajnog postupka tako i krivičnu prijavu) zavisio izbor merodavnog procesnog puta radi kaznene zaštite najvažnijih društvenih vrednosti, što bi moglo da dovede do brojnih zloupotreba u praksi (Mrvić-Petrović 2014, 28).¹¹⁴

Pojedinac ne sme da ispašta zbog nesposobnosti nadležnih državnih organa da pravilno kvalifikuju činjenice i blagovremeno izaberu kaznenu reakciju najprimereniju konkretnom slučaju (Bajović 2016, 255). Dakle, nadležni organi moraju pažljivo da procene da li će prednost dati krivičnom ili prekršajnom gonjenju. Ispravim se čini predlog da bi prednost uvek trebalo dati „težem“, odnosno krivičnom gonjenju, uz mogućnost da krivični sud, ako utvrdi da delo nema elemente krivičnog dela, donese rešenje o odbacivanju optužnog akta i predmet dostavi prekršajnom sudu (analogno situaciji kada na glavnom pretresu utvrdi da nije stvarno nadležan) (Bajović 2016, 257). Time bi se pojedinac zaštitio od dvostrukog gonjenja, a finansijski resursi države se ne bi rasipali na vođenje različitih kaznenih postupaka u pogledu istog dela (Bajović 2016, 257).

4. ZAKLJUČAK

Presuda ESLJP u slučaju *Milenković*, iako je posledica pojedinačne greške u postupanju naših nadležnih organa, upozorava na postojanje sistemskog problema u načinu na koji je kod nas uređena mogućnost konsektivnog vođenja prekršajnog i krivičnog postupka o istom činjeničnom stanju.

Izvesno je da je država ta koja je odgovorna za krivični i drugi kazneni progon izvršilaca krivičnih dela, te da mora da pokaže visok nivo odgovornosti u načinu organizovanja i osposobljavanja organa zaduženih za taj progon. Državi nije dopušteno da „ispali drugi metak“, pa ako je propustila šansu, njene greške bi trebalo da služe u korist okrivljenog (Trechsel 2005, 384). Republika Srbija je, stoga, dužna, u

¹¹⁴ U vezi sa navedenim, Boštjan Zupančič postavlja pitanje *Quis custodiet ipsos custodes*, odnosno *Ко ће чувати оу чуваре*, aludirajući na probleme zloupotrebe i korupcije (2011, 175).

skladu sa članom 46. stav 1. EKLJP, da preduzme mere kako bi izbegla dalje povrede načela *ne bis in idem* iz člana 4. Protokola broj 7.

Analizom prakse ESLJP može se zaključiti da namera ovog suda nije bila da se krivične prijave automatski odbacuju, odnosno da se krivični postupci obustavljaju, ukoliko je neko lice osuđeno za prekršaj, već da se utvrde jasni i precizni kriterijumi za utvrđenje pojma „isto delo“, u cilju zaštite prava okrivljenog i uspostavljanja pravne sigurnosti.

Mnogo je kritika na račun ovog Suda povodom nekonzistentnosti u praksi primene člana 4. Protokola broj 7. Iako je presudom *Sergey Zolotukhin protiv Rusije* želeo da okonča previranja i neujednačenost, ostaje činjenica da je dugi niz godina menjao i formirao svoje stavove. Taj razvoj se nastavio i još uvek je u toku, a naročiti značaj može se pridati presudi *A. i B. protiv Norveške*,¹¹⁵ koja je naišla na ozbiljne kritike u akademskoj javnosti (videti na primer Lasagni, Mirandola 2019). Međutim, ovakvo stanje stvari je razumljivo iz perspektive doktrine utvrđene u slučaju *Tyrrer protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, koja se sastoji u stavu da je „*Konvencija živ instrument, koji se mora tumačiti u svetlosti prilika kakve danas postoje*“.¹¹⁶ Zbog toga je kontinuirano razmatranje ovog problema na teorijskom i praktičnom nivou korisno, a sukob različitih mišljenja poželjan, kako bi se, na kraju, pronašli odgovori na problematična pitanja i rešile postojeće dileme.

Interesantno je pomenuti i da neke od sudija ESLJP ne podržavaju u potpunosti pristup Suda ovom problemu i po svojim shvatanjima se približavaju pristupu sudova u Sjedinjenim Američkim Državama. Prema tom shvatanju, u interesu je društva u celini, da se kazne različite povrede zakona, izvršene jednim identičnim događajem (Zupančić 2011, 175).

Stefan Trechsel (*Stefan Trechsel*), takođe, ukazuje na ispravnost prakse Vrhovnog suda SAD i smatra da se *idem* utvrđuje na osnovu nekoliko elemenata: identitet cilja, identitet okrivljenog lica, radnje izvršenja i činjenica slučaja u svetlu prirodnog i pravnog jedinstva radnje i posledica radnje i identitet oštećenog lica (2011, 175).

Ističe se i stav da se striktna primena kriterijuma „*materijalnog identiteta dela*“, utemeljena na identitetu činjenica, može sukobiti sa

¹¹⁵ *A and B v Norway*, App. Nos. 24130/11 and 29758/11, Judgment of 15 November 2016

¹¹⁶ *Tyrrer v UK*, App. No. 5856/72, Judgment of 15 March 1978, para. 31.

nizom zahteva koji svaka država mora ispuniti na osnovu članova 2. i 3. EKLJP u odnosu prema pojedincu, žrtvi napada na život i duševni i telesni integritet (Ivičević Karas, Kos 2012, 582).

Iako se Sudu često upućuju prigovori povodom tumačenja pojma „isto delo“ i zanemarivanja različitih vrednosti koje se štite različitim kategorijama kaznenih delikata, neophodnost izmene zakonskih rešenja i prakse nadležnih organa proizilazi iz članstva Republike Srbije u Savetu Evrope, kojim se obavezala da će poštovati stavove ESLJP, kao i iz činjenice da izvršenje presuda ESLJP pada na teret državnog budžeta. Ako, pak, prevladaju mišljenja da postojeća praksa ESLJP nije u potpunosti u skladu sa domaćom pravnom tradicijom, valjalo bi pronaći kompromisno rešenje, kojim bi se, uz poštovanje zahteva i standarda ESLJP, zadovoljili i nacionalni krivičnopravni zahtevi.

Od predloga rešenja u domaćoj literaturi izdvaja se stav da procena povrede principa *ne bis in idem* mora da počiva na kumulativnom kriterijumu koji podrazumeva identičnost činjeničnog stanja, kao početni kriterijum, i odgovor na pitanje da li se u dva različita pravna postupka, povodom istog događaja, štite različite pravne vrednosti, kao završni kriterijum ocene identiteta dela (Bovan 2014, 67).

Najčešći je, međutim, predlog da se usvoje jasne smernice za policiju, javne tužioce i sudije, na osnovu kojih će procenjivati za koja bi ponašanja bilo celishodno voditi prekršajni, a za koja krivični postupak, uz precizne kriterijume za odlučivanje (Mrvić-Petrović 2014, 30). U vezi sa tim, poželjno je obezbediti i kontinuiranu edukaciju ili savetovanja nadležnih organa, koji će im omogućiti razmenu stavova, iskustava, dilema i, najvažnije, pronalaženje načina za prihvatanje i adekvatnu primenu standarda ESLJP.

U našem krivičnom pravu česta su krivična dela protiv opšte sigurnosti, životne sredine, zdravlja ljudi i bezbednosti javnog saobraćaja, koja u svom opisu ujedno sadrže i obeležja prekršaja (Bajović 2016, 243). Za ta krivična dela i prekršaje u praksi je uobičajeno da policija istovremeno podnese i krivičnu prijavu javnom tužiocu i zahtev za pokretanje prekršajnog postupka prekršajnom sudu (Bajović 2016, 243). Trajno rešenje bilo bi da zakonodavac olakša razgraničenje sličnih kaznenih delikata promenom njihovog zakonskog opisa, tako da se njihova bića mogu jasno razlikovati (Mrvić-Petrović 2014, 33).

LITERATURA

1. Bajović, Vanja. 6/2016. Slučaj Milenković – *Ne bis in idem* u krivičnom i prekršajnom postupku. Kaznena reakcija u Srbiji: 243–258.
2. Bartsch, Hans-Jürgen. 73:3/2002. Council of Europe *ne bis in idem*: the European perspective. *Revue internationale de droit penal*: 1163–1171.
3. Bernard, Diane. 9/2011. *Ne bis in idem* – Protector of Defendants` Rights or Jurisdictional Pointsman?. *Journal of International Criminal Justice*. Oxford University Press: 863–880.
4. Bovan, Saša. 1/2014. Metodski potencijali hermeneutičkog pragmatizma u razumevanju i primeni načela *ne bis in idem*. *Crimen*: 62–74.
5. Cassese, Antonio. 2003. *International Criminal Law*. Oxford University Press.
6. Coffey, Gerard. 4:1–2/2013. Resolving Conflicts of Jurisdiction in Criminal Proceedings: Interpreting *Ne Bis in Idem* in conjunction with the Principle of Complementarity. *New Journal of European Criminal Law*: 59– 81.
7. Cvetković, Milunka. 2/2011. Kažnjiva dela i načelo *ne bis in idem*. *Bilten Vrhovnog kasacionog suda*.
8. Delibašić, Tomica. 9/2015. Pitanje razgraničenja i paralelnih postupaka za krivično delo i prekršaj sa aspekta *ne bis in idem*. *Pravni život*: 789–808.
9. Explanatory Report to the Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. 1984. Council of Europe.
10. Fair Trials Manual. 1998. Amnesty International Publications.
11. Garačić, A. Grgić, M. 2008. *Ne bis in idem* (u zakonima, konvencijama i sudskoj praksi). *Aktuelna pitanja kaznenog zakonodavstva*: 1–32.
12. Grubač, Momčilo. Vasiljević, Tihomir. 2014. *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*. Projuris.
13. Guide on Article 4 of Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights. 2017b. Council of Europe.
14. Hanski, Raija. Šajnin, Martin. 2007. Najvažniji slučajevi pred Komitetom za ljudska prava. Beogradski centar za ljudska prava.
15. Ilić, Goran Majić, Miodrag. Beljanski, Slobodan. Trešnjev, Aleksandar. 2016. *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*. Beograd: Službeni glasnik.
16. Ilić, Ivan. Veselinović, Jelena. 2016. Tumačenje dejstva načela *ne bis in idem* u praksi Evropskog suda za ljudska prava. *Godišnjak Fakulteta bezbednosti*: 251–266.
17. Ivičević Karas, Elizabeta. Kos, Damir. 19:2/2012. Primjena načela *ne bis in idem* u hrvatskom kaznenom pravu. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*: 555–584.

18. Janković, Nevena. 4:74/2014. Osnovno pravo javnog tužioca i načelo *ne bis in idem*. Glasnik Advokatske komore Vojvodine: 262–277.
19. Jokić, Darko. Jokić, Mirela. 1/2016. Application of *Ne Bis in Idem* Principle in Criminal Procedures and Minor Offence Procedures During Prosecution or Trial For The Same Offence. Tematski zbornik radova od međunarodnog značaja, “Dani Arčibalda Rajsa“ (ur. Dragana Kolarić): 459–469.
20. Lasagni, Giulia, Mirandola Sofia. 2/2019. The European *ne bis in idem* at the Crossroads of Administrative and Criminal Law. *Eucrim*: 126–135.
21. Lazarević, Ljubiša. 2006. Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije. Savremena administracija.
22. Lelieur, Juliette. 9:4/2013. Transnationalising *Ne Bis In Idem*: How the Rule of *Ne Bis in Idem* Reveals the Principle of Personal Legal Certainty. *Utrecht Law Review*: 198–210.
23. Mekbrajd, Džeremi. 2009. Ljudska prava u krivičnom postupku – Praksa Evropskog suda za ljudska prava. Savet Evrope.
24. Mihajlovski, Aleksandar. 1975. Razgraničenje krivičnog dela i prekršaja. *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*: 205–213.
25. Mrvić-Petrović, Nataša. 2/2014. Poštovanje načela *ne bis in idem* pri suđenju za slične prekršaje i krivična dela. *Žurnal za kriminalistiku i pravo*: 27–39.
26. Nenadić, Svetlana. 2014. Načelo *ne bis in idem*. *Revija za kriminologiju i krivično pravo*. Institut za kriminološka i sociološka istraživanja: 141–167.
27. Novosel, Dragan. Rašo, Marko. Burić, Zoran. 17:2/2010. Razgraničenje kaznenih djela i prekršaja u svjetlu presude Evropskog suda za ljudska prava u predmetu Maresti protiv Hrvatske. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*: 785–812.
28. Rid, Karen. 2007. Evropska konvencija o ljudskim pravima – Vodič za praktičare, Beogradski centar za ljudska prava.
29. Right not to be tried or punished twice (the non bis in idem principle). Factsheet. 2017a. European Court of Human Rights.
30. Srzentić, Nikola. Stajić, Aleksandar. Lazarević, Ljubiša. 1978. Krivično pravo SFRJ: opšti deo. Savremena administracija.
31. Trechsel, Stefan. 2005. *Human Rights in Criminal Proceedings*. Oxford University Press.
32. Van Den Wyngaert, Christine. Stessens, Guy. 1999. The International *Non Bis in Idem* Principle: Resolving Some of the Unanswered Questions. *The International and Comparative Law Quarterly* 48:4. Cambridge University Press on behalf of the British Institute of International and Comparative Law: 779–804.
33. Vasiljević, Tihomir. Grubač, Momčilo. 2005. Komentar Zakonika o krivičnom postupku. Justinijan.

34. Živanović, Toma. 1959. Sistem sintetičke pravne filozofije. Srpska akademija nauka i umetnosti.
35. Zupančič, Boštjan M. 2/2011. *Ne bis in idem* (Zabrana ponovnog suđenja za isto delo), *la belle dame sans merci*. Crimen: 171–178.

INTERNET STRANICE

1. <http://www.dei.gov.ba/dokumenti/default.aspx?id=4890&langTag=bs-BA>, posećena 20.09.2021. godine
2. <https://sdg.humanrights.dk/en/instrument/signees/2469>, posećena 22.09.2021. godine

NE BIS IN IDEM IN THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS WITH SPECIAL EMPHASIS ON THE CASE MILENKOVIĆ V. SERBIA

Summary

In comparative and domestic case law, individuals are often being criminally prosecuted for actions that also contain elements of misdemeanours or other administrative or disciplinary offenses, for which they have already been trialed and even punished. This is evidentially a violation of the *ne bis in idem* principle, which represents not only one of the basic pillars of criminal law, but also internationally protected human right. Therefore, through analysis of the case law of the European Court of Human Rights, in particular *Milenković v. Serbia* case, together with the stands of domestic courts on the topic at hand, it will be illustrated that inadequate application of the prohibition against double jeopardy necessarily leads to inadequate criminal protection, shortage of just satisfaction for victims and undermining of legal certainty.

Key words: – *Ne Bis in Idem*. – *European Convention on Human Rights*. – *European Court of Human Rights*. – *Milenković v Serbia*. – *Protocol No. 7*.