

Miroslav D. MARKOVIĆ

NE BIS IN IDEM – PREKRŠAJNI I (ILI) KAZNENI POSTUPAK –
(NE)OTKLONJENA DILEMA (169-193)

MIROSLAV D. MARKOVIĆ, tužitelj Tužiteljstva Bosne i Hercegovine

NE BIS IN IDEM – PREKRŠAJNI I (ILI) KAZNENI POSTUPAK – (NE)OTKLONJENA DILEMA

SAŽETAK

Predmet ovoga rada je nekritička i neselektivna primjena presuda EU za ljudska prava u odlukama Ustavnog suda BiH i Presudama Suda BiH, u kojima se kriterijumi zauzeti u presudama EU suda za ljudska prava, simplificirano primjenjuju u kaznenim postupcima vođenim pred nacionalnim sudovima.

Pri tome, ne samo da se ne vodi računa o činjeničnoj/materijalnoj osnovi kaznenih djela na koje se primjenjuju kriterijumi EU suda za ljudska prava, nego i zanemaruje razlikovanje prekršaja i kaznenih djela, a sljedstveno tome i javni interes države Bosne i Hercegovine. Posebna opasnost opisane neselektivne primjene kriterijuma iz presuda za EU suda za ljudska prava je proširivanje pojma „djelo“ u smislu odredbe čl. 4. Protokola br. 7. uz EU Konvenciju – i na prekršaje, čime se ugrožava jedan od temeljnih principa kaznenog prava – princip zakonitosti.¹

SUMMARY

The subject of this work is the uncritical and non-selective application of the EU judgments on human rights in the decisions of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina and the judgments of the Court of BiH, in which the criteria taken in the judgments of the EU Court of Human Rights are applied in criminal proceedings before the national courts in a simplified form.

In doing so, not only are the factual/substantive basis of criminal offenses, to which the criteria of the EU Court of Human Rights are applied to, not being taken into account but the distinction between minor offenses and criminal offense are neglected and thus consequently the public interest of the State of Bosnia and Herzegovina is also neglected. The specific risk of the described non-selective application of the criteria of the judgments of the EU Court of Human Rights represents the expanding of the term "offense", within the meaning of Article 4 of the Protocol 7 to the EU Convention, to misdemean-

¹ Ključne riječi: EU Sud za ljudska prava; Ustavni sud BiH; Sud BiH; Kazneno djelo; Prekršaji; Res Iudicata

nor offense, thereby jeopardizing one of the fundamental principles of the criminal law - the principle of legality.²

Uvod

Povod za obraćanje stručnoj javnosti ovim radom, nalazimo u recen-tnim presudama Suda BiH koji je donio više oslobađajućih i presuda kojim se optužba odbija, u kaznenim predmetima protiv učinitelja kaznenih djela Porezne utaje iz čl. 210. KZBiH, protiv kojih je vođen i prekršajni postupak zbog prekršaja propisanih Zakonom o porezu na dodanu vrijednost, pri čemu se je Sud BiH pozvao na odredbe čl. 4. KZ BiH (ne bis in idem). Sud BiH je svoje stajalište utemeljio na odlukama Ustavnog suda BiH, koji je, podlogu za svoje stavove našao u presudama Europskog suda za ljudska prava, u kojima je utvrđena povreda čl. 4. st. (1) Protokola br. 7. uz Europsku Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.

Držeći, da je argumentacija iz obrazloženja presuda Suda BiH i odluka Ustavnog suda BiH nedostatna za donošenje takvih odluka, koje praktično/u biti, neopravdano dovode u povoljan položaj počinitelje teških kaznenih djela iz Glave XVIII KZ BiH (kaznena djela protiv gospodarstva i jedinstva tržišta, te kaznena djela iz oblasti carina), kojima je, javni interes ozbiljno materijalno ugrožen, tj. država BiH ozbiljno oštećena, izvršili smo raščlambu referentnih presuda Europskog suda za ljudska prava. Saznanja do kojih smo došli, nisu nas uvjerila u ispravnost odluka Ustavnog suda BiH i Suda BiH o ovom pitanju. Naprotiv, shvaćanja smo, da je neselektivno, nekritičko i u cijelini, prenošenje stajališta navedenih u presudama Europskog suda za ljudska prava, na domaće prilike/uvjete, ratom razorenog državnog i društvenog tkiva, štetno iz više razloga. **Prvo**, sve razmatrane presude Europskog suda za ljudska prava donešene su u visoko razvijenim državama sa izgrađenom i uređenom državnim i društvenom strukturom i infrastrukturom, te usvojenom društvenom i financijskom disciplinom. **Drugo**, stavovi izneseni u presudama Europskog suda za ljudska prava ne korespondiraju sa nekim od temeljnih principa kaznenog prava i to: (čl.2. Osnova i granice kazneno pravne prinude i čl. 3. Načelo zakonitosti KZBiH), kroz proširivanje pojma kaznenoga djela i na radnje i postupke koji to nisu. **Treće**, neadekvatna, nekritička i u biti simplificirana aplikacija presuda Europskog suda za ljudska prava, donesenih u sasvim drugim povodima, temeljem posebnih po-

² Key words: EU Court for Human Rights, Constitutional Court of BiH, criminal offense, misdemeanor offense, res iudicata

stupaka protiv počinitelja prekršaja (protiv javnog reda i mira i prekršaja vojničke discipline) - na učinjenja teških kaznenih djela iz oblasti gospodarskog kriminala, jednostavno ne opravdava svrhu, a u suprotnosti je sa jednim od temeljnih postulata Europske Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, a to je ravnoteža zaštite javnog i privatnog interesa.

Neposredni povod za nastanak ovoga rada je presuda Suda BiH kojom se čak i izdavanje prekršajnih naloga od strane upravnih tijela, protiv prekršitelja/učinitelja kaznenih djela, smatra dostatnim razlogom za primjenu čl.6. Europske Konvencije za zaštitu ljudskih prava, odnosno, da se vođenjem kaznenog postupka u takvim slučajevima, povrjeđuje čl. 4.st.1. Protokola br. 7. uz EU Konvenciju, odnosno povrjeđuje čl. 4. ZKP BiH.

Dakle, u cijelosti se, po našem stajalištu, neutemeljeno proširuje obim zaštite, čak i na one počinitelje prekršaja protiv kojih nije vođen nikakav, niti prekršajni sudski postupak, nego je upravno tijelo u mandatnom postupku bez sudjelovanja suda izdalo prekršajne naloge i time, po stajalištu izloženom u presudi Suda BiH, nadomjestilo kazneni postupak. Konačno, činjenica da se počiniteljima takvih (po stajalištu Suda BiH) prekršaja u upravnom postupku izriču simbolične kazne (uvjetne novčane kazne), samo nas utvrđuju u uvjerenju da se vođenjem prekršajnog postupka izbjegava kazneni postupak čime se otvara jedan novi (idealni) kanal za nove oblike koruptivnog ponašanja u gospodarstvu i upravi.

Pravni okvir

Čl. 4. ZKPBiH i ZKP entiteta i Brčko Distrikta BiH, propisuje da nitko ne može biti ponovno suđen za djelo za koje je već bio suđen i za koje je donesena pravomoćna sudska odluka. Prema stajalištu komentatora,³ zabrana ponovnog suđenja u istoj kaznenoj stvari istaknuta je kroz načelo ne bis in idem, odnosno kroz ustavno načelo u američkom pravu koje se označava pojmom „dvostruke opasnosti“ (engl.double jeopardy). Pravo da se ne bude dva puta suđen ili kažnjen u istoj kaznenoj stvari predviđaju prije svega međunarodni dokumenti (čl.14.st.7. MPGPP i čl.4. Protokola br.7. uz EKLJP). Pomenute odredbe predviđaju da se nikome ne može ponovo suditi, odnosno da se nitko ne može ponovo kazniti u kaznenom postupku iste države za kazneno djelo za koje je već pravomoćno oslobođen ili osuđen u skladu sa zakonom i kaznenim postupkom te države (čl. 4.st.1. Protokola br.7. uz EKLJP).

³ Komentari kaznenih zakona u BiH – izdavač Savjet/Vijeće Europe i Europskog povjerenstva –Sarajevo 2005

ESLJP je u svojim odlukama naročito raspravljao pitanje, da li je suđenje za kazneno djelo i za prekršaj - kada proizilazi iz istoga događaja - predstavlja kršenje ovoga načela. U primjeru **Gradinger protiv Austrije** (1995.godine, Serija A br.328-C), i **Franz Fischer protiv Austrije** (2001.godine, predstava br. 37950/97), pomenuti sud je našao da to predstavlja povredu konvencijskih standarda i načela **ne bis in idem**, dok je u predmetu **Oliviera protiv Švicarske**, (1998.godine, Izvještaji 1998 – V), drugačije presudio, jer je našao da se radi o idealnom sticanju i potrebi da se jedan kažnjivi događaj razdijeli na dvije kažnjive radnje.

Načelo *Ne bis in idem*, obuhvaća dva kumulativna uvjeta, koja moraju biti ostvarena: 1) da je **kazneni postupak** već vođen protiv određene osobe za određeno kazneno djelo; 2) da je donesena pravomoćna **sudska odluka** u tom kaznenom predmetu. Dakle, zabrana dvostrukog suđenja odnosi se na osobu i djelo za koje je suđeno, tj. na osobu protiv koje je već bio vođen kazneni postupak za određeno **kazneno djelo** i za koje je donesena pravomoćna sudska odluka. Načelo zabrane ponavljanja kaznenog postupka koje je dato u odredbi čl.4. ZKP BiH, predstavlja, ustvari, materijalnu pravomoćnost. Smatra se da materijalna pravomoćnost, za subjekte čiji je **materijalno pravni odnos raspravljen**, znači nemogućnost vođenja novog kaznenog postupka povodom istoga kaznenoga djela.

Prema definiciji prekršaja čl. 2. Zakona o prekršajima BiH, (Sl.glasnik BiH br. 41/07 i 18/12), prekršaji predstavljaju kršenja javnog poretka ili propisa o ekonomskom i finansijskom poslovanju, utvrđena zakonom ili drugim propisom za koje su određena obilježja prekršaja i za koje su propisane sankcije. Člankom 27. istoga Zakona propisani su uvjeti, kada ovlašćeno tijelo može izdavati prekršajne naloge, a člankom 28. st.1. tč. k) istoga Zakona da prekršajni nalog, pored ostalog treba sadržavati i „iznos naknade štete...“.

Prema komentatorima,⁴ od kaznenih djela prekršaji se razlikuju po zapriječenoj sankciji i posljedicama koje su nastupile usljed prekršaja. Za kaznena djela su zapriječene teže sankcije i nastupaju teže posljedice. Pored općih elemenata, koje su zajedničke za sve prekršaje, svaki prekršaj sadrži i posebne elemente koji čine njegovo posebno biće, konkretizaciju općeg pojma prekršaja. Posebna obilježja određena su posebnim propisima, kojima se reguliraju pojedine oblasti društvenih odnosa.

⁴ Komentar Zakona o prekršajima Dr. M. Simović i G. Salihović – Izdavač „Feniks d.o.o. Sarajevo 2005.

Prema Komentaru Zakona o prekršajima,⁵ ako su protupravne radnje usmjerene protiv društvenog interesa **manjeg značaja**, onda one predstavljaju prekršaj. U suštini, prekršaji su takva činjenja ili nečinjenja koja su usmjerena protiv opće društvene discipline, koja ima za svrhu osigurati normalne uvjete za život u društvenoj zajednici, te da otklanjaju mogućnost ugrožavanja sigurnosti ljudi i imovine. Za razliku od kaznene odgovornosti, primarni oblik odgovornosti učinitelja prekršaja - **je nehat**. ... sud je oslobođen potrebe da posebno utvrđuje postajanje umišljaja, osim ako propisom nije predviđeno da učinilac odgovara samo ako je prekršaj učinjen sa umišljajem. Za sud, po pravilu, će biti dovoljno da utvrdi da je prekršaj učinjen iz nehata, što je lakše utvrditi nego umišljaj, budući je lakše dokazati da postoji nečiji nemar, nego volja i htijenje.

Tako, čl.2. st.1. Zakona o prekršajima Federacije BiH (Sl.novine Federacije BiH broj: 31/06), prekršaj definira na način da „...predstavlja kršenje javnog poretka ili **propisa o ekonomskom i finansijskom poslovanju utvrđenih zakonom ili drugih propisom za koje su određena obilježja i za koje su propisane sankcije...**“.

Nasuprot tome, KZ BiH čl.20. definira kazneno djelo, kao kazneno djelo koje je zakonom propisano kao kazneno djelo, čija su obilježja propisana zakonom i za koje je zakonom propisana kazneno pravna sankcija.

Sva kaznena djela nanose povredu izvjesnim društvenim dobrima ili interesima, pa se za to protiv istih i predviđaju kaznene sankcije, kako bi se ovima pružila zaštita. Pomenuta dobra ili interesi protiv kojih su upravljenja kaznena djela i kojima se pruža kazneno-pravna zaštita nazivaju se – **objekat kaznenog djela**. To je pojam objekta u **formalnom smislu**. Međutim, objekat kaznenog djela u **materijalnom smislu** su društveni odnosi, jer se kaznenopravnom zaštitom društvenih dobara ili interesa ustvari pruža zaštita postojećih društvenih odnosa.

U nauci se, počev od Oppenheima razlikuju dvije vrste objekata: **zaštitni objekat i objekat radnje** kaznenog djela.

Zaštitinim objektom, se smatra ono dobro ili interes kome se pruža kaznenopravna zaštita od povrede ili ugrožavanja kaznenim djelima. Kao **opći zaštitni objekat** smatraju se, osobnost građanina, njegova ustavom i zakonima zajamčena prava i slobode, a zatim političke, nacionalne, ekonomske i socijalne osnove države, te njena neovisnost i sigurnost.

⁵ Komentar Zakona o prekršajima RS – Drago Ševa – Izdavač: Defendologija - Banja Luka 2008.

U posebnom dijelu kaznenog zakona predviđaju se pojedine skupine kaznenih djela kao zasebne glave kaznenog zakonika kojima se napada na pojedina dobra građana ili države. Prema tome, kao **skupni zaštitni objekat**, je onaj objekat koji se štiti od pojedine skupine kaznenih djela.

Objekat radnje, je onaj predmet na kome se radnja kaznenog djela treba poduzeti da bi se zaštitni objekat kaznenog djela povrijedio. Pojedini autori (Beling) razlikuju dvije vrste objekta radnje i to: **napadni i gramatički objekat**. Napadni objekat je predmet protiv koga je upravljena radnja kaznenog djela a gramatički objekat je predmet na kome se vrši radnja kaznenog djela.⁶

Povijesni okvir⁷

Prekršajno pravo je **dio upravnog prava**, čiji predmet predstavljaju prekršaji. „Prve podatke o prekršajima nalazimo u rimskom pravu. Za čuvanje javnog reda i poretka, protiv samovolje, smetanja posjeda i nasilja i za slične radnje koje se danas inkriminiraju, magistrati su izdavali interdikte (po zahtjevu jedne stranke nalog drugoj stranki da nešto učini ili propusti). U prvo vrijeme inderdikti su izdavani za jedan određeni slučaj, a kasnije inderdikti postaju opća pravna pravila. Inderdiktni postupak je bio brži i sa mnogo manje formalnosti, nego kazneni i građanski postupak, a kazne nisu imale karakter sankcije, već su djelovanje **castigatio**. Postupak po ovim djelima pokretan je po tužbi oštećenika ili bilo koje druge osobe (quivis ex populo), a novčana kazna je obično izricana u korist tužitelja.

U srednjem vijeku pravo na kažnjavanje imao je feudalni gospodar, dok su u slobodnim gradovima donošene naredbe, koje su imale karakter pravnog propisa za održavanje javnog reda i mira, za čiju povredu su bile predviđene i kazne. Ove inkriminacije su bile poznate pod nazivom **ekcesa**. Sa stvaranjem apsolutističke države pravo kažnjavanja prelazi na policijska tijela. Kazne su bile izricane na osnovu običajnog prava, ali su policijska tijela mogla ove kazne poošttravati ili ublažavati po svom nahođenju. Već u to vrijeme kažnjiva djela se dijele u tri skupine i to: 1) najteža kaznena djela; 2) kaznena djela srednje težine i 3) opći delikti ili, ono što mi danas nazivamo prekršajem.

Poslije Francuske revolucije pristupa se kodifikaciji kaznenog prava uključujući i prekršaje. Francuski Code penal donesen 1810. godine dijeli sva kažnjiva djela prema zapriječenoj kazni u tri skupine: zločine (**crimes**), prijestu-

⁶ Dr.M. Radovanović Krivično pravo SFRJ – Savremena administracija Bgd.

⁷ Pravna enciklopedija – Savremena administracija – Bgd. 1979. – (str.1090, 1091, 1085 i 1086)

pe (**delits**) i prekršaje (**contraventions**). Za djela iz svake skupine sude posebni sudovi, a za prekršaje i policijska tijela. Ovaj zakon je postao ugled mnogim evropskim kaznenim zakonicima koji su kasnije doneseni. Austrijski Kazneni zakonik od 1852. godine, a docnije i Njemački zakonik iz 1871. godine dijeli isto tako kažnjiva djela na: 1) zločine (**Verbrechen**), 2) prijestupe (**Vergehen**), i 3) prekršaje (**Ubertretungen**). Italijanski Kazneni zakon od 1889. godine pravio je razliku između kaznenog djela i prekršaja po specifičnoj prirodi radnji, ali je Kazneni zakonik iz 1913. godine napustio takvo razlikovanje i prihvatio formalni kriterijum, dijeleći delikte na kaznena djela i prekršaje po zaprijećenoj kazni (**biparticia**). Bipartitni sistem u kaznenom pravu prihvatile su i druge zemlje npr. neke američke države, skandinavske zemlje, Nizozemska i druge, a u novije vrijeme i Grenland, Luisiana i druge.

Uporedo sa ovakvim razvojem kaznenog prava javio se i jak pokret da se od kaznenog prava izdvoje prekršaji kao predmet prekršajnog prava i da o njima rješavaju upravna tijela. To se pravdalo kvalitetnom razlikom koja po ovom stajalištu, postoji između kaznenih djela i prekršaja, zatim određenim osobenostima prekršaja, uskom povezanošću prekršaja sa upravnim pravom (pošto su oni povezani za rad uprave) itd. Zastupnici ovog stajališta isticali su da je od pravnog interesa razgraničenje upravno kaznene materije od kazneno pravne. Ovaj pravac su zastupali naročito njemački i austrijski pravници, posebno u novije vrijeme. To je, na primjer, našlo odraza u austrijskom Zakonu o prekršajima sa nadležnošću upravnih tijela od 1925. godine. I u sovjetskom pravnom sistemu prihvaćeno je izdvajanje prekršaja od kaznenih djela, tako da kazneno pravo poznaje kao sudski delikt jedinstveno kazneno djelo (**prestulenie**) za koje se primjenjuje (**nakazanie**), dok administrativna tijela izriču administrativnu kaznu (**vziskanie**).

U Kraljevini Srbiji prekršaji su bili predmet kaznenog prava. Trojna dioba kaznenih djela prihvaćena je u Kaznenom (kriminalom) zakoniku iz 1860. godine u čijem se III dijelu u § 310-§ 397, nalaze **istupi**, kako su tada u Srbiji nazivani prekršaji.

U Kraljevini Jugoslaviji prekršajno pravo razvijalo se uporedno sa kaznenim pravom. Kazneni zakonik iz 1929. godine nije obuhvaćao prekršaje, jer je iste trebao regulirati poseban zakon stavljajući ih u mjerodavnost upravnih tijela, čiji projekat je bio izrađen (Projekt zakona o istupima). Do donošenja jedinstvenog Zakona o istupima, po Zakonu o privremenom produženju važnosti zakonskih propisa i kažnjavanju istupa iz 1929. godine, ostali su na snazi propisi dotadašnjih općih kaznenih zakonika, zatim Zakona o istupima na području Apelacionog suda u Novom Sadu (XL Zakonski članak iz

1879.godine) i svi drugi zakonski propisi o kaznenim djelima kvalificiranim kao istupi (prekršaji, prestupci, prestopki).

Kazneni zakonik FNRJ od 1947.godine i 1951.godine, poznaju samo jedinstveno kazneno djelo. Uporedo sa ovom kodifikacijom izvršena je i kodifikacija prekršajnog prava donošenjem Osnovnog zakona o prekršajima, koji je pretrpio bitne izmjene 1951. i 1958.godine sukladno sa izmjenama pravnog sistema i reorganizacijom državnih tijela, a zatim u okviru usklađivanja Saveznih zakona sa Ustavom SFRJ izvršene su 1965.godine, značajne izmjene i dopune u pravcu unapređenja i demokratizacije prekršajnog sistema.

Osnovni Zakon o prekršajima, mada je bio Osnovni savezni zakon, poglavito je regulirao sva materijalno - pravna procesna pitanja materije prekršaja, kao i izvršenje sankcija za prekršaje. Taj zakon se primjenjivao na cijeloj teritoriji Jugoslavije bez obzira tko je propisivao prekršaje (Federacija, republike, pokrajine ili općine), a važio je, kako za prekršaje iz mjerodavnosti suca za prekršaje, tako i za prekršaje po kojima su postupala tijela uprave. Po čl. 281. st. 1. tč. 12) Novog Ustava SFRJ, Federacija više nije ovlašćena regulirati materiju prekršaja, kada se radi o prekršajima koji se propisuju u republikama ili pokrajinama. Za ove prekršaje sve materijalnopravne i procesne propise donose republike, odnosno pokrajine. Federacija donosi propise materijalnopravnog karaktera o općim uvjetima odgovornosti i sistemu sankcija (tzv. Opći dio), za prekršaje kojima se povređuju savezni propisi i taj opći dio obvezni su primjenjivati i savezna i prekršajna tijela u republikama i pokrajinama, kada rješavaju po prekršajima koji su predviđeni saveznim propisima. Federacija, isto tako, regulira i postupak po prekršajima za koje su mjerodavna savezna tijela uprave. Sukladno sa ovom ustavnom odredbom (čl. 17. st. 1. tč. 26.) Ustavnog zakona za sprovođenje Ustava SFRJ propisana je obveza da se dosadašnji Osnovni zakon o prekršajima usuglasi sa novim Ustavom SFRJ. Usaglašavanje je izvršeno donošenjem Zakona o prekršajima kojima se povređuju savezni propisi, a republike i autonomne pokrajine donijele su svoje posebne zakone o prekršajima.

U zakonima o prekršajima nisu predviđeni pojedini konkretni prekršaji, već su oni određeni posebnim propisima (zakonima, propisima saveznih republičkih i pokrajinskih tijela i odlukama općinskih skupština), koji reguliraju razne oblasti društvenih odnosa.

Prekršajno pravo predstavlja sistem pravnih propisa kojima se ostvaruje zaštita pravnog poretka određivanje prekršaja i kaznenih sankcija, protiv učinitelja prekršaja zakonom o određenom postupku. **Prekršajno pravo se dijeli na materijalno i procesno pravo, a u užem smislu ono obuhvaća samo materijalno prekršajno pravo.** Materijalno prekršajno pravo predstavlja

sistem propisa koji određuju pojedine prekršaje i prekršajne sankcije, kako i uvjete za njihovu primjenu, a u svezi s tim niz drugih pojmova i instituta. Procesno prekršajno pravo predstavlja sistem propisa koji reguliraju međusobna prava i dužnosti prekršajnih tijela, tijela uprave i organizacija sa jedne strane, i sudionika u postupku sa druge strane, a osim toga i odnose između njih radi primjene prekršajnih sankcija, kao i forme po kojima se moraju izvoditi procesne radnje.

Važećim propisima nije sprovedena klasifikacija prekršaja. Međutim, prema oblastima društvenih odnosa prekršaji se mogu svrstati u prekršaje: a) iz oblasti unutarnjih poslova; b) iz oblasti financija; c) iz oblasti gospodarstva; d) iz oblasti komunalnih poslova; e) iz oblasti rada i radnih odnosa; f) iz oblasti nauke prosvjete i kulture; g) iz oblasti zaštite zdravlja; h) iz oblasti socijalne skrbi i i) iz drugih oblasti.

Prekršaji iz oblasti unutarnjih poslova zahvataju najšire područje kazneno pravne zaštite: građanska stanja; udruge; zborove i druge javne skupove; nadzor kretanja na granici; zaštitu od požara; javni red i mir; sigurnost javnog prometa i veza; eksplozivne i zapaljive materije i dr. **Prekršaji iz oblasti financija dijele se na: finansijske prekršaje u užem smislu, poreske, devizne i carinske prekršaje.** Prekršaji iz oblasti gospodarstva obuhvaćaju široko područje, poljoprivrede, građevinarstva, trgovine i ugostiteljstva, ribarstva, šuma, zanatstva i dr. Prekršaji iz oblasti komunalnih poslova obuhvaćaju: dozvole boravke, održavanje stambenih zgrada, dimnjačarsku službu, zakup stambenih i poslovnih prostorija, obilježavanja naseljenih mjesta ulica i kuća i dr. Prekršaji iz oblasti rada i radnih odnosa tiču se: radnog vremena, inspekcije rada, higijensko tehničke zaštite, i dr. Prekršaji u oblasti prosvjete i kulture odnose se na: škole i spomenike kulture, državne arhive, novinsku i nakladničku djelatnost, rad kulturno prosvjetnih ustanova, film, radio difuznih postaja i dr. Prekršaji iz oblasti zaštite zdravlja su sa područja: sanitarne inspekcije, zdravstvenog nadzora nad živežnim namirnicama, radioaktivnih izotopa, opojnih droga, sprječavanje suzbijanja zaraznih bolesti, prijenosa mrtvaca, i dr. Prekršaji iz oblasti socijalne skrbi su na području: socijalnog, zdravstvenog, mirovinskog i invalidskog osiguranja, dječijeg dodatka, osnivanja dječijih vrtića i dr. Od ostalih prekršaja treba pomenuti, one iz oblasti Civilne zaštite i statistike.

Prekršaji su posebna kategorija kažnjivih djela koja su u pravnom sistemu **predmet upravnog prava**, u užem smislu prekršajnog prava. U pravnoj teoriji postoji spor o tome, šta su prekršaji, što je suština prekršaja. Sporno je, da li su prekršaji „specijalna kaznena djela“, odnosno najlakša vrsta kaznenih

djela ili su „upravno-kaznena djela“, ili su „policijsko nepravo“. Suština spora je u tome, da li je razlika između kaznenih djela i prekršaja samo kvantitativna ili je kvalitativna.

Prekršajno djelo ili kako se ono uobičajeno naziva prekršaj, po pravu je **posebna vrsta neprava ili delikta**. Tri su obilježja zajednička za sve prekršaje: 1) postojanje povrede javnog poretka; 2) propisanost u zakonu ili drugim propisima i 3) predviđenost prekršajne kazne i zaštitne mjere. Prema ovim obilježjima prekršaji imaju mnogo zajedničkih crta sa kaznenim djelima, a naročito sa privrednim prijestupima. Sve su to protupravna kažnjiva činjenja ili nečinjenja, za koja njihovi učinitelji odgovaraju i prema kojima se izriču kaznene sankcije u zakonu utvrđenom postupku. **Ali postoji i niz obilježja po kojima se ti delikti između sebe razlikuju.** Od kaznenih djela prekršaji se razlikuju **po društvenoj opasnosti** koja predstavlja jedno o obilježja krivičnog djela, a sem toga to je **pravni osnov za kažnjavanje**, dok je ona kod prekršaja **samo zakonodavni motiv za inkriminaciju**. Inače prekršaji se razlikuju od kaznenih djela i privrednih prijestupa i po drugim elementima. **Ta razlika se manifestira glede: 1. odgovornosti za ove delikte, 2. sustava i vrsti kaznenih sankcija, 3. funkcije gonjenja, i 4. funkcije kažnjavanja.**

Presude Europskog suda za ljudska prava

Prema stajalištu komentatora,⁸ pojam kazneno pravna optužba ima autonomno značenje u okviru čl. 6. EKLJP. Domaće pozitivnopravno određivanje sankcije ili nekog prigovora ne može isključiti primjenu čl. 6. EKLJP, ukoliko se, prema konvencijskom određenju toga pojma radi o kaznenopravnoj optužbi. Odlučujući značaj ima **materijalni sadržaj**, relevantnih propisa, tako da osim kaznenopravnih optužbi, u užem smislu, u obim zaštite čl. 6. EKLJP, mogu se ubrojati i disciplinski i prekršajni postupci. Ukoliko domaće pravo karakterizira pravni pristup kao kaznenopravni, onda on ima i kaznenopravnu prirodu u smislu čl. 6. EKLJP.

Ukoliko domaće pravo karakterizira pravni pristup kao disciplinski ili upravni pristup onda to predstavlja samo određenu indiciju za ne/primjenjivost čl. 6. St. 1. EKLJP⁹. Potrebno je uzeti u obzir **područje primjene i određivanja**

⁸ Komentar Ustava BiH dr. Christian Steiner i dr. Nedim Ademović – Izdanje Bemus Sarajevo 2010.g.

⁹ Presuda CH/01/8304 – st.36. i dalje

cilja optužbe, kao i karakter, težinu i svrhu sankcije¹⁰. Kaznenopravna kvalifikacija optužbe, prema kriterijima ELJKP ne uvjetuje pozitivan odgovor na sve ove elemente. Ipak, **dva elementa moraju biti kumulativno ispunjena**: prema području primjene povređenog pravila ponašanja i njene svrhe mora se raditi o kazneno pravnoj optužbi u smislu EKLJP.¹¹

U svezi sa područjem primjene pravila ponašanja, potrebno je razlikovati sljedeće: dok **kaznenopravne odredbe imaju opći karakter**, a to znači da važi za sve osobe i služe **općim interesima društva**, odredbe disciplinsko pravnog karaktera uobičajeno **važe samo za određenu skupinu ljudi** i imaju cilj da se pripadnici te skupine drže propisanih pravila ponašanja.¹² ...Treba obratiti pažnju na to, da li je način ponašanja, koji je propisan disciplinsko pravnim odredbama, tipičan ili atipičan za određenu skupinu. Svrha kazneno pravne sankcije je sprječavanje ili kažnjavanje određenog ponašanja.... U svezi sa **karakterom i težinom sankcije**, može se reći da se radi o kaznenopravnoj sankciji, ako se određenoj osobi oduzme sloboda,¹³ izrekne visoka novčana kazna ili prijeti unošenjem kazne u policijski registar, čak i ako ta novčana kazna, ukoliko ne bude plaćena, bude **zamijenjena kaznom zatvora**.¹⁴

Prekršaji (regulatory offences), mogu također biti kazneno pravne naravi u smislu čl. 6. EKLJP. To će biti slučaj sa prekršajima određenim po osnovu carinskog zakona, zakona o sigurnosti i prometa na putevima, zakona o prekršajima ili zakona o akcizama i porezu na promet, ukoliko novčana kazna **predstavlja značajan iznos i ima preventivni karakter**.

Prilikom utvrđivanja osnova za povredu čl.6. EKLJP, odnosno utvrđivanja da li se radi o kaznenoj optužbi, potrebno je razmotriti tri kriterija:

- **Prvo**, da li se taj prekršaj smatra kaznenim djelom u domaćem zakonodavstvu te države.¹⁵ Ukoliko se kvalificira kao kazneno djelo, to je

¹⁰ Presude CH/02/01476-D – st.21. i dalje u svezi sa ESLJP, Campbell i Fell protiv UK od 28.06.1984., serija A broj 80; Engel et al. protiv Nizozemske od 08.06.1976.g., serija A br. 22.st.80-85; CH/02/12470-D&M, st.97. i dalje; AP-2468/05 tč.21.

¹¹ AP-2468/05 tč. 21.

¹² CH/01/8304 st.38.

¹³ CH/01/8304 st.39.

¹⁴ CH/02/12470 –D&M st.102 i dalje

¹⁵ Harris O Boyle and Warbrick, LAW OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS (Butterworths, 1995.,) str. 167.

odlučujući kriteriji i čl. 6. (1) se primjenjuje, jer su zakonske i društvene posljedice kriminaliteta ogromne.¹⁶

- **Drugo**, ukoliko se taj prekršaj ne smatra kaznenim djelom mora se ispitati priroda prekršaja. Ukoliko postoji analogija sa drugim djelima koja se smatraju kaznenim u drugim kontekstima, postoji velika vjerovatnoća da će se utvrditi da se radi o „kaznenoj optužbi“ u smislu Konvencije¹⁷
- **Treće**, stupanj ozbiljnosti prekršaja igra ulogu, što je ozbiljnija kazna za taj prekršaj postoji i velika vjerovatnoća da će se utvrditi da se radi o „kaznenoj optužbi“ u smislu čl. 6. (1)¹⁸.

Imajući u vidu da se izriču visoke novčane kazne za izbjegavanje plaćanja poreza, Sud u Strasbourgu je zaključio da je ozbiljnost kazne dovoljna da se opravda primjena čl. 6. st.1. u postupku¹⁹. U predmetu **Bendenoun protiv Francuske**²⁰, Sud u Strasbourgu je stavio naglasak na tri elementa, prilikom utvrđivanja da li je postupak, koji bi mogao voditi izricanju velike novčane kazne.

„U ovom slučaju sud ne podcjenjuje važnost nekoliko tačaka koje je navela Vlada. Međutim, u svjetlu svoje sudske prakse, a posebno presude u navedenom predmetu **Ozturk**. Sud konstatira da četiri točke govore suprotno. **Prvenstveno**, prekršaj za koji se tereti g. Bendenoun potpada pod član 1729. stav 1. Općeg zakona o porezu.

¹⁶ Harris Boyle and Warbrick, LAW OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS (Butterworths, 1995.) str. 167. i predmet Edngel protiv Nizozemske, Presuda Europskog suda od 8.06.1976., Serija A br. 22 i predmet Funke protiv Francuske, presuda Europskog suda od 25.02.1993. Serija A broj. 256.

¹⁷ Harris O Boyle and Warbrick, LAW OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS (Butterworths, 1995.) str. 167.

¹⁸ Reid, A PRACTITIONER S GUIDE TO THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS, (Sweet and Maxwell, 1998), str. 55-56.

¹⁹ Wallace, COMPANION TO THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS VOLUME 1: the convention, (Trenton Publishing, 1999) str. 20. Gdje se navodi predmet Bendenoun protiv Francuske, presuda Europskog suda od 24.2.1994., Serija A , broj: 284.

²⁰ Bendenoun protiv Francuske, presuda Europskog suda od 24.2.1994., Serija A , broj: 284.st.47

Ta odredba pokriva sve građane u njihovom kapacitetu poreskih obveznika, a ne neku posebnu grupu sa posebnim statusom. Ona propisuje određene uvjete i u slučaju nepoštovanja tih uvjeta izriču se kazne. **Drugo**, dodatna poreska opterećenja nemaju svrhu novčane naknade za štetu, nego u principu služe kao kazna da bi se počinitelj odvratio od ponovnog izvršenja prekršaja. **Treće**, ta poreska opterećenja se nameću u skladu sa općim pravilom, čija svrha je odvratiti počinitelja od izvršenja prekršaja i kažnjavanje za počinjeni prekršaj. **Na kraju**, u ovom slučaju, ova dodatna poreska opterećenja su prilično visoka i iznose FRF 422.534, što se tiče g. Bendenouna osobno, i FRF 570.398, što se tiče njegove firme, **ukoliko on ne plati ovaj iznos, kazneni sud će ga osuditi na zatvorsku kaznu**. Ispitujući različite aspekte ovoga slučaja, Sud konstatira da prevladavaju oni aspekti koji imaju krivične konotacije. Nijedan od njih ne može se uzeti kao odlučujući, ali uzeti zajedno i kumulativno, oni „optužbu“ koja je predmet slučaja čine „kaznenim“ u smislu čl. 6. stav 1. (čl.6-1), koji je, prema tome, primjenljiv.²¹

U presudi EU Suda za ljudska prava naznačena su tzv. „**mjerila Engel**“, (EU Sud – **Engel i dr. protiv Nizozemske**), 08.04.1976.g., Serija A br. 22.), koja treba razmotriti pri utvrđivanju, radi li se o „optužbi za kazneno djelo“. **Prvo mjerilo**, je pravno razvrstavanje djela prema nacionalnom pravu, **drugo mjerilo**, je sama priroda djela, a **treće mjerilo** je stupanj težine kazne kojoj je dotična osoba moguće izložena. Drugo i treće mjerilo je alternativno, a ne nužno kumulativno. To međutim, ne isključuje kumulativni pristup, kada odvojeno raščlanjivanje svakog mjerila ne omogućava postizanje jasnog zaključka u pogledu postojanja optužbe za kazneno djelo. Navedeno stajalište Ustavni sud BiH utemeljuje na praksi EU Suda.

U presudi EU za ljudska prava se navodi: „I ako je u interesu pravne izvjesnosti, predvidljivosti i jednakosti pred zakonom, da sud bez valjanog razloga ne odstupa od presedana postavljenih u prethodnim predmetima, ako sud ne bi održao dinamičan i evolutivan pristup izložio bi se riziku da postane preprekom reformi ili poboljšanju“ (predmet **Vilho Eskelinen and Others v. Finland**, (GC) br.63235/00 st.56., ESHR 2007)²².

²¹ Navedeno prema Ch.Harland, R. Roche, E.Strauss- Komentar EU konvencije o ljudskim pravima prema preksi u BiH i Strasbourgu, Izdanje Grafičar promet, Sarajevo, 2003.

²² Eurpski sud, Jussila protiv Finske (GC), broj 73053/01, st.30-31, ESHR 2006... i Ezech i Connors protiv Ujedinjenog Kraljevstva (GC), broj 39665/98 i 40086/98, st. 82-86, ECHR 2003 X)

U presudi EU za ljudska prava, Sud smatra da upotreba izraza „djelo“ u čl.4. Protokola br. 7. ne može opravdati zauzimanje strožeg pristupa. Sud smatra da Konvenciju treba tumačiti i primijeniti na način koji prava čini praktičnima i djelotvornima; a ne teorijskima i iluzornima. (Konvencija) je živi instrument kojeg treba tumačiti u svjetlu današnjih uvjeta (predmet *Tyrer v. the United Kingdom*, 25. Travnja 1978. st. 31., Series A br. 26. I *Christine Goodwin v. The United Kingdom* (GC), br. 28957/95, st. 75. ECHR 2002 VI). Odredbe međunarodnog ugovora kao što je Konvencija, moraju se tumačiti u svjetlu njihovoga cilja i svrhe, te isto tako u skladu sa načelom djelotvornosti (*Mamatkulov and Askarov v. Turkey* (GC), br. 46827/99 i 46951/99, st. 123. ECHR 2005 I).

Odluke Ustavnog suda BiH

Odluku u predmetu broj:AP 133/09 od 30.03.2012. godine,²³ Ustavni sud BiH, utemeljio je na presudi EU - Suda za ljudska prava, *Maresti protiv Hrvatske*, (EU Sud – Aplikacija broj:55759/07 - presuda od 23.07.2009.godine), a pozivajući se na stavove zauzete u predmetu *Sergey Zolotukhin protiv Rusije* (EU Sud Aplikacija broj:149369/03- presuda od 10.02.2009.godine), da je pri odlučivanju o postojanju dvostrukog suđenja ili kažnjavanja u smislu čl.4. Protokola br.7. potrebno odgovoriti na sljedeća pitanja: a) Da li je prva kazna po svojoj prirodi kazneno-pravna; b) Da li je djelo zbog kojeg je apelant kazneno gonjen – isto (idem) i c) Da li je postojala dvostrukost postupka (bis).

- a) U obrazloženju navedene odluke, Ustavni sud BiH u Odjeljku 30. navodi da pojam „kazneni postupak“, u tekstu čl.4. Protokola br. 7. treba tumačiti u svjetlu općih načela koja se odnose na odgovarajuće riječi „optužba za kazneno djelo“ i „kazna“ u čl.6. i 7. EU Konvencije.

²³ Naznačenom Odlukom Ustavnog suda, usvojena je apelacija Selimović Nurisa; utvrđena je povreda čl. 4. st.1. Protokola br. 7. Uz EU Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda; Ukinuta je presuda Kantonalnog suda u Zenici broj:004-0-KŽ-08-000-240 od 10.12.2008. i predmet vraćen Kantonalnom sudu u Zenici koji je dužan po žurnom postupku donijeti novu odluku sukladno čl. 4. Protokola br. 7. Uz EU Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, te naloženo istome sudu da sukladno čl.74. st.5. Pravila Ustavnog suda u roku od tri mjeseca od dana dostavljanja odluke obavijesti Ustavni sud BiH o poduzetim mjerama sa ciljem izvršenja ove odluke.

U odjeljku 35. Ustavni sud komentira stajališta EU Suda, sukladno „mjerilima Engel“, te tvrdi da djelo po svojoj naravi mora biti kazneno a za počinitelja takvoga djela mora biti propisana kazna koja po svojoj prirodi i „stepenu težine“, uopćeno pripada kaznenoj oblasti. Također, manje teška kazna sama po sebi ne može biti osnov da je jedno djelo u smislu „kriterija Engel“ bude isključeno iz primjene čl.6. EU Konvencije, s obzirom da je mnogo važnija priroda djela, te da je relevantno da kazna ima obilježje odvratanja i kažnjavanja.

U odjeljku 36. Ustavni sud BiH „primjećuje“ da je svrha kazne u prekršajnom postupku da spriječi djelatnosti kojima se vrši povreda javnog poretka, da spriječi učinitelja da čini prekršaje i da ga preodgoji, te da odgojno utječe na druge da ne čine prekršaje, jača moral i utječe na razvijanje odgovornosti i discipline građana, a što čini obilježja i kaznene sankcije. Dakle, svrha kazne u prekršajnom postupku, je odvratanje i kažnjavanje, bez obzira na stupanj njene težine.

U odjeljku 37. Ustavni sud BiH zaključuje da priroda djela za koje je apelant proglašen odgovornim i za koja su mu izrečene sankcije rješenjem Općinskog suda BiH od 21.03.2008.godine, ulaze u sferu „kaznenog postupka“ prema sadržaju čl.4. Protokola br. 7.

- b) Ustavni sud BiH u odjeljku br. 81. obrazloženja „primjećuje“ da je pristup koji naglašava označavanje dva djela previše restriktivan u odnosu na prava pojedinca, jer ako se sud ograniči na utvrđenje da je osoba kazneno gonjena za djela koja su različito razvrstana, tada se izlaže riziku da će podrivati jamstvo sadržano u čl. 4. Protokola br. 7., a ne činiti ga praktičnim i djelotvornim kako to traži Konvencija.

U odjeljku broj 39. Sud zaključuje da se obje odluke (i u prekršajnom i u kaznenom postupku), odnose na točno isti događaj i iste radnje, te u odjeljku broj 40. zaključuje da su činjenice koje predstavljaju prekršaj, za koji je apelant proglašen odgovornim iste kao i one koje predstavljaju kazneno djelo za koje je, također, osuđen, te da je apelantu u oba postupka suđeno za isto djelo.

- c) U odjeljku broj 45. obrazloženja Ustavni sud navodi, da je u okolnostima konkretnog slučaja došlo do dvostrukog postupka, s obzirom da je rješenje iz prekršajnog postupka steklo svojstvo **res iudicata**, prije nego što je kazneni postupak pokrenut za isto djelo okončan, te u odjeljku broj 48. Zaključuje da postoji povreda prava iz čl. 4. st. Protokola br. 7. EU Konvencije.

Odluku u predmetu broj: **AP 1138/05** od 27.06.2006.godine²⁴ Ustavni sud BiH, u Odjelu broj 8. također je utemeljio na presudi EU Suda za ljudska prava **Engel i dr. protiv Nizozemske** od 08.06.1976.godine.

U odjelu broj 9. obrazloženja Ustavni sud navodi da su apelanti proglašeni krivim i kažnjeni zbog djela koje je klasificirano kao prekršaj prema Zakonu o akcizama i porezu na promet. To znači da optužba nije klasificirana kao kazna. Međutim, to nije odlučujuće za primjenu garancija iz čl. 6. EU Konvencije. Što se tiče prirode prekršaja da bi se radilo o „kaznenoj“ optužbi o-bim prekršajne norme mora biti općenit, a svrha sankcije je da odvraća od činjenja i kazni.

U konkretnom slučaju, norma kojom su propisani prekršaji se odnosi na sve poreske obveznike, ona ima opći karakter i ne primjenjuje se samo na neku specifičnu skupinu, profesiju ili sl. S druge strane, disciplinske sankcije se uglavnom ustanovljavaju kako bi se osiguralo da pripadnici određenih skupina poštuju određena pravila. (EU Sud za ljudska prava, **Weber protiv Švicarske** – presuda od 22.05.1990.godine i odluka Ustavnog suda AP 156/08 od 18.05.2005.godine. Svrha kazne u prekršajnom postupku je sprječavanje djelatnosti kojom se vrši povreda javnog poretka, sprječavanje učinitelja da čini prekršaje i njegov preodgoj, odgojni utjecaj na druge da ne čine prekršaje, jačanje morala i utjecaj na razvijanje odgovornosti i discipline građana. U konkretnom slučaju svrha kazne je, prema Zakonu o akcizama i porezu na promet, uspostavljanje i jačanje poreske discipline poreskih obveznika, radi prikupljanja poreza, što je u javnom interesu.

S obzirom na navedeno Ustavni sud BiH zaključuje da sve ovo upućuje da se radi o „kaznenoj“ optužbi, prije nego o disciplinskoj sankciji, te je dakle, čl.6.EU Konvencije, primjenjiv na konkretni slučaj.

Presude Suda BiH

Drugostupanjskom presudom u predmetu broj: **S1 2 K 010136 12 Kž** od 28.01.2013.godine, Sud BiH je odbio kao neutemeljenu žalbu Tužiteljstva

²⁴ Naznačeno odlukom Ustavnog suda, odbačena je kao nedopuštena Apelacija „Župljanka“ d.o.o. Hrvacani i Davidović Draška, podnešena protiv Rješenja Okružnog suda u Banja Luci broj: Pžp 196/04 od 28.02.2005.godine i Rješenja Ministarstva financija RS Poreska uprava – Područni centar Banja Luka – Komisija za prekršaje broj:02/0703-456-654/03-1 od 18.12.2003.godine zbog toga što je očigledno (prima facie), - neosnovana

BiH broj: T20 0 KTPO 0003519 12 od 16.11.2010.godine i potvrdio presudu Suda BiH broj: S 1 2 K 010136 12 K od 24.10.2012.godine. Na opisani način Sud BiH prihvatio je stajalište prvostupanjskog vijeća, glede istovjetnosti djela iz prekršajnog i kaznenog postupka, te pitanja da li je pokretanje i vođenje kaznenog postupka zbog istoga djela za koje je optuženi oglašen odgovornim i kažnjen u prekršajnom postupku, predstavlja povredu načela ne bis in idem. U obrazloženju svojega stajališta Sud BiH pozvao se na predmet Ustavnog suda BiH broj: AP-133/09.

U Odjeljku 14. Obrazloženja Sud BiH navodi: „u pogledu definisanja pojma „krivični postupak/optužba“ neophodno je uzeti u obzir faktore kao što su pravna kvalifikacija djela po domaćem zakonu; njena svrha; priroda i stepen težine; da li je mjera izrečena nakon izricanja osuđujuće presude za krivično djelo; kao i procedure donošenja i izvršenja mjere²⁵. Prvostepeno vijeće je upravo navedene faktore i uzelo u obzir prilikom odlučivanja o pitanju postojanja dvostrukog suđenja i kažnjavanja u smislu odredbe čl. 4. Protokola br. 7. i to kroz odgovore na pitanja: a) da li je prva kazna po svojoj prirodi bila krivičnopravna; b) da li je djelo zbog kojeg je optuženi krivično gonjen isto; c) da li je postojala dvostrukost postupka“

U Odjeljku 15. Sud BiH navodi: „Suprotno žalbenim navodima tužioca, priroda djela za koje optuženi oglašen odgovornim i za koje mu je izrečena uvjetna osuda u prekršajnom postupku vođenom pred Općinskim sudom u Bihaću, spada u sferu „krivičnog postupka“, prema sadržaju čl. 4. Protokola br. 7. koji zaključak prvostepenog vijeća u cijelosti prihvata i ovo Vijeće“.

U Odjeljku 16. Sud BiH navodi: „Ovakav zaključak proizilazi iz analize mjerila općepoznatih kao „mjerila Engel“, koja je pravilno razmotrilo prvostepeno vijeće pri utvrđivanju, radi li se o optužbi za krivično djelo“: 1) pravno razvrstavanje djela prema nacionalnom pravu; 2) priroda djela; 3) stepen težine kazna kojoj je optužena osoba moguće izložena. Drugo i treće mjerilo je postavljeno alternativno“.

U Odjeljku 17. Sud BiH navodi: „U konkretnom slučaju optuženi je oglašen odgovornim u prekršajnom postupku za djelo po čl.67.st.1. tč. 3) i 5) Zakona o porezu na dodanu vrijednost, te prvostepeno vijeće pravilno zaključuje da je uključivanje konkretnih djela/prekršaja u zakon o PDV poslužilo kao jamstvo zaštite privrede i jedinstva tržišta, što redovno spada u sferu zaštite

²⁵ Storbraten protiv Norveške (dec) br.12277/04, ECHR 2017 – (izvadci) i Nilsson protiv Švedske (dec) br. 73661/01 2005, sa daljim referencama

krivičnog prava. S aspekta visine moguće mjere (obzirom na najveću moguću mjeru) prvostepeno vijeće pravilno zaključuje da predviđena i u konkretnom slučaju izrečena sankcija ima obilježja krivične sankcije. Naime, čl. 67. Zakona o PDV predviđa novčanu kaznu u iznosu koji odgovara iznosu od 50% od neplaćenog ili pogrešno obračunatog iznosa, a minimalno u iznosu od 100 KM, dok su čl. 10. Zakona o prekršajima predviđene sankcije: novčana kazna, uvjetna osuda, ukor i zaštitne mjere. U konkretnom slučaju optuženom je izrečena uvjetna osuda kojom je utvrđena novčana kazna.“

U Odjeljku broj 18. Sud BiH navodi: „Nadalje, prvostepeno vijeće je pravilno cijenilo da predmetno djelo mora proizilaziti iz istih činjenica ili činjenica koje su u biti iste, te da se obje optužbe temelje na istim dokazima. Apelaciono vijeće prihvata kao pravilan zaključak drugostepenog vijeća, da su činjenice koje predstavljaju prekršaj za koje je optuženi oglašen odgovornim iste kao i one koje predstavljaju krivično djelo koje mu se stavlja na teret potvrđenom optužnicom. Obzirom na istovjetnost radnji, vremenskog perioda i dokaza prvostepeni sud se nije upuštao u ocjenu i utvrđivanje preciznog iznosa utajenog poreza.

Drugostupanjskom presudom u predmetu broj: **S1 2 K 013381 14 Kžk** od 08.10.2014.godine, Sud BiH je, temeljem čl.1 283. tč. d) ZKP BiH, odbio optužbu da su **Nan Wang** kao direktor i odgovorna osoba u pravnoj osobi „Emerald Invenstmend“ d.o.o. Sarajevo i pravna osoba „Emerald Invenstmend“ d.o.o. Sarajevo, počinili kazneno djelo Porezne utaje iz čl. 210. St. 1. KZBiH, odnosno isto kazneno djelo u svezi sa čl. 124. tč. c) KZBiH, jer su po stajalištu Suda optuženi za isto djelo već pravomoćno osuđeni.

U odjeljku 20. obrazloženja Presude, Sud BiH navodi da, prekršajni nalozi UIO/UNO BiH, koji se odnose na pravnu osobu Emerald Investment d.o.o. Sarajevo i odgovornu osobu Wang Nan, su izdati u postupku kontrole temeljem Zapisnika o kontroli, čime su počinili prekršaje iz čl. 38.st.2., čl. 39.st.5. Zakona o PDV-u, kažnjive po čl.67.st.2. tč. 3. Zakona o PDV za pravnu osobu i prekršaj po čl. 38.st.2. i čl. 39. st. 5. Zakona o PDV kažnjiv po čl. 67.st.2. Zakona o PDV za odgovornu osobu u pravnoj osobi.

U odjeljku 21. obrazloženja presude, Sud BiH navodi da prekršajni nalozi nisu plaćeni, da nije bilo sudskog odlučivanja i da su isti pravomoćni.

U odjeljku 32. obrazloženja presude, Sud BiH navodi da prekršaj iz čl.67.st.2. Zakona o PDV ima za cilj garanciju zaštite gospodarstva i jedinstva tržišta koji redovito spadaju u sferu zaštite kaznenog prava. Apelaciono vijeće smatra da su primarni ciljevi kod utvrđivanja konkretnog djela kažnjavanje i odvracanje, a što su priznate karakteristike kaznenih sankcija.

U odjeljku 34. obrazloženja, Sud BiH navodi da priroda djela za koje su optuženi kažnjeni po prekršajnom nalogu i za koje je izrečena novčana kazna, ulazi u sferu kaznenog postupka u smislu čl. 4. Protokola br. 7. uz Konvenciju.

U odjeljku 41. obrazloženja, Sud BiH navodi da su neutemeljeni navodi Tužiteljstva BiH kojima osporavaju prekršajne naloge iz razloga što isti nisu razmatrani od strane Prekršajnog odjela Općinskog suda u Sarajevu, budući da sudsko odlučivanje predstavlja izuzetak, odnosno da se prekršajni postupak pred Sudom vodi, tek ukoliko to zahtijeva okrivljeni i ukoliko ovlašteno tijelo podnese Zahtjev za pokretanje prekršajnog postupka mjerodavnom sudu. Osim toga, neutemeljen je i prigovor Tužiteljstva BiH da obveze iz prekršajnog naloga nisu izvršene, budući da to, svakako nije predmet kaznenog nego izvršnog postupka.

U odjeljku 42. obrazloženja, Sud BiH zaključuje da su prekršajni nalozi stekli svojstvo presuđene stvari (*res iudicata*).

*

Uvjereni, da ništa (osim Svetih knjiga), nije nepodložno kritici i različitim shvaćanjima od prihvaćenoga, mišljenja smo, da niti presude EU Suda za ljudska prava ne mogu biti izuzetak. Tim prije, što se i same narečene presude u pravilu, pozivaju na „elastičan“, „dinamičan“, „evolutivan“ i „praktičan“ pristup, koji je, imajući u vidu cilj i svrhu EU Konvencije u funkciji zaštite, kako interesa pojedinca tako i javnoga interesa. Shvaćanja smo, da i tumačenje odredbi čl.4. st.1. Protokola br. 7. uz EU Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda²⁶, onako kako se u više Presuda EU suda tumači, nije neprijeporno. Naime, već *prima facie* uvid, upućuje nas da se radi o „kaznenom postupku“ i o dvostrukosti „kaznenog postupka“.

²⁶ Čl.4. Protokola br. 7. uz EU Konvenciju glasi: 1. Nikome se ne može suditi, niti se može ponovo kazniti u kaznenom postupku u nadležnosti iste države za djelo zbog kojeg je već pravomoćno oslobođen ili osuđen u skladu sa Zakonom i Kaznenim postupkom te države. 2. Odredbe prethodnog stava ne sprječavaju obnovu postupka, sukladno Zakonu i Kaznenom postupku date države, ako postoje dokazi o novim ili novo otkrivenim činjenicama, ili ako je u ranijem postupku došlo do bitne povrede koja je mogla utjecati na njegov ishod. 3. Ovaj član se ne može staviti van snage, temeljem čl.15. Konvencije. Budući da predmet kaznenog postupka može biti samo i isključivo kazneno djelo, ostaje nejasno, kako se pod „djelo“ u smislu narečenog članka 4. Protokola uz EU Konvenciju, supsumira – i prekršaj?

U odvojenim djelovima rada dali smo povijesni i pravni prikaz razvoja pravne misli glede razlikovanja kaznenog djela i prekršaja, tako da ćemo ovdje samo naglasiti one razlike koje smatramo naročito bitnim. A to je prije svega, **zaštitni objekat/stupanj „ugroze“** zaštićenog dobra i **svrha kažnjavanja** koja se želi postići izricanjem kazne. Već smo naveli što se u teoriji kaznenog prava smatra pod zaštitnim objektom kod kaznenog djela, (str.5.), te koje se državne, društvene, gospodarske i individualne vrijednosti štite kaznenim pravom. Kada su u pitanju prekršaji, objekat zaštite je društvena disciplina/stega određenih skupina/dijelova društva/poštovanje u biti striktnih propisa u različitim oblastima djelovanja. Pri tomu, smatramo da shvaćanja EU Suda za ljudska prava izražena u nekim presudama (npr. **Bendenoun protiv Francuske**), koja se poziva na presudu **Ozturk protiv SR Njemačke**²⁷ po kojima odredbe Zakona o porezima pokrivaju sve građane u njihovom kapacitetu poreskih obveznika, a ne neku posebnu skupinu sa posebnim statusom, treba prihvatiti sa **reservatio mentalis**, budući da karakter općosti, ipak ne pokriva sve građane. Napominjemo, da je Zakon o porezu na dodanu vrijednost, propisao da su obveznici ove vrste poreza, strogo definirana skupina, koja se prethodno mora sukladno Zakonu o PDV-u, evidentirati kod UIO/UNO BiH, pri čemu dobija i posebni identifikacijski broj. Prema tome, shvaćanja smo da veličina skupine nije određujući kriterij općosti, nego je to kvalitativni kriterij, a to je postupak evidentiranja poreskih obveznika kod upravnih tijela, koji ih čini zasebnom skupinom. (vidite obrazloženje na str.9. fusnote br. 6. i 10.). Prihvaćajući ovaj način označavanja skupina, otpao bi jedan od razlikovnih kriterija kojim presude EU Suda opravdavaju primjenu čl.4. Protokola br. 7. Navedeni kriterij općosti u cijelosti je prihvatio Ustavni sud BiH u svojoj Odluci broj: AP-1138/05 od 18.12.2003.godine, u Odjeljku 9., što po našem stajalištu, iz naznačenih razloga, nije prihvatljivo.

Svrha kažnjavanja, koja se želi postići izricanjem kazne u kaznenom i prekršajnom postupku, sasvim je različita. Dok je kod kaznenih djela, svrha kažnjavanja striktno određena,²⁸ Zakon o prekršajima BiH (Sl.glasnik BiH, broj: 41/07), na državnoj razini, i Zakon o prekršajima Federacije BiH – uop-

²⁷ Presuda EU Suda za ljudska prava Ozturk protiv SR Njemačke od 21.02.21974.godine, Serija A br. 284,

²⁸ Svrha kažnjavanja je (čl. 39.KZ BiH: a) da se izrazi društvena osuda učinjenog kaznenog djela; b) da se utječe na učinitelja da ubuduće ne čini kaznena djela i podstakne njegov preodgoj; c) da se utječe na ostale, da ne čine kaznena djela i d) i da se utječe na svijest građana o pogibeljnosti kaznenih djela i o pravednosti kažnjavanja učinitelja.

će ne sadrže odredbe o svrsi kažnjavanja, a Zakon o prekršajima RS sadrži takvu odredbu,²⁹ koja je, međutim, različita od kaznene odredbe.

Imajući u vidu navedeno, ne možemo pronaći opravdanja za stajališta Ustavnog suda BiH naznačenih u odluci, broj: AP-1138/05 od 18.12.2003.godine (odjeljak 9.) i odluci broj:AP-133/09 od 30.03.2012.godine (odjeljak 35.) (već navedeno na str. 14. i str. 15. ovoga rada), gdje se navode svrha kazne u prekršajnom postupku, a koja svrha se uopće ne može pronaći u naznačenim Zakonima o prekršajima na državnoj i entitetskoj razini, a zapravo predstavlja samo interpretaciju svrhe kažnjavanja iz kaznenog postupka implementiranu na prekršajni postupak.

Proširivanje značenja „djelo“ u smislu odredbi čl. 4. Protokola br. 7. i na prekršaje, na način kako to čini EU Sud za ljudska prava, a sljedstveno i u cijelosti prihvaća Ustavni sud BiH te Sud BiH, dovodi se u pitanje neke od temeljnih principa kaznenog prava.³⁰ Dovedeno do krajnjih konsekvencija primjene, Sud ništa ne sprječava da svaki prekršaj može podvesti pod „djelo“ u smislu čl. 4. Protokola br. 4., a svaku prekršajnu novčanu kaznu, pa bila ona i uvjetna novčana kazna, tretirati kao kaznenu. Iako je u presudama EU za ljudska prava navedeno da visina kazne mora biti takva da svojom visinom opravdava značenje „kaznena sankcija“, kako je to u presudi **Bendenoun protiv Francuske** (str. 11.rada), naznačeno, a posebno kada počinitelju prijeti njeno zamjenjivanje kaznom zatvora, izostanak bilo kakvih konkretnih kriterijuma razlikovanja, dovelo je do mišljenja da je svaka novčana kazna izrečena u prekršajnom postupku – kaznena sankcija.

²⁹ Opšta svrha prekršajnih sankcija (čl.5.) – opšta svrha propisivanja i izricanja prekršajnih sankcija je suzbijanje protivpravnih djelovanja kojima se ugrožavaju ili povređuju vrijednosti zaštićene prekršajnim zakonodavstvom, čime se obezbeđuje da građani poštuju pravni sistem i ne čine prekršaj.

³⁰ Osnova i granice kaznenopravne prinude (čl.2. KZBiH) st.1. Kaznena djela i kaznenopravne sankcije se propisuju samo za ona ponašanja kojima se tako ugrožavaju ili povređuju osobne slobode i prava čovjeka, te druga prava i društvene vrijednosti zajamčene i zaštićene Ustavnom BiH i međunarodnim pravom, da se njihova zaštita ne bi mogla ostvariti bez kaznenopravne prinude. St.2. Propisivanje kaznenih djela i vrste i raspona kaznenopravnih sankcija, zasniva se na neophodnosti primjene kaznenopravne prinude i njenoj srazmjernosti jačini opasnosti za osobne slobode i prava čovjeka, te druge osnovne vrijednosti.

Načelo zakonitosti (čl. 3. KZ BiH), st.1. Kaznena djela i kaznenopravne sankcije propisuje se samo zakonom. St.2. nikome ne može biti izrečena kazna ili druga kaznenopravna sankcija za djelo koje, prije nego što je učinjeno, nije bilo zakonom ili međunarodnim pravom propisano kao kazneno djelo i za koje zakonom nije bila propisana kazna.

Posebnu zabrinutost moramo iskazati nad prihvaćenim stajalištima Ustavnog suda BiH u odluci, broj:AP-133/09 od 30.03.2012.godine, iskazanim u odjeljku 38. i odjeljku 80. odluke. Naime, naznačenom odlukom Sud je u cijelosti prihvatio mjerodavna načela EU Suda za ljudska prava u predmetu **Sergey Zolotukhin protiv Rusije**, pozivajući se na predmet **Vilho Eskeline and Others v.Finland** (navedeno na str. 12. ovoga rada), prema kojemu u tumačenju pojma „isto djelo“ – element idem, načela ne bis in idem – u svrhu čl.4. Protokola br. 7., treba imati **dinamičan i evolutivan pristup**.

Takoder, u odjeljku 80. narečene odluke, Ustavni Sud BiH smatra da uporaba izraza „djelo“ u tekstu čl. 4. Protokola br. 7. ne može opravdati zauzimanje strožijeg pristupa, te Sud ponavlja da Konvenciju treba tumačiti i primijeniti na način koji prava čini **praktičnima i djelotvornima**, a ne teorijskima i iluzornima. Prihvaćajući opisani „dinamični“ i „evolutivni“ pristup, Sud se, objektivno, postavio u ulogu zakonodavca, određujući, na „praktičan“ i „djelotvoran“ način, koji prekršaj može postati kazneno djelo, a koji ne. A to već predstavlja ozbiljno ugrožavanje načela zakonitosti, o čemu niti Ustavni Sud BiH, niti Sud BiH, nije, u dovoljnoj mjeri, do sada, poklanjao pozornost.

Dakle, presudama EU za ljudska prava, odlukama Ustavnog suda BiH i presudama Suda BiH, ne uvažavaju se, odnosno u znatnoj mjeri zanemaruju, sve značajne razlike koje postoje između prekršajnog i kaznenog prava, u okviru čega se ne pravi razlika između prekršaja i kaznenog djela. Nadalje, nekritičke i neprimjerene aplikacije presuda EU Suda za ljudska prava na činjenično stanje/materijalnu osnovicu koje(a) je bila predmet tretiranja od strane Ustavnog suda BiH i Suda BiH, dovela je i još uvijek dovodi do značajnog zanemarivanja zaštite javnog interesa. Kada je u pitanju primjena EU presuda za ljudska prava u nacionalnom zakonodavstvu, glede čl.4. Protokola br. 7. Konvencije, ne nalazimo ništa sporno u takvim predmetima kao što je **Gradinger protiv Austrije**.³¹ To znači da primjena/aplikacija presuda EU za ljudska prava i odluka Ustavnog suda BiH, mora po našem stajalištu, biti realizirana na istoj ili sličnoj činjeničnoj i materijalnoj osnovi. Naime, tzv. „mjerila Engel“ iz **Presude EU za ljudska prava Engel protiv Nizozemske**, donesena su u povodu prekršaja vojničke discipline.

³¹ Presudom EU za ljudska prava od 23.10.1995.godine, Serija A br. 328-C-st.55., konstatirana je povreda čl.4. Protokola br. 7., budući da se obje odluke (kaznena i prekršajna), odnose na isto ponašanje. Međutim, austrijskim Zakonom o prometu na putevima, alkoholiziranost je propisana kao kazneno djelo.

Međutim, takva mjerila je Ustavni sud BiH primijenio na činjeničnu osnovu u kojoj je izvršeno kazneno djelo Lake tjelesne povrede (čl.173.st.1. KZ FBiH), a Sud BiH ista mjerila primijenio na kaznena djela Porezne utaje iz čl. 210. st. 3.KZBiH. (!)

Stajališta smo, da takva nekritička i neprimjerena aplikacija presude EU za ljudska prava, u odluci Ustavnog suda broj: AP-133/09, nije primjenjiva na konkretne situacije, prije svega zbog toga što predmetna odluka tretira i iz tretmana izvlači zaključak o identitetu prekršaja iz čl. 3. st.1. tč. 2) i i 3) Zakona o javnom redu i miru (Sl. novine ZE-DO Kantona, broj: 8/00 i 13/03) i kaznenog djela Lake tjelesne povrede iz čl. 173. st.1. KZ FBiH, i pored toga što je zaštitni objekat u slučaju predmetnog prekršaja i učinjenog kaznenog djela, sasvim različit, te što su i posljedice učinjenog prekršaja i kaznenog djela, također različite. Kada se ista mjerila, od strane Suda BiH primjene i na kazneno djelo Porezne utaje iz čl. 210.st.3. KZBiH, onda imamo osnova zaključiti da Sud BiH ne razlikuje prekršaje iz Zakona o porezu na dodanu vrijednost, sa jedne strane i kazneno djelo Porezne utaje iz čl. 210. KZ BiH, sa druge strane. Već i sam površan pogled na čl. 38.st.2. i 39. st. 4. Zakona o PDV, kao referentnim odredbama prekršaja iz čl. 67.st.3. Zakona o PDV, upućuje na nesumnjivi zaključak da se radi samo o **financijsko-tehničkim propisima** koji su doneseni u svrhu ispravnog postupanja poreznih obveznika (vrijeme obračunavanja poreza, obaveza obračuna poreza temeljem prometa dobara ili usluga, sadržaja prijave za PDV i dr.). Nasuprot tome, kazneno djelo Porezne utaje iz čl.210. KZBiH, **opisuje umišljajne radnje izvršenja izbjegavanja plaćanja poreznih davanja, odnosno doprinosa** i to na dva načina: ne davanje zahtijevanih podataka ili davanje lažnih podataka. Nikakvim logičkim postupkom nije moguće uspostaviti istovjetnost prekršajnog i kaznenog postupanja u ovom slučaju.

Posebnu zabrinutost izaziva presuda Suda BiH broj: S1 2 K 03381 14 Kžk od 08.10.2014.godine, prema kojoj su čak i prekršajni nalozi doneseni od strane jednog upravnog tijela (UIO/UNO BiH), dakle bez ikakvog sudskog postupka i odluke Suda dostatni za primjenu odredbe čl. 4. ZKP BiH (ne bis in idem), odnosno da se vođenjem kaznenog postupka, povrjeđuju odredbe čl. 4. Protokola br. 7. uz EU Konvenciju. U navedenoj presudi su kao neutemeljeni odbijeni navodi Tužiteljstva BiH kojima su osporeni prekršajni nalozi iz razloga što isti nisu razmatrani od strane Prekršajnog odjela Općinskog suda, i to zbog toga, što po stajalištu Suda BiH, sudsko odlučivanje predstavlja izuzetak, te Apelaciono vijeće Suda BiH zaključuje, da su pravomoćni prekršajni nalozi stekli svojstvo presuđene stvari (*res iudicata*). Dakle, svojstvo presuđene stvari se steklo bez odluke suda. (!)

Konačno, smatramo da bi odluka Ustavnog suda BiH, broj: AP-133/05 od 30.03.2012.godine, bila drugačija, a sljedstveno navedenoj i presude Suda BiH, da je presuda EU suda za ljudska prava **Engel i dr. protiv Nizozemske**, uzeta u cjelini. Naime, razmatranjem naznačene Presude EU za ljudska prava uočili smo da ista, između ostalog, sadrži i konstatacije koje nisu razmatrane od strane Ustavog suda BiH.³²

³² 1) Primjenjivost čl. 6.(a) – Postojanje kaznene optužbe - Presuda Europskog suda „Engel i drugi protiv Nizozemske“, od 08.06.1976.godine – serija A broj: 22., između ostalog sadrži konstatacije: 1 – Primjenjivost čl. 6. (a) - Postojanje „kaznene optužbe“, da sve države ugovornice prave dugogodišnju razliku između disciplinskog i kaznenog postupka, i ako u različitim oblicima i stupnjevima; Konvencija bez ikakvih sumnji dopušta državama da prilikom obavljanja svoje funkcije, čuvara javnog interesa održava ili utvrdi razliku između kaznenog i disciplinskog zakona, da ih razgraniči, ali uz određene uvjete; Konvencija ostavlja državama slobodu da, kao kazneno djelo odrede radnju ili propuštanje, koja ne predstavlja uobičajno uživanje jednog od prava koje Konvencija štiti. Jedno društvo koje vjeruje u vladavinu zakona, svrstat će u kaznenu sferu lišavanje slobode koje se može primijeniti kao kazna, osim u slučaju kada se procjeni da takva kazna, po svojoj prirodi, trajanju i načinu njenog izvršenja može biti štetna; Navedna djela, za koja se terete g.Engel, g. Van der Wiel, g. Dona, g. Schul, potpadala su pod odredbe disciplinskog zakona Nizozemskog zakonodavstva; Kazna koja predstavlja lišavanje slobode, a koja je teoretski prijetila g. Engelu, bila je suviše kratkog trajanja da bi ulazila u kazneni zakon. (Navedeno prema izvodu iz sudske prakse Evropskog suda za ljudska prava – Izdanje: Vijeće Europe, Fond Otvoreno Društvo BiH, Sarajevo 2001., str. 225. do 227.)

Literatura

1. Komentari kaznenih zakona u BiH – izdavač Savjet/Vijeće Europe i Europskog povjerenstva – Sarajevo 2005;
2. Komentar Zakona o prekršajima Dr. M. Simović i G. Salihović – Izdavač „Feniks d.o.o.“ Sarajevo 2005.
3. Komentar Zakona o prekršajima RS – Drago Ševa – Izdavač: Defendologija - Banja Luka 2008.
4. Dr. M. Radovanović Krivično pravo SFRJ - Savremena administracija Bgd.
5. Pravna enciklopedija – Savremena administracija – Bgd. 1979. –
6. Komentar Ustava BiH dr. Christian Steiner i dr. Nedim Ademović – Izdanje Bemust Sarajevo 2010.g.
7. Ch. Harland, R. Roche, E. Strauss - Komentar EU konvencije o ljudskim pravima prema preksi u BiH i Strasbourgu, Izdanje Grafičar promet Sarajevo, 2003.
8. Izvod iz sudske prakse Europskog suda za ljudska prava – Izdanje Vijeće Europe – Fond Otvoreno društvo BiH – Sarajevo 2001.