





**СРПСКА АКАДЕМИЈА НАУКА И УМЕТНОСТИ**



SERBIAN ACADEMY OF SCIENCES AND ARTS

SCIENTIFIC CONFERENCES

Book CLXXXIII

DEPARTMENT OF SOCIAL SCIENCES

Book 43

---

**STATE ORDER**  
**SOVEREIGNTY IN THE ERA**  
**OF GLOBALIZATION**

PROCEEDINGS FROM THE SCIENTIFIC CONFERENCE  
HELD ON FEBRUARY 8<sup>TH</sup> AND 9<sup>TH</sup>, 2019

Accepted for publication at the 2<sup>nd</sup> electronic meeting of the Department of Social Sciences, held on June 25<sup>th</sup>, 2019, after being reviewed by academicians Kosta Čavoški and Aleksandar Kostić

EDITOR

academician

ALEKSANDAR KOSTIĆ

BELGRADE 2019

СРПСКА АКАДЕМИЈА НАУКА И УМЕТНОСТИ

НАУЧНИ СКУПОВИ

Књига CLXXXIII

ОДЕЉЕЊЕ ДРУШТВЕНИХ НАУКА

Књига 43

---

# ДРЖАВНИ ПОРЕДАК

## СУВЕРЕНИТЕТ У ВРЕМЕНУ

### ГЛОБАЛИЗАЦИЈЕ

ЗБОРНИК РАДОВА СА СИМПОЗИЈУМА  
ОДРЖАНОГ 8. И 9. ФЕБРУАРА 2019. ГОДИНЕ

Прихваћено за објављивање на II електронском скупу  
Одељења друштвених наука, одржаном 25. јуна 2019. године  
на основу реферата академика Косте Чавошког и Александра Костића

УРЕДНИК

академик

АЛЕКСАНДАР КОСТИЋ

БЕОГРАД 2019

Издаје  
Српска академија наука и уметности  
Београд, Кнеза Михаила 35

Лектор  
Невена Ђурђевић

Фотографија на корицама  
А. Димиријевић / РАС Србија

Припрема за штампу  
Досије студио, Београд

Тираж: 400 примерака

ISBN 978-86-7025-837-2

Штампа  
Планета принт, Београд

## САДРЖАЈ

- 9 | Реч уредника
- 13 | Реч Владимира С. Костића,  
председника Српске академије наука и уметности
- 15 | Коста Чавошки, *Поредак и сувереност*
- 25 | Драган Симеуновић, *Суверенитет као проблем у  
времену глобализације*
- 47 | Јован Бабић, *Краљевства и царства: прилози анализи односа  
између глобализације и суверенитета*
- 65 | Слободан П. Орловић, *Српски уставни поредак на размеђу  
теоријоричног и практичног и права на самоопредељење*
- 87 | Владимир Н. Цветковић, *Државна сувереност и/или  
национална безбедност (екстерне и интерне функције  
концепта суверености)*
- 125 | Рајко Кузмановић, *Босна и Херцеговина – држава са  
ограниченим суверенитетом*
- 135 | Миша Ђурковић, *Судска диктатура као инструмент  
обновљене монроове доктрине*
- 157 | Будимир Кошутић, *Енџелс о немачкој суверености и  
евројској безбедности*
- 187 | Горан Марковић, *Нормативно и стварно у теорији  
народног суверенитета*
- 211 | Ирена Пејић, *Уставостворна власт у времену глобализације*
- 227 | Владан Петров, *Устав данас – шта је остало од  
суверености уставостворца?*
- 243 | Тијана Шурлан, *Интернационализација уставног права  
најам глобализације уставног права*
- 263 | Драгана Коларић, *Ius ripiendi и суверенитет државе  
у време глобализације*
- 309 | Јован Ђирић, *Европски суд за људска права и глобализација*
- 329 | Тамаш Корхеџ, *Суверенитет, националне државе, националне  
мањине, глобализација – Мађарска, Мађари у Србији, Србија*
- 355 | Борис Кривокапић, *Државна сувереност и међународно право  
у ери глобализације*





## РЕЧ УРЕДНИКА

Зборник који је пред нама садржи радове саопштене на скупу под насловом „Државни поредак: сувереност у времену глобализације“ који је одржан 8. и 9. фебруара 2019. године у Српској академији наука и уметности у организацији Одбора за филозофију и друштвену теорију Одељења друштвених наука САНУ. Овај скуп је последњи у низу од пет скупова у оквиру циклуса „Стратешки правци развоја Србије у XXI веку“ који захвата кључне области од стратешког значаја за свако уређено и просперитетно друштво. Претходни скупови и пратећи зборници, посвећени образовању, науци, култури и економији, заједно са овим скупом представљају целину која сведочи о томе како је део српске елите видео и разумео ове области и која је решења предлагао за проблеме са којима се оне данас суочавају. Самим тим, зборници произашли из ових скупова могу да се схвате и као својеврсно сведочанство о Србији на почетку XXI века.

Циклус ће већ следеће године бити поновљен истим редоследом области, чиме ће се, уколико успе да одржи континуитет, добити увид у промене не само у поменутих областима у распону од пет година већ и слика о временској динамици тих промена из којих би се могло наслутити да ли је реч о осмишљеном правцу њиховог развоја или, пак, о несистематском и хаотичном лутању без јасно постављених дугорочних циљева.

Сада, када је први круг овог циклуса завршен, јасно се указује међусобна повезаност области које су у њему разматране. Није могуће говорити о култури и науци без образовања, нити је могуће о овим областима говорити без економске компоненте. Најзад, оно што све ове области обједињује је, у добром и лошем смислу, оквир државе без којих оне не могу да буду уређене на ефикасан начин, нити је могућа њихова продуктивна комплементарност. Имајући ово у виду, чини се да је овај последњи скуп који је посвећен државном поретку, са нагласком на суверенитет у времену глобализације, сажео и јасно артикулисао већину проблема који су констатовани на претходним скуповима.

Садашње време је, као што се често наглашава, време транзиције. При том се у највећем броју случајева има у виду транзиција из једног друштвеног и економског система у други, кроз који су пролазиле

и пролазе земље Источне Европе. Ово јесте време транзиције али, рекао бих, време глобалне цивилизацијске транзиције која није географски одређена, нити ју је могуће свести на економске и уско политичке промене. Налазимо се пред завршетком једне епохе чији су трагови и даље у нашем сећању али новонастало окружење их више не препознаје. Налазимо се пред знацима нове епохе чије обресе назиремо, али их не разумемо. Променама су захваћени не само свакодневни живот већ и вредносни систем, однос према традицији, разумевање историје, однос према држави и њеном суверенитету. Доскорашњи цивилизацијски оквир је радикално напуштен, а нови још није створен. Налазимо се у „ничијем“ простору са нејасним координатама, у скраћеном временском хоризонту у коме су сви обрасци традиционалног понашања, вредновања и односа релативизовани. Укратко, налазимо се у нестабилној тачки пресека различитих историјских, економских, вредносних и технолошких вектора чије нам путање нису довољно јасне.

Иако није експлицитно на овај начин, стање описано у претходном параграфу било је могуће уочити и на досадашњим скуповима. Тако је, на пример, скуп посвећен образовању указао на упадљиве нејасноће када су у питању циљеви образовања у Србији, уз јасне закључке да смо сведоци деградације образовних стандарда. То је, међутим, тек део шире слике глобалних промена не само код нас, већ и у свету. Скуп посвећен науци показао је несналажење и неразумевanje глобалног положаја науке и њене суштинске повезаности са образовањем, али и са ширим геостратешким контекстом у коме се она схвата инструментално, са јасним политичким импликацијама поткрепљеним знатним финансијским средствима. Скуп на коме су размотрени проблеми културе у Србији, иако је његов фокус био на идентитетским аспектима културе, остао је, чини се, недоречен не само због тога што не постоји јасна свест о значају културе у поменутих глобалним превирањима већ и због саме природе ове области чије су границе флуидне, а сам појам недовољно прецизно одређен. Најзад, на скупу посвећеном економији разматрани су проблеми запослености у Србији са јасним знацима радикалних промена на глобалном тржишту рада. Био је то скуп који је, чини се, најјасније указао на глобалне промене које су у току, са последицама које ће захваљујући новим технологијама у непосредној будућности у потпуности изменити цивилизацијски контекст.

Ако је претходна констатација о томе да се налазимо у транзицији епоха тачна, онда је разумљива симултаност промена у областима образовања, науке, културе и економије, са једне стране, и релативизација концепта државе са друге стране. Традиционално схваћена држава је

оквир у коме се у пресеку јавних интереса одређене заједнице формулише не само дневна и дугорочна политика у ужем смислу те речи, већ и све њене пратеће компоненте као што су образовање, наука, култура и економија, али и вредносни систем. Релативизацијом појма државе, а пре свега њеног суверенитета, нестају јасно омеђене границе интереса једне заједнице који се, често индукованом конфузијом, представљају као превазиђени, ретроградни и штетни по саму заједницу. Имајући то у виду, постаје јасније несналажење у свим сферама јавног интереса јер он сам постаје нејасан.

Ипак, глобализација је неизбежан процес јер је технолошки напредак укинуо просторне и временске границе. Све се наизглед одиграва у садашњем тренутку, без обзира на географске координате, што је новина коју досадашња историја не познаје. У таквом окружењу проток капитала, слободна тржишта, укидање свих могућих баријера, широко културно прожимање и тренутна комуникација изгледају као неслућени цивилизацијски напредак. И заиста, из такве перспективе државни суверенитет се чини анахроним и непотребним. Али, то је заблуда далеко опаснија од многих заблуда којима у ближој и даљој прошлости нисмо одолели. Не постоји слободан проток капитала, не постоје универзално слободна тржишта, а културно прожимање је најчешће једносмерно и неретко наметнуто. Наводне предности глобализације инструментализоване су непроменљивом суштином политичког и геостратешког деловања које је мотивисано интересима крупног капитала. Отуда не треба да нас изненади ако се прети санкцијама државама које у свом интересу ограничавају тржиште великим светским компанијама или постављају услове којим бране своје уже и шире интересе.

Релативизацијом појма државног суверенитета ствара се псеудо-правни оквир за несметани продор на циљана тржишта, али и могућност меког или тврдог усмеравања њиховог унутрашњег устројства у кључним сегментима који су били предмет претходних скупова у оквиру овог циклуса. Стога, када је реч о Србији, не треба да чуди драстична деградација образовања, одвраћање од фундаменталних истраживања у науци и усмеравање на практичне технолошке иновације, одсуство дугорочне стратегије у култури и систематско затирање уставна културе, деиндустријализација и довођење „страних инвеститора“ чији профит не остаје у земљи итд.

Радови саопштени на скупу и објављени у овом зборнику, иако сви обрађују проблеме суверенитета у времену глобализације, могу се поделити у две тематске целине. У првој се разматрају политички и геостратешки аспекти, док је друга целина посвећена правним аспектима

суверенитета и глобализације. Тиме шеснаест радова који чине овај зборник у великој мери покрива такорећи све аспекте проблема државног суверенитета и његове угрожености глобализацијом.

Желео бих, на крају, да се захвалим свим учесницима који су својим излагањима допринели да овај скуп, а самим тим и овај зборник, добију јасан тематски фокус. Организатори скупа дугују посебну захвалност проф. Ратку Марковићу на драгоценим сугестијама када је реч о избору појединих проблема које би скуп требало да обухвати. Најзад, овом приликом желим да се захвалим проф. Драгану Симеуновићу без чијег ентузијазма и несебичне помоћи организација овог скупа не би била могућа.

Александар Костић

РЕЧ ВЛАДИМИРА С. КОСТИЋА  
ПРЕДСЕДНИКА СРПСКЕ АКАДЕМИЈЕ  
НАУКА И УМЕТНОСТИ

Поштовани председниче Академије наука и уметности Републике Српске, поштовани часници и чланови Српске академије наука и уметности (САНУ), поштовани учесници овога скупа, госпође и господо, данашњи скуп је сам по себи кристално јасан. Имате наслове, имате предаваче: међутим, иза овог скупа крије се једна мала прослава, рекао бих један мали успех, или још боље успех амбициозне жеље која је пре шест, седам година (а сведок сам тог пута од самог почетка) започела у једном одбору Одељења друштвених наука. Идеја је била једноставна: САНУ има обавезу да буде присутна у сагледавању актуелног, савременог тренутка у различитим областима нашег живота. Примерено, јер смо дефинисани као највиша установа у области науке и културе, али се границе које би дефинисале те велике области заправо прилично преплићу, оне су некада нејасне, а једне без других дефинитивно не могу. И тада је била идеја да се направи први циклус, заправо нешто што би се сваке године одиграло у оквиру циклуса, чули сте од академика Александра Костића о чему се ради, који би обухватио пет великих области, и то овим редом: образовање, наука, култура, економија и државни поредак, са извесним фокусима у свакој од ових области, наравно.

Да ли смо када смо циклус започели са темом образовања веровали да ћемо успети? Да будемо искрени, постојала је између конференција посвећених образовању и науци једна латенца од преко годину дана. Тада се јавио мали црв сумње да ћемо негде посустати, јер је прилично тешко координисати све оне који су у овом науку учествовали; међутим, некако смо се тргли, састанци су се одржавали после тога један за другим и за сваком од конференција, што сматрам посебно значајним, остали су писани трагови. И ми данашњим, односно и сутрашњим скупом заправо затварамо први круг, први циклус. Свих пет тема је обрађено. Али, обрађено је само у првој итерацији. Идеја је заправо да ми наставимо без икакве паузе и да се поново, после пет година, вратимо на тему образовања, па потом науке, и тако редом, остављајући и даље писане трагове шта су неки мислећи људи у Србији сагледавали када су у питању ови заиста кључни аспекти живота наше заједнице.

Друго питање које се овде поставља је да ли је Академија била у стању да сама изнесе овакав подухват? Не, није. И то САНУ од самог почетка није ни крила. Академија то може да уради само уз помоћ озбиљних људи који се овим проблематикама баве и који о њима знају врло често и више од нас, односно наших чланова који су у блиским областима. Према томе, понудили смо простор да људи који одређене проблеме разумеју, о томе проговоре. Ово што изговарам може се проверити по списковима предавача. Други предуслов који смо поставили је да они који учествују у тим симпозијумима не буду нужни истомишљеници. Због чега би се истомишљеници окупљали, једни другима говорили оно у чему се међусобно слажу и због чега се међусобно препознају? Покушали смо да успоставимо једну просвећенију форму дијалога и један од комплимената организаторима ових скупова, ако могу ја да га дам као човек који је чак и од извесних учесника овог симпозијума дефинисан као „тек медицинар“, је да су и дијалози након предавања остали записани – да се ауторизују и да се види шта су људи који знају о чему говоре (а мислим да свако ко данас и сутра учествује зна о чему говори) изrekli у САНУ, где се нису слагали, где су биле евентуалне границе одређених неспоразума и како су они превазилажени. Мислим да је и то лековито за наше друштво – дијалог је очито могућ, без међусобног вређања и унижавања. Ја сам почео да губим наду да је тако нешто могуће, али на вама је да докажете да то јесте и да је ово само моја старачка мрзовоља.

Госпође и господо, за ову врсту ваше активности најтоплије вам се захваљујемо, јер помажете не само Академију, већ и ширу заједницу у разумевању кључних проблема. Ја вам се, кажем, захваљујем, али вас и уверавам да, без обзира шта ће бити у будућности, ова идеја остаје једна од кључних активности Академије, јер на тај начин ми још увек имамо неку врсту непрекинуте пупчане врпце са реалношћу. И на овоме ће сви који се будемо и ако се будемо питали, истрајавати. Организаторима честитам на свему што се овде данас догађа, али указујем да је и раније било неколико кључних састанака у САНУ. Ти састанци су имали за циљ да покушају да предвиде шта то будућност доноси свима нама? Нажалост, није било много заинтересованих. Када смо пак правили скупове о историјским интригама, међусобним сукобима, о причама које су биле увек на изванредан начин повезане са историјским тајнама и сенкама, сала је готово по правилу била испуњена. Негде смо колективно престали да будемо способни да се суочавамо са кључним питањима и проблемима и да о њима озбиљно разговарамо. Стога, ово што ви данас радите и што су радили ваши претходници у прве четири теме, рекао бих да има неку врсту пионирског значаја. И за друштво у целини, и за саму САНУ, посебно.

## IUS PUNIENDI И СУВЕРЕНИТЕТ ДРЖАВЕ У ВРЕМЕ ГЛОБАЛИЗАЦИЈЕ

Драгана Коларић

*Криминалистичко-полицијски универзитет*

и

*Уставни суд Републике Србије*

**Сажетак:** У уводним напоменама, аутор уочава промене које су наступиле крајем прошлог и почетком овог века и које су снажно утицале на традиционални концепт „права на кажњавање“. Са новим приступом преиспитујемо стари, тј. тврђу да је посредни суверено право државе које се заснива на државној принуди. Први део рада посвећен је анализи развоја и напретка „европског кривичног права“ и његовог утицаја на национална законодавства. У том контексту, бавићемо се и материјалним кривичним правом ЕУ и шире, европским кривичним законодавством. У другом делу, као нужна последица првог, разматра се утицај одлука Европског суда за људска права на национални правни поредак, али и будући допринос Европског суда правде хармонизацији кривичног права у правном поретку ЕУ. На овом месту је важно поменути и да је Европска конвенција за заштиту основних људских права и слобода пре свега кривична, а утицај стразбуршке праксе све већи. Улога судије, а посебно судије Уставног суда, добија на значају у светлу метода тумачења и стандарда које примењује ЕСЉП (Европски суд за људска права). Стандарди које поставља ЕКЉП (Европска конвенција о људским правима) су важни за националне правне системе јер постоји делотворна контрола ЕСЉП. У случају осуде државе, ЕСЉП указује на слабости њеног правног система. Поред тога што такве одлуке могу да коштају државу, постоји и могућност да држава у случају подношења нових представки буде осуђена због кршења основних слобода и права зајемчених ЕКЉП. У трећем делу, ништа мање значајном, разматра се развој међународног кривичног права и његов однос према националним законодавствима. У закључним напоменама аутор указује на нови међународни контекст и положај *ius puniendi*.

**Кључне речи:** право на кажњавање, глобализација, европско кривично право, Европска унија, Европски суд за људска права, Европски суд правде, међународно кривично право

### Уводне напомене

Традиционално схватање права на кажњавање као најочитије одлике суверенитета државе доживљава извесне промене или, да будемо прецизнији, ограничења. Кривично право као грана права тесно је везано за појам државне суверености. Њиме држава кроз систем кривичних дела и кривичних санкција штити своја најзначајнија добра и вредности. У том смислу, прописивање, одмеравање, изрицање и примена кривичних санкција припада држави. Она је титулар права

на кажњавање.<sup>1</sup> Али, да ли се данас може говорити о праву на кажњавање као искључивом атрибуту суверености држава или су границе искључиве националне јурисдикције у кривичним стварима постале порозне? Ситуација је битно различита у односу на ону у прошлом веку. Неки теоретичари тврде да се државе чланице Европске уније (ЕУ) не могу више скривати иза застарелих појмова суверенитета и остављати грађане напољу на хладноћи.<sup>2</sup> Шта је све утицало на промену тврдог, традиционалног схватања по коме државе треба љубоморно да чувају за себе *ius puniendi*? То су, пре свега, нове тенденције у савременој науци кривичног права које су резултат интернационализације, тј. европеизације кривичног права. Нове тенденције израћају на површину нове, модерне појмове. Шта је у њиховој основи када је у питању кривично право? У суштини, то је преиспитивање права на кажњавање као права да пропишете понашања која представљају кривична дела, кривичне санкције и услове под којима ће се исте применити према учиниоцима. Ово право се преиспитује са више становишта. Једно је ЕУ, Лисабонски уговор и Европски суд правде (ЕСП), друго је Савет Европе (СЕ), Европска конвенција за заштиту основних људских права и слобода (ЕКЉП), Европски суд за људска права (ЕСЉП) и бројне друге Конвенције које доноси ова регионална организација и треће је рад Међународног кривичног суда (МКС) и развој међународног кривичног права (МКП). Ако бисмо желели да упоредимо све те актуелне помпезне појмове могли бисмо рећи да је интернационализација кривичног права шира од европеизације, а ова потоња је шира од кривичног права ЕУ. Али све оне у својој основи подразумевају усаглашавање са обавезама произашлим из одређених међународних уговора у циљу унификације кривичних дела и казни. Утицаји промена које су задесиле кривично право су негде изражени интензивније, посебно када су у питању регионалне организације и поједини регионални правосудни органи (као нпр. у случају рада ЕСЉП, ЕСП), а негде слабије, посредније (МКС), што је повезано са препрекама развоју и уобличавању МКП, тј. политичким упливом везаним за примену тих норми.

На самом почетку да покушамо да идентификујемо основне слабости европеизације и интернационализације. Још пре сто година Лист (*Franz von Liszt*) је записао да је „наука кривичног права“ као „разјашњење општих обележја кривичног дела [...] нужно интернационална“. Мора постојати кривичноправна наука чији видокруг неће бити ограничен оградама националних законодавстава, него ће почивати на опш-

1 З. Стојановић, *Кривично право-оштини гео*, Београд, 2015, стр. 5.

2 J. A. E. Vervaele, *Europsko kazneno право i opća načela prava Unije*, *Hrvatski ljetopis za kazneno право i praksu*, Vol. 12 No. 2, 2005, стр. 880.



тим сазнањима.<sup>3</sup> Данас је постало владајуће схватање да је једна универзална, интернационална наука кривичног права, која се не заснива на националном кривичном законодавству, неопходна и да је она у извесној мери постала реалност, нарочито у материји општег дела кривичног права. Међутим, када је реч о интернационализацији кривичног законодавства, мишљења су у страниј теорији подељена.<sup>4</sup> Што се стања у Србији тиче, може се запазити да је до интернационализације кривичног законодавства више дошло под утицајем преузетих обавеза из одређених међународних уговора, него под утицајем науке кривичног права. Таква констатација у већој мери важи за његов Посебни него Општи део.<sup>5</sup> У том смислу, Кривични законик Србије<sup>6</sup> обилује кривичним делима код којих је у неколико последњих измена и допуна криминална зона проширена или су унете поједине нове инкриминације. Процес глобализације, до којег долази делом због убрзаног протока информација, све веће фреквенције људи, а делимично дејством мултинационалних тела и корпорација<sup>7</sup>, утиче на прихватање једнообразног дефинисања појединих кривичних дела, кажњавање за иста и уношење појединих нових одредаба у национално кривично законодавство. Због тога се поставља питање да ли се нове инкриминације, иако им се могу упутити извесне критичке примедбе, могу оценити као даље усавршавање кривичног законодавства Србије или интернационализација није у потпуности била добровољни процес, већ у одређеним моментима политичка одлука, услов за приступање одређеним регионалним и међународним организацијама.

Интензитет глобализације, схваћен као „прогресивно преплитање људских заједница једних са другима“<sup>8</sup>, повећавао се у целом свету. Глобализација је добила нову димензију у последњих 20 година. Отворене

3 Наведено према: Н. Ј. Hirsch, „Internationalisierung des Strafrechts und Strafrechtswissenschaft“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 116. Band, 2004, Heft 4, p. 840.

4 Тако, већина немачких теоретичара кривичног права против је јединственог европског кривичног права. Тај негативан став се односи само на позитивно кривично право, док се у погледу науке кривичног права претежно заговара одређена универзалност. Уп. *ibid.*, 846–847.

5 З. Стојановић, Д. Коларић, Савремене тенденције у науци кривичног права и кривично законодавство Србије, *Српска јулијичка мисао*, бр. 3/2015, стр. 115.

6 „Сл. Гласник РС“, бр. 85/2005, 88/2005 – испр. 107/2005 – испр. 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014. и 94/16.

7 М. Cavadino, J. Dignan, „Penal Systems-a comparative approach“, Sage Publications Ins, London, 2006, p. 3.

8 С. Novak, „The internationalization of the Polish criminal law: how the Polish criminal law changed under the influence of globalization“, *Crime, Law and Social Change*, Springer Netherlands, 2013, p. 140.

границе дозвољавају лакше кретање људи и капитала, али доводе и до појаве нових безбедносних претњи. Супротстављање транснационалном криминалитету није ефикасно без координиране акције више земаља. Традиционални приступ међународној правној помоћи у кривичноправним стварима није више довољан. У сваком случају, са порастом транснационалног криминалитета долази до интезивнијег рада чланова међународне заједнице, који са напретком глобализације добија нове подстицаје. У новом окружењу законодавна активност се повећава, усвајају се бројни међународни инструменти, који подразумевају и прогресивну путању права Европске уније. У случају кривичног материјалног права, појављују се нова понашања која треба инкриминисати. Бројни су уговори међународних и регионалних организација који садрже одредбе које се тичу пружања узајамне правне помоћи у кривичним стварима као облика међународне сарадње, истовремено захтевајући и прописивање нових кривичних дела. Србија је, такође, у свом националном законодавству донела Закон о међународној правној помоћи у кривичним стварима 2009. године.<sup>9</sup>

Међутим, када се говори о процесу глобализације и његовом утицају на савремено кривично законодавство у кривичноправној и сродној литератури веома је присутан и критички приступ. У глобализацији и неолибералној тржишној политици која узрокује неједнакост и још више продубљује постојећу неуравнотеженост, види се главни узрок продубљене друштвено-економске кризе која убрзава и чини још тежим постојеће конфликте. У том контексту кривично право престаје да буде супсидијарног карактера и враћа се томе да буде *prima ratio* социјалне политике, једна врста илузорне панацеје која се хоће супротставити и помоћу које се могу решити сасвим различити проблеми.<sup>10</sup> Осим начелних приговора, у радовима појединих теоретичара указује се на бројне опасности које кривичном праву и читавом правном систему прете од глобализације.<sup>11</sup>

9 Сл. Гласник РС, бр. 20/2009.

10 Тако Моћа (Moccia) износи у свом реферату на Конференцији италијанског Удружења професора кривичног права посвећеној теми „Кривично право у савременој стварности: перспективе и алтернативе“. Уп. S. Moccia, „Volto attuale del sistema penale“, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Fasc. 3, 2013, p. 1093–1094.

11 Вид. В. Schünemann, „Das Strafrecht im Zeichen der Globalisierung“, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 5, 2003, p. 299–313. Наведени аутор као главну препреку будућем глобалном кривичном праву, које би нужно морало да пође од одређених компромиса, види политику САД која остварује своје интересе користећи процесе глобализације и одређене међународне уговоре. У литератури постоје и радикални ставови који у глобализацији виде само савремени стадијум капитализма који, осим богатим земљама, не доноси никакве предности човечанству. Золо (Zolo),

Трансформација српског кривичног права под утицајем савремене интернационализације започиње доношењем Кривичног законика Србије. Интернационализација, у ствари, данас претежно подразумева перманентан процес имплементације одговарајућих одредаба међународних уговора, али и усаглашавање са правним тековинама ЕУ.<sup>12</sup> Међутим, у теорији се истиче да процес глобализације има додатну ванправну димензију и доводи до културног и друштвеног уједињења понашања које, заузврат, генерише сличне врсте понашања у различитим земљама, посебно у вези са напретком нових технологија. Нека од ових понашања се накнадно квалификују као кривична дела. Не постоји усаглашено наднационално законодавство у овој области, али је очигледно да одредбе усвојене у једном националном систему утичу на друге системе. Усклађивање националних кривичноправних система, у том смислу, одвија се по другом основу – не на претходно наведени начин када се имплементирају одредбе међународних уговора, него кроз спонтану хоризонталну дифузију правних норми појединих правних система.<sup>13</sup> Овај процес се обично назива *модернизација права*.<sup>14</sup> Модернизација и интернационализација се у оквиру процеса глобализације могу допуњавати. Модернизација која подразумева критички приступ је чак пожељна, док интернационализација путем међународних уговора, посебно имајући у виду неке негативне појаве (недовољно познавање природе кривичног права и његових начела од стране оних који стварају те уговоре, неусклађеност два велика правна система, нестручни преводи, директно преузимање појединих одредаба и др.) може да нанесе пуно штете кохерентности правног система. Због тога је све чешћа појава да елементи бића нових кривичних дела нису прилагођени домаћој терминологији и општим институтима, да садрже нејасне и широке формулације, да су у нескладу са бићима других кривичних дела, што све генерише неколико проблема. Прво,

---

настојећи да заузме став који је између екстремне критике глобализма за који се тврди да за последицу има све невоље овог света и глобализма као идеологије, сматра да се могу правдати одређене, пре свега, технолошке промене које глобализам доноси, али не и низ негативних последица које нису одраз спонтаног развоја већ су смишљене и контролисане из одређених центара моћи. Глобализам који је, између осталог, трансформисао социјалну у репресивну државу („Stato penale“), морао би бити ослобођен ланаца „вашингтонског консензуса“ који је данас империјални жиг негације лепоте и комплексности света, истиче он. Вид. D. Zolo, *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*. Editori Laterza, 2006, p. 135–138.

12 Извесна форма интернационализације кривичног законодавства постоји још од почетка деветнаестог века. Томе је највише допринео упоредно-правни метод, као и интернационализација науке кривичног права која је одавно присутна.

13 W. Twining, *General Jurisprudence*, Cambridge University Press, 2009, p. 250–251.

14 *Ibidem*.

општи циљ хармонизације је и унификација појединих одредаба, нпр. о тероризму, па стога лош квалитет законских одредаба може да угрози и међународну сарадњу, што је непожељно и у супротности са самом сврхом међународне регулативе. Даље, оно што је важније, широке и непрецизне формулације могу довести у питање једно од основних начела кривичног права *nullum crimen nulla poena sine lege*.<sup>15</sup> Опасности и негативне последице интернационализације кривичног законодавства, схваћене као усаглашавање са одређеним међународним уговорима и другим међународноправним актима, могу у значајној мери бити избегнуте или ублажене, узимањем у обзир и ставова савремене науке кривичног права која је већ у значајној мери интернационализована. Међутим, препрека за то јесте та што њени ставови нису обавезујући за националног законодавца, а преузете обавезе из потврђених међународних уговора, или услови које поставља нека асоцијација држава за приступање тој асоцијацији, јесу.

### Развој европског кривичног права, кривичног права ЕУ и њихове слабости

Као што смо већ поменули, потребно је правити разлику између појмова *евројско кривично право* и *кривично право ЕУ*. Први појам је шири, комплекснији, док се други своди на поједине одредбе кривичног материјалног права ЕУ. Мишљења смо да је још увек тешко говорити о европском кривичном праву у правом смислу те речи. Заправо, тај израз сувише претенциозно и нереално делује. Уколико бисмо прихватили појам европско кривично право, то би подразумевало најмање три ствари. Прво, одговарајућу доктринарну основу око које треба да постоји консензус, слично као што и национално кривично право има своју научну основу; друго, наднационалног законодавца и треће, било би потребно да тај нови законодавац има право на *ius puniendi*, тј. да постоји европски кривични законик. Сви наведени разлози су у међусобној корелативној вези, а могу се набрајати и многи други проблеми који стоје на путу развоја европског кривичног права, од језичких баријера, термилошких разлика, разлика континенталног и англосаксонског правног приступа, до различитих приступа у формирању основних начела и систематизације кривичноправног система.<sup>16</sup> Данас се пре може говорити о ограничењима права на кажњавање националног законодавца под одређеним утицајима ЕУ, СЕ и УН-а.

15 З. Стојановић, Д. Коларић, *op. cit.*, стр.115–118.

16 И. Симовић-Хибер, *Систем расирава о идеји владавине права основама кривичног закона појму злочиначке групе и интернационализацији кривичног права*, Београд, 2007, стр. 117.

Из тих разлога, бавићемо се неким одредбама материјалног кривичног права које произилазе из активности ЕУ, СЕ и УН-а. Пошто смо раније поменули и појам интернационалног кривичног права, тј. интернационализације, која, што јој сам назив каже, превазилази границе европског континента, истичемо да су овде проблеми који стоје на путу развоја европског кривичног права утростручени.

Да се осврнемо најпре на свест твораца „кривичног материјалног права ЕУ“. Уговор о ЕУ у члану 5. истиче да у складу са начелом супсидијарности, у областима које не спадају у њену искључиву надлежност, ЕУ делује само ако, и у оној мери у којој државе чланице не могу на задовољавајући начин постићи циљеве предложене мере, на централном, или регионалном и локалном нивоу, већ се због обима или дејства предложене мере могу боље остварити на нивоу Уније. Дакле, начело супсидијарности значи да у извршењу својих надлежности Унија може деловати само ако се циљеви предложених активности не могу у довољној мери остварити мерама држава чланица. Тиме се, у ствари, признаје да је кривично право ЕУ супсидијарно у односу на национално кривично право, тј. делује само када је потребно, због заштите заједничких вредности и принципа. У теорији се, у вези са чланом 5, истиче да он у ствари представља заштиту европског федерализма.<sup>17</sup>

Ступањем на снагу Уговора из Лисабона<sup>18</sup> почела је нова етапа у развоју кривичног права ЕУ, што се одражава и на национална кривична законодавства. Њиме је донекле измењен правни и институционални оквир у којем делује ЕУ. Наиме, правни темељи европских интеграција данас су Уговор о ЕУ и Уговор о функционисању ЕУ.<sup>19</sup> Лисабонски уговор, поред традиционалних интереса и приоритета Уније, по први пут интензивније наглашава димензију основних људских права. Наиме, он Повељи о основним правима у ЕУ додељује снагу обавезне правне норме, инкорпорирајући је у интегрални текст Лисабонског уговора.<sup>20</sup> Сва три правна акта су формалноправно једнака. Већ на самом почетку изражавамо скепсу када је у питању хармонизација кривичног

17 S. Melander, *Ultima ratio in European Criminal Law*, *Onati Socio-Legal Series*, Onati International Institute for the Sociology of Law, 1/2013, p. 48.

18 Ступио је на снагу 1. децембра 2009. Његовим ступањем на снагу, ЕУ и Европска заједница су се спојиле у једну промењену ЕУ. Наиме, у Уговор о Европској заједници додате су одредбе о полицијској и правосудној сарадњи и промењено му је име у Уговор о функционисању ЕУ, а Уговор о ЕУ је остао на снази. Од тада ЕУ има правни субјективитет. Раније је то била само Европска заједница.

19 *Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union*, *Official Journal of the European Union*, C 83, 30 March 2010.

20 CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE EUROPEAN UNION, *Official Journal of the European Communities*, (2000/C 364/01).

материјалног права ЕУ, тј. његова унификација, додуше признајући да је то европско усаглашавање могуће лакше извести, бар на нивоу прихватања основних принципа кривичног права, него на нивоу целе међународне заједнице. Инсистирајући на супсидијарном карактеру кривичног права на самом почетку овог рада, истицањем да је оно *ultima ratio*, настојимо да укажемо на то да је та особина кривичног права угрожена у европском контексту, а посебно имајући у виду одредбе члана 83. Уговора о функционисању ЕУ. Члан 83. став 1. Уговора о функционисању ЕУ истиче да Европски парламент и Савет министара ЕУ могу директивама донесеним у редовном законском поступку утврдити минимална правила за дефинисање кривичних дела и санкција за нарочито тешке облике криминала *са прекограничном димензијом*, који произилазе из природе или последица тих кривичних дела или из посебне потребе за заједничком борбом против њих. У ове облике криминала спадају: тероризам, трговина људима и сексуално искоришћавање жена и деце, илегални промет дроге, илегални промет оружја, праће новца, корупција, фалсификовање средстава плаћања, компјутерски криминал и организовани криминал. И како је даље истакнуто, на основу развоја криминала, Савет може донети одлуку којом се утврђују групе обласних криминала које испуњавају наведене критеријуме.

Члан 83. став 2 Уговора о функционисању ЕУ истиче да када је приближавање кривичној законодавства и других држава чланица нужно да би се обезбедило деловорно спровођење политике Уније у области која је обухваћена мерама усклађивања, директивама се могу утврдити минимална правила за дефинисање кривичних дела и санкција у тој области.

Иначе, интересантно је приметити да су директиве замениле оквирне одлуке. Раније, у оквиру трећег стуба ЕУ, најважнији правни акти су биле оквирне одлуке<sup>21</sup>, а сада су директиве<sup>22</sup>, што показује правну снагу донетог прописа и да је полицијска и правосудна сарадња прешла из трећег стуба у први, односно материја из другог и трећег стуба у први. Како је било наведено у члану 34. Уговора из Амстерда-

21 Оквирне одлуке имају за циљ усклађивање законодавства држава чланица. Оне обавезују државе у погледу резултата које треба да остваре, али препуштају државама да одаберу облик и метод којим ће остварити постављени резултат. Оне се примењују тек након имплементације у националном законодавству, што јасно произилази из члана 34. Уговора о оснивању ЕУ.

22 Директиве су обавезујуће, али се не могу непосредно примењивати, већ морају на одговарајући начин да се имплементирају у национална законодавства држава чланица. Али ако се не унесу на одговарајући начин или се уопште не унесу, посебним механизмом који је створио Европски суд, директивама ће се обезбедити непосредно дејство.

ма, оквирне одлуке нису имале непосредно дејство, што је отежавало спровођење мера из трећег стуба. Овде је значајно поменути мишљење ЕСП<sup>23</sup> у случају *Пуйино*<sup>24</sup>, које на неки начин представља авангардну судску одлуку у погледу дејства оквирних одлука. Суд је утврдио да су државе чланице обавезне да тумаче право у складу са правом ЕУ у области трећег стуба, тј. приликом примене националног права оно се мора тумачити у складу са сврхом оквирне одлуке, како би се постигао очекивани резултат. У овом случају ЕСП се није упуштао у осетљиво питање надређености права ЕУ, али је истакао да оквирне одлуке имају посредно дејство, додајући оно што је, по нашем мишљењу, кључно, а то је да национални судови треба да узму у обзир целокупно национално право како би проценили у којој се мери може применити, а да не буде супротно оквирној одлуци. Јасно је да Суд истиче значај оквирних одлука али то чини пажљиво и суптилно, уз одређена ограничења.

Све у свему, државе чланице су постигле консензус да се прописима ЕУ регулишу само поједина кривична дела, што у коначном доводи до парцијалног развоја кривичног материјалног права ЕУ и то његовог посебног дела, док се о општем делу кривичног права ЕУ тешко може уопште говорити.

Основна сврха кривичног права је заштита друштва од криминалитета. И на нивоу ЕУ би требало да постоје исти захтеви у погледу прописивања општих елемената кривичног дела и санкција, уз пуно уважавање основних принципа кривичног права. Међутим, поједине одредбе донете на нивоу ЕУ изазивају сумњу у том погледу. Посебно скрећемо пажњу на то да неки појмови који су опште усвојени у међународним документима нису кривичноправног карактера као нпр. корупција<sup>25</sup>, и подразумевају читав низ понашања, што доводи у питање

23 У складу са чланом 267. Уговора о функционисању ЕУ, Суду правде ЕУ дата је надлежност да одлучује о питањима која му упуте национални судови држава чланица, а односе се на примену права ЕУ у конкретном предмету који тај суд решава. То подразумева да Суд правде ЕУ решава о том претходном питању које му је упутио национални суд државе чланице, али не доноси одлуку о чињеницама у главном поступку и примени националног права.

24 А. Чавошки, *Правна природа и правно дејство правних аката у трећем стубу, у: Право и њолиџика ЕУ из њерсиџкџиве домаћих ауџора*, Београд, 2009, стр. 19.

25 Види: Кривичноправна конвенција о корупцији Савета Европе (Конвенција је отворена за потписивање 27. јануара 1999. године, а ступила је на снагу 1. јула 2002. године. Република Србија је ратификовала *Кривичноправну конвенцију о корупцији* (ЕТС 173) 18. децембра 2002. год. Види: Службени лист СРЈ, Међународни уговори, бр. 2/2002 и Службени лист СЦГ, Међународни уговори, бр. 18/2005. Конвенција је ступила на снагу 1. априла 2003. год. Кривичноправна конвенција о корупцији је усвојена без улагања резерви); Додатни протокол уз Кривичноправну конвенцију о корупцији (Уговор отворен за потписивање 15. маја 2003.

сегмент *lex certa*. Такође, у циљу усаглашавања националног законодавства са прописима ЕУ, све више се угрожава традиционално схватање по којем је кривично право *ultima ratio*. Да поновимо, Уговор о функционисању ЕУ у члану 83. став 1. истиче да *Европски парламент и Савет министара ЕУ могу директивама донесеним у редовном законском поступку утврдити минимална правила за дефинисање кривичних дела и санкција за нарочито тежке облике криминала са прекограничном димензијом који произилазе из природе или последица тих кривичних дела или из посебне потребе за заједничком борбом против њих.*

Само позивање на нарочито тежке облике криминала у тексту поменутог члана није довољно за поштовање правила *ultima ratio*. Чак и када се ради о нарочито тешким кривичним делима (тероризам), долазимо до закључка да се мора направити баланс између потребе превенције терористичких аката, тј. заштите цивилног друштва и безбедности, која подразумева и делимично задирање у нека од фундаменталних права, као што су нпр: слобода удруживања и слобода изражавања. Ту долазимо до чувеног питања: ко нас чува од чувара? Страх од глобалног тероризма доводи до претварања друштва у друштво надзирања. Код регрутовања и обучавања за вршење терористичких дела уочљиво је да је законодавац решио да припремне радње подигне на ранг радње извршења, па се оправдано поставља питање које се односи на легитимитет такве инкриминације. Прописивање припремања као самосталног кривичног дела је оправдано ако је у питању велика вредност заштитног објекта а интензитет његовог угрожавања у великој мери изражен. Кривичноправна норма је оправдана ако постоји легитимни објект заштите и ако може да се позове на повреду или угрожавање неког правног добра. При томе је неопходно да кривично дело буде прецизно одређено, што значи да законодавац правну норму постави тако конкретно да подручје њене примене произилази из текста или се, у сваком случају, тумачењем може утврдити. Код јавног подстицања на вршење терористичких дела инкриминише се терористичка пропаганда. Када је у питању заштита од евентуалних злоупотреба у кривичном законодавству, поставља се питање како их спречити у при-

---

године. Ступио је на снагу 1. фебруара 2005. године. Република Србија је ратификовала Додатни протокол Кривичноправне конвенције (ЕТС 191) 9. јануара 2008. год. Види: Службени гласник РС, Међународни уговори, бр. 102/2008. У Србији је ступио на снагу 1. маја 2008. год. Република Србија је Додатни протокол Кривичноправне конвенције о корупцији усвојила без улагања резерви; Конвенција Уједињених Нација против корупције (Република Србија је ратификовала Конвенцију Уједињених Нација против корупције. Конвенција је у Републици Србији ступила на снагу 30. октобра 2005. године. Види: Службени лист СЦГ, Међународни уговори, бр. 12/2005).



мени нових одредби. Неке земље гоњење за ова кривична дела условљавају одобрењем од стране надлежног органа (у Хрватској је то главни државни тужилац, у Словенији министар правде итд.). У том правцу би могла размишљати и Република Србија и за кривично гоњење окривљеног за кривична дела јавног подстицања на тероризам, регрутовање за тероризам и обуку за тероризам предвидети као додатни услов посебно одобрење републичког јавног тужиоца. Није за одбацивање ни решење које постоји у Белгији, које је уведено по угледу на Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода. Она је у свом законодавству предвидела клаузулу према којој се кривична дела са елементима тероризма не смеју тумачити на начин којим би се ограничила људска права као што су право на штрајк, на слободу окупљања и удруживања, право на слободу и остала сродна права предвиђена члановима 8–11 Конвенције за заштиту људских права и основних слобода.<sup>26</sup> Оваква клаузула пружа заштиту од претерано честе примене ових одредби, која би значила прекорачење онога што се сматра „нужним у демократском друштву“ или „посебном потребом за борбом против...“.

Није тероризам једини пример код којег се не прави баланс између принципа *ultima ratio* и принципа легитимности. Да ли су државе под велом усклађивања, хармонизације отишле предалеко са својом спремношћу да користе кривично законодавство? Нажалост, данас је претерана криминализација готово уобичајена.<sup>27</sup>

По нашем мишљењу, ЕУ је, са Лисабонским уговором, уводећи нови правни оквир за функционисање, у ствари себи задала већу одговорност у осигурању принципа *ultima ratio* управо због могућности

26 Д. Коларић, Нова концепција кривичних дела тероризма у Кривичном законнику Србије, *Crimen*, бр. 1/2013, стр. 69.

27 Погледајмо Конвенцију Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици. Она у делу који се односи на материјално кривично право садржи углавном унификоване синтагме по којима се стране уговорнице „обавезују“ да предузму неопходне законодавне или друге мере и обезбеде да понашање, које се састоји у ..., буде инкриминисано. Због тога се поставља питање потребе постојања засебне инкриминације насиља у породици, када се већ ради о радњама које се могу подвести под друге инкриминације. У последњем периоду се актуелизују и друге одредбе Истанбулске конвенције, и то посебно силовање без принуде, прогањање и сексуално узнемиравање и њихова имплементација у национално законодавство. Тако нпр. Конвенција, као што смо већ видели, код силовања у први план ставља недостатак пристанка приликом предузимања сексуалног чина, а не принуду, па се поставља питање како то усаглашавање спровести и да ли је оно неопходно? Ако би се и прихватило ново кривично дело *de lege ferenda*, које би инкриминисало предузимање обљубе и са њом изједначеног чина без пристанка лица према коме се предузима, казна би морала да буде значајно блажа јер нема принуде. Али, овакви и други покушаји кривичноправног експанзионизма директно негирају тврдњу да је кривично право *ultima ratio*.

утврђивања минималних правила за дефинисање кривичних дела и санкција за нарочито тешке облике криминала. Чим постоји могућност постављања минималних стандарда то претпоставља да су они неопходни, да не постоји други начин да се сузбију ова тешка кривична дела. У супротном, ако се та могућност злоупотребљава, то ће довести до дестабилизације основних принципа кривичног права.

У вези са Лисабонским уговором и појединим његовим одредбама које су од значаја због утицаја на национална кривична законодавства изјаснио се и Савезни уставни суд Немачке.<sup>28</sup> Чини нам се да је суд био на граници да Лисабонски уговор прогласи неуставним. Знајући какве би политичке импликације имао тај корак суд је истакао значај Бундестага и Бундесрата и скренуо пажњу на неке инсуфицијенције Лисабонског уговора али не бежећи да истакне да је против тога да кривично право буде инструмент за постизање циљева ЕУ. Тако, суд, између осталог, скреће пажњу на члан 83. став 1 Уговора о функционисању ЕУ, где критикује синтагме „нарочито тешки облици криминала са прекограничном димензијом“ и „посебна потреба“ за заједничком борбом против њих, указујући на њихову непрецизност. Такође, истиче да посебна потреба не постоји само због воље Европског парламента и Савета него због природе или последица тих кривичних дела.

Када је у питању одредба по којој „Савет може донети одлуку којом се утврђују друге области криминала које испуњавају наведене критеријуме“, суд истиче улогу Бундестага и Бундесрата који се, у вези са проширивањем надлежности ЕУ, морају сагласити у форми закона, додајући да прописи ЕУ не треба да обухвате целокупне области кривичних дела, већ само поједине облике. Слично томе, у теоријским расправама се критикује регулисање читаве области кривичних дела тероризма и поставља се питање колико је то потребно, посебно у погледу појединих кривичних дела која су „проглашена“ терористичким<sup>29</sup>.

И ми смо мишљења да је одредба става 1. члана 83. Уговора о функционисању ЕУ спорна. Прво, да би ЕУ била надлежна мора се утврдити прекогранична димензија која произилази из природе или последица кривичног дела. Или друго, ако услов „прекограничне димензије“ није испуњен, треба да постоји посебна потреба за борбом против конкретног дела на заједничкој основи.

28 M. Kaiafa-Gbandi, The Importance of Core Principles of Substantive Criminal Law for a European Criminal Policy Respecting Fundamental Rights and the Rule of Law, *European Criminal Law Review*, 1/2011, Volume 1, p. 12.

29 *Ibidem*, p. 18.

У члану 83. став 2 Уговора о функционисању ЕУ истиче се да када је приближавање кривичног законодавства и других прописа држава чланица нужно да би се обезбедило делотворно спровођење политике Уније у области која је обухваћена мерама усклађивања, директивама се могу утврдити минимална правила за дефинисање кривичних дела и санкција у тој области. У вези са овим ставом, суд истиче да је на тај начин отворен пут недовољно оправданој хармонизацији, јер је доношење директива могуће само када је то неизоставно за делотворно спровођење политике ЕУ у једној области у којој су већ спроведене мере хармонизације.

Развој кривичног права ЕУ често се правда тврдњом да је унификација потребна јер не смеју да постоје „уточишта за криминалце и организоване криминалне групе“ у Европској унији.<sup>30</sup> Наиме, неједнако регулисање појединих питања може довести до тога да је забрањена кривична санкција у неким земљама чланицама знатно блажа, што би их чинило пожељним дестинацијама. Али овај аргумент ипак пада у воду из више разлога. Прво, претпоставка да учиниоци кривичних дела знају упоредно кривично право је нереална и друго, да је тако, земље чланице са „најблажим“ кривичним законодавством треба да буду примарно уточиште за нпр. организоване криминалне групе. Традиционално, на пример, нордијске земље деле визију хуманистички оријентисаног кривичног права са блажим системом кривичних санкција него у другим земљама. Оне би стога требало да су рај за учиниоце кривичних дела. Међутим, организовани криминалитет није велики проблем у нордијским земљама.<sup>31</sup>

Још једна категорија која оправдава деловање Европске уније у усклађивању материјалног кривичног права поред прекограничне природе дела, је посебна потреба за борбом против неког облика криминалитета или конкретног кривичног дела на заједничкој основи. Посебна потреба може постојати због гнусног карактера неких конкретних тешких кривичних дела. Ова категорија „европских кривичних дела“ се може лакше оправдати него прекогранична дела. Прилично је разумљиво да су нека кривична дела толико тешка да је потребно реаговати на нивоу међународне заједнице, али је потребно инкриминације уобличити уз поштовање свих традиционалних принципа на којима се заснива кривично право.

Друго питање је која кривична дела заслужују да буду у категорији „посебно тешких дела“. Члан 83. Уговора о функционисању Европске

30 S. Melander, *op. cit.*, 48.

31 S. Melander, *op. cit.*, 48.

уније садржи списак дела која могу да буду предмет усклађивања материјалног кривичног права. То су: тероризам, трговина људима и сексуална експлоатација жена и деце, илегална трговина наркотицима, илегална трговина оружјем, праће новца, корупција, компјутерски криминал и организовани криминал. Мора се имати на уму да овај члан само наводи, непрецизно, поједине облике криминалитета и не одређује прецизно бића појединих кривичних дела. Стога се поставља питање да ли сви набројани облици криминалитета заслужују реакцију Европске уније?

Илегална трговина опојним дрогама, на пример, покрива широк спектар кривичних дела и није сигурно да су сва кривична дела у овој категорији посебно тешка или да имају прекограничну димензију. Организовани криминал је веома широка категорија у коју се може убројити низ различитих кривичних дела, од који нека имају прекограничну димензију а друга немају. Како би се испунили ови услови, Европска унија мора да ограничи своје деловање на она дела у категоријама наведеним у члану 83. Уговора о функционисању Европске уније која заиста имају прекограничну димензију или су заиста тако тешка да постоји посебна потреба да се спрече заједничким деловањем.<sup>32</sup>

Као неминовно, намеће се и питање зашто, када већ прокламују начело законитости и принцип *ultima ratio* на нивоу ЕУ, нису превише заинтересовани да га уважавају, већ су одредбе правних извора регионалних и међународних организација којима се одређују кривична дела паушалне, прешироке и ширењем кривичноправне репресије, тј. кривичноправним експанзионизмом, нарушавају *ultima ratio* принцип.

Расправа о *ultima ratio* улози кривичног права је интензивирана након ступања на снагу Лисабонског уговора. Стокхолмски програм, петогодишњи стратешки план за период 2010–2014, усвојен одмах након што је Лисабонски споразум ступио на снагу, истиче да „одредбе кривичног права треба да буду примењене када се сматрају неопходним како би интереси били заштићени и по правилу да буду коришћене само у крајњој нужди“.<sup>33</sup> Позивање на принцип крајње нужде јасно приказује кривично право као последње средство.

Принцип *ultima ratio* је традиционално везан за национално кривично законодавство и представља део „културног наслеђа“ кривичног права.<sup>34</sup> Он по својој природи упућује на минималну интервенцију кривичног права, тј. прибегавање кривичноправној репресији треба

32 *Ibidem.*

33 EUROPEAN COUNCIL, EUROPEAN COUNCIL THE STOCKHOLM PROGRAMME — AN OPEN AND SECURE EUROPE SERVING AND PROTECTING CITIZENS (2010/C 115/01), Official Journal of the European Union.

34 J. Bengoetxea, H. Jung, K. Nuotio, *Ultima Ratio, is the Principle at Risk?* Onati Socio-Legal Series, 1/2013, online, <http://ssrn.com/abstract=2213166>

да буде крајње средство. Данас се чини да имамо супротну тенденцију у којој кривично право постаје *prima ratio*. Поставља се питање да ли тај претерани кривичноправни интервенционизам у националном кривичном праву има своје утемељење на европском плану, јер се често законодавац у националном законодавству, прописујући нека понашања као кривична дела, правда потребом усклађивања са појединим међународним и регионалним изворима.

Нажалост, потреба за имплементацијом међународних и регионалних извора права често није праћена адекватним законским образложењима. Не спроводе се никаква истраживања у погледу заступљености одређених недозвољених понашања, заборавља се да је кривично право *ultima ratio*. Најважнији закључак свакако подразумева да се инкриминисање не може везивати само за обавезе произашле из међународних докумената.

Иначе, захтеви који се постављају за начело законитости у унутрашњем праву би требало да буду исти и на европском плану. Међутим, као што смо видели, то баш и није тако. Према Лисабонском уговору, главна врста надлежности у кривичним стварима је успостављена чланом 83. став 1. Уговора о функционисању ЕУ. Стога би сегмент *lex certa* требало да има сложенији карактер јер се примењује у две фазе криминализације. Једна је на европском, а друга на националном нивоу. Ситуација у којој се дословно преносе директиве у национално право је неприхватљива, јер се на тај начин нарушава кохерентност националних кривичноправних система. Такође, ако би свака држава чланица једнострано, на свој начин усвајала дефиницију кривичног дела, ризукује се разилажење од стварних циљева ЕУ. Стога је потребно наћи средину. ЕУ настоји да утврди минимална правила за одређивање кривичних дела и *lex certa* треба да обавезује и европског законодавца, јер би у супротном било немогуће за националне законодавце да усвоје одређене инкриминације у својим националним системима.

### Утицај одлука Европског суда за људска права и Европског суда правде на национални правни поредак

Како је у теорији уопште, а и у овом раду, више пута истакнуто, велики број интервенција у кривичном законодавству је резултат потребе усаглашавања са релевантним документима ЕУ и СЕ, због чега је тешко улазити у озбиљну криминалнополитичку дискусију у погледу њихове оправданости.<sup>35</sup> Такође, пракса ЕСЉП и ЕСП обликује нацио-

35 З. Стојановић, Могуће измене Кривичног законика Србије, у зборнику: *Реформа кривичној права*, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Копаоник, 2014, стр. 15.

нално законодавство. Јасни су разлози због којих је ова тврдња више изражена код ЕСЉП. Када су у питању измене и допуне законских текстова, не треба занемарити ни утицај других институција, као што је на пример Организација за сарадњу и безбедност у Европи (ОЕБС). Таква мишљења и ставови, како се показало у прошлости, имају одређени значај, како у погледу измена и допуна Кривичног законика тако и у погледу других законских текстова (декриминализација клевете, нови Закон о јавном окупљању – раније Закон о окупљању грађана<sup>36</sup>, где је ОЕБС дао мишљење заједно са Венецијанском комисијом<sup>37</sup>, што је имало утицаја на доношење новог закона).

Можемо на почетку овог дела да кажемо да интегративни процеси глобализације воде ка томе да држава неке функције преноси на наднационалне организације и институције (чланство у ЕУ, ММФ, ОЕЦД, итд.). Међутим, за одржање националног идентитета, укључивање земље у међународне економске организације није толико значајно као укључење у ЕУ. Ту се може говорити о новом контексту који доводи до ерозије класичног концепта суверенитета. Због тога и ЕСП има велику улогу у дефинисању транснационалне заштите људских права. Дакле, тешко да ћемо у будућности, ако и када постанемо пуноправна чланица ЕУ, моћи да игноришемо делимични трансфер државне власти кажњавања на одређени „супранационални“ ниво.

Што се тиче ЕСЉП, интересантно је дати један општи поглед. Он је под великим утицајем англосаксонског права. Што се може рећи и за правне тековине ЕУ. То је посебно занимљиво, имајући у виду да државе чланице, углавном, припадају континенталној Европи. Ако до изласка Велике Британије из ЕУ дође, само ће Ирска остати да чува начела англосаксонског права, па се поставља питање да ли и даље постоје разлози, ако су икада и постојали, да се нека решења англосаксонског система задрже као оријентација на нивоу целе ЕУ, али и на нивоу Србије.

Пресуде ЕСЉП нису без значаја, напротив. На овом месту је важно поменути и да је ЕКЉП пре свега кривична, а утицај стразбуршке праксе је све већи. Улога судије, а посебно судије Уставног суда<sup>38</sup>, добија посебно на значају у светлу метода тумачења и стандарда које

36 *Сл. Гласник РС*, бр. бр. 51/92, 53/93, 67/93, 17/99, 33/99 и 48/94, „Службени лист СРЈ“, број 21/01 – Одлука СУС, „Службени гласник РС“, бр. 29/01, 101/05 и 88/15 – Одлука УС.

37 Мишљење бр. 597/2010 ODHIR Opinion-Nr.: FOA – SERB/165/2010 CDL/AD (2010) 031 Ор. Енгл. *Заједничко мишљење о Закону о јавном окупљању Републике Србије, Венецијанске комисије и OSCE/ODHIRa 84. Пленарна сесија, Венеција 15 и 16. 10. 2010.*

38 По оцени ЕСЉП, уставна жалба се сматра делотворним правним средством. Види: *Винчић и друшћу њројив Србије*, 1. децембар 2009. године, § 51.

примењује Европски суд за људска права. Одредбе које прокламују право на живот (члан 2 ЕКЉП), забрану мучења (члан 3 ЕКЉП) или кажњавање само на основу закона (члан 7 ЕКЉП), одликују се првенствено кривичноправним карактером. На другој страни, упркос непостојању одговарајућег члана у Европској конвенцији о људским правима који би се односио на кривични поступак, одредбе о праву на слободу и безбедност (члан 5 ЕКЉП) и праву на правично суђење (члан 6 ЕКЉП) имају суштински значај за ову материју. Не треба заборавити ни одредбе о праву на преиспитивање судске одлуке (члан 2 Протокола 7 уз ЕКЉП), праву на накнаду штете (члан 3 Протокола 7 уз ЕКЉП) и начело *ne bis in idem* (члан 4 Протокола 7 уз ЕКЉП). Велики процесни значај имају и поменути члан 3. ЕКЉП, као и одредба о праву на поштовање приватног и породичног живота (члан 8 ЕКЉП).<sup>39</sup>

Стандарди које поставља ЕКЉП су важни за националне правне системе јер постоји делотворна контрола ЕСЉП. У случају осуде државе, ЕСЉП указује на слабости њеног правног система. Поред тога што такве одлуке могу државу да коштају, постоји и могућност да држава у случају подношења нових представки буде осуђена због поступања које је супротно основним слободама и правима зајемченим ЕКЉП.<sup>40</sup>

Да бисмо упоредили значај одлука једног и другог суда анализираћемо примену и дејство начела *ne bis in idem* и покушати да утврдимо у којој мери је *ius puniendi* као есенцијално право за суверенитет држава угрожено. Постоји битна разлика између два суда. ЕСЉП се бави националним *ne bis in idem* који се примењује у домаћим правним порецима, за разлику од домаћаја одлука ЕСП.

У члану 4. Протокола 7. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода<sup>41</sup> истакнуто је да се никоме се не сме поново судити, нити се може поново казнити у кривичном поступку у надлежности *исте државе*<sup>42</sup>, 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

39 Г. Илић, Држава *versus* криминалитет и стандарди људских права, у: *Криминал и државна реакција: феноменологија, могућности и перспективе*, Палић, 2001, стр. 5–29.

40 *Ibidem*.

41 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.

42 Како став 1. наглашава надлежност „исте државе“, јасно је да су државе наведеном формулацијом ограничиле деловање начела на национални ниво.

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<sup>43</sup>. Дакле, ово право спада у ред апсолутно заштићених права која се не смеју дерогирати.

Када је у питању правна сигурност у кривичном праву, Устав Републике Србије<sup>44</sup> у члану 34. став 4. истиче да нико не може бити гоњен ни кажњен за кривично дело за које је правноснажном пресудом ослобођен или осуђен или за које је оптужба правноснажно одбијена или поступак правноснажно обустављен, нити судска одлука може бити измењена на штету окривљеног у поступку по ванредном правном леку.

На исти начин је ово начело регулисано и у Законнику о кривичном поступку<sup>45</sup> у члану 4.

У европским оквирима традиционално поимање начела *ne bis in idem* које се примењује унутар поједине националне јурисдикције уступа место европском схватању тог начела које је садржано у многобројним документима ЕУ и елаборирано у пракси Европског суда правде у Луксембургу.<sup>46</sup>

Дакле, правимо разлику између националног *ne bis in idem* којим се бави и СЕ, пре свега кроз ЕКЉП и јуриспруденцију ЕСЉП, где је ово начело зајамчено као основно људско право, са једне стране, и транснационалног *ne bis in idem* у оквиру правног поретка ЕУ, са друге стране, где ЕСП кроз своје одлуке признаје читав низ кривичноправних начела као општа начела права ЕУ. Ово начело је прокламовано у Повељи о ос-

43 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 разлосима 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.

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

45 „Сл. Гласник РС“, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014.

46 Е. I. Karas, *Načelo ne bis in idem u europskom kaznenom prostoru*, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb, br. 2/2014, стр. 271–273.



новним правима ЕУ.<sup>47</sup> Према члану 50. исте, никоме се не може судити или изрицати казна у кривичном поступку за казнена дела за која је већ правноснажно ослобођен или осуђен унутар Уније, у складу са законом.

Када је у питању ЕКЉП, ово начело није било прокламовано у изворном тексту. Управо је Протоколом VII конвенцијски текст надограђен, мада још увек неке државе чланице Савета Европе нису ратификовале овај протокол<sup>48</sup>, што би значило да нису обавезане конвенцијском забраном *ne bis in idem*. На тај начин је и ово конвенцијско начело релативизирано јер се не примењује на територији свих држава чланица СЕ.<sup>49</sup> Релативизирано је и у међународном контексту уопште, јер значи забрану поновног суђења и кажњавања особе у казненом поступку „исте државе“ за казнено дело за које је већ правноснажно осуђена или ослобођена у складу са законом и казним поступком „те државе“.<sup>50</sup> У Србији на пример, оно у начелу значи забрану двоструког суђења у нашој земљи, али се не забрањује поновно суђење за казнено дело за које је правноснажно пресуђено у иностранству, у складу са принципима просторног важења кривичног законодавства. Ово право не вреди, као што ћемо касније видети, у случајевима када је за казнено дело правноснажно пресуђено у државама потписницама Конвенције о имплементацији споразума из Шенгена у складу са чланом 54. и 55. истог.

Да се позабавимо прво националним *ne bis in idem*, а самим тим и одлукама ЕСЉП. Традиционално, државе су признале *ne bis in idem* начело у својим националним правним порецима. Али, под утицајем јудикатуре ЕСЉП, у средишту интересовања домаће научне и стручне јавности долази питање примене начела *ne bis in idem* и (не)могућности консекутивног вођења прекршајног и кривичног поступка, посебно након пресуде *Миленковић њројив Србије*.<sup>51</sup>

У казненом законодавству Републике Србије дуги низ година постоји аутентичан коцепт вишеструке кажњивости, изражен у члану 63. став 3. КЗ. Наиме, 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,

47 CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE EUROPEAN UNION, Official Journal of the European Communities, (2000/C 364/01).

48 На дан 31. 3. 2019. Немачка, Холандија и Велика Британија нису ратификовале овај Протокол.

49 У одлуци *Блокер њројив Холандије* (45282/99 од 7. 11. 2000) истакнуто је да је повреду права, да се не буде два пута осуђен или кажњен у истој ствари, могуће истицати само против државе која је ратификовала поменути протокол.

50 Е. И. Карас, *op. cit.*, р. 274.

51 *Миленковић њројив Србије*, 50124/13 од 1. марта 2016. године.

урачунава се у казну 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*. Али, ЕСЉП мисли другачије. Већина земаља из региона, које су биле у саставу бивше СФРЈ, познаје идентичну поставку вишестепене кажњивости. Међутим, пресуде ЕСЉП у предметима *Миленковић њројив Србије*, *Маресџи њројив Хрвајтске*<sup>52</sup>, *Томасовић њројив Хрвајтске*<sup>53</sup>, *Муслија њројив БиХ*<sup>54</sup> указују да то конвенцијско, истовремено и начело Устава Републике Србије и кривичног поступка у пракси редовних судова и Уставног суда Србије мора да доживи корениту промену. Након поменутих пресуда, које су у супротности са дотадашњом устаљеном праксом у Србији да се против истог лица које је својим понашањем остварило обележја кривичног дела и прекршаја могу истовремено или консекутивно покренути и кривични и прекршајни поступак, потребно је наћи суптилан начин да се правна схватања ЕСЉП-а примене у пракси. Највећу потешкоћу представља недовољно нормативно разграничење законских обележја прекршаја и кривичних дела, што пред нашег законодавца поставља нове задатке у погледу измене законских решења.

Дакле, 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 казне затвора. 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 имају законску могућност да гоне учиниоце таквих прекршаја без писмене сагласности јавног тужиоца. Кад донесе одлуку о прекршајном гоњењу, јавно тужилаштво би могло самостално да поднесе захтев за покретање прекр-

52 *Маресџи њројив Хрвајтске*, 55759/07 од 25. јуна 2009. године.

53 *Томасовић њројив Хрвајтске*, 53785/09 од 18. октобра 2011. године.

54 *Муслија њројив БиХ*, 32042/11 од 14. јануара 2014. године.

шајног поступка пред надлежним прекршајним судом и да као странка учествује у прекршајном поступку, или да евентуално наложи полицији, односно органу надлежном за гоњење у тој законској области, да преузме гоњење учиниоца прекршаја за наведени догађај.<sup>55</sup>

Упутство Уставног суда изречено у одлуци Уж 1285/2012 указује да непостојање јасног разграничења између кривичних дела и прекршаја у српском законодавству не сме да доведе до ситуације да у судској пракси пресуђена ствар у прекршајном поступку представља сметњу за прогон учинилаца кривичних дела. 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. Први део упутства се показао као споран у пракси ЕСЉП, док се у другом делу упутства идентификује проблем и пружа могуће решење.

ЕСЉП примену начела *ne bis in idem* спроводи кроз „тест“, путем којег анализира три кључна питања. Прво питање је да ли су оба поступка по својој природи казненоправна, тј. да ли се и први поступак има сматрати кривичним? Друго, најважније питање, је да ли се ради о истим догађајима, истим делима (*idem*)? И на крају, да ли је постојала двострукост поступка (*bis*)?

Појам „кривичног поступка“ из одредбе члана 4. Протокола 7. је шири од дефиниције кривичног поступка у домаћем праву. 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. *Енџел кријџеријума*<sup>56</sup>: квалификација дела у домаћем праву, природа противправног понашања и врста и тежина запрећене казне. Друго и треће мерило је алтернативно, не нужно кумулативно. То, међутим, не искључује кумулативни приступ када одвојена анализа сваког мерила не омогућује постизање јасног закључка о постојању оптужбе за кривично дело. По новијој пракси ЕСЉП, кривични поступак о којем говори став 1. има аутономно значење и мора да буде тумачен у светлу општих принципа који се примењују у вези са појмовима „кривична оптужба“ и „казна“.<sup>57</sup> Како се у теорији истиче, одређене дилеме може

55 Шире: С. Марковић, Улога полиције у сузбијању насиља у породици у прекршајном поступку, *Наука, безбедносћ и њолиција – Журнал за криминалистичку и њраво*, Криминалистичко-полицијска академија, Београд, бр. 2/2015, стр. 211–231.

56 *Енџел и друји њројив Холандије*, 5100/71 од 8. јуна 1976. године.

57 В. Беширевић & *et.al*, *Коменџар Конвенције за зашџићџу људских њрава и основних слобода*, Београд, 2017, стр. 721.

да створи формулација кривичног поступка у надлежности исте државе, у којем се никоме не може поново судити нити се може поново казнити.<sup>58</sup> Помињањем немогућности поновног суђења и поновног кажњавања за исто дело у члану 4. Став 1. Протокола број 7 „спојена“ су два различита приступа у приступу начела *ne bis in idem*.<sup>59</sup> У оквиру првог се правило *ne dabitur o istiom* везује за немогућност поновног суђења ако је поводом исте кривичне ствари већ правоснажно окончан поступак, без обзира на то да ли је у њему изречена казна. Услов *sine qua non* за примену начела *ne bis in idem* у складу са другим приступом јесте да је претходни поступак завршен правоснажном осудом и изрицањем казне.<sup>60</sup> С тим у вези је ЕСЉП у предмету *Franc Fischer против Аустрије*<sup>61</sup> истакао да ово право није ограничено на немогућност поновног кажњавања, већ обухвата немогућност поновног суђења за исто дело, да би у предмету *Nikitin против Русије*<sup>62</sup> појаснио да је реч о јемству које искључује могућност поновног гођења за исто дело.<sup>63</sup> Дакле, за забрану двоструког суђења кључна је претпоставка да је пресуда постала правоснажна. Конвенција забрањује не само двоструко кажњавање него и двоструко подвргавање казненом прогону и суђењу у околностима постојања ранијег правоснажног пресуђења.

У вези са критеријумом „квалификација дела у домаћем праву“ значајна је пресуда *Марести и против Хрватске*. 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 је 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 на то што се нека дела квалификују као прекршај у националном праву, ЕСЉП ипак понавља да одређена дела предста-

58 *Ibidem*.

59 *Ibidem*.

60 *Ibidem*.

61 *Franc Fischer против Аустрије*, 37950/97 од 29. 5. 2001.

62 *Никићин против Русије*, 50178/99 од 20. 7. 2004.

63 В. Беширевић & *et.al*, *op. cit.*, стр. 722.

вљају 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 и ројив Хрвајске* 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 подносиатељицу захтева прогласио кривом што је поседовала 0,14 грама 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 месеца, 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 *ne 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 се одврате 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.<sup>64</sup>

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

У вези са критеријумом „природа противправног понашања“ видети став 22. пресуде *Томасовић и ројив Хрвајске*. 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 бити у подручју 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 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 *Тош и ројив Хрвајске*<sup>65</sup> 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 су, оптужбе за вређање, претњу и спречавање службене особе у извршавању дужности такође 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 подудару у потпуности са дисциплинским питањима.

У вези са критеријумом „врста и тежина запрећене казне“ у пресуди *Марести и ројив Хрвајске* 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 подносиоца 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 кри-

65 *Toth protiv Hrvatske*, 49635/10 од 6. новембра 2012. године.

вично 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 *Томасовић иројив Хрвајтске* 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 забрањено. ЕСЉП 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.<sup>66</sup>

У погледу питања да ли се ради о истим догађајима, истим делима, ЕСЉП је, након својих ранијих различитих тумачења елемента „*idem*“, од случаја *Серјеј Золоџукин иројив Русије*<sup>67</sup> настојао да оконча правну несигурност у погледу питања јесу ли дела за која је апликант био кривично гоњен иста, и дао је усаглашено тумачење појма „иста дела“ – односно елемента *idem* садржаног у принципу *ne bis in idem*.

66 Интересантно је решено питање самице, тј. у којим случајевима се затворска казна продужава за време трајања самице или када остаје у истом трајању иако је изречена самица, тј. да ли додавање додатних дана на већ изречену казну представља кривичну санкцију. Тако је у случају *Тош иројив Хрвајтске* разматран критеријум „тежина и врста забрањене казне“ и питање самице, и питање самице, и додавање додатних дана на већ изречену казну затвора представља казнену санкцију. ЕСЉП је испитивао да ли се санкција којом се не продужује изречена затворска казна у војном или затворском контексту може сматрати „казненом“ (види *Eggs protiv Švicarske*, бр. 7341/76, одлука Комисије у којој је подносиатељ био кажњен са два дана самице; *H protiv Švicarske*, бр. 8778/79, одлука Комисије у којој је подносиатељ кажњен са три дана самице; *P иројив Француске*, бр. 11691/85, одлука Комисије у којој је подносиатељ био кажњен са дванаест дана самице итд.). У сваком од ових предмета Комисија и Суд сматрали су да пуко погоршање услова издржавања казне затвора услед мере као што је самица, није прихватљиво за довођење конкретног дисциплинског поступка у сферу „казненог“, у смислу Конвенцијског значења овог појма. У овом предмету, подносиатељ је кажњен са двадесет и једним даном самице, 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.

67 *Серјеј Золоџукин иројив Русије*, 14939/03 од 10. фебруара 2009. године.

Од тада ЕСЉП значајно консолидује своју праксу, те почиње да примењује чињенично утемељенији приступ, тј. „материјални идентитет дела“. До овог случаја, пракса ЕСЉП 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: „...ЕСЉП 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 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 за други деликт са сличним обележјем који је проистекао из истог догађаја.<sup>68</sup>

И на крају, треба да утврдимо да ли је постојала двострукост поступка (*bis*). Истиче се да је циљ члана 4. Протокола бр. 7. забрана понављања поступка који је окончан „правноснажном“ одлуком. Према *Извештају са објашњењима* уз Протокол 7, одлука је коначна „... ако је, према традиционалном изразу, стекла снагу *res iudicata*. 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).<sup>69</sup> Овај део који се односи на *res iudicata* много ћемо више обрадити у делу који се односи на рад ЕСП, са циљем да укажемо на значајне разлике које примена начела *ne bis in idem* има у пракси ЕСП и ЕСЉП.

У предмету *Миленковић против Србије* ЕСЉП утврђује повреду члана 4. Протокола 7. ЕКЉП. Миленковић је претходно осуђен за прекршај из члана 6. став 3. (вређање и насиље) Закона о јавном реду и миру на 4.000 динара, па потом осуђен по члану 121. став 2. Кривичног законика (тешка телесна повреда) на казну затвора од три месеца (накнадно амнестиран). Он је користио и право на уставну жалбу истичући повреду начела *ne bis in idem*, али му је иста одбијена.

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

69 Видети став 110. пресуде *Сергеј Золоћукин* и став 29. пресуде *Франц Фишер против Аустрије*, 37950/97 од 29. маја 2001. године.



Ова одлука представља „опомену“ Србији због двоструког суђења у истој ствари, односно због кумулирања прекршајног и кривичног поступка где је прекршајни суд осудом за прекршај обухватио обележја кривичног дела. Пракса истовременог или консекутивног вођења прекршајног и кривичног поступка на темељу чињеница које испуњавају обележја прекршаја и истовремено кривичних дела била је уобичајена на нашим просторима и темељила се на одредби члана 63. став 3. КЗ.

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.<sup>70</sup> 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, ЕСЉП је, применом тзв. „Енгелових критеријума“<sup>71</sup> 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. ЕСЉП је закључио да се оба поступка морају сматрати кривичним, у смислу члана 4. Протокола број 7 уз Конвенцију. Након тога, ЕСЉП је, применом критеријума из пресуде *Золойџукин*, 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 ЕСЉП 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, ЕСЉП је закључио да је подносилац представке „осуђен“ у прекршајном поступку, који се може упоредити са „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

70 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 били јасно другачији.

71 *Енџел и други њројшв Холандије*, 5100/71, од 8. јуна 1976. године.

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 *Золойукин*, а у циљу исправљања ситуације подносиоца представке. Из напред наведених разлога, ЕСЉП је утврдио повреду члана 4. Протокола број 7 уз Конвенцију. Суд 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 на то 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“.

Уставни суд Србије је настојао да у циљу заштите претежнијег интереса, поред утврђеног критеријума материјалног идентитета дела из пресуде *Serđej Zoloyukin йрошив Русије*, у сваком конкретном случају разматра 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*).<sup>72</sup> Међутим, имајући у виду најновију праксу ЕСЉП, потребно је оцену постојања идентитета дела (*idem*) вршити искључиво на основу чињенично утемељеног приступа, без додатних корективних критеријума.

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

---

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

у породици, насилничко понашање, насилничко понашање на спортским приредбама, ометање овлашћеног службеног лица у обављању послова безбедности или одржавања јавног реда и мира и слична.<sup>73</sup>

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 ЕСЉП могу државу Србију пуно да коштају, јер њихово извршење пада на терет буџетских средстава<sup>74</sup>, потребно је постојећу нормативну, законску основу *de lege ferenda* кориговати прецизирањем бића казних деликата. У том процесу ваљало би размишљати и о декриминализацији појединих понашања из Кривичног законика и њиховом уношењу у бића прекршаја.

Пратећи успостављену праксу, ЕСЉП УС у предмету *Уж 7014/2014* усваја уставну жалбу и утврђује повреду права на правну сигурност у казненом праву, зајемчену одредбом члана 34. став 4. Овде је подносилац уставне жалбе најпре прекршајно оглашен кривим, што је у самосталној угоститељској радњи нарушио јавни ред и мир тако што је физички насрнуо на неко лице и истог ударио шаком (песницом) у предео главе – левог ока, након чега се умешао власник локала и прекинуо даљи сукоб.

Након правноснажности наведеног прекршајног решења, подносилац уставне жалбе је оглашен кривим пресудом Основног суда (која је постала правноснажна доношењем оспорене пресуде Вишег суда), јер је у кафе-бару, у урачунљивом стању и са умишљајем, тешко телесно повредио оштећеног на тај начин што је пришао оштећеном са леђа и након што га је ухватио за десно раме и окренуо према себи, истог затвореном шаком руке ударио у леву страну лица у пределу јагодичне кости, којом приликом му је нанео тешку телесну повреду изражену у виду прелома јагодичне кости са леве стране и више лаких телесних повреда изражених у виду нагњечења меких ткива лица и крвног подлива око левог ока, јагодичног предела и образа, при чему је био свестан да је његово дело забрањено. Уважавајући праксу, ЕСЉП УС је применио

---

73 Н. Мрвић-Петровић, Поштовање начела *ne bis in idem* при суђењу за сличне прекршаје и кривична дела, *Наука, безбедности и полиција – Журнал за криминалистичку и право*, Криминалистичко-полицијска академија, Београд, бр. 2/2014, стр. 34.

74 Слично: Д. Коларић, С. Марковић, Основна људска права полицијских службеника у светлу новог Закона о полицији, *Српска полицијска мисао*, Институт за политичке студије, бр.3/ 2016, стр. 249; В. Бајовић, *Случај Миленковић – ne bis in idem* у кривичном и прекршајном поступку, у: *Казнена реакција у Србији VI део* (приредио Ђорђе Игњатовић), Правни факултет, Универзитет у Београду, 2016, стр. 243.

критеријуме на основу којих је утврдио да ли је дошло до повреде начела *ne bis in idem*, и то: 1) да ли су оба поступка која су вођена против подносиоца вођена за дело које по својој природи представља кажњиво дело, односно да ли је прва казна по својој природи била казненоправна; 2) да ли су дела због којих се подносилац казнено гони иста (*idem*); 3) да ли је постојала двострукост поступка (*bis*). 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 кривично дело које се односило на исто понашање за које је оглашен кривим у прекршајном и која су обухватала у суштини исте чињенице, Уставни суд је закључио да је оспореним пресудама дошло до повреде начела *ne bis in idem*. С обзиром на 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.

Препорука прекршајним судовима је да се ограничавају на утврђивање оних чињеница које чине биће прекршаја и да препусте кривичном суду да утврђује чињенице битне за постојање кривичног дела. Такође, потребно је да се поштује временски след и правила узрочности у кривичном праву. Из свађе и вике тешко да може да проистекне тешка телесна повреда, па би то било довољно да се утврди прекршај из члана 7. Закона о јавном реду и миру ( ремећење јавног реда и мира у смислу вербалног изражавања јаког интензитета на јавном месту), за разлику од кривичног дела до кога долази када неко лице ножем, руком или неким другим предметом наноси телесну повреду неком лицу. Тада у захтеву за покретање прекршајног поступка не треба описивати радњу кривичног дела и насталу последицу повреде, а у опису кривичног дела не треба описивати догађај за који је неко прекршајно кажњен, већ је довољно назначити „након претходне свађе...“ а можда чак ни то.<sup>75</sup>

Тако је нпр. у одлуци Уж 1256/2015 донета одбијајућа одлука. Против подносиоца уставне жалбе је најпре вођен прекршајни поступак у којем је правноснажно оглашен кривим због тога што је дана 20. фебруара 2011. године око 21,45 часова, приликом контроле и прегледа возила којим је управљао његов син, од стране полицијских службеника [...] приликом прегледа возила испод седишта возача пронађен и

75 В. Бајовић, „Случај Миленковић-*ne 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. 252.

један оквир са шест метака, за који је провером утврђено да је његово власништво, те да је након тога оспореном пресудом правноснажно окончан кривични поступак против њега у којем је оглашен кривим што је дана 20. фебруара 2011. године у Нишу неовлашћено носио, супротно одредби члана 5. став 3. Закона о оружју и муницији, ватрено оружје – пиштољ марке „ЦЗ М70“, калибра 7,65мм са шест метака и то од села до железничке станице.

У образложењу пресуде Апелационог суда у Нишу Кж1. 799/14 од 26. новембра 2014. године, наведено је да је пресудом Прекршајног суда у Нишу Пр. 05–4605/11 од 5. априла 2012. године окривљени оглашен кривим што је дана 20. фебруара 2011. године око 21,45 часова у Нишу приликом контроле и прегледа возила којим је управљао његов син од стране полицијског службеника приликом прегледа возила испод седишта возача пронађен пиштољ марке ЦЗ М-70, калибра 7,65 мм и један оквир са шест метака за који је провером утврђено да је власништво окривљеног, с обзиром да пријављени није на прописан и безбедан начин држао и чувао горе наведено ватрено оружје за које има дозволу за држање издату од стране надлежних органа како не би дошло у посед неовлашћених лица, чиме је учинио прекршај из члана 35. став 1. тачка б) Закона о оружју и муницији, за који је осуђен новчаном казном у висини од 7.000,00 динара, а првостепеном пресудом која се побија жалбом, оптужени је оглашен кривим што је са умишљајем и у урачунљивом стању, дана 20. фебруара 2011. године у Нишу, неовлашћено носио, супротно одредби члана 5. став 3. Закона о оружју и муницији, ватрено оружје – пиштољ марке ЦЗ М-70, калибра 7,65мм, са шест метака калибра 7,65мм у оквиру, и то од села до железничке станице у Нишу, а био је свестан да је његово дело забрањено. У образложењу оспорене другостепене пресуде је надаље наведено да како је пресудом прекршајног суда оптужени оглашен кривим да није на прописан начин безбедно држао и чувао ватрено оружје, док је побијаном пресудом оглашен кривим за неовлашћено ношење оружја од села до железничке станице у Нишу, иако се ради о догађају са истим временским и просторним континуитетом, међутим са потпуно другачијим радњама извршења, и то да радња ношења оружја од села до железничке станице у Нишу није била предмет разматрања прекршајног поступка, по оцени Апелационог суда, не ради се о истом чињеничном стању за које је оптужени оглашен кривим у прекршајном поступку.

По оцени Уставног суда, произлази да се радња кривичног дела из члана 348. став 4. у вези са ставом 1. Кривичног законика, која се огледа у неовлашћеном ношењу оружја за личну безбедност, у конкретном случају завршила доласком подносиоца уставне жалбе на железничку, односно главну аутобуску станицу у Нишу и изласком подносиоца из

возила у којем је оставио предметно оружје испод седишта сувозача, а да је радња због које је прекршајно кажњен – небезбедно чување оружја, започела у том тренутку када је подносилац уставне жалбе оставио оружје испод седишта сувозача и изашао из возила којим је управљао његов син, сазнавши да оружје неће моћи да носи надаље са собом, јер се врши детаљна контрола путника и пртљага у аутобусу којим је намеравао да настави путовање. Радње предметних деликата нису истоветне, јер се радња кривичног дела у конкретном случају завршава ношењем оружја од стране подносиоца на релацији од села до железничке станице у Нишу, које и временски и просторно претходе радњама извршења због којих је подносилац прекршајно кажњен, које се огледају у томе што је подносилац уставне жалбе, након доласка на железничку станицу и изласка из возила, оружје оставио испод седишта сувозача тог возила, којим је наставио да управља његов син. Наиме, Уставни суд указује на то да, у околностима конкретног случаја, вођењем кривичног поступка и изрицањем кривичне санкције подносиоцу уставне жалбе због тога што је носио оружје за личну безбедност без дозволе за његово ношење (члан 348. став 4. КЗ), након правноснажног окончања прекршајног поступка због тога што подносилац није држао и чувао ватрено оружје на безбедан и прописан начин како оно не би дошло у посед неовлашћених лица (члан 35. став 1. тачка б) у вези са чланом 12. Закона о оружју и муницији), не може се сматрати двоструким кажњавањем за исто дело, с обзиром на то да радње извршења нису истоветне.

Однос ЕСЉП треба схватити тако да они немају ништа против постојања дводеобне или тродеобне поделе казних понашања, али да је важно да се њихова обележја не подударају. То треба постићи на нормативном плану, али водити рачуна и у пракси да описи чињеничних стања буду различити.

Појединац не би требало да испашта због неспособности надлежних државних органа да правилно квалификују чињенице и благовремено изабере казнену реакцију најпримеренију конкретном случају. Ово важи, пре свега, када су у питању кривична дела која се гоне по службеној дужности. У теорији се истиче да проблем могу представљати кривична дела која се гоне по приватној тужби, а садрже и елементе прекршаја, јер у том случају покретање прекршајног поступка не зависи од „процене“ државног органа већ од оштећеног, а прекршајни поступак се оконча у року од три месеца у коме је приватни тужилац дужан да поднесе приватну тужбу, што би довело до тога да се ради о „пресуђеној ствари“. У таквом случају, могуће је да се застане са доношењем прекршајне пресуде до истека тромесечног рока за подношење приватне туж-

бе.<sup>76</sup> Међутим, треба имати у виду да ЕСЉП начело *ne bis in idem* ставља у контекст права на правично суђење, у оквиру члана 6, где се истичу права окривљених. И у одлуци *Миленковић иројив Србије* је постојао стицај више дела, од којих су нека гоњена по приватној тужби, па се то показало као секундарно, јер са становишта ЕСЉП-а покретање новог поступка док је други у току или након његовог довршења јесте закорачење у зону *ne bis in idem*, којом се штите права окривљеног.

Међутим, на овом месту треба приметити да иако је законодавац са Законом о прекршајима желео да покуша да превазиђе проблеме у пракси у вези са начелом *ne bis in idem*, збрка је још већа. Према члану 183, када надлежни суд прими захтев за покретање прекршајног поступка, испитаће да ли постоје услови за покретање прекршајног поступка и одлучити о његовом даљем току. Када захтев садржи податке о томе да је поводом истог догађаја покренут кривични поступак или поступак за привредни преступ, прекршајни суд ће списе предмета доставити надлежном суду на даље поступање и о томе обавестити подносиоца захтева. На тај начин суд ће поступити и када у току поступка сазна да се поводом истог догађаја води кривични поступак или поступак за привредни преступ. Наиме, често се дешава да се у време покретања прекршајног поступка, или касније, сазна да се поводом истог догађаја води кривични поступак. Прекршајни суд, по закону, у том случају доставља списе предмета тог суда кривичном суду, а имајући у виду члан 183. ст. 2. и 3. Закона о прекршајима. У пракси се често дешава да кривични суд врати списе предмета прекршајном суду када већ наступи апсолутна застарелост прекршајног гоњења, па у таквим ситуацијама прекршајни судови доносе решења о обустави кривичног поступка. Да се подсетимо, по старом закону постојала је могућност доношења решења о прекиду поступка<sup>77</sup>, а сада таква могућност не постоји. Имајући у виду одредбу члана 34. став 4 Устава, поставља се питање да ли би у таквој ситуацији дошло до повреде начела *ne bis in idem* ако би после решења о обустави прекршајног поступка био настављен кривични поступак и донета пресуда.

Важно је истаћи да је ЕСЉП покушао да изгради нове критеријуме када се ради о *ne bis in idem* у предмету *А. и Б. иројив Норвешке*<sup>78</sup>, у ситуацијама када су против подносиоца вођени различити поступци који су тако повезани да могу представљати једну заокружену целину, спроводећи тзв. тест довољно уске повезаности у садржинском и

76 В. Бајовић, *op. Cit.*, стр. 255.

77 Види: Уж 7746/2014.

78 *А. и Б. иројив Норвешке*, бр. 24130/11 и 29758/11 од 15. септембра 2016. године.

временском смислу. Дакле, након пресуде *Золоџукин њројив Русије*, број 14939/03, од 10. фебруара 2009. године, прихваћена је могућност да је изрицање различитих санкција, од стране различитих органа, које се односе на исто понашање, у одређеној мери допуштено на основу члана 4. Протокола 7 уз ЕКЉП, без обзира на постојање одлуке која има својство *res iudicata*, те да се комбинација санкција у тим предметима треба разматрати као целина. Ово стога, јер је закључак ЕСЉП да треба оставити могућност држави да легитимно изабере комплементарне одговоре на друштвено неприхватљиво понашање путем различитих поступака који чине повезану целину, како би се решили различити аспекти одређеног друштвеног проблема, под условом да укупност тих правних одговора не представља прекомеран терет за појединца на којег се односе, при томе водећи рачуна за успостављање правичне равнотеже између заштите интереса појединца који је заштићен начелом *ne bis in idem*, са једне стране и јавног интереса да се успостави потпуни регулаторни приступ у предметном подручју, са друге стране. Стога, закључак је да члан 4. Протокола 7 ЕКЉП не искључује вођење два поступка чак и до њиховог завршетка, ако су испуњени одређени услови. Приликом оцене да ли је у конкретном случају дошло до повреде начела *ne bis in idem*, неопходно је одговорити на следећа питања: 1) да ли су оба поступка која су вођена против неког лица вођена за дело које по својој природи представља кажњиво дело, односно да ли је прва казна по својој природи казнено-правна; 2) да ли су дела због којих се неко лице казнено гони иста (*idem*); 3) да ли је постојала двострукост поступка (*bis*); 4) да ли су два поступка довољно тесно повезана у садржинском и временском погледу, а у оквиру којег је потребно утврдити следеће критеријуме: да ли су се у различитим поступцима оствариле усклађене сврхе које се међусобно надопуњују и чине један јединствени поступак, те се тим поступцима обухватају различити аспекти противправног понашања, да ли је дуалитет тих поступака предвидљива последица, како у праву тако и у пракси истог оспораваног понашања (*idem*), да ли су ти поступци вођени на начин како би се што више избегло дуплирање у прикупљању и оцени доказа, сарадњом између различитих надлежних тела како би се чињенице утврђене у једном поступку користиле у другом поступку, те да ли је казна изречена у поступку који је први правноснажно окончан узета у обзир у поступку који је касније правноснажно окончан, и то на начин да укупан износ свих санкција буде сразмеран извршеном делу. Заправо, неопходно је испитати да ли различити поступци који се воде против окривљеног у суштини представљају усклађену целину, између којих постоји довољно блиска веза у садржини и времену, због које њихово паралелно вођење и кажњавање није у супротности са начелом *ne bis in idem*.



Интересантно је да у случају *Јоханесон и групи њроштив Исланда*<sup>79</sup> ЕСЉП још брижљивије разматра питања покренута у предмету *А.и Б. њроштив Норвешке*, па у том предмету утврђује да постоји повреда члана 4. Протокола 7, јер поступци треба да буду комбиновани на интегрисан начин, тако да се формира кохерентна целина, а у том случају није било довољно блиске везе, суштински и временски. По мишљењу ЕСЉП, овде је постојало само ограничено преклапање у времену, њихово комбиновано укупно трајање је било око девет година и три месеца, а паралелно су вођени мало дуже од годину дана, и друго, прикупљање и оцена доказа у два поступка су били засебни, јер је полиција спроводила своју сопствену независну истрагу.

Што се тиче транснационалног *ne bis in idem* у казненом праву ЕУ, његов домашај је проширен на однос између судова држава чланица ЕУ, па би у том смислу начело требало да се примењује не само у оквиру националне јурisdикције него међу јурisdикцијама држава чланица, како је то прокламовано у Повељи о основним правима ЕУ. У образложењу Повеље стоји да је одредба члана 50. у складу са чланом 4. Протокола 7, али је домашај проширен на ниво ЕУ између судова држава чланица. За разлику од конвенцијског, националног *ne bis in idem*, Повеља прокламује транснационални *ne bis in idem*. Након што дође до приступања Републике Србије ЕУ, у средишту интересовања ће бити нова, транснационална димензија тог начела, која се првенствено разматра кроз призму права на слободу кретања људи и капитала на интегрисаном простору ЕУ.<sup>80</sup>

Транснационални *ne bis in idem* се прокламује и у Конвенцији о имплементацији Шенгенског споразума<sup>81</sup> (*Convention implementing the Schengen Agreement of 14 June 1985 – CISA*) у члану 54, речима: „Особа према којој је поступак правноснажно окончан у једној страни уговорници не може бити казнено гоњена у другој страни уговорници за исте радње под условом да је, ако је изречена казна и извршена, тренутно у поступку извршења или се више, према законима уговорне стране која ју је изрекла, не може извршити“ (чл. 54. *CISA*). Ова Конвенција се често наводи као прва мултилатерална конвенција којом се установљује међународно *ne bis in idem* начело као индивидуално право *erga omnes*.<sup>82</sup> Члан 55. *CISA* предвиђа могућност одступања од начела *ne bis*

79 *Јоханесон и групи њроштив Исланда*, 22007/11 од 18. 5. 2017.

80 Е. И. Карас, *op. cit.*, p. 274.

81 The Schengen acquis – 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, *Document 42000A0922(02)*.

82 J. A. E. Vervaele, *Europsko kazneno pravo i opća načela prava Unije, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb, br. 2/2005, стр. 865.

*in idem* у једном од следећих случајева: ако су се дела на који се страна пресуда односи догодила у целости или делимично на њеној територији; у следећем случају, међутим, ово изузеће не важи ако су се дела делом догодила на територији уговорне странке у којој је пресуда донесена; ако дела, на које се страна пресуда односи, представљају дела против уставног уређења и безбедности или других једнако важних интереса те уговорне странке; ако су дела на које се страна пресуда односи учинили службеници те уговорне странке, кршењем своје службене дужности.

Баш када је у питању члан 54. у спојеним предметима *G'zütok and Brügge*<sup>83</sup> национални судови су се обратили Европском суду правде ради доношења претходне одлуке у вези са његовим тумачењем. Гозуток (*G'zütok*) је турски држављанин који је живео у Холандији. У његовом кафићу пронађено је неколико килограма хашиша и марихуане. Јавни тужилац је одустао од гоњења јер је он прихватио примену опортунитета и испунио неке услове у циљу избегавања кривичног поступка (платио је износ од 3.000 NLG и 750 NLG). Након тога, немачке власти су покренуле поступак због трговине дрогом у Холандији и изрекле му условну осуду. И окривљени и јавни тужилац су уложили жалбе. Виши регионални суд је одлучио да прекине поступак и упути претходно питање Европском суду правде. Бруге (*Brügge*) је немачки држављанин који живи у Немачкој али су га белгијске власти оптужиле за тешку телесну повреду гђе Лелиерт (*Leliaert*) у Белгији. Покренута је истрага и у Белгији и у Немачкој. Током поступка пред судом у Белгији, јавни тужилац у Бону понудио је Бругеу нагодбу путем опортунитета ако плати 1.000 DEM. Суд у Белгији одлучио је прекинути поступак и упутити претходно питање Европском суду правде.

ЕСП је одлучио да се начело *ne bis in idem*, прописано у члану 54. *CISA* примењује и у поступцима којима се забрањује даљи прогон, као што су поступци о којима се ради у овим предметима, у којима је јавни тужилац обуставио поступак покренут у тој држави, без укључивања суда, након што је оптуженик испунио одређене обавезе, а посебно након што је платио одређени износ који је одредио тужилац. Један од кључних аргумената ЕСП био је да се ради о одлуци органа власти који према одредбама националног права чини део система кривичног правосуђа, као и чињеница да је доношењем наведених одлука тужилац мериторно испитао околности конкретног случаја.<sup>84</sup>

Управо ту је дошла до изражаја и разлика између ЕСЉП и ЕСП. Наиме, ЕСЉП дејства начела везује за правноснажно осуђене или

83 Judgment of the Court of Justice of 11 February 2003, ECR 2003, I-5689.

84 В. Беширевић & *et. al.*, *op. cit.*, стр. 722–723.

ослобођене. Реч је о мериторним одлукама којима се решава кривична ствар<sup>85</sup> Када је у питању одустанак јавног тужиоца од гоњења по одлукама ЕСЉП, нема места примени члана 4. става 1. Протокола број 7<sup>86</sup> У погледу пресуде којом се оптужба одбија нема јасних критеријума ЕСЉП. Чак је у предмету *Мариуш Ђројив Хрвајске*<sup>87</sup> ЕСЉП заобишао одговор на питање представља ли правноснажна одбијајућа пресуда због амнестије пресуђену ствар, већ је само истакао да је у случајевима тешких повреда људских права веома важно да поступак и осуда не буду онемогућени застарелосту или амнестијом и помиловањем, те је у конкретном случају утврдио да нема места примени члана 4. Протокола број 7. У неким случајевима, ЕСЉП је оцењивао окончање поступка у светлу одлука несудских органа (*Градинер Ђројив Аустрије*<sup>88</sup>, *Оливеира Ђројив Швајцарске*<sup>89</sup>) где је процењивао казни карактер изречене мере, обавезе, санкције. У вези са тим може се поставити питање да ли одустанак јавног тужиоца од гоњења, након што је оптужени испунио обавезе које му је тужилац одредио, повлачи примену члана 4. Протокола број 7. Дакле, овде остаје осуда, па се питање своди на оцену о казном карактеру мере или обавезе и да ли је то довољно за извођење закључка о немогућности гоњења за исто дело. Са друге стране, као што смо видели, ЕСП је детаљније елаборирао правноснажно пресуђене ствари. Он је проширио подручје примене *ne bis in idem* и на пресуде због наступања застарелости кривичног гоњења, те на различите одлуке јавног тужиоца којом се окончава кривични поступак, али водећи рачуна о томе да ли је одлука донесена након преиспитивања чињеница које се односе на меритум предмета.

Што се тиче сличности између ЕСП и ЕСЉП, већ смо раније поменули одредбу Повеље која прописује да се поједина права из Повеље морају тумачити као и одговарајућа права из ЕКЉП, којом је створена основа за утемељење пресуда ЕСП на одлукама ЕСЉП. Но, познат је и обрнути процес. На пример, Велико веће ЕСЉП се у пресуди *Золојукин Ђројив Русије* изреком позвало на праксу ЕСП у погледу концепта „истих радњи“. Даље, оба суда примењују правила *Engel* када процењују представља ли одређена санкција кривичноправну санкцију.<sup>90</sup>

85 *Ibidem*.

86 *Мариуш Ђројив Хрвајске*, 4455/10 од 27.05.2014, став 120.

87 *Мариуш Ђројив Хрвајске*, 4455/10 од 27.05.2014.

88 *Градинер Ђројив Аустрије*, 15963/90 од 23. 10. 1995.

89 *Оливеира Ђројив Швајцарске*, 84/1997/868/1080 од 30. 7. 1998.

90 Е. И. Карас, *op. cit.*, р. 293.

## Међународно кривично право и *ius puniendi*

Говорили смо пуно о процесу европеизације кривичног права али не можемо да се не осврнемо и на процес интернационализације, који се нужно проучава кроз рад организације Уједињених нација и међународне уговоре које она доноси. Дакле, на ерозију концепта суверенитета је утицала и интернационализација, једним делом, као и европеизација (кроз ратификацију и усаглашавање са међународним уговорима па нема потребе понављати исто), и другим делом кроз почетак рада Међународног кривичног суда (МКС) и развој међународног кривичног права уопште.

У вези са овим делом рада изнећемо укратко импресије о перспективи даљег развоја међународног кривичног права и његовом утицају на национални правни поредак. Римски статут<sup>91</sup> представља главну и велику прекретницу у развоју међународног кривичног права, уз све примедбе које му се могу упутити.<sup>92</sup> Али желимо да, овог тренутка, оставимо по страни неразвијене норме којима се уређују општи институти кривичног права и одређују кривична дела у надлежности Међународног кривичног суда, као и дугогодишњу неспремност међународне заједнице да елементе бића појединих дела формулише (агресија). Кључно питање које се у развоју међународног кривичног права

91 „Сл. Лист СРЈ-међународни уговори“ бр. 5/2001.

92 Тако се у теорији истиче да Римски статут има неке од системских грешака које смо већ видели код његових претходника, али је у исто време лишен неких од најзначајнијих, јер је донет, између осталог, као одговор на мане Трибунала. Можда најважније од свега јесте чињеница да временска надлежност МКС није повратна. Судије се бирају унапред за кривична дела која ће се тек десити. Његов рад подлеже надзору скупштине држава чланица. Највећа мана му је висока неодређеност норми. Кривично право мора да буде јасно одређено и да до танчина одређује елементе кривичних дела. Међународно кривично право је, када се пореди са било којим просечним унутрашњим кривичним правом, скуп правних правила чије је важење често у питању, а значење у великој мери неодређено. У погледу материјалноправних норми Римског статута, овај закључак стоји, истина у мањој мери него за целину међународног кривичног права. Ослањање на кривично право са повратним дејство била је највећа претња легитимитету међународног кривичног правосуђа XX века. Највећа претња данас јесте ослањање на неодређене правне норме. Ова системска грешка (неодређеност норми) је намерна. Она је природна последица поступања држава које надзиру међународни легислативни поступак. Оне су невољне да отклоне преклапања, празнине и нејасноће у међународном кривичном праву. То је разумљиво, с обзиром на то да се геноцид и злочини против човечности појављују у оквиру државног деловања и политике, а државе нису спремне да криминализују понашања својих високих службеника. Државе и даље теже да заштите краткорочне националне интересе, пре него опште људске вредности. *Види*: Б. Ристивојевић, Утицај политике на развој и уобличавање међународног кривичног права, *Анали Правној факултету*, бр.1/2011. стр. 217.

често поставља је да ли је могуће кажњавање без суверена? Неки теоретичари у последњој деценији настоје да дају одговор и свој допринос објашњењу преласка дела надлежности са националног суверена на супранационални ниво. И сви они су препознатљиви по пропагирању и стављању у први план идеја Канта о правима грађана света.

*Кај Амбос (Kai Ambos)* покушава да развије концепт светског друштва састављеног од грађана света чије право – право грађанина света<sup>93</sup> – следи из универзалних, недељивих и интеркултурално признатих људских права заснованих на Кантовом концепту људског достојанства као извора фундаменталних људских права која морају бити заштићена од стране супра или транснационалног кривичног права.<sup>94</sup>

Најважнија теоријска слабост постојећег међународног кривичног права је управо постојање казненог система без државе, пунитивне моћи без суверена и питање легитимитета да МКС примењује систем кривичних санкција на учиниоце кривичних дела која су стављена у његову надлежност. Свесни су тога и теоретичари кривичног права, али и творци Римског статута. Наиме, у Преамбули Римског статута се истиче да тешки злочини угрожавају мир, сигурност и добробит света, да не смеју проћи некажњено, а да њихово, и ефикасно кривично гоњење њихових извршилаца, мора бити обезбеђено предузимањем одговарајућих мера на националном нивоу и јачањем међународне сарадње, да се досадашња пракса некажњавања учинилаца ових кривичних дела мора променити што ће превентивно деловати. Даље, подсећа се на дужност сваке државе да, у складу са својом стварном надлежношћу, покрене кривични поступак против лица која су учинила кривична дела регулисана међународним документима, наглашавајући да ће Међународни кривични суд основан по овом Статуту бити комплементаран са националним кривичним законодавствима.

Дакле, и у Преамбули и у каснијим одредбама, истиче се принцип комплементарности управо услед недостатка задовољавајућег одговора на питање *ius puniendi*. Мерон је такође нагласио кључну улогу коју имају напори на обезбеђивању принципијелног позивања на одговорност на националном нивоу, напомињући да се и у самом Статуту огледа важност која се придаје правосудним поступцима на националном нивоу. Према речима Мерона: „Доследан њрисџуи њозивању на одговорност за кршења међународној њрава у целом свету, њосебно од сџране

93 Г. Радбрух, *Филозофија њрава*, Правни факултет Универзитет у Београду, 2006, стр. 194.

94 К. Ambos, Punishment without a Sovereign? The *Ius Puniendi* Issue of International Criminal Law: A First Contribution towards a Consistent Theory of International Criminal Law, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2013, p. 1.

судова на националном нивоу, представља једини начин да се обезбеди једнакост и нејириситрасност у третману, да се обезбеди да се принцип комплементарности успешно примењује и да се обезбеди темељно поштовање владавине права“.<sup>95</sup>

Али, пре него што се задржимо на концепту који настоји да оправда *ius puniendi* МКС, можда није лоше да елиминишемо она значења МКП која нам за ову прилику нису од значаја. Наиме, говори се о најмање шест различитих значења појма међународног кривичног права.<sup>96</sup> Али, ми ћемо се за потребе овог рада ограничити на четири значења: МКП као право везано за просторно важење, тј. разграничење кривичне надлежности међу државама; МКП као право везано за међународну сарадњу у кривичним стварима; МКП као транснационално кривично право; МКП као супранационално кривично право *stricto sensu*.<sup>97</sup> Прва два значења се тичу националног права и заједничке правне сарадње у кривичним стварима. Трећа група је индиректно повезана са темом и некада је тешко повући прецизну линију разграничења између тзв. правих или тешких међународних кривичних дела или супранационалних кривичних дела и транснационалних, са друге стране. Они који се баве међународним кривичним правом прихватају углавном разликовање на дела регулисана међународним уговорима (*treaty-based*) или транснационална кривична дела и супранационална или истинска међународна кривична дела (*true/core*). Пример за потоње су чланови 5–8 Римског статута (геноцид, ратни злочини, злочин против човечности и агресија), док су дела регулисана међународним уговорима есенцијално транснационална (нпр. мучење, тероризам, нарко деликти...).

По неким теоретичарима, супранационални *ius puniendi* може се извести из комбинације постојања супранационалног светског поретка и концепта светског друштва, састављеног од грађана света чије право – право грађанина света<sup>98</sup> – следи из универзалних, недељивих и ин-теркултурално признатих људских права заснованих на Кантовом концепту људског достојанства. Ова комбинација колектива и појединца је имплицитно наведена и у Преамбули Римског статута. Са једне стране помиње се колектив, а то је „међународна заједница, мир, сигурност и добробит света“ и ефикасно гоњење међународних злочина којима

95 Цитирано према: K. Ambos, Punishment without a Sovereign? The *Ius Puniendi* Issue of International Criminal Law: A First Contribution towards a Consistent Theory of International Criminal Law, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2013, p. 1–23.

96 G. Schwarzenberger, *The Problem of an International Criminal Law*, 1950, 3 CLP 263, 264–74.

97 K. Ambos, *op. cit.*, p. 3.

98 Г. Радбрух, *Филозофија права*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2006, стр. 194.

се повређују основне вредности, а са друге стране, на индивидуалном нивоу, ту су злочини, учиниоци, жртве и циљ-заштита људских права кроз гоњење и кажњавање злочина која крше ова права. На колективном нивоу, међународни „core“ злочини додирују међународну заједницу која, има право да предузме акцију против учинилаца ових дела. Таква заједница је држалац међународног *ius puniendi*. Легитимитет изузимања државне, националне моћи је поштовање фундаменталних људских права.<sup>99</sup> Дакле, Мисија МКП и МКС има две стране. Колективну и индивидуалну.

На крају овог дела можемо да се сложимо да су циљеви међународног кривичног права племенити, али и да су очекивања била превелика. И даље из њега извиру основне слабости којих не можемо да се ослободимо, а то су: недовољно развијене норме и немогућност да се оне једнако примењују према свима. Римски статут није први акт међународног кривичног права који је препун неодређених и великих потврда неких права које могу да значе све, али у исто време не морају да значе ништа.<sup>100</sup> Ово је, у првом реду, последица тога што политичка, пре него правна, питања преовлађују приликом стварања конвенција у међународном кривичном праву. У другом реду, овакво стање је последица чињенице да акте у области међународног кривичног права не припремају стручњаци за кривично право, већ дипломате и политичари.<sup>101</sup>

### Закључне напомене

На крају, прихватамо да тзв. интернационализација, тј. европеизација кривичног права која се манифестује кроз низ димензија које смо помињали и обрадили, као што су: хармонизација бића кривичних дела, унификација казни, узајамна правна помоћ у кривичним стварима, успостављање и рад наднационалних тела која треба да олакшају ту сарадњу и рад наднационалних правосудних органа, јесте показатељ одговарајућих, али не системских већ почетних промена које је задесило кривично право.

Када је у питању рад наднационалних правосудних органа, одређени значај имају и ЕСЉП и ЕСП. У случају транснационалног *ne bis in idem* ради се о признању *res judicata* страној кривичној пресуди, што је доста оспоравано, посебно када је реч о кривичним делима учињеним на територији сопствене државе, јер национални правни системи немају довољно поверења у правосудни систем друге државе. *Ius*

99 К. Ambos, *op. cit.*, p. 3–15.

100 Б. Ристивојевић, *op. cit.*, p. 218.

101 *Ibidem*.

*puniendi* државе ће, укључивањем у ЕУ, бити значајно више ограничен него у случају рада и утицаја ЕСЉП. Ако узмемо у обзир да је главни циљ транснационалног *ne bis in idem* осигурање слободног кретања људи на подручју ЕУ, у условима великих разлика између појединих кривичноправних поредака, ширење подручја примене *ne bis in idem* чини се неизбежним.<sup>102</sup>

Са друге стране, када погледамо ЕСЉП можемо закључити да су његове одлуке формално обавезујуће *inter partes*, што јасно произилази из члана 46. ЕКЉП у коме је наглашено да се уговорне стране обавезују да се повинују коначној одлуци ЕСЉП у предметима у којима су странке. Дакле, то не важи за државе које нису стране у конкретном случају. Међутим, како се у литератури оправдано истиче, у тим одлукама постоји и *de facto erga omnes* однос.<sup>103</sup> До њега долазимо кроз принцип *res interpretata* и оно што зовемо поље слободне процене. Наиме, члан 32. ЕСЉП истиче да се надлежност ЕСЉП протеже на све предмете који се тичу тумачења и примене ове Конвенције. Дакле, ЕСЉП има улогу у тумачењу *in abstracto* и примени *in concreto* Конвенције. Интерпретативно дејство је, поред одговарајућих одредби ЕКЉП, дошло до изражаја и у бројним одлукама ЕСЉП. То ствара обавезу за стране потписнице Конвенције да узму у обзир одлуке ЕСЉП, без обзира на то да ли се оне односе на њих или на другу државу, што онда *de facto* ствара *erga omnes* ефекат када је у питању пракса ЕСЉП. Комитет за људска права је у својим извештајима истакао да је када посматрамо будућност ЕСЉП потребно развијати даље принцип *res interpretata*, тако што ће ЕСЉП, када год је то могуће, консолидовати судску праксу и дати генералне интерпретативне смернице, што ће омогућити носиоцима државних органа на националном нивоу да унапред знају и примењују праксу ЕСЉП.<sup>104</sup> Поред овог *de facto erga omnes* односа, *de jure erga omnes* постоји када је ЕКЉП наведена као извор права. И на крају, када је у питању обавезујућа природа пресуда ЕСЉП, поменућемо још и тзв. „пилот пресуде“. ЕСЉП је, суочен са великим бројем предмета, прибегао новом начину одлучивања, који није изричито предвиђен одредбама ЕКЉП. То је ефикасан начин решавања тзв. репетитивних спорова. То су спорови који су у погледу предмета јако слични и који често указују на одређени недостатак правног система државе у питању. У циљу избегавања одлучивања по свим представ-

102 *Ibidem*.

103 О. М. Arnardóttir, *Res Interpretata, Erga Omnes Effect and the Role of the Margin of Appreciation in Giving Domestic Effect to the Judgments of the European Court of Human Rights*, *EJIL*, 3/2017, p. 842–843.

104 *Ibidem*.



кама са сличним предметом спора које су доспеле или се очекује да ће доспети у ЕСЉП, овај орган је прибегао доношењу пресуда којима се по стандардној процедури одлучује о основаности представке, али уз указивање на одређени системски недостатак.<sup>105</sup> Битна карактеристика пилот пресуде је утврђени системски недостатак у унутрашњем праву и позив за његово уклањање. Пресуда излази из оквира односа између странака у конкретном спору и интереса индивидуалног подносиоца представке и упућује на потребу да се утврђени недостатак отклони, како би се избегло вођење других сличних поступака. Дакле, поента је да држава добије рок да отклони системски недостатак, па се поступак у осталим сличним случајевима зауставља и ЕСЉП неће одлучивати до истека рока. Када држава отклони недостатке подносиоци представки ће решење свог проблема наћи пред органима своје државе.<sup>106</sup> Још је давних дана Аристотел рекао да једнаке ствари треба третирати једнако, а неједнаке неједнако.

ЕСЉП евидентно проширује гаранције основних слобода. Без обзира на то да ли се одлуке ЕСЉП односе на стандарде лишења слободе, право на правично суђење или „тврдо језгро“ људских права, оне су потврда стварног поштовања људских права, уз опаску да и даље треба радити на уједначавању праксе, што је за националне правне системе од велике важности.

## ЛИТЕРАТУРА

- Ambos, K., Punishment without a Sovereign? The Ius Puniendi Issue of International Criminal Law: A First Contribution towards a Consistent Theory of International Criminal Law, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2013.
- Arnardóttir, O. M., *Res Interpretata, Erga Omnes Effect and the Role of the Margin of Appreciation in Giving Domestic Effect to the Judgments of the European Court of Human Rights*, EJIL, 2/2017.

---

105 Суд је о представци први пут одлучио у форми пилот пресуде у предмету *Broniowski v. Poland*. Представка се односила на обавезу државе да лицима која су после Другог светског рата исељена са подручја која нису ушла у састав Пољске надокнади вредност остављених некретнина. Ову своју обавезу Пољска више деценија није испуњавала, тако да је у Суд приспео јако велики број представки, при чему је према званичним регистрима било око 80.000 лица која су се могла јавити као потенцијални подносиоци представки. У оваквим околностима, Суд је позитивно одлучио о представци у наведеном предмету, али је у својој пресуди указао и на недостатке у правном систему Пољске и потребу да се проблем системски реши.

106 Алишић и други *прошив БиХ, Хрвајске, Србије, Словеније и БЈР Македоније*, 60642/08 од 6. 12. 2012.

- Бајовић, В., Случај Миленковић-*ne bis in idem* у кривичном и прекршајном поступку, у: Казнена реакција у Србији VI део (приредио Ђорђе Игњатовић), Правни факултет-Универзитет у Београду, 2016.
- Беширевић, В., & *et.al*, *Коментар Конвенције за заштитију људских њрава и основних слобода*, Београд, 2017.
- Vervaele, J.A.E., *Europsko kazneno pravo i opća načela prava Unije*, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb, бр. 2/2005.
- Илић, Г., Држава *versus* криминалитет и стандарди људских права, у: *Криминал и државна реакција: феноменологија, моућностии и ѡерсијективије*, Палић, 2001.
- Kaiafa-Gbandi, M., The Importance of Core Principles of Substantive Criminal Law for a European Criminal Policy Respecting Fundamental Rights and the Rule of Law, *European Criminal Law Review*, 1/2011.
- Карас, Е. И., *Načelo ne bis in idem* у европском казненом простору, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb, бр. 2/2014.
- Коларић, Д., Нова концепција кривичних дела тероризма у Кривичном закону Србије, *Crimen*, бр. 1/2013.
- Коларић, Д., Марковић, С., Основна људска права полицијских службеника у светлу новог Закона о полицији, *Српска ѡполицијска мисао*, Институт за политичке студије, бр. 3/ 2016.
- Марковић, С., Улога полиције у сузбијању насиља у породици у прекршајном поступку, *Наука, безбедност и ѡполиција – Журнал за криминалистичку и ѡправо*, Криминалистичко-полицијска академија, Београд, бр. 2/2015.
- Melander, S., *Ultima ratio in European Criminal Law*, *Onati Socio-Legal Series*, Onati International Institute for the Sociology of Law, 1/2013.
- Мрвић-Петровић, Н., Поштовање начела *ne bis in idem* при суђењу за сличне прекршаје и кривична дела, *Наука, безбедност и ѡполиција – Журнал за криминалистичку и ѡправо*, Криминалистичко-полицијска академија, Београд, бр. 2/2014.
- Novak, S., The internationalization of the Polish criminal law: how the Polish criminal law changed under the influence of globalization, *Crime, Law and Social Change*, Springer Netherlands, 2013.
- Радбрух, Г., *Филозофија ѡрава*, Правни факултет Универзитет у Београду, 2006, стр. 194.
- Ристивојевић, В., Утицај политике на развој и уобличавање међународног кривичног права, *Анали Правној факултетија*, бр.1/2011.
- Симовић-Хибер, И., *Систем расцрава о идеји владавине ѡрава основама кривичној закона ѡјму злочиначке црује и инцтернационализацији кривичној ѡрава*, Београд, 2007.
- Стојановић, З., Могуће измене Кривичног законика Србије, у зборнику: *Реформа кривичној ѡрава*, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Копаоник, 2014.

- Стојановић, З., *Кривично право-ојшћи гео*, Београд, 2015.
- Стојановић, З., Могуће измене Кривичног законика Србије, у зборнику: *Реформа кривичној права*, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Копаоник, 2014.
- Schwarzenberger, G., *The Problem of an International Criminal Law*, 1950.
- Twining, W., *General Jurisprudence*, Cambridge University Press, 2009.
- Hirsch, H. J., „Internationalisierung des Strafrechts und Strafrechtswissenschaft“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 116. Band, 2004, Heft 4.
- Cavadino, M., Dignan, J., *Penal Systems-a comparative approach*, Sage Publications Ins, London, 2006.
- Чавошки, А., Правна природа и правно дејство правних аката у трећем стубу, у: *Право и политика ЕУ из перспективе домаћих аутора*, Београд, 2009.

## IUS PUNIENDI AND THE SOVEREIGNTY OF STATE IN THE ERA OF GLOBALIZATION

Dragana Kolarić

*University of Criminal Investigation and Police Studies  
and  
The Constitutional Court of Republic of Serbia*

**Summary:** In the introductory remarks the author notices the changes that occurred at the end of the previous and the beginning of this century, and that strongly influenced the traditional concept of “the right to punish”. With a new approach we reassess the old one, *i.e.* the statement that relating to the sovereign right of the state which is based on state coercion. The first part of the paper is dedicated to the analysis of development and progress of “European criminal law” and its influence on national legislation. In this context, we will also be dealing with material criminal law of EU and broader, through European criminal legislature. In the second part, as a necessary consequence of the first, the influence of European Court of Human Rights to national legal order is considered, but also the future contribution of European Court of Justice to the harmonization of criminal law in the legal order of EU. At this point it is also important to mention that the European Convention on Basic Human Rights is primarily punitive, and the influence of Strasbourg practice enlarges. The role of judge, particularly the judge of Constitutional Court, becomes more important in the light of methods of interpreting and standards applied by ECHR. The standards set by ECHR are important for national legal systems, because an effective control of ECHR exists. In the case of state condemnation, ECHR points out the weaknesses of her legal system. Apart from the fact that such decisions can represent a cost for the state, there is a possibility that the state, in case of submitting new applications, becomes convicted for violation of fundamental freedom and rights guaranteed by ECHR. In the third part, of no lesser importance, the development of criminal law and its relation to national legislation is considered. In the final remarks, the author points out the new international context and position of *ius puniendi*.

**Key words:** right to punishment, globalization, European criminal law, European Union, European Court on Human Rights, European Court of Justice, international criminal law.

