

Saša B. Bovan\*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

## METODSKI POTENCIJALI HERMENEUTIČKOG PRAGMATIZMA U RAZUMEVANJU I PRIMENI NAČELA NE BIS IN IDEM

**Apstrakt:** U radu se razmatraju saznajne mogućnosti hermeneutičkog pragmatizma u razrešavanju kontroverzi vezanih za primenu načela *ne bis in idem*. U krajnjoj liniji, ovaj rad je pokušaj da se pronađe srednje rešenje između hermeneutičkog realizma, koji dolazi do izražaja u poslednjim presudama Evropskog suda za ljudska prava na ovu temu, i hermeneutičkog relativizma, izraženog u delu pravne teorije i praksi sudova u SAD, gde se zapravo konfrontiraju dva ključna načela pravnog poretka: pravna sigurnost i pravičnost. Srednje rešenje za koje se zalažemo u ovom slučaju predstavlja pokušaj relativizacije načela *ne bis in idem* u situacijama kada se postavi dilema dvostrukog suđenja, ali relativizacije koja će uspeti da izbegne zamke arbitrarnosti u ovoj oblasti. U suštini, ovaj pristup polazi od hipoteze da ocenu istovetnosti kažnjivog dela treba vršiti ne samo polazeći od činjeničnog stanja već i sa stanovišta vrednosti koje se štite u konkretnom slučaju.

Kumulativnost kriterijuma ocene istovetnosti dela nije posebna novina ovog pristupa. Drugi bitan momenat zapravo je odgovarajući pokušaj teorijskog opravdanja ovog pristupa. Taj pokušaj se fokusira na jedno realističko shvatanje teleološkog metoda po formuli „vaganje interesa na osnovu vaganja činjenica“ što omogućava formulisanje modela primene principa *ne bis in idem* u gore izloženom smislu.

**Ključne reči:** hermeneutički pragmatizam, ne bis in idem, Evropski sud za ljudska prava, istovetnost dela, pravna sigurnost, pravičnost.

### 1. UVODNE NAPOMENE

Načelo *ne bis in idem*, odveć je poznato, predstavlja jedno od temeljnih načela krivičnoprocesnog zakonodavstva,<sup>1</sup> koje se svrstava u red principa krivičnog gonjenja, zajedno sa načelom akuzatornosti, legaliteta i oportuniteta krivičnog postupka.<sup>2</sup>

---

\* redovni profesor, bovan@ius.bg.ac.rs

1 Među najranijim istorijskim zapisima koji pominju načelo *ne bis in idem* spada Demostenov govor protiv Leptina iz 356. godine p. n. e.

2 M. Škulić /2012/: *Krivično procesno pravo*, Beograd, p. 43–58. U starijoj literaturi iz ove oblasti načelo *ne bis in idem* se svrstava u principe krivičnoprocesnih subjekata. Vid: Z. Jekić /1998/: *Krivično procesno pravo*, Beograd, p. 39.

U našem Zakoniku o krivičnom postupku ovo načelo je izloženo u čl. 4, u jednoj standardnoj formulaciji gde se kaže da niko ne može biti gonjen za delo za koje je odlukom suda pravnosnažno oslobođen ili osuđen ili za koje je optužba pravnosnažno odbijena ili je postupak pravnosnažno obustavljen. Preciznije, načelo *ne bis in idem* govori o tome da se istom licu ne može suditi dva puta za isto krivično delo.

Načelo *ne bi in idem* ima relativno a ne apsolutno dejstvo. Prvo, u tom smislu što se mogu pobijati pravnosnažne sudske odluke kada je to u korist okrivljenog. Drugo, u određenim slučajevima, povodom vanrednog pravnog leka, može se ponovo voditi krivični postupak protiv nekog lica za isto krivično delo (na primer, ulaganje zahteva za zaštitu zakonitosti), s tim što u takvim slučajevima, kada je vanredni pravni lek podignut na štetu okrivljenog i kada se utvrdi da je osnovan, odluka suda ima deklaratorno dejstvo (utvrđujuća presuda – čl. 493. Zakonika o krivičnom postupku).

U našem krivičnoprocesnom zakonodavstvu ovo načelo je šire koncipirano nego u većini drugih pravnih sistema, kao i u odnosu na međunarodna krivičnoprocesna dokumenta. Naime, većinski pristup podrazumeva uže shvatanje načela *ne bis in idem*, kada se zabrana ponovnog pokretanja postupka vezuje za pravnosnažnu meritornu presudu (oslobađajuću ili osuđujuću), dok naše zakonodavstvo predviđa dejstvo ovog načela i u odnosu na odbijajuću presudu, kao i na rešenje o obustavi krivičnog postupka.<sup>3</sup>

Načelo *ne bis in idem* nosi u sebi jednu teorijsku kontroverzu, odnosno sukob između dva ključna principa pravnog poretka: principa pravne sigurnosti i principa pravičnosti (u krivičnoprocesnom smislu principa materijalne istine).<sup>4</sup> Upravo je deklaratorna (utvrđujuća) sudska presuda u slučaju podnošenja zahteva za zaštitu zakonitosti, kada je taj vanredni pravni lek podignut protiv okrivljenog i kada se utvrdi njegova osnovanost, najubedljiviji dokaz sukoba principa pravne sigurnosti i pravičnosti i prevage ovog prvog principa pravnog poretka u ovom slučaju, s obzirom da konstatacija o tome da postoji povreda zakona ne dira u pravnosnažnost osporene sudske odluke. U istom pravcu, može da posluži kao primer tzv. *Engel test*, konstruisan povodom slučaja *Engel and others v. the Netherlands* (Presuda No. 5100/71-5370/72 od 8.6.1976. godine),<sup>5</sup> u praksi Evropskog suda za ljudska prava, čija je funkcija formulisanje kriterijuma ocene istovetnosti

3 M. Škulić: *op. cit.*, p.57.

4 Suprotno kod M. Škulića koji smatra da ovo načelo u sebi ujedinjuje pravnu sigurnost i pravičnost kao najšire principe pravnog regulisanja: M. Škulić: *Ibid.*, p. 56. U udžbeniku Z. Jekić, kada se govori o razlikama u tumačenju ovog načela, njegova primena se uopšte ne posmatra sa stanovišta ključnih vrednosti pravnog poretka: Z. Jekić: *op. cit.*, p. 42. I u drugim našim relevantnim udžbenicima iz krivičnog procesnog prava posle II Svetskog rata, načelo *ne bis in idem* dovodi se u vezu samo sa principom pravne sigurnosti: D. Dimitrijević /1975/: *Krivično procesno pravo*, Beograd, p. 89, D. Dimitrijević, M. Stefanović-Zlatić, Đ. Lazin /1990/: *Krivično procesno pravo*, Beograd, p. 81, M. Grubač /1995/: *Krivično procesno pravo*, Beograd, p. 134, S. Bejatović /2003/: *Krivično procesno pravo*, Beograd, 148.

5 *Engel and others v. Netherlands*, <http://hudoc/echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx?i=001-57479>, 1.11.2013.

kažnjivog događaja, gde takođe dolazi do izražaja napetost između pravne sigurnosti i pravde kao ključnih vrednosti pravnog poretka.<sup>6</sup>

Primena načela *ne bis in idem* dolazi u obzir u slučajevima kada se prepliću krivično delo i drugo kažnjivo delo (na primer prekršaji, disciplinski ili privredni prestup), kada se prepliću dva krivična dela sa stanovišta svog zakonskog ili činjeničnog opisa, u slučaju produženog krivičnog dela, u slučaju blanketnih krivičnih dela, ili u slučaju kada se za isto delo sudi učiniocu u dve različite države. Prvi slučaj, koji je najčešći u praksi, posledica je činjenice da policija, istovremeno, povodom istog događaja, podnosi protiv jednog lica krivičnu i prekršajnu prijavu. To su najčešće situacije kada dolazi do preplitanja krivičnog dela Nasilničkog ponašanja iz čl. 344. st. 1. Krivičnog zakonika i prekršaja iz čl. 6. st. 1. Zakona o javnom redu i miru. Preplitanje u izloženom smislu još više dolazi do izražaja između krivičnog dela Ugrožavanja sigurnosti iz čl. 138. st. 1. Krivičnog zakonika i prekršaja iz čl. 6. st. 2. Zakona o javnom redu i miru, ili između krivičnog dela Poreske utaje iz čl. 229. Krivičnog zakonika i prekršaja iz čl. 177, 178. i 178a Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji. Do preplitanja može doći, mada izuzetno retko, kada se prepliću dva krivična dela, pored ostalog jer sudovi umeju da prepoznaju istovetnost vrednosti koje se štite (prividni idealni sticaj).<sup>7</sup> Do preplitanja dva krivična dela može doći na primer između krivičnog dela Nasilničkog ponašanja i krivičnog dela Zlostavljanja i mučenja iz čl. 137. st. 1. istog propisa. Kod blanketnih krivičnih dela, dešava se da odgovarajući prekršaj predstavlja dispoziciju nekog blanketnog krivičnog dela, kojom se bliže određuje biće takvog dela, ali kada se može, u isto vreme, podneti i krivična i prekršajna prijava. Na primer, do takvog preplitanja može doći između krivičnog dela Zagađenje životne sredine iz čl. 260. Krivičnog zakonika i privrednog prestupa iz čl. 116. Zakona o zaštiti životne sredine i prekršaja iz čl. 117. i 117a istog propisa. Kada se radi o produženom krivičnom delu (prividni realni sticaj),<sup>8</sup> koje se kvalifikuje kao jedno jedinstveno krivično delo, primenjuje se načelo *ne bis in idem*. Međutim, postavlja se pitanje kolizije čl. 61. st. 6. Zakonika o krivičnom postupku sa načelom *ne bis in idem*, s obzirom da se krivično delo koje nije obuhvaćeno produženim krivičnim delom u pravnosnažnoj sudskoj presudi smatra posebnim krivičnim delom, itd.

Dominantni model primene načela *ne bis in idem*, gde se favorizuje princip pravne sigurnosti, samo je, po nama, još jedan dokaz kako u pravnoj praksi i dalje caruje topos logičko – mehaničke funkcije pravosuđa.<sup>9</sup> U ovom radu se postupa

6 Kriterijumi su: klasifikacija norme u domaćem pravu; priroda inkriminisane radnje; svrha kazne; priroda i strogost kazne. Videti kod: N. Mole, C. Harby /2006/: The right to a fair trial, A guide to the implementation of Article 6. of the European Convention on Human Rights, *Human rights handbooks* No. 3, Strasbourg, pp. 16.

7 Detaljnije kod: Z. Stojanović /2013/: *Krivično pravo (opšti deo)*, Beograd, p. 244–247.

8 Z. Stojanović: *Ibid.*, p. 249–256.

9 U tom smislu ubedljivo kod: R. Ogorek /1986/: *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Frankfurt/Main, p. 366. O tome kako se suština nekih drugih temeljnih pravnih načela, na primer sudijske nezavisnosti, posmatra pre svega sa stanovišta mehaničke jurisprudencije (zakonskog pozitivizma), kod: Zoran Pokrovac, Sudačka neovisnost, postulat vezanosti zakonom i slobodnopravni pokret /1992/: *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu*, No 4, pp. 595–613. O tome kako se princip akuzatornosti teorijski i praktički artikulisao pod uticajem

upravo suprotno. Polazeći sa pozicija stvaralačke jurisprudencije, ovde se izlaže model relativizacije principa *ne bis in idem* čija je suština u pokušaju osnaženja načela pravičnosti na uštrb pravne sigurnosti, u situacijama kada se postavi pitanje o mogućnosti dvostrukog suđenja, ali tako da se ne otvore vrata sudijskoj arbitrarnosti. Model relativizacije principa *ne bis in idem* koji se predlaže testira se na pitanju ocene istovetnosti (identičnosti, istosti) kažnjivog dela, kada se predlaže jedan kumulativni kriterijum koji obuhvata ocenu istovetnosti kako polazeći od činjeničnog stanja nekog slučaja, tako i polazeći od vrednosti koje treba zaštititi u konkretnoj situaciji. Čini nam se, što ćemo pokušati da dokažemo u nastavku rada, da sudska praksa luta između ovih kriterijuma polazeći sa pozicija njihove isključivosti a ne komplementarnosti. Isto tako, smatramo da tek jednim specifičnim shvatanjem teleološkog metoda (čija je suština između ostalog u kompleksnom shvatanju strukture male premise i posmatranju jurističkog zaključivanja kao induktivnog postupka) možemo da formulišemo jedan kumulativni model ocene istovetnosti kažnjivog dela, model koji će biti i operativan u tom smislu da na skladan način uspostavlja odnos, tj. omogućava prožimanje postojećih kriterijuma ocene istovetnosti.

## 2. KRITERIJUMI OCENE ISTOVETNOSTI DELA U PRAKSI EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA (ECTHR)

Načelo *ne bis in idem* regulisano je čl. 4. st.1 Protokola VII Saveta Evrope iz 1984. godine, koji je postao sastavni deo Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Može se reći da institut *ne bis in idem* predstavlja segment prava na pravično suđenje (čl. 6. Konvencije), a u ovom dokumentu je formulisan u restriktivnom obliku, jer ne predviđa, kao u našem pravu, zabranu ponovnog suđenja i u slučaju odbijajuće presude ili rešenja o prekidu krivičnog postupka (niko ne može biti suđen ili kažnjen dvaput u istoj stvari). Polazeći od pravnog stava u slučaju *Baragiola v. Switzerland* (Presuda No. 17626/90 od 21.10.1993. godine), načelo *ne bis in idem* se primenjuje samo kada je nekome dva puta suđeno za istovetno delo pred sudovima jedne države. Drugim rečima, primena ovog principa ne obuhvata slučajeve kada se nekom licu sudi dva puta za isto delo pred sudovima različitih zemalja.<sup>10</sup>

U radu se primena principa *ne bis in idem* posmatra sa stanovišta prakse Evropskog suda za ljudska prava stoga što se u odlukama ovog suda mogu jasno uočiti

---

škole mehaničke jurisprudencije kod: Saša Bovan /2013/ Metodska svest – *conditio sine qua non* digniteta pravničke profesije, *Pravni život*, No. 12, pp. 639–654.

10 Ovde dolazi do izražaja prevaga načela teritorijalnosti u odnosu na načelo *ne bis in idem*. Isključive načela *ne bis in idem* tada, obično se ublažava tako što se domaćem državljaninu osuđenom u inostranstvu za domicilno krivično delo, prilikom ponovnog suđenja, uračunava kazna koju mu je izrekao strani sud za isto krivično delo. Obično se tada, na primer u Hrvatskoj, traži i dozvola javnog tužioca za ovakvo postupanje. Za pravnu praksu u Hrvatskoj u ovoj oblasti kod: Ana Garačić, Marija Grgić, *Ne bis in idem*, [http://vsrh.hr/CustomPages/Static/HRV/files/AGaracic\\_Ne-Bis-In-Idem\\_Opatija\\_Zagreb\\_2008pdf](http://vsrh.hr/CustomPages/Static/HRV/files/AGaracic_Ne-Bis-In-Idem_Opatija_Zagreb_2008pdf), 29. oktobra 2013.

sve dileme vezane za prirodu i funkcionisanje pomenutog principa, pre svega dileme koje se odnose na formulisanja kriterijuma ocene istovetnosti. U tom smislu, praksa Evropskog suda za ljudska prava pokazuje izvesna lutanja i neujednačenosti. Naime, u predmetu *Gradinger v. Austria* (presuda No. 15963/90. od 23.10.1995. godine),<sup>11</sup> podnosilac predstavke Evropskom sudu za ljudska prava osuđena je pred sudom svoje države za krivično delo izazivanja saobraćajne nesreće sa smrtnim ishodom. U tom postupku uopšte nije uzeta u obzir, kao otežavajuća okolnost, činjenica da je lice odgovorno za izazivanje saobraćajne nezgode vozilo pod dejstvom alkohola. Nakon pravnosnažne sudske odluke, sproveden je i prekršajni postupak kada je licu već osuđenom po osnovu istog činjeničnog stanja izrečena i kazna za vožnju u pripitom stanju. ECtHR je zaključio da je ovde povređeno načelo *ne bi in idem* jer prekršaj predstavlja samo jedan aspekt krivičnog dela i jer su obe odluke zasnovane na istom činjeničnom stanju (istom ponašanju).<sup>12</sup>

Međutim, u jednom drugom, sličnom slučaju, koji se takođe odnosio na saobraćajnu problematiku – *Oliviera v. Switzerland* (Presuda No. 84/1997/868/1080. od 30.07.1998. godine),<sup>13</sup> Evropski sud menja svoj stav. U ovom slučaju, podnosilac prijave je prvo bila osuđena u prekršajnom postupku zbog neprilagođene brzine, a potom je osuđena za krivično delo izazivanja saobraćajne nesreće u kojoj je drugo lice zadobilo teške telesne povrede. Ovde je ECtHR zaključio da nema povrede načela *ne bi in idem*, iako su, na osnovu istog činjenično stanja vođena dva različita postupka. Delikatnost ovog slučaja jeste u tome što je ECtHR ovde posmatrao problematiku sa stanovišta idealnog sticaja, a ne stanovišta primene načela *ne bis in idem*,<sup>14</sup> iako se nije radilo o istovremenom suđenju za više krivičnih dela izvršenih jednom radnjom, već o različitim pravnim postupcima koji su zasnovani na istom činjeničnom stanju. Nekonkizistentnost ove odluke jeste u tome što ECtHR samo na osnovu činjenice da je u ovom predmetu manja kazna absorbovana većom opravdava vođenje različitih postupaka za različita dela, zasnovanih na istom istorijskom događaju,<sup>15</sup> odnosno problem je u tome se načelom *ne bis in idem* štiti pravna sigurnost, a pitanje uračunavanja kazne je sasvim druga tema.

Međutim, ovaj slučaj je važan stoga što se kao kriterijum ocene za primenu odnosno povredu načela *ne bis in idem* ne uzima samo činjenično stanje kao početni kriterijum ocene istovetnosti dela, već i vrednosti koje se štite, kao završni kriterijum ocene istovetnosti. Naime, ECtHR je u svojoj odluci konstatovao da je nadležnost upravnog organa koji je odlučivao u ovom slučaju po prekršaju bila ograničena, odnosno da se ne proteže na sve aspekte kriminalnog događaja.<sup>16</sup> To drugim rečima znači da je Sud ustanovio da nisu samo činjenice slučaja kriterijum

11 *Gradinger v. Austria*, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx?i=001-57958>, od 1.11.2013.

12 *Gradinger v. Austria*, pasus 55.

13 *Oliviera v. Switzerland*, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx?i=001-5334>, od 1.11.2013. godine.

14 *Oliviera v. Switzerland*, pasus 26.

15 *Oliviera v. Switzerland: Ibid.*, pasus 27.

16 *Oliviera v. Switzerland: Ibid.*, paragraf 23.

za ocenu istovetnosti, nego i vrednosti koje se štite, s obzirom da u konkretnom predmetu različiti aspekti istog događaja podrazumevaju drugačiju pravnu kvalifikaciju, odnosno zaštitu različitih pravnih vrednosti.

Izložena dva slučaja koja su se našla pred ECtHR, a povodom dileme da li je bilo povrede načela *ne bis in idem*, ukazuju, kako nam se čini, da procena o kršenju ovog principa mora da počiva na jednom kumulativnom kriterijumu koji podrazumeva identičnost činjeničnog stanja, kao početni kriterijum ocene istovetnosti dela, i odgovor na pitanje da li se u dva različita pravna postupka povodom istog događaja možda štite različite pravne vrednosti, kao završni kriterijum ocene istovetnosti dela. Po gledištu koje će biti izloženo u sledećem odeljku, ova druga situacija isključivala bi primenu načela *ne bis in idem*, odnosno omogućavala da se nekome sudi dva puta povodom istog kriminalnog događaja.

Međutim, treba istaći da je u sledeće dve, i ključne odluke ECtHR na temu povrede načela *ne bis in idem*, zauzeto jedno monističko gledište koje znači povraćaj na pristup zauzet u predmetu *Gradinger v. Austria*, gde se predviđa samo identičnost događaja (ponašanja, činjeničnog stanja) kao kriterijum primene, tj. ocene o povredi ovog načela. Radi se o slučaju *Zolotukhin v. Rusia* (presuda No. 14939/03 od 10.02.2009. godine),<sup>17</sup> kada je ECtHR lapidarno zaključio da se čl. 4. protokola 7. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda mora razumeti kao zabrana krivičnog gonjenja ili suđenja za drugo delo uvek kada to proizilazi iz identičnih činjenica ili činjenica koje su suštinski iste.<sup>18</sup>

Ovaj pristup tematici primene načela *ne bis in idem* potvrđen je i u sledećoj presudi ECtHR u predmetu *Maresti v. Croatia* (presuda No. 55759/07 od 25.09.2009. godine).<sup>19</sup> Međutim, ta presuda je izazvala oštra osporavanja sa stanovišta jednog hermeneutičkog relativizma, upravo na temu tenzije između principa pravne sigurnosti i pravičnosti. Suština ove perspektive je u pokušaju relativizacije i ograničavanja primene načela *ne bis in idem* kada je to u interesu pravičnosti. Činjenično, radi se o predmetu gde je lice osuđeno u prekršajnom postupku zbog naročito drskog i nepristojnog ponašanja na javnom mestu. Međutim, istom licu je nakon toka suđeno i u krivičnom postupku za nanošenje teških telesnih povreda povodom istog događaja. ECtHR je ustanovio da se ovde radi o povredi načela *ne bis in idem*, čime je dotični praktično amnestiran za teško krivično delo izvršeno na naročito drzak i bezobziran način i kažnjen prekršajno na samo 40 dana zatvora u prekršajnom postupku.

Slučaj *Maresti v. Croatia*, kako sme već istakli, ukazuje da primena načela *ne bis in idem* u sebi skriva tenziju između principa pravne sigurnosti i pravičnosti, i da na drugačiji način treba formulisati kriterijume njegove primene. O tome se govori u sledećem odeljku ovog rada.

17 *Zolotukhin v. Rusia*, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx?i=001-91222>, od 1.11.2013. U radu ovog sudskog veća učestvovao je i Dragoljub Popović, bivši profesor Pravnog fakulteta u Beogradu.

18 *Zolotukhin v. Rusia*, pasus 82.

19 *Maresti v. Croatia*, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx?i=001-93260>, od 1.11.2012.

### 3. KRITERIJUM OCENE ISTOVETNOSTI DELA POSMATRANO SA STANOVIŠTA HERMENEUTIČKOG RELATIVIZMA

U delu pravne teorije i sudskoj praksi u SAD zauzeto je stanovište da problematiku primene načela *ne bis in idem* treba sagledavati sa jednog kompleksnijeg stanovišta. B. Zupančić, inače sudija EctHR, izuzetno se kritički odnosi prema praksi ovog Suda, u toj meri da smatra kako doktrina *ne bis in idem* vodi u logički ćorsokak.<sup>20</sup> Njegova teorijska pozicija u odnosu na ovo pitanje tipičan je primer hermeneutičkog relativizma s obzirom da polazi od toga da činjenice nesumnjivo određuju kvalifikaciju slučaja, ali da sa druge strane, i pravna kvalifikacija određuje ugao posmatranja činjenica, odnosno „predodređuje selektivnu apercepciju (zapažanje) činjenica“.<sup>21</sup> Zupančić se u ovom pravcu poziva na filozofski relativizam (perspektivizam), počev od Kanta i njegovog stava da stvarnost ne postoji objektivno, kao takva, već samo onako kako je mi doživljavamo.<sup>22</sup>

U razradi ovog pristupa, a primenjeno na oblast jurističke hermeneutike i funkcionisanja principa *ne bis in idem*, Zupančić ističe da putem pravne kvalifikacije u jednom postupku, sud može videti kao relevantnu, jednu specifičnu kombinaciju činjenica. Međutim, u drugom postupku, povodom istog istorijskog događaja ali kroz drugačiju pravnu kvalifikaciju, te činjenice, ili neke druge na koje sud nije obratio pažnju u prvom postupku, mogu dobiti sasvim drugi smisao ili baciti novo svetlo na isti događaj, čime se opravdava derogiranje principa *ne bis in idem*.<sup>23</sup> To u konačnici znači, da princip *ne bis in idem*, kako tvrdimo i u ovom radu, treba posmatrati ne samo sa stanovišta šireg pravnog načela pravne sigurnosti, već i pravde (pravičnosti), odnosno da je moguća i opravdana relaticizacija ovog principa koji treba primenjivati u jednoj mekšoj a ne striktnoj varijanti.

Izloženi pristup problematici *ne bis in idem* Zupančić brani pozivanjem na pravnu praksu u SAD, odnosno ukazivanjem na rešenja ovog pitanja iz Modela krivičnog zakonika SAD iz 1962. godine, koji je sačinio Američki pravni institut u Filadelfiji (Pensilvanija). Test identičnosti događaja koji se ovde primenjuje proističe iz pitanja: da li svaka druga (nova) pravna kvalifikacija zahteva dokaz (činjenice) koji druga ne traži, što bi podrazumevalo i različite svrhe koje se ostvaruju različitim postupcima.<sup>24</sup>

Polazeći od argumentacije kojom se u Modelu krivičnog zakonika SAD opravdava dvostruko suđenje, i ukazujući na slučajeve iz sudske prakse u SAD, gde je taj oblik primene načela *ne bis in idem* operativan, Zupančić izvlači zaključak da je u interesu društva u celini da se kazne različite povrede zakona izvršene jednim identičnim

20 B. M. Zupančić /2011/: *Ne bis in idem* (zabrana ponovnog suđenja za isto delo), *Crimen*, No 2, pp. 171.

21 B. Zupančić: *Ibid.*, pp. 171.

22 B. Zupančić: *Ibid.*, p. 173.

23 B. Zupančić: *Ibid.*, p. 172.

24 B. Zupančić: *Ibid.*, p. 174.

događajem, tj. „ako se različitim inkriminacijama želi sprečiti potpuno drugačije zlo ili šteta, drugo gonjenje za isti događaj nije zabranjeno“.<sup>25</sup>

Ove situacije su naročito moguće i opravdane kada se prvo vodi prekršajni postupak a nakon toga krivični, kada se u ovom drugom postupku u širem opsegu i drugačijem kontekstu (zaštita drugih vrednosti) posmatra identični događaj.<sup>26</sup> Međutim, Zupančić daje ubedljiv primer koji opravdava vođenje drugog postupka (u njegovom primeru disciplinskog) nakon krivičnog. Radi se o slučaju Z. Sovaka, sudije Vrhovnog suda Češke Republike. Protiv ovog sudije je 2008. godine pokrenut krivični postupak zbog plagijata (kršenja autorskih prava). Postupak je okončan poravnanjem gde je dotični sudija isplatio određenu sumu novca oštećenima. Protiv istog je pokrenut disciplinski postupak koji je obustavljen jer je Vrhovni Sud ČR ocenio da vođenje disciplinskog postupka u ovom slučaju predstavlja povredu načela *ne bis in idem*. Komentarišući ovaj slučaj, Zupančić ispravno primećuje da novčano obeštećenje oštećene strane u ovom slučaju nema karakter materijalne oslobađajuće presude (suštinskog oslobođenja) u korist sudije Z. Sovaka. Međutim, kaže dalje B. Zupančić, čak i da je krivični sud oslobodio sudiju Sovaka zbog nedostatka dokaza koji bi vodili izvan osnovane sumnje, njegova nevinost u okvirima krivičnog prava ne bi sprečavala da tužioc i u parnici traže naknadu štete. Isto tako, naglašava Zupančić, zabrana ponovnog suđenja se ne bi primenjivala ni u disciplinskom postupku.<sup>27</sup>

Osnovni razlog koji opravdava vođenje disciplinskog postupka kao drugog postupka u ovom slučaju jeste to što iz identičnog ponašanja proističu različite pravne svrhe. Drugim rečima, kako ukazuje Zupančić, svrha disciplinskog postupka protiv sudije Sovaka potpuno je drugačija od svrhe krivičnog gonjenja zbog kršenja autorskih prava, odnosno različite svrhe kažnjavanja proističu iz različitog moralnog standarda koji se primenjuje u konkretnom slučaju. Naime, moralni standard koji se primenjuje u krivičnom pravu u ovom slučaju je niži nego onaj koji važi za sudiju, pogotovo ako se radi o sudiji Vrhovnog suda jedne države. Stoga, zaključuje Zupančić, očigledno je nelogično smatrati da je okončanjem krivičnog postupka po osnovu poravnanja između privatnih stranaka onemogućeno gonjenje u disciplinskom postupku.<sup>28</sup>

Na kraju, interesuje nas kako je moguće dublje teorijsko opravdanje ovog pristupa, pristupa koji relativizuje primenu principa *ne bis in idem*, odnosno zagovara mogućnost dvostrukog suđenja na osnovu istog ponašanja.

25 B. Zupančić: *Ibid.*, p. 175.

26 Što se tiče paralelnog vođenja prekršajnog i krivičnog postupka, naš raniji Zakon o prekršajima iz 2005. godine (Sl. glasnik RS, br. 101/2005, 116/2008, 111/2009) sadržao je efikasno rešenje (član 213) kojim je predviđena mogućnost prekida prekršajnog postupka u slučajevima kada je povodom istog događaja pokrenut krivični postupak.

27 B. Zupančić: *op. cit.*, p. 177.

28 B. Zupančić: *Ibid.*, p. 178.



#### 4. PRELIVANJE HERMENEUTIČKOG RELATIVIZMA KA HERMENEUTIČKOM PRAGMATIZMU/SOCIOLOGIZMU U PROBLEMATICI NE BIS IN IDEM

Opet polazimo od Zupančića. On smatra da primena teleološkog tumačenja pruža pogodan teorijski osnov za ovu praksu.<sup>29</sup> Međutim, ovaj autor nije posebno razradio model teorijskog objašnjenja i opravdanja pristupa čija je suština u relativizaciji načela *ne bis in idem*, relativizaciji koja na ravni ove problematike treba da uspostavi ravnotežu između širih principa pravne sigurnosti i pravičnosti.

Treba istaći da pozivanje na teleološko tumačenje (objektivno-teleološko tumačenje) podrazumeva pitanje o kojem modelu ovog tumačenja se radi. Naime, može se reći da se teleološko tumačenje u literaturi ispoljava kroz najmanje dva modela. Prvi je Larencov, idealistički model teleološkog metoda po kome se suština ovog tumačenja ispoljava u traganju za normativnim smislom zakona (*Der normative Gesetzesinn*).<sup>30</sup> Ova koncepcija je idealistička stoga što se volja zakona procenjuje sa jednog prirodnopravnog stanovišta. Otkrivanje normativnog smisla zakona zapravo je traganje za svrhama prava (*Zweck des Rechts*), za objektivnim i imanentnim vrednostima na kojim se temelji svaki pravni poredak.<sup>31</sup> Te vrednosti same po sebi nisu pravne norme, nego osnov izvođenja opštih pravnih normi sadržanih u zakonima.<sup>32</sup> Te vrednosti, zapravo opšti pravni principi se mogu uobličavati na razne načine putem zakona, ali ipak, njihov specifičan smisao ostaje konstantan (*Nur ihr spezifischer Sinngehalt ist konstant*).<sup>33</sup>

Ova verzija teleološkog tumačenja najmanje je pogodna za promišljanje principa *ne bis in idem* na način na koji se to radi u ovom radu. Naime, ovde preta opasnost da se prenebregnu činjenice (isto ponašanje) kao početni kriterijum ocene istovetnosti dela, s obzirom da se svrhe kažnjavanja u konkretnom slučaju izvode sa prirodnopravnog stanovišta. S obzirom da su svrhe zakona uvek relativno neodređene ili slične, praktična posledica ovog pristupa može biti prevelika arbitrarnost u odlučivanju koja bi razvrgla svaki smisao principa *ne bis in idem*, gde bi stradali i pravda i pravna sigurnost, s obzirom na to da traganje za ciljevima nije čvrsto utemeljeno na činjenicama nekog slučaja. Naime, tek brižljivom obradom činjenica možemo steći pouzdan sud o tome koje se vrednosti štite u konkretnom slučaju i odrediti se prema primeni načela *ne bis in idem*. Ova varijanta teleološkog metoda pak, sklona je da previdi ovu okolnost što može dovesti do toga da se relativizacija principa *ne bis in idem* izvrgne u arbitrarnost.

Model kumulativne ocene istovetnosti dela koji je ovde konstruisan – kao pokušaj relativizacije načela *ne bis in idem* u pravcu uspostavljanja ravnoteže između principa pravne sigurnosti i pravičnosti u ovoj oblasti – počiva na formuli „vaganje interesa na temelju vaganja činjenica“. Ovde se zapravo radi o jednoj realističkoj varijanti objektivno-teleološkog tumačenja koja je, čini nam se, najpogodnija formula za primenu principa *ne bis in idem* u obliku koji se predlaže u našem radu.

29 B. Zupančić: *Ibid.*, p. 174.

30 K. Larenc /1960/: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Göttingen-Heildeberg, p. 237.

31 K. Larenz: *Ibid.*, p. 239.

32 K. Larenz: *Ibid.*, p. 239–240.

33 K. Larenz: *Ibid.*, p. 256.

Realistička varijanta objektivno-teleološkog metoda na kojoj se ovde insistira jasno je artikulisana kod F. Bidlinskog u definiciji gde se kaže da je objektivno-teleološko tumačenje „otkrivanje relevantne sadržine zakona tako što se stručno i sa dužnom pažnjom ocenjuje objavljeni tekst u kontekstu sadašnjih odnosa“.<sup>34</sup> Kraj citirane definicije pokazuje o čemu se ovde zapravo radi. Realni društveni odnosi, posmatrani kroz činjenice nekog konkretnog slučaja, ili u širem socijalnom kontekstu, najpogodniji su način traganja za ciljevima koje treba ostvariti: ili u slučaju kada su ti ciljevi zastareli (funkcionalna promena), ili kada ih je potrebno precizirati, ili kada treba rešiti sukob između ciljeva, ili kada treba vršiti izbor između alternativnih ciljeva, ili kao u slučaju primene načela *ne bis in idem*, kada treba proceniti da li različite svrhe (vrednosti, interesi) koje treba ostvariti pružaju osnovu za suđenje u dva različita postupka na osnovu istog činjeničnog stanja.<sup>35</sup>

F. Bidlinski neprestano ukazuje na dijalektiku činjeničnog i vrednosnog aspekta tumačenja prava. Na primer, kada se radi o tumačenju u naročito kompleksnim slučajevima, on govori o vaganju principa kao objektivno-teleološkom tumačenju višeg stepena,<sup>36</sup> pri čemu treba biti svestan, kako ističe Bidlinski, da su u takvim slučajevima svi sporni pravni problemi „već na nivou činjeničnog stanja višestruko diferencirani i kompleksni“.<sup>37</sup>

Međutim, problem odnosa bitka i trebanja jedno je od fundamentalnih pitanja pravne teorije i pravne hermeneutike, tako da ne čini neko veliko otkriće onaj ko kaže da ovaj spor dolazi do izražaja i u primeni načela *ne bis in idem*.<sup>38</sup> Naše ukazivanje na antinomiju bitak/trebanje, a povodom primene načela *ne bis in idem*, ide u pravcu ukazivanja na značaj male premise za razumevanje ove problematike. Opet, ukazivanje na značaj male premise jurističkog zaključka zapravo je pokušaj formulisanja jednog specifičnog shvatanja strukture male premise i prevazilaženja antinomije bitak/trebanje koje svoje prednosti ispoljava i u odnosu na problem primene načela *ne bis in idem*.

Ovo gledište strukturu male premise ne posmatra samo kroz utvrđivanje činjenica i njihovu kvalifikaciju, već i kroz objašnjenje činjenica koje se umeće između ove dve misaone operacije. Objašnjenje činjenica naročito dolazi do izražaja u kompleksnim slučajevima, na primer kada treba primeniti načelo *ne bis in idem*, ili kada se sudi za krivična dela gde najviše dolazi do izražaja potreba da se činjenični sklop nekog slučaja brižljivo razmotri sa stanovišta svoje determinističke strukture (na primer kada se odlučuje da li

34 F. Bidlinski /2011/: *Pravna metodologija*, Podgorica, p. 31–32.

35 Tragove ovog, ovde nazvanog realističko shvatanje teleološkog metoda pronalazimo i kod drugih autora, na primer kod R. Cipelijusa koji volju zakona vezuje za pravno-političke predstave o pravdi koje je zajedničko za veći broj ljudi: R. Zippelius /2003/: *Juristische Methodenlehre*, München, p. 21–22. Slično postupa i I. Pupe, koja kaže da izraz „objektivni cilj zakona“ treba shvatiti kao antropomorfizam, jer ciljeve mogu imati samo ljudi vođeni nekim interesima ali ne i tekstovi zakona: I. Puppe /2011/: *Kleine Schule des juristischen Denkens*, Göttingen, p. 95. U starijoj literaturi iz jurističke hermeneutike slično kod: K. Engisch 71956/ *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart, p. 95–96.

36 F. Bidlinski: op. cit., p. 60.

37 F. Bidlinski: *Ibid.*, p. 61.

38 Iscrpan pregled raznih gledišta na ovu temu kod: N. Visković /1981/: *Pojam prava*, Split, p. 64–70. Među autorima koji su naročito uporno, praktično u svim aspektima svog opusa ukazivali na ovu problematiku, ističe se A. Kaufman. Na primer, videti: A. Kaufman /1998/: *Pravo i razumevanje prava*, Beograd–Valjevo, p.46–47, 51, 58–60, 90, 161, itd.

će se slučaj kvalifikovati kao nužna odbrana, kao prekoračenje nužne odbrane, ili ubistvo na mah). Tada se objašnjenje činjenica mora sprovesti po logici jedne kauzalne (sociološke) analize kada treba pažljivo identifikovati deterministički kontekst slučaja i potom oceniti relativni deterministički značaj pojedinih činilaca (događaja) tog konteksta.

Ovaj pristup posložnjava formulu „vaganje interesa polazeći od vaganja činjenica“, gotovo uvek, a naročito kada se vaganje interesa i činjenica pojavljuju kao kumulativni kriterijum za ocenu istovetnosti dela (vrednosti koje se štite), odnosno kada treba doneti odluku o primeni načela *ne bis in idem*, ili dopustiti drugo gonjenje iako se radi o istom događaju. S obzirom na izraziti aksiološki aspekt ovog postupka, može se reći da je jedno ovakvo tumačenje, kao osnov za primenu načela *ne bis in idem*, možda bolje nazvati pragmatičkim nego teleološkim tumačenjem.<sup>39</sup> Međutim, kako ovaj postupak zahteva i poseban tretman činjeničnih pitanja, i to generalno, a ne samo u slučajevima *ne bis in idem*, primena teleološkog metoda se odvija u obliku jedne kauzalne analize, tako da ovaj metod slobodno možemo nazvati sociološkim metodom u primeni prava.<sup>40</sup> Suština ovog pristupa je u u uspostavljanju čvršće veze između činjenica i pravne kvalifikacije, i u stavu da pravna kvalifikacija nije postupak logičke supsumcije, već induktivni postupak, kada polazeći od skrupuloznog objašnjenja činjenica (a ne samo njihovog utvrđivanja), tragamo za vrednostima koje treba ostvariti. U slučaju primene načela *ne bis in idem*, ova formula bi omogućila da se sa više pouzdanja može utvrditi koje se sve vrednosti štite u konkretnoj situaciji, što bi garantovalo da se preduzimanje drugog gonjenja povodom istog kriminalnog događaja neće izvrnuti u arbitrarnost, kada bi stradali i pravičnost i pravna sigurnost.

Inspiraciju za pristup koji je izložen u radu pronašli smo pre svega u radovima H. Kantoroviča, koji je prisnu vezu sociologije i pravne dogmatike izrazio sledećim rečima: „Dogmatika bez sociologije je prazna, sociologija bez dogmatike je slepa.“<sup>41</sup> On govori zapravo o tome kako se tumačenje i primena prava ispoljavaju kao sociološka analiza koja se preliva u aksiološku analizu, da bi ovaj postupak, tek na kraju, čak naknadno i nebitno za suštinu pravnog rasuđivanja, dobio silogističku formu.<sup>42</sup> Ovaj pristup se oslanja i na sva druga gledišta i autore koji ukazuju na značaj činjeničnih pitanja za izricanje pravde.<sup>43</sup> No, o tome nekom drugom prilikom.

39 Alf Ros se i inače zalaže za jednu ovakvu terminološku inverziju, jer je tumačenje uvek integracija mnogostrukih vrednovanja: A. Ros /1996/: *Pravo i pravda*, Podgorica, p. 173.

40 Detaljnije u našoj monografiji: Saša B. Bovan /2013/: *Slučaj tumačenja kao utemeljenje hermeneutičkog postupka*, Beograd, p. 65–77.

41 Herman Kantorovič /2006/: *Borba za pravnu nauku*, Beograd, p. 109.

42 U starijoj literaturi iz jurističke hermeneutike ovaj pristup je zastupao i H. Vustendorfer. Pomalo zaboravljen, upravo zbog jeretičkog pristupa, tj. pokušaja sociologizacije pravne hermeneutike, on je skovao sintagmu „sociološka dogmatika“: Hans Wüstendorfer /1915–1916/: *Zur Hermeneutik der soziologischen Rechtsfindungstheorie*, *Archiv für Rechts und Wirtschaftsphilosophie*, No. 9, pp. 435.

43 Od autora koji se ističu u tom smislu upućujemo pre svega na B. Rittersa koji upozorava i naglašava da u postupku primene prava na 10% pravnih pitanja dolazi 90% činjeničnih pitanja: B. Rütters /1999/: *Rechtstheorie*, München, p. 377. Pregled shvatanja koja ističu značaj činjeničnih pitanja za pravno rasuđivanje kod: Arne Upmeier /2004/: *Der Sachverhalt im juristischen Streit – in: Der juristische Streit. Recht zwischen Rhetorik, Argumentation und Dogmatik* (G. Kreuzbauer, S. Augeneder, hrsg.), Stuttgart, pp. 124–133.

## LITERATURA

- Bejatović S. /2003/: *Krivično procesno pravo*, Beograd .
- Bidliniski F. /2011/: *Pravna metodologija*, Podgorica.
- Bovan S. B. /2013/: *Slučaj tumačenja kao utemeljenje hermeneutičkog postupka*, Beograd.
- Bovan S. /2013/: *Metodska svest – conditio sine qua non digniteta pravničke profesije*, *Pravni život*, No. 12.
- Dimitrijević D. /1975/: *Krivično procesno pravo*, Beograd.
- Dimitrijević D, Stefanović-Zlatic M, Lazin Đ. /1990/: *Krivično procesno pravo*, Beograd.
- Garačić A, Grgić Marija, Ne bis in idem, [http://vsrh.hr/CustomPages/Static/HRV/files/AGaracic\\_Ne-Bis-In-Idem\\_Opatija\\_Zagreb\\_2008pdf](http://vsrh.hr/CustomPages/Static/HRV/files/AGaracic_Ne-Bis-In-Idem_Opatija_Zagreb_2008pdf), 29. oktobra 2013.
- Grubač M. /1995/: *Krivično procesno pravo*, Beograd.
- Engisch K. /1956/ *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart.
- Jekić Z. /1998/: *Krivično procesno pravo*, Beograd.
- Kantorović H./2006/: *Borba za pravnu nauku*, Beograd.
- Kaufman A. /1998/: *Pravo i razumevanje prava*, Beograd – Valjevo.
- Larenc K. /1960/: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Göttingen-Heildeberg.
- Mole N, Harby C. /2006/: The right to a fair trial, A guide to the implementation of Article 6. of the European Convention on Human Rights, *Human rights handbooks* No. 3, Strasbourg.
- Ogorek R. /1986/: *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Frankfurt/Main.
- Pokrovac Z. /1992/: *Sudačka neovisnost, postulat vezanosti zakonom i slobodnopravni pokret* *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu*, No 4.
- Puppe I. /2011/ *Kleine Schule des juristischen Denkens*, Göttingen.
- Ros A. /1996/: *Pravo i pravda*, Podgorica.
- Stojanović Z. /2013/: *Krivično pravo (opšti deo)*, Beograd.
- Škulić /2012/: *Krivično procesno pravo*, Beograd.
- Upmeier A. /2004/: Der Sachverhalt im juristischen Streit – in: *Der juristische Streit. Recht zwischen Rhetorik, Argumentation und Dogmatik* (G. Kreuzbauer, S. Augeneder, hrsg.), Stuttgart.
- Visković N. /1981/: *Pojam prava*, Split.
- Wüstendörfer H. /1915–1916/: Zur Hermeneutik der soziologischen Rechtsfindungstheorie, *Archiv für Rechts und Wirtschaftsphilosophie*, No. 9.
- B. Rühthers /1999/: *Rechtstheorie*, München.
- Zippelius R. /2003/: *Juristische Methodenlehre*, München.
- Zupančić B. M. /2011/: Ne bis in idem (zabrana ponovnog suđenja za isto delo), *Crimen*, No 2.

*Saša B. Bovan*

Law Faculty, University of Belgrade

METHODICAL POTENTIAL OF HERMENEUTICS  
PRAGMATISM IN UNDERSTANDING AND IMPLEMENTATION  
OF THE NE BIS IN IDEM PRINCIPLE

SUMMARY

The work examines the methodical potential of hermeneutics pragmatism in solving the controversy linked to implementation of the ne bis in idem principle. The key part of the paper is focused at forming adequate criteria for evaluating the similarities of the punishable deed, in situations of application of the principle “evaluating the interests based on evaluating facts”. Thence, a stance based on hermeneutics relativism is to be taken, which has as a consequence a certain relativisation of the principle ne bis in idem with a view of establishing a fitting balance between the principles of legal security and fairness. The work discusses in which way the hermeneutics relativism spills over into hermeneutics pragmatism / sociology and what are the benefits of that approach for deliberation of the issue of ne bis in idem.

**Key words:** hermeneutics pragmatism, ne bis in idem, similarity of deed, legal security, fairness.