

Boštjan M. Zupančič^{*}
Evropski sud za ljudska prava

NE BIS IN IDEM (ZABRANA PONOVRNOG SUĐENJA ZA ISTO DELO) *la belle dame sans merci*¹

Glavni problem u vezi sa doktrinom *ne bis in idem* (u običajnom pravu (Common Law): zabrana ponovnog suđenja za isto delo) je da vodi u logički ćorsokak. Ovaj logički ćorsokak potiče od skrivene osnovne premise, koje učesnici u sudskom postupku nisu svesni, a odnosi se na nezavisno postojanje „stvari“ *per se* – praćene dvema različitim pravnim kvalifikacijama jednog, navodno, krivičnog događaja.

Ovde imamo dijalektički problem. Izgleda da „činjenice“ određuju „pravnu kvalifikaciju“ slučaja –, ali sa druge strane, različite „pravne kvalifikacije“ takođe predodređuju selektivnu apercipciju (zapažanje) „činjenica“.

Problem će izbiti na površinu, postati očigledan, samo u slučajevima *ne bis in idem*. Međutim, on je stvarno latentno prisutan na široj slici, odnosno u sveukupnom opštem odnosu između „činjenica“ i „prava“. Čuveni autori, kao što su Paul Ricoeur (Pol Riker), Glenwille Williams (Glenvil Vilijams), Jerome Hall (Džerom Hol) i dr. pokušali su da zavedu ovu *belle dame sans merci*,^{*} ali bez uspeha. Nije čudo da je i Evropski sud za ljudska prava (ESLJP) – u slučaju Zolotuhin (*Zolotukhin*) – takođe kapitulirao. Završio je [sa] [istom] kružnom formulom zaključivši da je isti istorijski događaj isti istorijski događaj. [Videti takođe EU slučaj na kraju teksta]^[1]

U samo uslovno pravnom smislu – a metafizički po svojim savremenim merilima od pre 40 godina – osnovnu lažnu premisu izložio je Roberto Mangabeira Unger sa harvardskog Pravnog fakulteta – u okviru rasprave o antinomiji teorije i

* redovni profesor, bostjan.zupancic@echr.coe.int.

1 Zaštićeno autorskim pravom © 2011 B.M.

♦ *Lepa gospa bez milosti* (franc.) balada engleskog pesnika John Keats-a (1795–1821), tekst se može pronaći na adresi: <http://www.shmoop.com/la-belle-dame-sans-merci/poem-text.html> (prim. prev.)

[1] Redakcija je odlučila da tekst presude, kao i drugih relevantnih tekstova koji se navode u članku, objavi na veb stranici časopisa *Crimen* kojima se može pristupiti preko linka: <http://www.ius.bg.ac.rs/crimenjournal/default.htm>.

činjenica. (Čitalac može naći Ungerov tekst na kraju članka, a mi ćemo mu se vratiti kasnije.)^[2]

U okviru prve pravne kvalifikacije sud² može, kroz prizmu *prve* pravne kvalifikacije, videti kao relevantnu, jednu specifičnu kombinaciju činjenica, dok *potonja* istraga istog istorijskog događaja može, kroz različitu pravnu prizmu, izneti potpuno drugačiji niz činjenica – kao odlučujuće i od prvorazrednog značaja za ishod. Tipičan primer toga je slučaj *Maresti protiv Hrvatske* pred ESLJP u kome se učiniocu najpre sudilo za prekršaj pred domaćim sudom u Pazinu, Istra, Hrvatska, a potom je izveden pred krivični sud zbog teške telesne povrede.^[3] U izvesnom smislu, slučaj *Maresti* je suprotan slučaju bivšeg sudije češkog Vrhovnog suda Zdenek Sovak-a, utoliko što je u slučaju *Maresti* blaži postupak prethodio strožijem krivičnom postupku.

Vratimo se, najpre, osnovnom filozofskom pitanju, a to je – do koje mere činjenice kao takve (*per se*) – kao nezavisne od bilo kakve pravne kvalifikacije itd. – uopšte postoje?

Očigledno je da se svaki predmet ili događaj u životu sastoji od miliona različitih činjeničnih aspekata, od kojih će mozak opaziti i shvatiti neke, dok će druge odbaciti kao nevažne.³ Zato, kada govorimo o „činjenicama slučaja“ *per se* ne pozivamo se ni na jedan odabran kriterij u pogledu toga šta je bitno, a šta nebitno. Ali, to nije moguće! Uzmimo roman „Zločin i kazna“ Dostojevskog u kome Raskoljnikov ubija babu zelenaša. Da li priča postoji nezavisno od bilo koje pravne ili etičke kvalifikacije? Da li bi priča bila drugačija u društvu u kome ubistvo kao pravna – ovde etička – kvalifikacija čak i ne postoji? Zaplet romana Dostojevskog bi tada bio nemoguć, jer ne bi postojala moralna osnova priče.

Izvan našeg neposrednog interesa, pripovedanje svakog pojedinog detalja je filtrirano kroz mozak Dostojevskog, odnosno, njegova vrlo selektivna percepcija onoga što je zanimljivo i relevantno, je ono što roman čini tako značajnim. Ista priča, kao čisto pravna kvalifikacija, bi mogla biti manje zanimljiva: „*Raskoljnikov je, sa direktnim umišljajem (dolus directus), bez ikakvog opravdanja, izvršio ubistvo zajmodavke.*“ Zapravo, odsustvo opravdanja (tj. uravnoteženja zala) dovodi do pretpostavke da etički zaplet romana završava Raskoljnikovljevom shizofrenijom (opravdanje), kao asocijacija/asocirajući na ime glavnog junaka. Ukazali bismo takođe na sjajnu pripovetku poznatog italijanskog dramskog pisca Luidija Pirandela pod

[2] Videti napomenu Urednika [1].

2 *Iura novit curia*: govorimo o „sudu“ pre nego o „tužilaštvu“ zato što konačna pravna kvalifikacija krivičnog slučaja jasno zavisi od suda. To nije tako u običajnom pravu, gde se optužnica podiže i obara sa pravnom kvalifikacijom tužilaštva. To je sastavni deo filozofije akuzatorskog postupka – kao suprotnosti još uvek pretežno inkvizitorskoj ideologiji krivičnog postupka.

[3] Videti napomenu Urednika [1].

3 Kada dete opaža „zlatni novčić“ na noćnom nebu (Mesec), ono ga vidi kao ravnu površinu. To je, relativno govoreći, percepcija (opažanje). Kada se detetu objasni da je Mesec vrsta lopte koja kruži oko Zemlje, ono će ga iznenada uvideti kao sferično telo. To je apercepcija (jasno shvatanje predmeta). Razlika je kantovska i pokazuje da „činjenica“ bivanja sferičnim ranije nije postojala. Ona se pojavljuje tek sa novom „pravnom kvalifikacijom“. Ovo se odnosi na antinomiju teorije i činjenica, videti notu na kraju teksta br. ii.^[4] Logično sledi da – kao za Imanuela Kanta – „objektivna stvarnost“ („činjenice“) nam nije neposredno dostupna. Ona mora uvek biti filtrirana kroz određeni koncept, teoriju itd. koja joj daje smisao. Na vrlo stvaran način.

nazivom „*Istina?*“, reprodukovanu na kraju teksta^[5], gde autor osvetljava pitanje „stvarnosti“, koje je suštinski identično u većini slučajeva ponovnog suđenja za isto delo.⁴ Sličnim pravnim apsurdom bavi se i Alber Kami u romanu „Stranac“, u kome je glavni junak osuđen zato što nije plakao na sahrani svoje majke.

Drugim rečima, u svakoj situaciji iz običnog života, a to se *a fortiori* primenjuje na pravo, nauku, itd, opažanje činjenica je prosejano kroz različita moždana sита onoga što je zanimljivo, relevantno itd. – nasuprot onome što nije čak ni opaženo, a kamoli protumačeno, odnosno shvaćeno u konkretnoj situaciji. Zato nije moguće pretpostaviti da tamo negde postoji „objektivna stvarnost“ (činjenice, događaji, ponašanje učinioca), nezavisno od bilo kog unapred zamišljenog pojma koje primenjuje ljudsko biće i/ili od pravne apercepcije.

Osnovni problem sa ponovnim suđenjem za isto delo je pogrešna i zavodljiva pretpostavka da „činjenice“ slučaja (ili „događaj“) postoje kao takvi i nezavisno od selektivne apercepcije koju na događaj primenjuje njegov posmatrač: policajac, tužilac, advokat odbrane, sudija itd.

Međutim, kada se pravna kvalifikacija – u drugom suđenju za isti događaj – prilagođava drugom proceduralnom kontekstu, npr. nakon krivičnog u disciplinskom postupku, iznenada će izbiti na površinu pitanje: „Šta je isti istorijski događaj?“. I upravo na tome je *Zolotoukhin* pao, umesto da pruži neku smernicu, zato što ništa nije ostalo od „istog istorijskog događaja“ bez pravne prizme kroz koju bi se posmatrao.

Da ponovimo, činjenice kao takve ne postoje *per se*, njih uvek opaža i poima (tumači) posmatrač. Ipak, posmatrač ne (a)percipira praznim umom. Ovo važi za svaki događaj koji bilo ko opaža. Zato je Kant smatrao da „objektivna stvarnost“ – šta god to značilo – nije, ljudskom umu neposredno dostupna. Ona je uvek posredovana.

Kada se presude Evropskog suda za ljudska prava greškom pozivaju na „identičnost istorijskog događaja“, važno je razumeti da je to potpuno pogrešna ambicija, da se pođe od premise *tabula rasa*: da istorijski događaj kao takav – nezavisno od pravne prizme kroz koju se percipira – uopšte postoji. Ukratko, ne verujem da će češko pravosuđe naći smernice u skorašnjim slučajevima Evropskog suda za ljudska prava.

OBIČAJNO PRAVO I ZABRANA PONOVRNOG SUĐENJA ZA ISTO DELO

Običajno pravo tumači i rešava ovaj problem na neuporedivo sofisticiraniji način, sintetički obrađen u Modelu krivičnog zakonika, koji je, 24. maja 1962. godine, sačinio Američki pravni institut u Filadelfiji, Pensilvanija. Ovaj model je odraz sud-

[4] Videti napomenu Urednika [1].

[5] Videti napomenu Urednika [1].

4 Luigi Pirandello (1867–1936), italijanski autor, dobitnik Nobelove nagrade za književnost 1934. godine. Naslov drame je „Šta je istina?“, na slovenačkom „Kaj je resnica?“, videti <http://www.mambo.si/video/56993-kaj-je-resnica-luigi-pirandello>, 26/05/11. Originalni tekst drame, na italijanskom jeziku, može se naći na veb adresi časopisa *Crimen*: <http://www.ius.bg.ac.rs/crimenjournal/default.htm>.

ske prakse brojnih američkih država i federalnog pravosuđa. To ga čini doktrinarno ubedljivim, ali iznad svega, on je zasnovan na stvarnim empirijskim problemima, kakvi se javljaju u svakodnevnoj sudskoj praksi. Nažalost, Model krivičnog zakonika nije dostupan na internetu. Zato će ovde biti citirane reference njegovih odgovarajućih delova, kako bi vlasti Češke Republike mogle da ih uporedno primene.

Odeljci koji se bave pitanjem ponovnog suđenja idu od Odeljka 107. do Odeljka 1.12, tj. od 10. do 17. strane Modela krivičnog zakonika iz 1985.g. u izdanju Američkog pravnog instituta. Ceo tekst je reprodukovan na kraju članka.^[6]

Međutim, da počnemo sa specifičnom presudom u slučaju Zdenek Sovak-a, sudije Vrhovnog suda Češke Republike, u disciplinskom postupku, slučaj br. 1 SKNO 10/2008, od 13/10/2008, pred Vrhovnim sudom Češke Republike.

Rezime slučaja se poziva na slučaj ESLJP *Zolotoukhin*⁵ utoliko što „pravna kalifikacija merituma slučaja nije relevantna u pogledu pitanja identičnog događaja.“

Vrhovni sud dalje kaže:

„U vezi sa članom 4. Protokola br. 7 uz Konvenciju, sud se takođe poziva na odluku u slučaju Evropskog suda za ljudska prava (ESLJP) *Zolotoukhin*. U pogledu domašaja principa ne bis in idem, veće [Vrhovnog suda Češke Republike] smatralo je da za svrhe disciplinskog postupka on mora biti primenjen na isti način kao što je (primenjen) u krivičnom postupku. Shodno tome, direktna primena člana 4. Protokola br. 7. uz Konvenciju zavisi od pitanja da li je bilo ili ne više odluka donetih o istom delu u različitim postupcima. Disciplinsko veće Vrhovnog suda Češke Republike presudilo je da je bilo tako u konkretnom slučaju.“

Otvoreno govoreći, ne mislim da je ovaj rezime presude Vrhovnog suda Češke Republike od sedam tačaka u slučaju Zdenek Sovak-a sasvim jasan. Drugim rečima, naš stav bi bio, što važi i za slučaj ESLJP *Zolotoukhin*, da je analiza nedovoljno nijansirana, odnosno da nije dovoljno diferencirana. Ustvari, sa filozofskog aspekta je naivna.

U okviru sudske prakse običajnog prava mogao bi biti primenjiv slučaj Vrhovnog suda *Albernaz protiv Sjedinjenih Američkih Država*, 450 U.S. 333, 101 S.Ct.1137, 67 L.Ed.2d 275 (1981) koji se zasniva na drugom slučaju Vrhovnog suda pod nazivom *Blockburger protiv Sjedinjenih Američkih Država*, 284 U.S. 299 (1932), u kome je primenjiv test identičnosti događaja: da li svaka odvojena pravna kvalifikacija, u našem slučaju krivična i disciplinska, *zahteva dokaz koji druga ne traži*.

U ovom kontekstu jasno je da razmatramo dva skupa koji se konceptualno preklapaju, od kojih krivični određuje elemente krivičnog dela/zločina (*corpus delicti*) koji može, ali ne mora biti isti kao elementi u disciplinskom postupku. Čak i u slučaju da je trebalo da obe inkriminacije budu potpuno identične, što sumnjamo da je moguće, teleološko tumačenje bi pružilo potpuno različite svrhe odredbi koje se preklapaju. Model krivičnog zakonika u Odeljku 107, npr. zabranjuje svako naknadno gonjenje za isti događaj, osim ako druga povreda prava, u našem slučaju disciplinski postupak, tj. definicija pojma disciplinskog prekršaja, zahteva dokazivanje činjenice koje se ne traži za prvi (u našem slučaju krivični postupak). Međutim, u

[6] Videti napomenu Urednika [1].

5 *Sergey Zolotoukhin v. Russia* [GC], no. 14939/03, ECHR 2009.

ovom kontekstu mnogo je zanimljivije primetiti, da jedna inkriminacija može *imati svrhu da spreči različitu štetu ili zlo*.

Ovo je jasno do trenutka kada obustava disciplinskog postupka od strane Vrhovnog suda protiv jednog od svojih članova, pobuđuje *prima facie* sumnju u pristrasnost u korist kolege. Ovde se susrećemo sa pitanjem *nepristrasnosti* kako ga je tretirao ESLJP, u delimično analognoj faktičkoj situaciji, u slučaju *Kyprianou protiv Kipra* (ESLJP, br.73797/01, 2005, ceo tekst na)^[7]. Drugim rečima, primenila bi se Juvenalova formula *Quis custodiet ipsos custodes?*⁶

Ako se različitim inkriminacijama želi sprečiti potpuno drugačije zlo ili šteta, drugo gonjenje za isti događaj nije zabranjeno. Ipak, očigledno je da je svrha inkriminalizacije povrede autorskog prava, kao za von Savigny-a, kako da zaštiti zakonitost onoga što je objavljeno, tako i *droits materiels* i *droits morals*^{♦♦} autora. Polazeći od toga da je zakonodavac krivičnog zakonika propisao da je to delo koje se goni na inicijativu oštećene strane, mora se zaključiti da je privatni interes oštećene strane (zakonitih autora) izražen u inicijativi za pokretanje postupka *sine qua non* inače gonjenja po službenoj dužnosti za povredu autorskog prava. Zlo ili šteta koju ovde treba sprečiti je u okvirima kako privatne, tako i javne zaštite autorskog prava.

Međutim, ova svrha nema ništa sa svrhom disciplinskog postupka, a posebno ne protiv sudije Vrhovnog suda, koji se pridržava višeg etičkog standarda. Svrha disciplinskog postupka je da se sankcioniše i eliminiše sa najvišeg sudskog položaja svako ko je pokazao svoju moralnu nedostojnost. Štaviše, one sudije Vrhovnog suda koje su glasale, ako su glasale, na osnovu pristrasnosti za kolegu, i same su ispoljile nedostojnost.⁷

Relevantan slučaj u Američkoj sudskoj praksi je, kao što je već navedeno, *Albernaz* u kome su tuženi bili umešani u zaveru uvoza i distribucije marihuane. Oni su bili oglaseni krivim po dve različite zakonske odredbe: zaveri za uvoz marihuane, s jedne strane – i zaveri radi njene distribucije, sa druge.

Optuženima su izrečene konsekutivne presude po svakom osnovu. U slučaju *Albernaz* Vrhovni sud se pozvao na *Blockburger* (slučaj iz 1932):

„Primenjivo pravilo je da (u slučajevima)^{♦♦♦} gde isto delo ili transakcija konstituišu povredu dve različite zakonske odredbe, test koji treba primeniti,

[7] Videti napomenu Urednika [1].

6 *Quis custodiet ipsos custodes?* je latinska izreka tradicionalno pripisivana rimskom pesniku Juvenalu u njegovim *Satirama* (Satire VI, redovi 347–8), što se bukvalno prevodi „*Ko će čuvati same čuvere?*“. Takođe, ponekad se prevodi „*Ko nadzire nadzornike?*“, izreka ima druge idiomatske prevode i adaptacije kao „*Ko će čuvati čuvere?*“ U modernoj upotrebi često se povezuje sa političkom filozofijom Platona i problemom političke korupcije, ali originalni izvor nema poznate veze sa Platonom ili političkom teorijom. Originalni kontekst se bavio problemom bračne vernosti. Takođe je dovođena u pitanje autentičnost teksta, odnosno postavljalo se pitanje da li je ovaj pasaż autentični deo Juvenalovih Satira ili kasniji dodatak rukopisu. Videti http://en.wikipedia.org/wiki/Quis_custodiet_ipsos_custodes%3F, 27/05/11.

♦♦ materijalna i moralna prava (franc. prim. prev.).

7 Videti npr. R. Kegan /1982/: *The Evolving Self*, Harvard University Press, gde je objašnjeno da najniži post-konvencionalni stepen moralnog razvoja definiše razliku između dobra i zla upućivanjem na tzv. interpersonalnu matricu. Teorija moralnog razvoja ide unazad do Jean Piaget-a i reprodukovao ju je Lawrence Kohlberg. Keganovo delo je veoma dobra obrada Piaget-ove teorije.

♦♦♦ (prim. prev.)

da bi utvrdili da li postoje dva krivična dela ili jedno, je da li svaka odredba zahteva dokaz koji nije potreban za drugu.“

Stoga, u slučaju *Albernaz* Vrhovni sud Sjedinjenih Američkih Država je utvrdio da su zakonske odredbe jasno zadovoljile pravilo navedeno u slučaju *Blockburger* i zaključio da ćutanje Kongresa o ovom pitanju znači da je Kongres bio svestan pravila iz slučaja *Blockburger* i da ga je imao u vidu obavljajući zakonodavnu funkciju.

Postoji još jedan američki slučaj, koga ne mogu da se setim i zato ne mogu da ga navedem i citiram, u kome se pojavio sledeći skup činjenica, unekoliko sličan slučaju *Albernaz*.

Optuženi u tom slučaju je krivično gonjen zbog uvoza narkotika iz Meksika u Sjedinjene Američke Države, a nakon toga mu je suđeno i okrivljen je za istovremeno neplaćanje uvoznih taksi za isti narkotik s jedne strane i za povredu farmakopeje SAD u pogledu relevantnih farmakoloških kaznenih odredbi. Kada je Vrhovni sud u tom slučaju razmatrao da li je dopustivo gonjenje za tri različita aspekta istog događaja, zauzeo je jasan stav da je to moguće upravo iz razloga koje smo gore naveli, koji kao da proizlaze iz Odeljka 107. Modela krivičnog zakonika, i kao da upućuju na nameru zakonodavca (teleološko tumačenje), a u cilju kažnjavanja tri različite štete i zla (videti Model krivičnog zakonika, 1985, strana 12.). Zapravo, kao što smo već istakli, odredbe Modela krivičnog zakonika su i same zasnovane na sudskoj praksi; one indirektno vode poreklo iz problema i rešenja ovih problema koja su sudovi predložili u specifičnim slučajevima.

Stoga, vratimo se na pitanje identičnosti ili različitosti između raznih namera u različitim pravnim inkriminacijama.

Očigledno, nije od pomoći koliko bi mogao biti slučaj *Zolotoukhin*, da samo podsetimo na „identični istorijski događaj“ ili kako to Model krivičnog zakonika ispravno naziva *isto ponašanje* ili *isti događaj*. Nejednake (teleološke) svrhe različitih inkriminirajućih odredbi teže drugačijim zastrašujućim efektima za različite aspekte onoga što bi inače moglo izgledati kao da je isti događaj.

Pozivanje, u Modelu krivičnog zakonika, na zlo koje treba sankcionisati datom inkriminacijom („da se spreči različita šteta ili zlo“) je stoga suštinsko u praktičnom smislu, zato što je jasno u interesu zakonodavca i društva u celini da se kazne različite povrede izvršene jednim događajem.

Drugim rečima, krijumčarenjem narkotika iz Meksika u Sjedinjene Američke Države zapravo su povređena tri različita zaštićena zakonska i društvena interesa. Zbog toga je sasvim osnovano sankcionisati ih odvojeno i kumulativno. Kada su sva ova tri aspekta (krivični, poreski i farmakološki) kažnjena pred istim sudom istom prilikom, u našoj kontinentalnoj tradiciji možemo govoriti o idealnom sticaju krivičnih dela, što znači da će krivični sud u glavnom postupku (blaže) primeniti kumulaciju presuda. Međutim, (konkretni)♦♦♦♦ slučaj upućuje na tri različita postupka pred tri različite sudske instance, pri čemu kumulacija presuda nije ublažena doktrinom idealnog sticaja krivičnih dela, koja tradicionalno ne postoji u običajnom pravu.

Uprkos svemu tome, zdravorazumski je pretpostaviti da interesi zakonodavca, koji su u vezi sa potpuno različitim pravnim svrhama iza različitih inkriminacija,

♦♦♦♦ misli se na slučaj krijumčarenja narkotika iz Meksika u Sjedinjene Američke Države (prim. prev.).

opravdavaju kumulaciju. U slučaju bivšeg sudije Vrhovnog suda Zdenek Sovak-a govorimo o kršenju autorskih prava (plagijat), koji se, pretpostavljamo, goni na inicijativu trećeg lica koje bi u parnici u vezi istog događaja bilo tužilac (Samal, P., Pury, F., Sotolar, A., Štenglova, Zupančič).

Pored toga, rešenje slučaja plaćanjem optuženog Zdenek Sovak-a 100.000 čeških kruna oštećenoj strani (Samal P., Pury, F., Sotolar, A., Štenglova, Zupančič) u krivičnom postupku, podrazumeva da nije bilo *materijalne oslobađajuće presude* (suštinskog oslobođenja) optuženog na osnovu stvarnog odlučivanja o njegovoj krivici ili nevinosti. U doktrini, kao i u empirijskim slučajevima, oslobađajuća presuda iz razloga koji nisu pravo utvrđivanje nevinosti okrivljenog, ne smatra se da isključuju drugo suđenje za „isto delo“, tj. drugo suđenje ne potpada pod odredbu o zabrani ponovnog suđenja za isto delo (*ne bis in idem*).

Čak i da je krivični sud oslobodio sudiju Sovak-a zbog nedostatka dokaza koji bi vodili *izvan osnovane sumnje*, što je standard dokazivanja u krivičnim predmetima, to ne bi podrazumevalo njegovu nevinost osim u okvirima krivičnog prava. Međutim, takva oslobađajuća presuda, jasno, ne bi sprečavala tužioce u parnici, gde je standard u dokazivanju *prevaga dokaza*, a ne *izvan osnovane sumnje*, da tuže istog optuženog za naknadu štete. Naravno, zabrana ponovnog suđenja se ne bi primenjivala. *A fortiori* ne bi se primenjivala ni u disciplinskom postupku.

Stoga, ne znači da je sudija Sovak „nevin“ za svrhe građansko-pravnog procesuiranja istog događaja. Kao što je objašnjeno, ovo je *a fortiori* istina u situaciji kada se krivični postupak nije okončao pravom oslobađajućom presudom na osnovu nedostatka dokaza potrebnih da bi se uspotavilo *izvan osnovane sumnje*, već je okončan poravnanjem (*compromissum*) između privatno-pravnog tužioca i našeg optuženog – budući da je krivično delo tako gonjeno, povreda autorskih prava je utuživa samo na inicijativu oštećene strane čija su autorska prava navodno povređena.

Opet, takođe je očigledno u takvoj situaciji, da je svrha disciplinskog postupka protiv sudije Vrhovnog suda, potpuno drugačija od svrhe krivičnog gonjenja zbog kršenja autorskih prava (kao dela materijalnog krivičnog prava). Logika *delictum proprium* ovde se ne primenjuje neposredno, ali je očigledno da je etički i moralni standard dovoljan za razrešenje sudije Vrhovnog suda, čak i u postupku kršenja autorskih prava, mnogo viši nego standard koji važi za redovni krivični postupak.

Ovde mogu da se pozovem na minimalnu razliku između moralnosti dužnosti (krivično pravo), s jedne strane, i moralnosti težnje. Razliku je uočio čuveni profesor pravne filozofije (jurisprudencije) sa Harvarda, Lon L. Fuller i implikacije te teorije su u izvesnoj meri razvijene u poslednjem poglavlju moje knjige pod nazivom „Minervina sova“.^[8]

Fuller-ova razlika između moralnosti dužnosti odnosi se na najmanji zajednički imenitelj i najniži standard o tome šta je dozvoljeno, a šta nije u društvu. U tom pogledu krivični zakonik predstavlja minimalni moralni kodeks koji važi za sve društvene slojeve. Kršenje autorskih prava ugrađeno u krivični zakonik je svakako krivično delo, s jedne strane, ali, posmatrano sa jednog potpuno drugačijeg aspekta, ono ozbiljno narušava moralne težnje. Ovo bi trebalo da se objasni, ali za naše

[8] „*The Owl of Minerva*“ /2008/: Eleven International Publishing, Utrecht.

svrhe dovoljno je reći da standard ponašanja koji se primenjuje na bilo kog sudiju, a kamoli sudiju Vrhovnog suda, mora da bude mnogo viši od onog koji je uspostavljen krivičnim zakonikom, kao minimalnim kodeksom ponašanja u društvu. Stoga je očigledno nelogično smatrati da je okončanjem krivičnog postupka po osnovu poravnjanja između privatnih stranaka završeno gonjenje u disciplinskom postupku. Disciplinski postupak, za potrebe Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i njenih protokola čak i nije pravo krivično gonjenje.

Ovde možemo dodati nešto u vezi sa proceduralnim pitanjima, tj, razlikom u standardima razlikovanja dokaza između redovnog postupka, s jedne strane, i disciplinskih postupaka, s druge.

Svrha najvišeg mogućeg standarda dokazivanja izvan razumne sumnje u krivičnom postupku je odraz činjenice da su u pitanju sloboda, ugled itd. okrivljenog, dok je svrha standarda dokaza u disciplinskom postupku, koji može u najgorem slučaju dovesti do prestanka radnog odnosa u najvišem pravosudnom organu u zemlji, u poređenju s tim mnogo blaža. Ovo postaje zanimljivo, ako pretpostavimo, kao što smo to gore učinili, da je optuženi bio oslobođen zbog nedostatka dokaza koji bi mogli da dovedu do osnovane sumnje. Ako je trebalo da optuženi bude oslobođen zbog nedostatka takvih dokaza, da li bi onda bilo logično, ne uzimajući u obzir problem zabrane ponovnog suđenja za isto delo, da se isti optuženi goni u disciplinskom postupku?

Oslobađajuća presuda u krivičnom postupku zbog veoma visokog standarda dokaza, naravno, ne znači da će doći do slične oslobađajuće presude u disciplinskom postupku u vezi sa etičkim profilom sudije Vrhovnog suda. Standard dokaza u disciplinskom postupku je mnogo niži i očigledno nije po svojoj svrsi, niti po svom pravnom profilu uporediv sa krivičnim postupkom. Ovo teži da pokaže, između ostalog, da je svrha disciplinskog postupka u sudskom kontekstu potpuno drugačija od razloga koji stoji iza krivičnog postupka.

Da zaključimo, vratimo se na početnu tezu sa kojom smo počeli ovu analizu.

Istorijski događaj, činjenice, zlo koje treba sprečiti, šteta koju treba preduprediti itd.: sve to ne postoji *per se*, razlikuje se u zavisnosti od pravne kvalifikacije, tj. prizme kroz koju iste činjenice događaj itd. percipira posmatrač u konkretnom slučaju. Thomas Hobbes (Tomas Hobs) u svom „Levijatanu“ je negde rekao da „nestankom građanskog prava, takođe nestaju i krivična dela“. On je, pre nekoliko vekova, vrlo dobro razumeo da pravne inkriminacije (u našem slučaju krivične i disciplinske), konstituišu činjenice slučaja u istoj meri u kojoj pravne kvalifikacije pružaju različite prizme za posmatranje događaja u objektivnoj stvarnosti. Ako Hobsova moć Države (Levijatana) ne stoji iza određene inkriminacije, npr. incest, kanibalizam itd, tada pravno takvi „događaji“ jednostavno ne postoje.

Sa Kantove tačke gledišta, moglo bi se smatrati da stvarnost kao takva, ako ode ne nekoliko koraka dalje od ove situacije, ne postoji, da nam objektivna stvarnost nije nikada neposredno dostupna. Zato je filozofski naivno, bez obzira da li se to odnosi na Evropski sud za ljudska prava ili Vrhovni sud Češke Republike, pretpostaviti da „tamo negde“ postoje činjenice i da se mogu posmatrati bez bilo kakve prizme kao da su nezavisne od opažanja i shvatanja autoriteta u konkretnom slučaju.