

Драгана Коларић
судија Уставног суда Србије

Саша М. Марковић
Криминалистичко-полицијска академија, Београд

НАЧЕЛО *NE BIS IN IDEM* У ПРАКСИ УСТАВНОГ СУДА СРБИЈЕ И ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Сажетак

Имајући у виду могућу повреду процесне забране двоструког суђења у истој ствари и праксу Европског суда за људска права аутори указују на потребу суптилног разграничења између кривичних дела и прекршаја. Прекршајни судови морају утврђивати оне чињенице које чине биће прекршаја, а кривични судови елементе бића кривичних дела. У казеном законодавству Републике Србије постоји аутентичан концепт вишестепене, вишеструке кажњивости. Тако, Кривични законик Србије у члану 63. став 3. предвиђа да се затвор или новчана казна коју је осуђени платио за прекршај или привредни преступ, као и казна или дисциплинска мера лишења слободе коју је издржао због повреде војне дисциплине урачунава у казну изречену за кривично дело чија обележја обухватају и обележја прекршаја, привредног преступа, односно повреде војне дисциплине. Са друге стране, обрнута ситуација у којој је утврђено да постоји кривично дело доводи до тога да оно као најтежи вид казног понашања конзумира лакши деликт тј. привредни преступ или прекршај јер се ради о привидном идеалном стицају. Да не би у будућности долазило до активирања начела *ne bis in idem* законодавац мора прецизније да разграничи прекршаје и кривична дела. Јасније законско разликовање прекршаја и кривичних дела, као и боља сарадња надлежних државних органа довешће до смањења повреде забране двоструког суђења у истој

ствари. Питање идентитета казних деликата је једно од најтежих питања примене начела *ne bis in idem*, посебно када имамо преклапање тежих прекршајних и кривичних дела тј. када се у оба случаја могу изрећи затворске казне.

Кључне речи: *ne bis in idem*, Европски суд за људска права, Уставни суд Србије, прекршаји, кривична дела

1. УВОД

У нашем правном систему прави се јасна градација између кривичних дела, прекршаја и привредних преступа. Дакле, постоји троеобна подела казних деликата. Овакав приступ постоји и другим земљама европско-континенталне, али и англосаксонске правне културе. Само што је то разликовање негде дводеобно, а негде троеобно. Основни разлози за вишестепену и вишеструку кажњивост су делотворнија казненоправна заштита. Међутим, да ли је то стварно тако. Узмимо као пример поједина кривична дела и одговарајуће прекршаје из Закона о јавном реду и миру. Примена сличних правних норми управо доводи до проблема разграничења, погрешне квалификације и у коначном правних последица које доводе до активирања процесне забране *ne bis in idem*. Из тих разлога важно је да законодавац и приликом прописивања одређених понашања као кривичних дела и приликом прописивања прекршаја избегне међусобну сличност поменутих деликата. Нпр. органима унутрашњих послова је много лакше да поднесу захтев за покретање прекршајног поступка него кривичну пријаву па таква дискрециона процена органа управе може да доведе до многобројних проблема у пракси. Начелна забрана поновног суђења произилази из виталних интереса правне сигурности и правичности, који у вези са овим принципом, у већини националних кривичнопроцесних законодавстава односе превагу у односу на принцип истине, онда када се у одређеним ситуацијама та начела „сукобе“.¹⁾

На самом почетку важно је истаћи да Кривични законик Србије²⁾ садржи традиционалну одредбу по којој се затвор или новчана казна коју је осуђени платио за прекршај или привредни преступ, као и казна или дисциплинска мера лишења слободе коју је издржао због повреде војне дисциплине урачунава у казну

1) Милан Шкулић, *Кривично-процесно право*, Правни факултет - Универзитет у Београду, Београд, 2014, стр. 62.

2) Кривични законик-КЗ, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 – испр. 107/2005 – испр. 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014. и 94/16.

изречену за кривично дело чија обележја обухватају и обележја прекршаја, привредног преступа, односно повреде војне дисциплине. Ова одредба уређује ситуацију у којој је особа прво проглашена кривом и изречена јој је казна у прекршајном поступку, а након тога је проглашена кривом и изречена јој је казна у кривичном поступку. Притом опис прекршаја одговара опису кривичног дела. У таквој ситуацији, према изричитој законској одредби, не примењује се начело *ne bis in idem*. Урачунавање казне изречене у прекршајном поступку у казну изречену у кривичном поступку на значи примену начела *ne bis in idem*.

2. УТИЦАЈ ЈУРИСПРУДЕНЦИЈЕ ЕВРОПског СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

У члану 4. Протокола 7. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода³⁾ истакнуто је да се никоме се не сме поново судити нити се може поново казнити у кривичном поступку у надлежности исте државе за дело због кога је већ био правоснажно ослобођен или осуђен у складу са законом и кривичним поступком те државе. Одредбе претходног става не спречавају поновно отварање поступка у складу са законом и кривичним поступком дате државе, ако постоје докази о новим или новооткривеним чињеницама, или ако је у ранијем поступку дошло до битне повреде која је могла да утиче на његов исход. Овај се члан не може ставити ван снаге на основу члана 15 Конвенције.⁴⁾ Дакле, ово право спада у ред апсолутно заштићених права која се не смеју дерогирати.

Појам „кривичног поступка“ из одредаба члану 4. Протокола 7. је шири од дефиниције кривичног поступка у домаћем праву.

3) Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, *Сл. лист СЦГ* – Међународни уговори, бр. 9/2003, 5/2005, 7/2005-исправка и *Службени гласник РС* – Међународни уговори бр. 12/2010.

4) Члан 15 – Одступање у ванредним околностима

1. У доба рата или друге јавне опасности која прети опстанку нације, свака Висока страна уговорница може да предузме мере које одступају од њених обавеза по овој Конвенцији, и то у најнужнијој мери коју изискује таква ситуација, с тим да те мере не буду у нескладу с њеним другим обавезама према међународном праву.

2. Претходна одредба не допушта одступања од члана 2, осим у погледу смрти проузроковане законитим ратним поступцима, или члана 3, 4 (став 1) и 7.

3. Свака Висока страна уговорница која користи своје право да одступи од одредби Конвенције обавештава у потпуности генералног секретара Савета Европе о мерама које предузима и разлoзима за њих. Она такође обавештава генералног секретара Савета Европе када такве мере престану да делују и када одредбе Конвенције поново почну да се примењују у потпуности.

Поред поступака који су према националном законодавству дефинисани као „кривични“, он може да се односи и на друге врсте поступака чије карактеристике указују на њихову „кривичну“ природу. Да ли се одређени домаћи поступак сматра „кривичним поступком (оптужба за кривично дело)“ за потребе члана 4. Протокола 7 процењује се на основу три, тзв. *Енгел критеријума*:⁵⁾ квалификација дела у домаћем праву, природа противправног понашања и врста и тежина забрањене казне. Друго и треће мерило је алтернативно, не нужно кумулативно. То, међутим, не искључује кумулативни приступ кад одвојена анализа сваког мерила не омогућује постизање јасног закључка о постојању оптужбе за кривично дело.

У вези критеријума „квалификација дела у домаћем праву“ значајна је пресуда *Марести против Хрватске*.⁶⁾ У овој пресуди суд примећује да је подносилац захтева оглашен кривим у поступку вођеном према Закону о прекршајима и осуђен на четрдесет дана затвора. Да би се утврдило да ли је подносилац захтева „правоснажно ослобођен или осуђен у складу са законом и кривичним поступком те државе“ прво питање о којем треба одлучити да ли се тај поступак односи на кривичну ствар у смислу члана 4. Протокола 7. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. Али суд наглашава да правно означавање поступка у националном праву не може бити једино релевантно за примену начела *ne bis in idem*, иначе би примена члана 4. Протокола 7. била остављена на процену државама потписницама и могла би довести до резултата неспојивих са циљем и сврхом Конвенције. Појам „кривични поступак“ треба тумачити у складу са речима „оптужба за кривично дело“ и „казна“ из члана 6. и 7. Конвенције. Такође, без обзира што се нека дела квалификују као прекршај у националном праву, ЕСЉП ипак понавља да одређена дела представљају кривичну ствар, иако се према националном праву сматрају превише тривијалним да би се на њих примењивало кривично материјално и процесно право.

Слично, у пресуди *Томасовић против Хрватске*⁷⁾ имамо ситуацију где је подносилац захтева најпре осуђен у прекршајном поступку, због поседовања 0,21 грама хероина, по члану 3. став 1. Закона о сузбијању злоупотребе опојних дрога и изречена јој је новчана казна у износу од 1.700 хрватских куна (ХРК). Исто тако, општински суд је 2007. године у кривичном поступку подносиоцицу захтева прогласио кривом што је поседовала 0,14 грама

5) *Engel и други против Холандије*, 5100/71, од 8. јуна 1976. године.

6) *Марести против Хрватске*, 55759/07, од 25. јуна 2009. године.

7) *Томасовић против Хрватске*, 53785/09, од 18. октобра 2011. године.

хероина те јој изрекао новчану казну у износу од 1.526 ХРК. Претходна је новчана казна требала бити укључена у ову казну. Подносиатељки захтева било је наложено и да сноси трошкове поступка у износу од 400 ХРК. У другостепеном поступку потврђена је пресуда, али је изречена казна затвора у трајању од 4 мјесеца, уз услов да се та казна неће извршити ако подносиатељица захтева у року од једне године не учини ново кривично дело. Уставни суд Републике Хрватске је 2009. године одбио накнадну уставну тужбу подносиатељице захтева у којој се наводи повреда начела *non bis in idem* из разлога што хрватски правни систем не искључује могућност да се иста особа два пута казни за исто дело кад иста радња представља и прекршај и кривично дело. Влада Хрватске је тврдила да прва санкција није по својој природи кривична јер је донесена у контексту прекршајног поступка, те да је домаћим правом прописано да је то прекршај. Овај је прекршај прописан Законом о сузбијању злоупотребе опојних дрога који је био донесен заједно с другим законима на основи националне стратегије за надзор над опојним дрогама. Законом о којем је реч прописани су услови за узгој биљака из којих се могу произвести опојне дроге, мере за сузбијање злоупотребе опојних дрога те систем за превенцију зависности и систем за помоћ зависницима. Из тога се види да се циљ тога закона не може повезати с кривичним правом. Циљ овога закона и његових одредби није био кажњавање особа које поседују мале количине опојних дрога, него заштита њиховог здравља на начин да их се одврати од поседовања и коришћења незаконитих супстанци. Када је у питању казна Влада тврди да је подносиатељици захтева изречена новчана казна од 1.700 ХРК, што није значајна новчана казна, а да се за прекршај није могла изрећи казна затвора. Суд и овде понавља да правна класификација поступка према националном праву не може бити једино мерило за примењивост начела *ne bis in idem* из члана 4. став 1. Протокола бр. 7.⁸⁾

У вези критеријума „природа противправног понашања“ видети став 22. пресуде *Томасовић против Хрватске*. По својој природи укључивање дела о којему је реч у Закон о сузбијању злоупотребе опојних дрога послужило је како би се гарантовала контрола злоупотребе незаконитих супстанци, што такође може потпасти у подручје заштите кривичног права. Одговарајућа је одредба тог Закона била усмерена према свим грађанима, а не према групи која има посебан положај. Нигде нема упућивања на „мање тешку“ природу дела, а чињеница да се први поступак водио пред прекршајним судом не искључује његово разврставање као „кривичног“ у смислу Конвенције, будући да у Конвенцији нема ничега што би

8) У овој пресуди Суд је нашао да је дошло до повреде члана 4. Протокола 7. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода.

упућивало на закључак да кривична природа дела, у смислу критеријума Енгел, нужно тражи извесни степен тежине.

Са друге стране, када је у питању био дисциплински и кривични поступак ЕСЉП је, у пресуди *Toth против Хрватске*⁹⁾, захтев прогласио недопуштеним. Наиме, оптужбе стављене на терет подносиоцу у дисциплинском поступку не могу се сматрати у целини истоветним оним које су му стављене на терет у кривичном поступку. Док је у дисциплинском поступку кажњен за вербалне увреде, претње, непристојно понашање и спречавање службене особе у извршавању дужности, у кривичном је поступку проглашен кривим због претњи смрћу. Међутим, као што је већ раније истакнуто, неке оптужбе изнесене против подносиоца у дисциплинском поступку јасно су одговарале одређеним делима у кривичном праву. Тако, оптужбе за вређање, претњу и спречавање службене особе у извршавању дужности такође су прописане у Кривичном законнику. Али ЕСЉП сматра да ове чињенице нису довољне за закључивање да се дела која су стављена на терет у дисциплинском поступку могу сматрати кривичним, већ истима дају одређени колорит који се не подудара у потпуности са дисциплинским питањима.

У вези критеријума „врста и тежина запрећене казне“ у пресуде *Марести против Хрватске* истакнуто је да се она утврђује с обзиром на највећу могућу казну коју предвиђа меродавно право. ЕСЉП примећује да члан 6. Закона о прекршајима против јавног реда и мира предвиђа затвор у трајању од шездесет дана као највећу могућу казну, и да је подносиоц захтева на крају осуђен на четрдесет дана одузимања слободе. Као што је ЕСЉП потврдио у више наврата, у друштву које је опредељено за владавину права, када запрећена и стварно изречена казна подносиоцу захтева укључује лишење слободе, постоји претпоставка да оно што му се ставља на терет представља „оптужбу за кривично дело“, а то је претпоставка која се само изузетно може побијати, и то само ако се лишење слободе не може сматрати „особито штетним“ с обзиром на његову природу, трајање или начин извршења. У светлу наведених разматрања, ЕСЉП закључује да природа дела о којему се ради заједно с тежином казне указују да се ради о кривичном поступку према садржају члана 4. Протокола бр. 7. У случају *То-масовић против Хрватске* тежина казне је утврђена, такође, позивањем на максималну могућу казну предвиђену меродавним правом. Стварна изречена казна меродавна је за одлучивање, али не може умањити важност онога што је првобитно било запрећено.

9) *Toth против Хрватске*, 49635/10, од 6. новембра 2012. године.

ЕСЈП примећује да је чланом 54. Закона о сузбијању злоупотребе опојних дрога предвиђена новчана казна од 5.000 до 20.000 ХРК, те да је на крају подносиатељици захтева изречена новчана казна од 1.700 ХРК. Суд сматра да се тако прописана новчана казна не може сматрати незнатном.¹⁰⁾

Критеријум „квалификација дела у домаћем праву“, због тешкоћа у његовој примени, бива прецизиран приступом утемељењем на „материјалном идентитету дела“, тако да ЕСЈП, од случаја *Sergey Zolotukhin против Русије*,¹¹⁾ значајно консолидује своју праксу те почиње да примењује чињенично утемељенији приступ, тј. „материјални идентитет дела“. До случаја *Sergey Zolotukhin против Русије* пракса ЕСЈП, у вези са питањем да ли су дела у вези са којим се предузима гоњење иста (*idem*), није била усклађена. Овом пресудом су напуштени неки ранији критеријуми, а суштина нових критеријума је садржана у ставу 82: „...ЕСЈП заузима став да члан 4 Протокола 7 мора да буде схваћен на начин да забрањује гоњење или суђење за друго „дело“ у мери у којој оно произлази из идентичних чињеница или чињеница које су у суштини исте.“ Према томе, утврђено чињенично стање на коме се темељи објективни идентитет јавноправних деликата, међусобно сличних по објективним обележјима, може бити основ за изрицање санкције само у једном и то најпре покренутом казненом поступку према истом окривљеном, што искључује могућност накнадног вођења другог казног поступка и суђења том лицу пред другим судом

10) Интересантно је решено питање самце тј. у којим случајевима се затворска казна продужава за време трајања самце или када остаје у истом трајању иако је изречена самца тј. да ли додавање додатних дана на већ изречену казну представља кривичну санкцију. Тако је у случају *Toth против Хрватске* разматран критеријум „тежина и врста забрањене казне“ и питање самце и истакнуто је да додавање додатних дана на већ изречену казну затвора представља казнену санкцију ЕСЈП је испитивао да ли се санкција којом се не продужује изречена затворска казна у војном или затворском контексту може сматрати „казненом“ (види *Eggs против Швајцарске*, бр. 7341/76, одлука Комисије у којој је подносиатељ био кажњен са два дана самце; *X против Швајцарске*, бр. 8778/79, одлука Комисије у којој је подносиатељ кажњен са три дана самце; *P против Француске*, бр. 11691/85, одлука Комисије у којој је подносиатељ био кажњен са дванаест дана самце итд.). У сваком од ових предмета Комисија и Суд сматрали су да пуко погоршање услова издржавања казне затвора услед мере као што је самца, није прихватљиво за довођење конкретне дисциплинског поступка у сферу „казненог“ у смислу Конвенцијског значења овог појма. У овом предмету, подносиатељ је кажњен са двадесет и једним даном самце, што је максимум који је прописан Законом о извршавању казне затвора. Ова санкција није продужила време које ће подносиатељ провести у затвору и због тога нема за последицу додатно лишење слободе, већ само погоршање услова његовог затварања. С обзиром на наведено, у складу са горе наведеном судском праксом, Суд закључује да поступак спроведен пред управом затвора није био казнене нарави, због чега накнадна осуда подносиатеља у казненом поступку није противна начелу *ne bis in idem* израженом у чл. 4. Протокола бр. 7.

11) *Sergey Zolotukhin против Русије*, 14939/03, од 10. фебруара 2009. године.

за други деликт са сличним обележјем који је проистекао из истог догађаја.¹²⁾

У предмету *Sergey Zolotukhin против Русије* настојећи да оконча правну несигурност у погледу питању јесу ли дела за која је апликант био кривично гоњен иста, ЕСЉП је одлучио дати усаглашено тумачење појма „иста дела“ – односно елемента *idem* садржаног у принципу *ne bis in idem*. У том поступку ЕСЉП је утврдио да је апликант оглашен кривим за исти поступак према истој жртви и у исто време, како у прекршајном тако и у кривичном поступку. Уставни суд је одбио његову апелацију примењујући правну праксу која је постојала пре праксе у предмету Золотукхин. Међутим, ЕСЉП истиче да се обе одлуке односе на потпуно исти догађај и исте радње.

Исто становиште ЕСЉП потврђује у предмету *Муслија против БИХ*.¹³⁾ Апликант је „осуђен“ у прекршајном поступку који се у аутономном значењу овог термина у Конвенцији изједначава са „кривичним поступком“. Након што је ова „осуда“ постала правоснажна, он је оглашен кривим за кривично дело које се односило на исто понашање за које је кажњен у прекршајном поступку и које је обухватало у суштини исте чињенице. Уставни суд је пропустио применити принципе који су утврђени у предмету Золотукхин и тако исправити ситуацију у којој се нашао апликант. Када је посреди одговор на питање да ли је постојала двострукост поступка истиче се да је циљ члана 4. Протокола бр. 7. забрана понављања поступка који је окончан „правоснажном“ одлуком. Према Експланаторном извештају уз Протокол 7, одлука је коначна „... ако је, према традиционалном изразу, стекла снагу *res judicata*. Ово је случај када је неопозива, тј. када против ње не постоје редовни правни лекови или када су странке исцрпеле такве правне лекове или су дозволиле да истекне рок за њих, а да их нису искористиле“. Забрањено је предузимање новог гоњења за исто дело, чак и у случају када гоњење није резултирало осудом (на пример, када је донета ослобађајућа одлука).¹⁴⁾

Дакле, Уставни суд приликом процене да ли је повређено право на правну сигурност, у погледу питања да ли постоји повреда начела *ne bis in idem*, треба да утврђује: да ли су оба поступак

12) Наташа Мрвић-Петровић, „Поштовање начела *ne bis in idem* при суђењу за сличне прекршаје и кривична дела“, *Наука, безбедност и полиција – Журнал за криминалистику и право*, Криминалистичко-полицијска академија, Београд, бр. 2/2014, стр. 34.

13) *Муслија против БиХ*, 32042/11 од 14. јануара 2014. године.

14) Видети став 110. пресуде *Sergey Zolotukhin* и став 29. пресуде *Franz Fischer* против Аустрије, 37950/97 од 29. маја 2001. године.

по својој природи казненоправна тј. да ли се и први поступак има сматрати кривичним, да ли се ради о истим догађајима, истим делима и да ли је постојала двострукост поступка.

3. ПРАКСА УСТАВНОГ СУДА СРБИЈЕ

Када је у питању правна сигурност у кривичном праву Устав Републике Србије¹⁵⁾ у члану 34 истиче:

„Нико се не може огласити кривим за дело које, пре него што је учињено, законом или другим прописом заснованим на закону није било предвиђено као кажњиво, нити му се може изрећи казна која за то дело није била предвиђена.

Казне се одређују према пропису који је важио у време кад је дело учињено, изузев кад је каснији пропис повољнији за учиниоца. Кривична дела и кривичне санкције одређују се законом.

Свако се сматра невиним за кривично дело док се његова кривица не утврди правноснажном одлуком суда.

Нико не може бити гођен ни кажњен за кривично дело за које је правноснажном пресудом ослобођен или осуђен или за које је оптужба правноснажно одбијена или поступак правноснажно обустављен, нити судска одлука може бити измењена на штету окривљеног у поступку по ванредном правном леку. Истим забранама подлеже вођење поступка за неко друго кажњиво дело.

Изузетно, понављање поступка је допуштено у складу с казним прописима, ако се открију докази о новим чињеницама које су, да су биле познате у време суђења, могле битно да утичу на његов исход или ако је у ранијем поступку дошло до битне повреде која је могла утицати на његов исход.

Кривично гоњење и извршење казне за ратни злочин, геноцид и злочин против човечности не застарева.“

Због тога се, оправдано, у нашем правном систему поставља питање да ли се паралелно или накнадно могу водити два казнена поступка према истом лицу за сличне јавноправне деликте учињене истом приликом? Уставни суд Србије је у својим предметима, уважавајући праксу и критеријуме ЕСЉП, давајући одговор

15) Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006.

на постављено питање утврђивао следеће: прво, да ли се конкретан прекршајни поступак односио на кривичну ствар, односно да ли би евентуална осуда у конкретном прекршајном поступку, по својој природи била „кривична“; друго, да ли су дела због којих се подносилац казнено гони иста (*idem*); треће, да ли је постојала двострукост поступка (*bis*).

Препознајући реалну опасност да се у пракси казненоправна заштита важних интереса неоправдано исцрпи кажњавањем учињеница за прекршај, а не за кривично дело, Уставни суд Републике Србије је у образложењу пресуде Уж 1285/2012 с правом указао да непостојање јасног разграничења између кривичних дела и прекршаја у српском законодавству не сме да доведе до ситуације да у судској пракси пресуђена ствар у прекршајном поступку преставља сметњу за прогон учинилаца кривичних дела. Такође, суштина кривичноправне заштите темељних друштвених вредности, пре свих, живота и телесног интегритета сваког појединца би била доведена у питање када би прекршајни суд својом изреком проширио чињенични опис прекршаја и тако обухватио чињенични супстрат кривичног дела, те активирао забрану *ne bis in idem* у кривичном поступку, у случају када елементи дела из изреке прекршајне одлуке не представљају битне елементе прописане законом за конкретан прекршај, већ искључиво чине биће неког кривичног дела. Уставни суд стоји на становишту да се прекршајни судови морају ограничити на утврђивање оних чињеница које чине биће прекршаја и да препусте кривичном суду да утврђује чињенице битне за постојање кривичног дела. Конкретно, један у основи јединствен догађај, који започиње као ремећење јавног реда и мира, а завршава као повреда телесног интегритета, може се временски и садржински сагледати као две засебне целине, односно као два различита чињенична стања, једно у прекршајном а друго у кривичном поступку. У том случају учиниоцу не би у прекршајном и кривичном поступку биле стављене на терет исте чињенице, па не би дошло ни до повреде начела *ne bis in idem*.

Полазећи од наведеног, Уставни суд сматра да специфичност и мане српског казненог законодавства, те „лутања“ правосудне судске праксе не смеју довести до тога да се уским тумачењем критеријума материјалног идентитета дела из пресуде *Sergey Zolotukhin против Русије*, од 10. фебруара 2009. године и заштитом конвенцијског начела *ne bis in idem*, угрозе претежније конвенцијске обавезе сваке државе чланице, а то је пре свих, заштита права жртве на живот из члана 2. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, које представља највредније

људско право, те права на неповредивост телесног и душевног интегритета из члана 3. ове конвенције. Стога Уставни суд сматра да је у циљу заштите претежнијег интереса, поред утврђеног критеријума чињеничног идентитета дела, потребно у сваком конкретном случају размотрити и додатне, тзв. корективне критеријуме: а) идентитет заштићеног добра и тежине последице дела, б) идентитет санкције, како би се одговорило на питање да ли су дела због којих се подносилац уставне жалбе гони или је осуђен у различитим поступцима иста (*idem*).¹⁶⁾

Уставни суд је разматрао притужбе у вези са начелом *ne bis in idem* у пуно предмета (нпр. Уж-1285/2012,¹⁷⁾ Уж-11106/2013,¹⁸⁾

16) Из образложења пресуде Уставног суда Србије Уж 1285/2012 од 26. 3. 2014, доступно на: <http://www.slglasnik.info/sr/45-27-04-2014/23268-odluka-ustavnog-suda-broj-uz-1285-2012>.

17) У спроведеном поступку пред Уставним судом утврђено је да је поводом истог животног догађаја против подносиоца уставне жалбе првобитно вођен прекршајни, а затим и кривични поступак, те да је у оба судска поступка подносилац уставне жалбе правноснажно оглашен кривим и осуђен на новчане казне у различитим износима. У прекршајном поступку, који је вођен по пријави Министарства унутрашњих послова Републике Србије – Полицијска испостава Медијана подносилац је правноснажно новчано кажњен због прекршаја из члана 6. став 3. Закона о јавном реду и миру, док су оспорене пресуде донете у кривичном поступку по приватној кривичној тужби М.Б. због кривичног дела лака телесна повреда из члана 122. став 1. Кривичног законика и кривичног дела увреде из члана 170. Кривичног законика. Полазећи од тога да је циљ члана 34. став 4. Устава забрана понављања поступка који је окончан одлуком која је стекла статус „*res iudicata*“, а да је Уставни суд утврдио да је подносилац уставне жалбе првобитно осуђен у прекршајном поступку који се у смислу одредаба члана 34. став 4. и члана 33. став 8. Устава изједначава са кривичним поступком, те да је након правноснажности прекршајне пресуде он оглашен кривим за кривична дела која су се односила на исто понашање за које је кажњен у прекршајном и која су обухватала у суштини исте чињенице, а за која је применом и корективних критеријума утврђено да се ради о истом делу (*idem*), Уставни суд је закључио да је оспореним пресудама дошло до повреде начела *ne bis in idem*. С обзиром на све напред изложено, Уставни суд је утврдио да је подносиоцу уставне жалбе повређено право на правну сигурност у казненом праву, зајемчено одредбом члана 34. став 4. Устава, па је уставну жалбу усвојио.

18) Уставни суд је утврдио да је подносиоцу уставне жалбе повређено право на правну сигурност у казненом праву, зајемчено одредбом члана 34. став 4. Устава, па је уставну жалбу усвојио. У спроведеном поступку пред Уставним судом, утврђено је да је поводом истог животног догађаја против подносиоца уставне жалбе првобитно вођен прекршајни поступак због прекршаја из члана 6. став 3. Закона о јавном реду и миру, који је обустављен јер није доказано да је окривљени починио прекршај који му је захтевом стављен на терет, односно није доказано да је „нарушавао јавни ред и мир на тај начин што је приликом контроле дозволе за риболов ухватио за врат С.Т.“. Оспореним пресудама, које су донете у кривичном поступку, а који је вођен по оптужном предлогу оштећеног као тужиоца С.Т. због кривичног дела напад на овлашћено службено лице у вршењу службене дужности из члана 323. став 1. Кривичног законика, подносилац је оглашен кривим због извршења кривичног дела које му је стављено на терет, које је извршио на тај начин што је, приликом контроле од стране рибочувара С.Т, а након што је рибочувар установио да окривљени нема дозволу за риболов и након покушаја да од њега одузме прибор за пецање, подносилац физички напао рибочувара, тако што га је ухватио руком за врат и изречена му је условна осуда. Уставни суд закључује

9529/2013¹⁹⁾). Као што смо видели, Уставни суд је, поштујући праксу ЕСЈП, поставио критеријуме на основу којих врши оцену да ли је дошло до повреде начела *ne bis in idem*.

Међутим, у предмету *Миленковић против Србије*²⁰⁾ ЕСЈП усваја тужбу грађанина Србије који је претходно осуђен за прекршај из члана 6. став 3. (вређање и насиље) Закона о јавном реду и миру на 4000 динара, па потом осуђен по члану 121. став 2. Кривичног законика (тешка телесна повреда) на казну затвора од три месеца (накнадно амнестиран) и који је искористио право и на ус-

да су чињенице које су обухваћене изреком прекршајног решења којим је прекршајни поступак против подносиоца правноснажно обустављен идентичне оним чињеницама које представљају елементе кривичног дела напад на овлашћено службено лице у вршењу службене дужности, за које је подносилац уставне жалбе оглашен кривим у кривичном поступку, након што је прекршајна одлука о обустављању прекршајног поступка постала правноснажна (*res iudicata*). Уставни суд је оценио да је у конкретном случају кривично дело напад на службено лице у вршењу службене дужности конзумирано наведеним прекршајем против јавног реда и мира, те да су дела због којих је у прекршајном поступку против подносиоца уставне жалбе обустављен прекршајни поступак а у кривичном поступку му изречена условна осуда – иста (*idem*). Уставни суд стоји на становишту да се у случајевима правноснажне осуде за прекршаје који су по својој тежини на самој граници са кривичним делима, за које прекршајно законодавство предвиђа и казну затвора или високе новчане казне, искључује могућност накнадног вођења кривичног поступка за тзв. „лакша“ кривична дела за која се кривичним законодавством прописује као главна новчана казна или се у кривичном поступку по правилу изричу условне осуде.

- 19) У прекршајном поступку који је вођен по захтеву Министарства унутрашњих послова Републике Србије – Полицијска управа Лесковац, пред Прекршајним судом у Лесковцу утврђено је да је подносилац уставне жалбе „дана 20. новембра 2009. године у 14,10 сати у дворишту у селу Брза вршењем насиља реметио јавни ред и мир на тај начин што је Мирослав Јовић насрнуо на В.М. и том приликом га је песницом ударио у пределу лица и повредио“. Пресудом Прекршајног суда у Лесковцу подносилац уставне жалбе је оглашен кривим због прекршаја из члана 6. став 3. Закона о јавном реду и миру и изречена му је новчана казна у износу од 5.000,00 динара. У кривичном поступку који је вођен по приватној кривичној тужби приватног тужиоца В.М. пред Основним судом у Лесковцу у предмету К. 1881/12 утврђено је да је подносилац уставне жалбе лако телесно повредио приватног тужиоца В.М. из Б, при чему је могао да схвати значај свог дела и могао да управља својим поступцима. Пресудом Основног суда у Лесковцу К. 1881/12 од 2. јула 2013. године, која је постала правноснажна 4. новембра 2013. године доношењем оспорене пресуде Апелационог суда у Нишу Кж1. 3318/13, подносилац уставне жалбе је оглашен кривим због извршења кривичног дела лака телесна повреда из члана 122. став 1. Кривичног законика и изречена му је условна осуда. Уставни суд је закључио да је оспореним пресудама дошло до повреде начела *ne bis in idem*. Уставни суд додатно указује део образложења оспорене пресуде Апелационог суда у Нишу у коме је наведено да је након изјављених жалби достављен том суду поднесак везан за повреду начела *ne bis in idem*, али да „у том правцу пресуда није оспоравана благовремено изјављеним жалбама“, те да „Апелациони суд по том основу није ни могао да размотри наводе из поменутог поднеска“. Устави суд наглашава да повреда наведеног начела, сагласно одредби члана 438. став 1. тачка 1) Законика о кривичном поступку (*Службени гласник РС*, бр. 72/11, 101/11, 121/2012, 32/13, 45/13 и 55/14), представља апсолутно битну повреду одредаба кривичног поступка, те да је Апелациони суд у Нишу ову околност морао да узме у обзир.

- 20) *Миленковић против Србије*, представка број 50124/13 од 01. марта 2016. године.

тавну жалбу на основу начела *ne bis in idem*, али му је иста одбијена.

Очигледно се сви судски случајеви односе на проблематичну кумулативну примену норми о прекршајима против јавног реда и мира и одговарајућих правних квалификација кривичних дела, као што су увреда, угрожавање сигурности, лаке и тешке телесне повреде, принуда, насиље у породици, насилничко понашања, насилничко понашање на спортским приредбама, ометање овлашћеног службеног лица у обављању послова безбедности или одржавања јавног реда и мира и слична.²¹⁾

Уставни суд је Миленковићу одбио уставну жалбу са образложењем да се опис радњи које су му стављене на терет разликује, будући да је у прекршајном поступку кажњен због нарушавања јавног реда и мира, док се у кривичном поступку радило о казни за телесно повређивање.²²⁾ Подносилац представке је у новембру 2012. године амнестиран. Уставни суд је у мају 2013. године одбио као неосновану уставну жалбу подносиоца изјављену због повреде права на правну сигурност у казненом праву. У испитивању овог предмета, ЕСЈП је, применом тзв. „Енгелових критеријума“ најпре ценио да ли је први, прекршајни поступак, по својој природи поступак који се тиче „кривичног“ питања у оквиру значења члана 4. Протокола број 7 и каква је природа прве казне. ЕСЈП је закључио да се оба поступка морају сматрати кривичним, у смислу члана 4. Протокола број 7 уз Конвенцију. Након тога, ЕСЈП је, применом критеријума из пресуде *Zolotukhin*, испитивао да ли су дела за која је подносилац представке кривично гоњен иста, и закључио да се чињенице које представљају два дела морају сматрати суштински истим за потребе члана 4. Протокола број 7 уз Конвенцију. Следеће питање којим се ЕСЈП бавио јесте да ли је у конкретном случају било дуплирања поступка (*bis*) и оценио да су домаћи органи дозволили да се води дупли кривични поступак, уз пуно сазнање о претходној осуди подносиоца представке за исто дело. Коначно, ЕСЈП је закључио да је подносилац представке „осуђен“ у прекршајном поступку, који се може упоредити са

21) Наташа Мрвић-Петровић, „Поштовање начела *ne bis in idem* при суђењу за сличне прекршаје и кривична дела“, нав. дело.

22) Уставни суд је 20. маја 2013. године, позивајући се на образложење Апелационог суда у Нишу као „потпуно уставноправно прихватљиво“, одбио жалбу подносиоца представке као неосновану. У погледу начела *ne bis in idem*, Апелациони суд је нашао да је утврђено да је подносилац представке крив због прекршаја против јавног реда и мира у прекршајном поступку, при чему је осуђен за кривично дело тешке телесне повреде у кривичном поступку. Према ставу суда, описи санкционисаних дела су, према томе, били јасно другачији.

„кривичним поступком“ у оквиру аутономног значења овог израза према Конвенцији. ЕСЉП је даље утврдио да је, након што је ова „осуда“ постала правоснажна и упркос жалби подносиоца на основу начела *ne bis in idem*, подносилац представке оглашен кривим за кривично дело које се односи на исто понашање и суштински исте чињенице као оне за које је кажњен у прекршајном поступку. ЕСЉП је констатовао да Уставни суд није применио начела утврђена у предмету *Zolotukhin*, а у циљу исправљања ситуације подносиоца представке. Из напред наведених разлога, ЕСЉП је утврдио повреду члана 4. Протокола број 7 уз Конвенцију. ЕСЉП у наведеној пресуди када врши поређење наведеног прекршаја и кривичног дела заузима становиште да свако позивање на „лакшу“ природу дела, само по себи, не искључује њену квалификацију као „кривичну“ у аутономном значењу Конвенције, будући да Конвенција не садржи ништа што указује да кривична природа дела, у оквиру значења Енгелових критеријума, неизоставно захтева одређени ниво озбиљности. ЕСЉП сматра да новчана казна није предвиђена као материјална накнада за штету, већ да су примарни циљеви при утврђивању дела у питању били казна и спречавање поновног извршења, који су признати као даља карактеристична својства кривичних казни. „Као што је ЕСЉП потврдио у више наврата, у друштву које се определило за владавину права, где предвиђена казна и казна која је стварно изречена подносиоцу представке подразумевају лишење слободе, постоји претпоставка да су оптужбе против подносиоца представке „кривичне“, претпоставка која се може оповргнути у потпуности само изузетно, и само ако се лишење слободе не може сматрати „значајно штетним“ с обзиром на њихову природу, трајање и начин извршења“.

Из свега изложеног јасно је да ЕСЉП занемарује аутентичност оних правних система који штите разнородне вредности различитим категоријама казних деликата. То пред нашег законодавца поставља нове задатке у погледу измене законских решења. Али и ту треба бити пажљив јер се у погледу тумачења да ли постоји „исто дело“ ЕСЉП могу ставити бројне примедбе. Наиме, и он је мењао своју праксу, па је за разлику од случаја *Марести против Хрватске*, у случају *Oliveira против Швајцарске*²³⁾ другачије пресудио. Овде је подносиатељка представке била осуђена најпре прекршајно због брзе војње, а затим и кривично за проузроковање тешке телесне повреде из нехата. Занимљиво је да је овде урачунавање прекршајне казне у казну изречену за кривично дело искључило постојање двоструке казне за исто дело. По мишљењу суда,

23) *Oliveira против Швајцарске*, 84/1997/868/1080 од 30. јула 1998. године.

овде постоји привидни идеални стицај по основу консумпције и у том случају не постоји повреда начела *ne bis in idem* јер се може сматрати да се ради о једном делу које чине два одвојена деликта у међусобном односу консумпције, а не о истом понашању.

Сматрамо да је ова пресуда од значаја за правни систем Србије и приступ који наш законодавац има дуги низ година у члану 63. став 3. КЗ. Ипак, имајући у виду да пресуде ЕСЈП могу државу Србију пуно да коштају јер њихово извршење пада на терет буџетских средстава²⁴⁾ потребно је постојећу праксу и законску основу *de lege ferenda* кориговати прецизирањем бића казних деликата.

4. ЗАКЉУЧАК

Јасније законско разграничење прекршаја и кривичних дела, као и боља сарадња надлежних државних органа довешће до смањења повреде забране двоструког суђења у истој ствари. Питање идентитета казних деликата је једно од најтежих питања примене начела *ne bis in idem*, посебно када имамо преклапање тежих прекршајних и кривичних дела тј. када се у оба случаја могу изрећи затворске казне.

Такође, требало би размишљати да јавни тужилац буде једино надлежан да одлучује о пријави догађаја са елементима кривичног дела или прекршаја за који је предвиђена казна затвора, и да донесе одлуку о евентуалном кривичном или прекршајном гоњењу осумњиченог. Други државни органи надлежни за гоњење учинилаца прекршаја (полиција, пореска полиција, царина и сл.) не би требало да има законску могућност да гони учиниоце таквих прекршаја без писмене сагласности јавног тужиоца. Кад донесе одлуку о прекршајном гоњењу учинилаца, јавно тужилаштво би могло самостално да поднесе захтев за покретање прекршајног поступка пред надлежним прекршајним судом и да учествује као странка у прекршајном поступку, или да евентуално наложи полицији, односно органу надлежном за гоњење у тој законској области, да презме гоњење учиниоца прекршаја за наведени догађај.²⁵⁾

24) Слично: Драгана Коларић, Саша Марковић, „Основна људска права полицијских службеника у светлу новог Закона о полицији“, *Српска политичка мисао*, Институт за политичке студије, бр.3/ 2016, стр. 249; Вања Бајовић, „Случај Миленковић-не bis in idem у кривичном и прекршајном поступку“, у зборнику: *Казнена реакција у Србији VI део* (приредио: Ђорђе Игњатовић), Правни факултет-Универзитет у Београду, 2016, стр. 243.

25) Шире: Саша Марковић, „Улога полиције у сузбијању насиља у породици у прекршајном поступку“, *Наука, безбедност и полиција – Журнал за криминалистику и право*, Криминалистичко-полицијска академија, Београд, бр. 2/2015, стр. 211-231.

Упутство Уставног суда изречено у одлуци Уж 1285/2012 се ослања на пресуду ЕСЈП *Oliveira против Швајцарске* у којој је изражен бољи приступ него у пресуди *Марести против Хрватске*. Понављамо, Уставни суд с правом указује прво да непостојање јасног разграничења између кривичних дела и прекршаја у српском законодавству не сме да доведе до ситуације да у судској пракси пресуђена ствар у прекршајном поступку престава сметњу за прогон учинилаца кривичних дела. И друго, Уставни суд стоји на становишту да се прекршајни судови морају ограничити на утврђивање оних чињеница које чине биће прекршаја и да препусте кривичном суду да утврђује чињенице битне за постојање кривичног дела. Заправо, ово упутство Уставног суда је усмерено на овлашћене подносиоце захтева за покретање прекршајног поступка.

ЛИТЕРАТУРА

- Бајовић Вања, „Случај Миленковић-не bis in idem у кривичном и прекршајном поступку“, у зборнику: *Казнена реакција у Србији VI део* (приредио: Ђорђе Игњатовић), Правни факултет-Универзитет у Београду, 2016, стр. 243-259.
- Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, *Сл. Лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 9/2003, 5/2005, 7/2005-исправка и *Службени гласник РС – Међународни уговори* бр. 12/2010.
- Коларић Драгана, Марковић Саша, „Основна људска права полицијских службеника у светлу новог Закона о полицији“, *Српска политичка мисао*, Институт за политичке студије, бр. 3/2016, стр. 231-252.
- Кривични законик – КЗ, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 – испр. 107/2005 – испр. 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014. и 94/16.
- Марковић Саша, „Улога полиције у сузбијању насиља у породици у прекршајном поступку“, *Наука, безбедност и полиција – Журнал за криминалистику и право*, Криминалистичко-полицијска академија, Београд, бр. 2/2015, стр. 211-231.
- Марести против Хрватске*, 55759/07, од 25. јуна 2009. године.
- Миленковић против Србије*, представка број 50124/13 од 01. марта 2016. године.
- Мрвић-Петровић Наташа, „Поштовање начела *ne bis in idem* при суђењу за сличне прекршаје и кривична дела“, *Наука, безбедност и полиција – Журнал за криминалистику и право*, Криминалистичко-полицијска академија, Београд, бр. 2/2014, стр. 27-39.
- Муслија против БиХ*, 32042/11 од 14. јануара 2014. године.
- Одлуке Уставног суда*: Уж-1285/2012, Уж-11106/2013, 9529/2013.

Томасовић против Хрватске, 53785/09, од 18. октобра 2011. године.

Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006.

Шкулић Милан, *Кривично процесно право*, Правни факултет -Универзитет у Београду, Београду, 2014.

Engel и други против Холандије, 5100/71, од 8. јуна 1976. године.

Franz Fischer против Аустрије, 37950/97 од 29. маја 2001. године.

Oliveira против Швајцарске, 84/1997/868/1080 од 30. јула 1998. године.

Sergey Zolotukhin против Русије, 14939/03, од 10. фебруара 2009. године.

Toth против Хрватске, 49635/10, од 6. новембра 2012. године.

Dragana Kolaric, Sasa M. Markovic

NE BIS IN IDEM PRINCIPLE IN PRACTICE OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF SERBIA AND THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Resume

Taking into account the possible breach of the prohibition against repeated criminal proceedings and the practice of the European Court of Human rights, the authors point out the need of subtle delimitation of criminal offences from minor offences. Misdemeanour Courts must establish the facts that make the subject matter of minor offences, and Criminal Courts the subject matter of criminal offences. In the criminal legislation of the Republic of Serbia there is an authentic concept of multi-stage or manifold culpability. Thus, the Criminal Code of Serbia in its Article 63, paragraph 3, stipulates that a prison sentence or a fine which the offender has served or paid for a misdemeanour or commercial offence, as well as sentence or disciplinary measure of depriving of liberty which the offender has served for violation of military discipline shall be credited to the sentence pronounced for a criminal offence whose elements comprise also the elements of a misdemeanour, commercial offence or violation of military discipline. On the other hand, a reverse situation in which a criminal offence has been established may result in this most serious form of punishable behaviour to consume a less serious offence, i.e. commercial offence or misdemeanour because it is a seemingly ideal concurrence of offences. In order to prevent the activation of the *ne bis in idem* principle in the future, the legislator must delimit misdemeanours from criminal offences more precisely. Clearer legal differentiation between misdemeanours and criminal offences, as

well as better cooperation of competent state authorities would lead to reduced number of breaches of prohibition against repeated criminal proceedings. The matter of identity of punishable offences is one of the most difficult matters of implementation of the *ne bis in idem* principle, particularly when there is overlapping of more serious minor offences and criminal offences, in other words when sentence of imprisonment can be delivered in both cases.

Keywords: *ne bis in idem*, the European Court of Human Rights, the Constitutional Court of Serbia, minor offences, criminal offences

* Овај рад је примљен 28. фебруара 2017. године а прихваћен за штампу на састанку Редакције 22. маја 2017. године.