

Svetlana NENADIĆ,
Zamenik javnog tužioca u Prvom
osnovnom javnom tužilaštvu
u Beogradu

Pregledni članak
UDK: 343.211
Primljeno: 15. juna 2014. god.

NAČELO NE BIS IN IDEM¹ U EVROPSKOJ KONVENCIJI ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA I OSNOVNIH SLOBODA I PRIMENA NAČELA U PRAKSI EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Predmet analize je pravni aspekt povrede načela ne bis in idem iz člana 4. Protokola 7. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Preciznije, rad se bavi analizom prirode, porekla, svrhe i značaja načela ne bis in idem, kao i određenjem načela u unutrašnjem i međunarodnom pravu, strukturom, pojmovnom analizom i obimom načela ne bis in idem sadržanog u članu 4. Protokola 7., kao i kritičkom analizom pravnih izlučevina prakse Evropskog suda za ljudska prava. Takođe, razmatrani su mogući problemi u primeni člana 4. Protokola 7. od strane naših pravosudnih organa, situacije u kojima je moguća povreda ovog prava prema našem procesnom i materijalnom pravu i dat je kratak kritički osvrt na pozitivne propise koji se tiču primene ovog načela u Republici Srbiji.

Ključne reči: Ne bis in idem; član 4. Protokola 7. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda; Evropski sud za ljudska prava; Zolotukhin v. Russia; Maresti v. Croatia.

¹ Ne ponovo u istom.

1. Aktualnosti i značaj pitanja

U julu 2009. Godine Evropski sud za ljudska prava² u predmetu *Maresti v. Croatia*³ presudio je da je Hrvatska povredila član 4. Protokola 7. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda⁴. Presuda je uzburkala stručnu javnost u Hrvatskoj, a potom i stručnu javnost u Srbiji, jer polazeći od sličnih pravnih sistema i istog pravno istorijskog nasleđa, postoji realna opasnost da bi sličnu presudu ECtHR mogao da donese i u odnosu na Srbiju. Bojazan proizilazi iz činjenice da je dugogodišnja praksa policijskih službenika u obe zemlje da istovremeno, povodom istog događaja, protiv jednog lica podnose krivične prijave i zahteve za pokretanje prekršajnog postupka. Tako u Republici Hrvatskoj „u jednoj četvrtini kaznenih⁵ postupaka paralelno je vođen i prekršajni postupak“⁶.

Posledice kumulativnog vođenja prekršajnih i krivičnih postupaka za identičan događaj protiv istog lica su višedimenzionalne. Prvenstveno, pravosudni sistem se veštački opterećuje velikim brojem predmeta čime se usporava rad pravosudnih organa. Drugo, vođenje postupaka protiv istog lica pred prekršajnim i krivičnim sudovima, a povodom istog događaja, rezultuje opasnošću od donošenja različitih odluka od strane različitih sudova u pogledu istog događaja i u odnosu na ista lica, čime se urušava poverenje građana u pravosudni sistem. Treće, nije zanemarljiv ni ekonomski element. Četvrto, svakako ne od najmanjeg značaja, kršenje A4P7 predstavlja kršenje garantovanog ljudskog prava.

2. Priroda, svrha i značaj načela. Načelo u nacionalnom i međunarodnom pravu

Načelo *ne bis in idem*⁷ koje bi najopštije mogli da definišemo kao – zabranu ponavljanja krivičnog postupka u odnosu na lice prema kome je već

2 U daljem tekstu ECtHR.

3 *Maresti v. Croatia*, No.55759/07 od 25.07.2009. godine.

4 Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda u daljem tekstu: Konvencija, a član 4. Protokola 7 u daljem tekstu: A4P7.

5 Pojam „kazneni postupak“ u hrvatskom jeziku prevodi se na srpski jezik kao pojam „krivični postupak“. U našem jeziku pojam „kazneni postupak“ koristi kao pojam koji označava svaki postupak koji se vodi protiv nekog lica, a povodom kažnjivog dela – krivičnog dela, prekršaja, privrednog prestupa, vidi G. Ilić i dr. /2008/ Javnotužilački priručnik, Beograd, str. 373. Pojam „kazneno pravo“ je definisan i članom 34. Ustava Republike Srbije, Sl. gl. 98/2006.

6 Novosel, D., Rašo, M., Burić, Z./2010/, *Razgraničenje kaznenih djela i prekršaja u svetlu presude Evropskog suda za ljudska prava u predmetu Maresti protiv Hrvatske*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, n. 2, <http://hrcak.srce.hr/index.php?show=clanak&id>, 15. februar 2013. godine.

7 Načelo je poznato i pod drugim nazivima. U kontinentalnom pravu se koristi i naziv *non bis in idem*, a u anglosaksonskom pravu – *double jeopardy*.

doneta pravnosnažna odluka, na prvi pogled deluje kao jednostavno načelo koje ne zahteva posebno tumačenje. Ukoliko pođemo od pretpostavke da postoji veliki broj različitih varijacija ovog načela i načelo pokušamo da definišemo najpre uz pomoć konstrukcije najbližeg roda – *genus proximum* možemo da zaključimo da načelo sadrži nekoliko ključnih elemenata: prvo – tiče se isključivo krivičnog postupka; drugo – štiti pojedinca u odnosu na koga je doneta pravnosnažna odluka (*res iudicata*); treće – zaštita se sastoji u zabrani ponavljanja krivičnog postupka i četvrto – pravnosnažna odluka i ponovljeni krivični postupak moraju da se tiču istog (*idem*). Međutim, utisak o jednostavnosti se zadržava samo na analizi teksta načela, a primenom načela postaje jasno da je takav utisak samo obmana, jer primena nužno otvara niz novih pravnih pitanja i logičkih zamki. Zavodljivu prividnu jednostavnost predmeta našeg interesovanja Zupančić je slikovito nazvao – *la belle dame sans merci*⁸. Ipak se čini da suštinski problem primene načela ne leži u njegovoj logičkoj strukturi, koja je relativno jednostavna, već u pravnoj prirodi koja podrazumeva inherentne tenzije između: prvo – pravde i pravne sigurnosti⁹, drugo – pravde i istine.¹⁰

Prvi pisani trag o načelu *ne bis in idem* je Demostenov govor protiv Leptina iz 356. godine p.n.e. Forimiranje rimske izreke *ne bis in idem* pripisuje se Gaju u 2. veku p.n.e. Ovo načelo je duboko ukorenjeno u ustavnim tradicijama i krivičnopравnim propisima evropskih država i označava prevashodno pravo pojedinca u odnosu na državu, tako se pominje i u Habeas Copus Act. Međutim, načelo prevazilazi granice Evrope, pa je tako propisano članom 14. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima i članom 8. Američke konvencije o ljudskim pravima. O značaju načela govori i činjenica da je obuhvaćen statutima Međunarodnog krivičnog suda i Tribunala za bivšu Jugoslaviju i Ruandu.

Na tlu Evrope primena navedenog načela je naročito složena, s obzirom da postoje različiti evropski pravni okviri – Savet Evrope, Evropska unija i zona Šengena, kao i dva suda u navedenim okvirima – ECtHR i CJEU¹¹. Svaki od ovih pravih okvira predviđa načelo *ne bis in idem* – Savet Evrope u Protokolu

8 Lepa gospa bez milosti, vidi: Zupančić, B. M. /2011/, *Ne bis in idem* (zabrana ponovnog suđenja za isto delo) *la belle dame sans merci*, *Crimen*, n. 1, str. 171-181.

9 van Bockel W. B. /2009/, *The ne bis in idem principle in EU law. A conceptual and jurisprudential analysis*, Leiden, <https://openaccess.leidenuniv.nl/handle/1887/13844>, 15. februar 2013. godine.

10 „Načelna zabrana ponovnog suđenja proizlazi iz vitalnih interesa pravne sigurnosti i pravičnosti, koji u vezi s ovim principom, u većini nacionalnih zakonodavstava odnose prevagu u odnosu na princip istine, onda kada se ponekad ta načela „sukobe““, Škulić, M./2007/, *Ne bis in idem*, Hrvatska i Tribunal, *Politika*, 09.10.2007. godine, <http://www.politika.rs/pogledi/Milan>, 10. februar 2013. godine.

11 Court of justice European Union.

7. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Evropska unija u Povelji o osnovnim pravima Evropske unije, a zona Šengena u Šengenskom sporazumu. U navedenim dokumentima načelo *ne bis in idem* nije formulisano na isti način, a i odluke navedenih sudova se suštinski razlikuju u shvatanju načela. Ukoliko se imaju u vidu i različite definicije načela u nacionalnom zakonodavstvu, postaje jasno da ne postoji jedno načelo *ne bis in idem*, već više načela čija se obeležja, manje ili više, prepliću i poklapaju. Sve ukazuje koliko je složeno pitanje načela *ne bis in idem* i da ispravna primena načela zahteva detaljnu analizu elemenata konkretnog načela koje se primenjuje, svrhu konkretnog načela, kao i analizu sudske prakse, bilo nacionalnih ili/i međunarodnih sudova koji konkretno načelo primenjuju.

Prilikom analize svrhe konkretnog pravila *ne bis in idem* posebno treba imati u vidu činjenicu da povreda ovog načela podjednako šteti i privatnim i javnim interesima. Privatnim interesima u smislu povrede ljudskog prava koje se ogleda u „oslobađanju neizvesnosti od ponovnog pokretanja krivičnog postupka za isto delo“¹², a javnim interesima u smislu narušavanja načela vladavine prava i pravne sigurnosti. Povreda javnih interesa na nacionalnom nivou se ogleda u tome što država pokazuje da odluke koje donosi jedan sud u državi nisu obavezujuće za drugi sud u državi, što sledstveno vodi tome da odluke države nisu obavezujuće za samu državu, pa se postavlja pitanje zašto bi bile obavezujuće za bilo koga drugog, samim tim i građanina. Dakle, načelo *ne bis in idem* predstavlja ljudsko pravo, ali istovremeno i suštinsku garanciju pravne sigurnosti.

3. Specifičnosti A4P7

Članom 4. Protokola 7. od 22. novembra 1984. godine načelo *ne bis in idem* postalo je i sastavni deo Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda¹³. Njime je propisano pravo „da se ne bude suđen ili kažnjen dvaput u istoj stvari“.

U stručnoj javnosti¹⁴ je zauzet stav da A4P7 predstavlja segment prava na pravično suđenje, tj. člana 6. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i to preciznije prava protiv samooptuženja¹⁵. Međutim, možemo da zaključimo da je navedeni stav samo teorijski, jer ni Komisija za

12 Knežević, S./2007 /, Zabrana dvostruke ugroženosti i ljudska prava okrivljenog, Pravni život, n. 9, str. 757.

13 Navedeni protokol potpisale su, ali nisu ratifikovale Belgija, Nemačka, Holandija, Španija i Turska.

14 Popović, D. /2012/, Evropsko pravo ljudskih prava, Beograd, Službeni glasnik, str. 275.

15 Trechsel, S. /2005/, Human Rights in Criminal Proceedings, New York, Oxford University Press, str. 381.

ljudska prava, ni ECtHR nisu doneli odluku u kojoj bi se precizno izjasnili da li je član 6. Konvencije primenjiv na načelo *ne bis in idem*.

Nakon što smo načelo definisali *genus proximum*, ukazaćemo na *differentiam specificam* načela u okviru A4P7, a na osnovu strukturalne analize i upoređujući ih sa specifičnostima drugih načela.

Prvo, u pogledu *ratione loci* teritorijalna primena A4P7 se ograničava isključivo na odluke donete na nacionalnom nivou. Odnosno, primena ovog člana ne proteže se na slučajeve kada se licu sudi pred sudom jedne zemlje za krivično delo za koje je već osuđen u nekoj drugoj zemlji, bez obzira da li su jedna ili obe države ratifikovale Konvenciju. U slučaju *Baragiola v. Switzerland*¹⁶ ECtHR je konstatovao da na osnovu izričitog smisla ove odredbe A4P7 jasno je da ona potvrđuje načelo *ne bis in idem* samo u pogledu slučajeva u kojima je nekome dva puta suđeno ili je dva puta kažnjen za isto delo pred sudovima jedne države. Kako je u konkretnom slučaju predlagač prvo bio osuđen u Italiji, dok je drugu osudu, u pogledu istih dela, izrekao švajcarski sud, ECtHR je našao da nema povrede A4P7. Ukoliko se ima u vidu prethodno izneti stav da načelo *ne bis in idem* derivira iz prava na pravično suđenje, logično bi bilo da bi lice kome su zbog iste stvari sudili sudovi dve različite države moglo da se poziva na povredu člana 6. Konvencije. Međutim, primena člana 6. u ovom slučaju je isključena, jer „nije se postavljalo pitanje širenja obima odredbi Konvencije koji su ugovorne strane imale nameru izričito da isključe putem Protokola koji se odnosi samo na gonjenje osobe dvaput u okviru iste države“.¹⁷ Smatramo osnovanom konstataciju da se ograničenjem načela samo na odluke donete na nacionalnom nivou, praktično relativizuje samo načelo.¹⁸

Drugo, načelo iz A4P7 se može primeniti samo ako je okrivljeni pravnosnažno oslobođen ili osuđen, ali ne i ako je postupak okončan na drugi način, na primer rešenjem o obustavi istrage ili odbijajućom presudom. Identičnu definiciju sadrži i načelo iz člana 14. st. 7. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima. Naš član 6. „starog“ Zakonika o krivičnom postupku¹⁹ daje širu garanciju, pa tako primenu garancije ne ograničava samo u

16 *Baragiola v. Switzerland*, No.17626/90 od 21.10.1993. godine.

17 Rid, K. /2007/, *Evropska konvencija o ljudskim pravima. Vodič za praktičare*, Beograd, Beogradski centar za ljudska prava, str. 112.

18 Knežević, S., op. cit., str. 758.

19 Zakonik o krivičnom postupku, „Službeni list SRJ“, br. 70/2001, 68/2002, „Službeni glasnik RS“, br. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 46/2006, 49/2007, 122/2008, 20/2009, 72/2009.

(1) Niko ne može da bude gonjen i kažnjen za krivično delo za koje je pravnosnažnom presudom oslobođen ili osuđen ili je za to delo postupak protiv njega pravnosnažno obustavljen ili optužba pravnosnažno odbijena.

(2) U postupku povodom vanrednog pravnog leka, pravnosnažna sudska odluka se ne može izmeniti na štetu okrivljenog.

slučaju pravnosnažne oslobađajuće ili osuđujuće presude, već i na svaki slučaj kada je postupak pravnosnažno obustavljen ili je optužba pravnosnažno odbijena. član 4. „novog“ Zakonika o krivičnom postupku²⁰ zadržava istu garanciju.

Treće, iako u stavu 2. A4P7 dopušta mogućnost ponavljanja krivičnog postupka u posebnim slučajevima, sa druge strane, na daje garancije kojima bi se isključila mogućnost ponavljanja krivičnog postupka na štetu okrivljenog – garanciju zabrane *reformatio in peius*. Ovu garanciju daje Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima i naš Zakonik o krivičnom postupku.

Ukazaćemo na još jednu specifičnost koja na prvi pogled može da deluje kao *differentiam sprecificam*, mada to nije. Naime, analizirajući prevod na srpski jezik, uočavamo da A4P7 zabranjuje ponovno suđenje i kažnjavanje, ali ne i ponovno krivično gonjenje. Dakle, strogo jezički tumačeći verziju na srpskom jeziku, dozvoljeno je da organ krivičnog gonjenja jedne države preduzme krivično gonjenje osumnjičenog lica za krivično delo za koje je to lice, pred sudom iste te države već pravnosnažno oslobođeno, i to pravo ima sve do trenutka dok krivični progon ne uđe u fazu suđenja. Ukoliko razmišljamo o posledicama, pravnim i psihološkim, koje mogu nastupiti po osumnjičenog usled krivičnog progona, bez obzira što taj progon nije doveden do faze glavnog pretresa (suđenja), jasno je da je ovakvo tumačenje pogrešno. Svakako treba imati u vidu nepreciznosti u prevodu Konvencije na srpski jezik, s obzirom da original Konvencije na engleskom jeziku glasi „no one shall be liable to be tried or punished“ što znači da „niko ne podleže da mu bude suđeno ili da bude kažnjen“²¹. Dakle, iako originalni tekst ne sadrži izričitu zabranu krivičnog gonjenja lica za krivično delo za koje je već pravnosnažno oslobođen ili osuđen, možemo da zaključimo da je zabrana krivičnog progona praktično obuhvaćena jezičkom konstrukcijom „podložan da mu bude suđeno“, odnosno da predstavlja njenu „logical extension“²². ECtHR je takođe prihvatio navedeno šire tumačenje i u više presuda je ukazivao da A4P7 sadrži tri garancije („trostruku garanciju“), prvu – pravo osumnjičenog da ne bude podložan da mu se ne sudi dva puta, što praktično znači pravo osumnjičenog da ne bude ponovo krivično gonjen, drugu – pravo da mu se ne sudi ponovo i treće – pravo da ne bude

20 Zakonik o krivičnom postupku, „Službeni glasnik RS“, br.72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014.

Ne bis in idem

(1) Niko ne može biti gonjen za krivično delo za koje je odlukom suda pravnosnažno oslobođen ili osuđen ili za koje je optužba pravnosnažno odbijena ili je postupak pravnosnažno obustavljen.

(2) Pravnosnažna sudska odluka ne može bi izmenjena na štetu okrivljenog.

21 Prevod autor.

22 van Bockel W. B. /2009/, op. cit. str. 188.

kažnjen. Ovu „trostruku garanciju“ ECtHR je definisao u presudi *Nikitin v. Russia*²³, a posebno apostrofirao u presudi *Zolotukhin v. Russia*²⁴ o kojoj ćemo kasnije detaljnije govoriti. Trostrukom garancijom A4P7 je obuhvatio sve faze krivičnog progona čime je obezbeđena mogućnost primene načela u bilo kojoj fazi postupka. Napomene radi, naš „stari“ Zakonik o krivičnom postupku daje preciznu i široku definiciju načela, pa tako navodi da niko ne može da bude „gonjen i kažnjen“ čime se, na jedan jezički precizan način, obuhvataju sve faze krivičnog postupka. „Novi“ Zakonik o krivičnom postupku predviđa samo zabranu gonjenja, a ne pominje i zabranu kažnjavanja. Međutim, kako nema kažnjavanja bez gonjenja, to se može smatrati da se zakonodavac opredelio za jedno, logički gledano, praktičnije rešenje. Sa druge strane međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, daje istu definiciju prava kao i Konvencija.

O značaju garancije iz A4P7, govori činjenica da ovo pravo, zajedno sa pravom na život, zabranom mučenja, zabranom ropstva i načelom legaliteta predstavlja pravo koje ne može biti derogirano na osnovu člana 15. Konvencije. Ipak, A4P7 predviđa jedan izuzetak u primeni. Naime, ponavljanje postupka je dopušteno ukoliko se pojave dokazi o novim ili novootkrivenim činjenicama ili ukoliko je u prethodnom postupku došlo do bitnih povreda koje su mogle uticati na odluku.

Analizirajući *differentiam specificam* A4P7 i upoređujući ih sa *differentiam specificam* načela u domaćem pravu i Međunarodnim paktom o građanskim i političkim pravima uočavamo da je A4P7 relativno usko definisan. Smatramo da razlog za ovako usko postavljeno načelo leži u naročitoj senzibilitnosti koju države pokazuju u pogledu krivičnih procedura, budući da krivično pravo doživljavaju kao ekskluzivnu sferu suverenosti i moći države. Međutim, čini se da o pravom obimu ne možemo govoriti samo na osnovu teksta načela, već prvenstveno iz perspektive njegove primene od strane ECtHR. O tome će biti reči u sledećem poglavlju.

4. Obim primene A4P7 i pojmovna analiza kroz praksu ECtHR

4.1. Ratio

ECtHR je u slučajevima u kojima je razmatrao povredu A4P7 bio u prilici da obrazlaže *ratio* načela *ne bis in idem*. Sud je davao različita obrazloženja koja se kreću u tri pravca. Prvo, po kome načelo *ne bis in idem* shvata kao segment garancija okrivljenog u krivičnom postupku i to preciznije kao pravo u

23 Nikitin v. Russia, No.50178/99 od 20. jula 2004. godine, paragraf broj 36.

24 Zolotukhin v. Russia, No.14939/03 od 10.02.2009. godine.

okviru prava okrivljenog da bude saslušan. Drugo, po kome se načelo odnosi prvenstveno na rad pravosudnih organa i treće, po kome načelo treba sagledati u kontekstu pravne sigurnosti. Dakle, možemo da zaključimo da se i u presudama ECtHR-a uočava inherentna tenzija načela – tenzija između privatnog i javnog interesa.

4.2. Ratione materiae

Obim primene načela *ratione materiae* se ograničava samo na krivični postupak. Međutim, ECtHR, kao što je poznato, ima autonomno tumačenje pojma krivičnog postupka. Pravna karakterizacija nekog postupka u nacionalnom pravu stoga nije od značaja, jer države članice mogu istu radnju inkriminisati na različite načine, kao različita kažnjiva dela, na primer kao krivično delo, prekršaj, prestup ili disciplinski prestup. Međutim, ukoliko su ispunjeni određeni uslovi, ECtHR će bilo koji postupak za kažnjivo delo smatrati krivičnim postupkom u smislu autonomnog pojma. Konstituisanje koncepta krivične optužbe i krivičnog postupka započelo je slučajem *Engel and Others v. Netherlands*.²⁵

Engel test je od naročitog značaja za primenu načela *ne bis in idem*. Naime, u zemljama na visokom nivou razvoja demokratije sa relativno visokim stepenom vladavine prava, na nivou incidenta, će doći do situacije ponovnog

25 Presuda No.5100/71 od 08. juna 1976. godine. Prema 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, Strasbourg, Council of Europe, str. 16. Engel test sadrži četiri kriterijuma: „1. klasifikacija norme u domaćem pravu; 2. priroda inkriminisane radnje; 3. svrha kazne; 4. priroda i strogost kazne“. Ukoliko nacionalno zakonodavstvo određenu radnju kvalifikuje kao krivično delo, ECtHR će automatski smatrati da se radi o krivičnoj optužbi i krivičnom postupku. S druge strane, ukoliko nacionalno zakonodavstvo neku radnju kvalifikuje kao prekršaj ili disciplinski prestup, to neće automatski značiti za ECtHR da se ne radi o krivičnoj optužbi i krivičnom postupku. U tom slučaju ECtHR razmatra kriterijume pod 2, 3. i 4. i to tako što prvo, u okviru prirode inkriminisane radnje utvrđuje kom broju lica je upućena kaznena norma – određenom ili neodređenom radi utvrđivanja da li se radi o normi sa „generalnim efektom“ ili normi koja se odnosi na određenu specifičnu grupu ljudi, na primer pripadnike jedne profesije. Veće su šanse da u slučajevima norme sa generalnim efektom ECtHR protumači da se radi o krivičnoj optužbi i krivičnom postupku, nego u slučajevima kada norma ima ograničeno dejstvo na manju grupu ljudi. Kriterijum svrhe kazne služi za razlikovanje krivičnih od administrativnih kazni. ECtHR pri tom razmatra da li kazna ima karakter naknade štete – kompenzacioni karakter, da li ima za cilj zaštitu građana – kao na primer oduzimanje vozačke dozvole pijanom vozaču ili je njen karakter suštinski kaznen. Poslednji kriterijum prirode i strogosti kazne primenjuje se samo ukoliko na osnovu primene ranijih kriterijuma nije bilo moguće odrediti o kojoj vrsti postupka se radi. ECtHR uobičajno svaku deprivaciju slobode ili pretnju deprivacijom slobode smatra krivičnom kaznom. Dakle, ECtHR će uobičajno smatrati krivičnim postupkom svaki onaj postupak koji se vodi na osnovu norme koja kao sankciju predviđa lišenje slobode.

krivičnog progona lica za krivično delo za koje je krivični postupak pravosnažno okončan. Međutim, često se dešava da dolazi do krivičnog progona lica za radnje koje u sebi sadrže i elemente prekršaja ili disciplinskog prestupa, a za koje radnje su ta lica već bila kažnjena u drugom kaznenom postupku. Stoga je jasno od kakvog je značaja pravilna i blagovremena primena Engel testa na nivou nacionalnog pravosuđa. ECtHR je prihvatio Engel test u slučajevima u kojima je razmatrao povredu A4P7 sve do slučaja *Knut Haarving v. Norway*.²⁶ U ovom slučaju ECtHR odstupa od uobičajnog Engel testa i to, kako navodi, samo za potrebe primene A4P7, tako što širi listu kriterijuma i pored navedena četiri – modifikovana kriterijuma dodaje još dva kriterijuma i to: prvi – da li je mera izrečena nakon osude za krivično delo i drugi kriterijum koji se tiče implementacije izrečene mere. Međutim, kasnije, u već pomenutoj presudi *Zolotukhin v. Russia*, ECtHR izričito navodi da jedini kriterijum za određivanje krivične optužnice i krivičnog postupka jeste Engel test. Na prvi pogled deluje krajnje nejasno iz kog razloga je ECtHR, samo za potrebe primene A4P7, menjao test na osnovu koga u svim drugim slučajevima utvrđuje da li se radi o krivičnom postupku ili ne. Praktično, ECtHR je samo za potrebe A4P7 promenio značenje autonomnog pojma. Očigledno je da je, u situaciji kada je lice osuđeno za jednu radnju u krivičnom postupku, a potom je u administrativnom postupku u odnosu na njega primenjena neka administrativna mera povodom istog događaja, ECtHR bio suočen sa inherentnom tenzijom između pravde i pravne sigurnosti usled čega je uočio nepodobnost Engel testa da dilemu reši, pa je pribegao njegovoj modifikaciji samo za potrebe načela *ne bis in idem*.

4.3. Ratione temporis

Ratione temporis, načelo *ne bis in idem* je dvoslojno. Prvo, tiče se samo krivičnih postupaka koji su hronološki usledili nakon donošenja pravosnažne osuđujuće ili oslobađajuće presude. Dakle, tiče se potonjeg, odnosno kolokvijalno rečeno „drugog“ krivičnog postupka. Ključni trenutak za eventualnu primenu načela je trenutak konačnosti ishoda „prvog“ gonjenja. Stoga se načelo ne primenjuje u situacijama u kojima se protiv jednog lica vode istovremeno dva ili više krivičnih postupaka povodom istog događaja. Drugo, primenjuje se samo u situacijama kada je drugi krivični postupak započet, a ne i kada se priprema njegovo započinjanje. Stoga je potrebno utvrditi šta ECtHR smatra trenutkom konačnosti ishoda prvog gonjenja i šta smatra trenutkom započinjanja drugog krivičnog postupka.

26 Knut Haarving v. Norway No.1187/05 od 11. decembra 2007. godine.

Konačnost ishoda predstavlja formalni uslov u pogledu kvaliteta prve odluke. Formalni uslov je da odluka mora da bude pravnosnažna, odnosno kako je ECtHR naziva *final*. ECtHR smatra da je presuda *final* ukoliko ima karakter *res iudicata* u smislu unutrašnjeg prava. Procenu da li je presuda *res iudicata* u unutrašnjem pravu ECtHR zasniva na kriterijumima neopozivosti. U slučaju *Nikitin v. Russia*²⁷ ECtHR kao kriterijume neopozivosti navodi: nepostojanje ili nedostupnost redovnih pravnih lekova; iscrpljenost svih redovnih pravnih lekova; protek roka u kome se redovan pravni lek mogao uložiti. Navedene kriterijume ECtHR ponavlja i u presudi *Zolotukhin v. Russia*, s tim što precizira da eventualna mogućnost ulaganja vanrednog pravnog leka nije od značaja prilikom procene da li je slučaj *res iudicata* ili ne, kao ni to da li se radi o osuđujućoj ili oslobađajućoj presudi.²⁸ ECtHR posebno naglašava da se iz primene A4P7 izuzimaju sve odluke protiv kojih je moguće uložiti žalbu. Interesantan je slučaj *Smirnova and Smirnova v. Russia*.²⁹ ECtHR je našao da odluka javnog tužioca da ponovno pokrene krivično gonjenje protiv lica ne predstavlja kršenje A4P7. ECtHR smatra da diskontinuitet u krivičnom gonjenju koje preduzima javni tužilac ne podrazumeva postojanje osuđujuće ili oslobađajuće presude i na takve situacije ne može da se primeni načelo *ne bis in idem*.

Trenutkom započinjanja novog krivičnog postupka treba da se smatra trenutak započinjanja novog krivičnog gonjenja, s obzirom na „trostruku garanciju“, o kojoj je već bilo reči, a koja podrazumeva – pravo osumnjičenog da ne bude podložan da mu se ne sudi dva puta, drugu – pravo da mu se ne sudi ponovo i treće – pravo da ne bude kažnjen. Mišljenja smo da se garancija u „drugom“ postupku, odnosno pojam *bis* u konstrukciji *ne bis in idem*, aktivira od onog trenutka od kada može da započne primena člana 6. Konvencije. Član 6. Konvencije u krivičnom postupku se primenjuje na sve proceduralne akcije koje su u direktnoj vezi sa donošenjem odluke o krivici nekog lica. Ove proceduralne akcije započinju policijskim saslušanjem osumnjičenog, zatim nastavljaju sa aktivnostima usmerenim ka krivičnom progonu, obuhvataju sve radnje krivičnog progona, postupak suđenja u svim fazama po redovnim pravnim lekovima, vanrednim pravnim lekovima, pa čak i u toku postupka izvršenja kazne. Posebno treba napomenuti da meritorni ishod „drugog“ postupka (oslobađajuća ili osuđujuća presuda) nije ni od kakvog značaja za procenu da li je povređen A4P7. Dakle, samo u situaciji kada je „drugi“ postupak okončan iz formalnih razloga – isključivo zbog povrede načela *ne bis in idem*, neposrednom

27 Nikitin v. Russia, No.50178/99 od 20. jula 2004. godine, paragraf broj 37.

28 Zolotukhin v. Russia, No.14939/03 od 10.02.2009. godine, paragraf broj 108.

29 Broj 46133/99 i 48183/99 od 24.07.2003. godine.

primenom A4P7 ili primenom načela *ne bis in idem* u nacionalnom zakonodavstvu, mogli bismo da zaključimo da do povrede prava nije došlo, shodno načelu supsidijarne zaštite.

U pogledu materijalnih uslova „prvog“ postupka zahteva se poseban kvalitet. Odluka mora da bude meritorna – osuđujuća ili oslobađajuća, ali ne i odluka doneta iz procesnih razloga, npr. zastarelosti ili odustanka tužioca. Ipak, odluka ne mora da ima formu presude, niti mora biti doneta od strane sudske vlasti jedne države ili bilo kog drugog organa koji ima formalni status suda. Ona može da bude doneta i od strane organa uprave ili disciplinskog organa, odnosno svakog drugog organa koji ima karakter tribunala u smislu autonomnog pojma tribunala. Sve dok takva odluka ima, u smislu Engel testa, karakter krivične presude, podobna je da se na nju primenjuje A4P7. Ipak, iako je tekst A4P7 izričit u smislu kvaliteta odluke – osuđujuća ili oslobađajuća odluka, Trešchel³⁰ je mišljenja da je A4P7 moguće primeniti i u situacijama kada odluka suda nije bila osuđujuća ili oslobađajuća, ukoliko ispunjava formalni karakter konačnosti, kao na primer – pravnosnažna odbijajuća presuda, ali samo ukoliko načelo *ne bis in idem* u domaćem procesnom zakonodavstvu, daje takvu garanciju. Dakle, ukoliko garancija *ne bis in idem* u nacionalnom zakonodavstvu ne ograničava kvalitet odluka „prvog“ postupka samo na osuđujuće i oslobađajuće, već dozvoljava, kao što je slučaj sa našim zakonodavstvom, mogućnost da odluka može da bude i drugačija – npr. odbijajuća presuda, u tom slučaju se A4P7 ima primenjivati šire, odnosno ima se primeniti i ukoliko odluka u „prvom“ postupku nema karakter osuđujuće ili oslobađajuće presude. Smatramo da je ovakvo tumačenje primene A4P7 pravilno, jer „ne može biti zadatak Suda da negira garanciju koju daje nacionalno zakonodavstvo“³¹.

4.4. Idem

Kamen spoticanja u primeni A4P7 za ECtHR bio je pojam *idem*. O tome šta se smatra *istim* u formulaciji *ne ponovo u istom* bilo je mnogo različitih stavova. Sa čulnog stanovišta, može da se čini relativno jednostavnim prepoznati šta je isto, a šta različito. Međutim, drugačije stvari stoje sa pojmom *isto*. Pojam, kao misao o suštini onoga o čemu mislimo, predstavlja filozofsku, odnosno logičku kategoriju, a pojam *isto* podrazumeva misao o sadržini, obimu i dosegu istovetnosti onoga o čemu promišljamo uporedbom. Dakle, pojam *isto* zahteva logičku misaonu operaciju upoređivanja karakteristika najmanje dve

30 Trechsel, S., op. cit. str. 389.

31 Trechsel, S., op. cit., str. 389.

odvojene pojave i utvrđivanje postojanja elemenata istovetnosti. Pojam *isto*, sa stanovišta primene načela, je link koji povezuje „prvi“ i „drugi“ postupak i otuda je ovaj pojam od ključnog značaja za primenu načela. Prilikom donošenja odluke, sud odlučuje na osnovu činjeničnog stanja, a primenom pozitivnih propisa. Dakle, odlučuje misaonom operacijom podvođenja činjeničnog stanja pod pravnu normu. Postavlja se pitanje na šta se primenjuje pojam *isto*, ili preciznije šta upoređujemo – činjenično stanje ili pravnu normu ili misaonu konstrukciju nastalu podvođenjem činjeničnog stanja pod pravnu normu. Problem ne bi bio složen kada bi jednostavno mogli da se opredelimo za jednu od tri ponuđene opcije. Međutim, čini se ispravnim zaključak Zupančića da se ovde radi o „dijalektičkom problemu“, jer „činjenice određuju pravnu kvalifikaciju slučaja – ali sa druge strane, različite pravne kvalifikacije takođe predodređuju selektivnu apercepciju (zapažanje) činjenica“³². Dakle, po svojoj prirodi ovaj problem vodi u *aporiju* – filozofski pojam koji označava situaciju u kojoj razumemo neki problem i možemo da ga razložimo, ali nijedan put iz tog pojma nam se ne čini ispravnim, odnosno problem predstavlja „besputicu“. Suština problema leži u samoj srži filozofije prava, odnosno u pitanju odnosa i pitanju primata u odnosu činjenica i prava. *Ne bis in idem* je jedan od retkih pravnih instituta čija primena nužno podrazumeva, makar intuitivno, filozofsko opredeljenje sudije i tužioca.

ECtHR je pokazao priličnu nekonzistentnost u stavu šta smatra pod pojmom *idem*. Preciznije ECtHR je u više navrata ukazao da se, shodno jezičkom tumačenju, pojam *idem* nesporno tiče pojma *offence* – kažnjivog dela. Tako, u presudi *Maresti v. Croatia* ECtHR smatra da „upotreba izraza „djelo“ u tekstu članka 4. Protokola br. 7. ne može opravdati zauzimanje strožijeg pristupa. Sud ponavlja da Konvenciju treba tumačiti i primjeniti na način koji prava čini praktičnima i djelotvornima, a ne teorijskima i iluzornima“³³. Kada smo nesporno utvrdili da se *idem* tiče *offence*, postavlja se pitanje kako ECtHR definiše *offence* u smislu primene A4P7.

U prvoj presudi u kojoj je ECtHR odlučivao o povredi A4P7 - *Gradinger v. Austria*³⁴ podnosilac predstavke je pred nacionalnim sudom bio osuđen za krivično delo zbog izazivanja saobraćajne nezgode sa smrtnim ishodom i ujedno je u tom krivičnom postupku bio oslobođen u pogledu stanja alkoholisanosti kritičnom prilikom. Nakon pravnosnažnosti odluke suda, protiv njega je pokrenut drugi - prekršajni postupak u kome je osuđen za vožnju u stan-

32 Zupančić, B.M., op. cit., str. 171.

33 *Maresti v. Croatia*, No.55759/07, stav 80, prevod na hrvatski.

34 *Gradinger v. Austria*, No15963/90 od 23. oktobra 1995. godine.

ju alkoholisanosti. ECtHR je prvo naveo da je jasno da se različitost kažnjivih dela ne određuje samo prema različitosti njihovih oznaka, odnosno formi, već prevažno prema njihovoj prirodi i svrsi. Potom je zaključio da prekršaj praktično predstavlja samo jedan aspekt krivičnog dela, ali da su obe odluke bile zasnovane na *same conduct (istom ponašanju)*.³⁵ Dakle, prva intencija ECtHR je bila da kriterijum ocene istovetnosti veže za činjenice koje se tiču *istog ponašanja*. Odnosno da kriterijum za ocenu istovetnosti *offence* jeste *isto ponašanje*.

U značajnoj presudi *Oliveira v. Switzerland*³⁶ ECtHR menja stav utvrđen u presudi *Gradinger v. Austria*. Podnositeljka predstavke je prvo bila osuđena pred nacionalnim sudom zbog prebrze vožnje i gubitka kontrole nad vozilom, a potom je osuđena zbog krivičnog dela – izazivanja saobraćajne nezgode u kojoj je drugo lice zadobilo teške telesne povrede. Obe osude su se ticale istog događaja. Specifičnost ovog slučaja je u tome što je krivični sud u kaznu za krivično delo uračunao i kaznu koju je prethodno izrekao drugi sud za prekršaj – prebrzu vožnju i gubitak kontrole nad vozilom. ECtHR prvo konstatuje da nije bilo nekonzistentnosti u pogledu utvrđivanja činjenica između dva suda. Potom, da je nadležnost policije koja je u prekršajnom postupku donela prvu odluku ograničena i da nije mogla da obuhvati sve aspekte događaja i konačno – da podnosilac radnjama ova dva organa, u odvojenim procedurama, nije stavljena u nepovoljniji položaj.³⁷ Potom ECtHR zaključuje da se radi o tipičnom slučaju kada jedna radnja konstituiše više krivičnih dela, kako navodi – *concoirs ideal d'infractions*, odnosno da se očigledno radi o idealnom sticaju. Objašnjavajući da je krivično delo moguće podeliti na dva dela – na propuštanje kontrole nad vozilom i drugo, nanošenje telesnih povreda, pri tom ocenjujući da teža kazna apsorbuje lakšu.³⁸ Potom objašnjava da A4P7 ne sprečava vođenje postupaka pred različitim sudovima povodom različitih kaznenih dela, čak i ako su svi deo jedne radnje, a posebno u slučajevima kada kazne nisu kumulativne i kada je manja kazna absorbovana većom.³⁹ Dakle, ECtHR u slučaju *Oliveira v. Switzerland* daje novo značenje pojmu *offence* tako što ukazuje da pravna kvalifikacija kažnjivog dela nije beznačajna i da postoje slučajevi kada jednom radnjom može da se konstituiše više dela, odnosno kriterijumi za utvrđivanje istovetnosti *offence* treba da bude *pravna kvalifikacija i osnovne činjenice na kojima ona počiva*. Kada analiziramo ovu presudu, čini se da je drugi problem značajniji. Naime, čak i ukoliko prihvatimo stav ECtHR u

35 Ibidem, paragraf 55.

36 *Oliveira v. Switzerland*, No84/1997/868/1080 od 30.07.1998. godine.

37 Ibidem, paragraf 23.

38 Ibidem, paragraf 26.

39 Ibidem, paragraf 27.

pogledu značenja pojma *offence* i saglasimo se sa tim da nema povrede A4P7 u situaciji kada sud, koji sudi u „drugom“ slučaju, izvrši apsorpciju „prve“ kazne u „drugu“, neminovno se postavlja pitanje – zar nije došlo do povrede načela u pogledu prava da se nikome ne može suditi dva puta? Jednostavnije, okrivljena faktički nije kažnjena dva puta, jer su kazne apsorbovane, ali joj je nesporno suđeno dva puta. Kako ECtHR u paragrafu 27. presude objašnjava da povrede nema „posebno“ u slučajevima kada kazne nisu kumulativne, proizilazi da se ECtHR nije ni bavio pitanjem povrede prava u pogledu prava okrivljene da joj se ne sudi dva puta.

U presudi *Fischer v. Austria*⁴⁰ koja presuda se tiče skoro identičnog činjeničnog stanja kao i *Gradinger v. Austria*, ECtHR ukazuje da u presudi *Oliveira v. Switzerland* postoje kontradiktornosti⁴¹. Potom precizira da smisao A4P7 nije „isto kažnjivo delo“, već „ponavljanje“ postupka u odnosu na kažnjivo delo za koje je postupak već vođen. ECtHR se udaljava od pravne kvalifikacije kao kriterijuma za utvrđivanje istovetnosti *offence*.⁴² ECtHR potom konstituše nov kriterijum za utvrđivanje istovetnosti *offence* navodeći da su to *same essential elements*⁴³. Dakle, ECtHR smatra da nema povrede načela ako se kažnjiva dela razlikuju u pogledu bitnih elemenata, s tim što se analiza kažnjivih dela ne može ograničiti samo na njihovu nominalnu različitost, odnosno pravnu kvalifikaciju. Možemo da zaključimo da se ECtHR ovom presudom udaljava od presude *Oliveira v. Switzerland* i približava presudi *Gradinger v. Austria*, odnosno da pravi balans između činjenica i pravne kvalifikacije kao kriterijuma za ocenu istovetnosti. U kasnijim presudama, kao na primer *Hauser – Sporn v. Austria*⁴⁴ ECtHR razrađuje pojam *same essential elements* navodeći da se ovaj pojam može ticati radnji i propusta okrivljenog, ali i drugih elemenata koji se nalaze van radnje okrivljenog, kao na primer težinu posledica kažnjivog dela, značaj zaštićenog dobra i sl.

Konačno, presudom *Zolotukhin v. Russia*⁴⁵ donetom od strane Velikog veća, ECtHR pravi potpuni zaokret i čini se, stavlja tačku na sve nedoumice u pogledu pojma *idem*. ECtHR u presudi konstatuje da je bio na meti kritike zbog nepredvidljivosti i pravne neizvesnosti u pogledu odluka koje su donošene u odnosu na A4P7. Potom daje sažet prikaz postojećih pristupa u rešavanju problema *idem*, posebno razmatrajući kriterijume za ocenu istovetnosti. Činjenično

40 *Fischer v. Austria*, No37950/97 od 29.05.2001. godine.

41 *Ibidem*, paragraf 23.

42 *Ibidem*, paragraf 25.

43 *Ibidem*, paragraf 27.

44 *Hauser Sporn v. Austria*, No37301/03 od 07.12.2006. godine.

45 *Zolotukhin v. Russia* No.14939/03 od 10.02.2009. godine.

– podnosilac prestavke je najpre bio kažnjen disciplinski zbog remećenja javnog reda i mira, a potom je protiv njega pokrenut krivični postupak, povodom identičnog događaja pod optužbom za krivično delo nasilničkog ponašanja u kojoj radnji izvršenja je opisan i prekršaj za koji je prethodno disciplinski kažnjen. ECtHR je konačno u paragrafu 82 kratko zaključio „član 4. Protokola 7 mora se razumeti kao zabrana krivičnog gonjenja ili suđenja za drugo delo sve dok proizilazi iz *identičnih činjenica ili činjenica koje su suštinski iste (from identical facts or facts which are substantially the same)*“⁴⁶. Ovom presudom ECtHR zauzima „široki i objektivni pristup interpretaciji pojma isto delo“⁴⁷, stavlja tačku na pravnu dilemu i kao jedini kriterijum za ocenu istovetnosti *idem* ustanovljava činjenice, a sve polazeći od pretpostavke da je metod primene činjenica kao kriterijuma u odnosu na metod primene pravne kvalifikacije kao kriterijuma sigurniji za pojedinca. U kasnijim presudama, pa i u presudi *Maresti v. Croatia* ECtHR se pozivao na presudu *Zolotukhin v. Russia* čime je samo potvrđivao snagu odluke.

Dakle, u skali od pravne norme, kao apstraktne misaone konstrukcije, do činjenica, ECtHR se konačno opredelio za činjenice. Mekbrajd navodi da sličan pristup ima i Interamerički sud za ljudska prava i CJEU tako što usvajaju pristup strogo zasnovan na „istovetnosti stvarnih (ne) činjenja, odbacujući pravno određenje tih dela kao nebitno“, jer bi samo takav pristup „pomogao izvršiocu, koji bi znao da, nakon što je osuđen i odslužio kaznu ili nakon što je oslobođen optužbe, ne mora da se boji naknadnog krivičnog gonjenja u vezi sa tim delom“⁴⁸

Čini nam se da je ECtHR opredeljujući se za činjenice, odnosno „događaj“ odluku doneo u skladu da monističkom koncepcijom jus realizma kojom se „pravo razrešava u empirijskoj stvarnosti“ budući da „norme nisu stvarnost koja je ontološki različita od stvarnosti empirijskih činjenica“⁴⁹.

46 Ibidem, pasus 82, Ivčević Karas E. u tekstu „Povodom presude Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Maresti v. Hrvatske* – analiza mogućeg utjecaja na reformu prekršajnog prava u Republici Hrvatskoj“ http://www.pravo.unizg.hr/_download/repository/Zbornik_sa_specijalistickog_savjetovanja.pdf sentencu „from identical facts or facts which are substantially the same“ prevodi kao „identičnih ili bitno istih činjenica“ – str. 10. Iako je nesporno da reč *substantially* može da se prevede i kao bitno i kao suštinski, smatramo da pojmovi bitno i suštinski nisu identični. Ukoliko se opredelimo za pojam bitno to bi značilo da prilikom upoređivanja činjeničnih opisa događaja u okviru pravni kvalifikacija treba da se fokusiramo na kvantitet identičnih elemenata opisanih u oba činjenična opisa. Ukoliko se opredelimo za pojam suštinski bavili bismo se samo analizom glavnih, odnosno osnovnih elemenata i vršili njihovo poređenje, a zanemarili bi smo sve druge sporedne elemente, ma koliko se oni međusobno podudarali.

47 van Bockel W. B., op. cit., str. 185.

48 Mekbrajd, Dž./2009/, Ljudska prava u krivičnom postupku. Praksa Evropskog suda za ljudska prava, Beograd, Savet Evrope, Kancelarija u Beogradu, str. 265.

49 Faso, G. /2007/, Istorija filozofije prava, Podgorica, CID, str. 680.

Međutim, jus realizam, sa druge strane, podrazumeva razumevanje prava kao sinteze disciplina koje se bave jezikom i ponašanjem, odnosno koje su lingvističko sociološke u širokom smislu. Jus realizam odbija svako razumevanje prava u kontekstu normativne teorije prava. Dakle, osnovni problem jeste u tome što ECtHR vrši sintezu nespojivog – polazi od strogo formalnog tumačenja nacionalnog prava i odluka nacionalnih sudova, a istovremeno Konvenciju primenjuje u kontekstu empirijske stvarnosti činjenica.

Za trenutak ćemo se vratiti na ranije iznet zaključak da pravna kvalifikacija zavisi od činjenica, ali i da zapažanje činjenica zavisi od pravne kvalifikacije. Tako, sudiju će u postupku zanimati samo one činjenice koje predstavljaju radnju izvršenja kažnjivog dela, a neće biti od značaja činjenice koje se ne tiču tog dela. Zapažanje činjenica od strane sudije biće ograničeno na elemente koji čine kažnjivo delo. U filozofskom smislu možemo se zapitati da li u pravu postoje činjenice same po sebi, nezavisno od pravne kvalifikacije?⁵⁰ Činjenice su u pravu uvek vezane za pravnu kvalifikaciju. Pravnik putem apstraktnih konstrukcija – kakve su pravne kvalifikacije, selektivno bira činjenice tako što bira samo one koje može da podvede pod odgovarajuću pravnu normu. Stoga, događaj se objektivno desio, ali je pravna percepcija činjenica u vezi tog događaja nužno selektivna, odnosno filtrirana kroz prizmu pravne kvalifikacije. Vezivanjem pojma *idem* za činjenice, ECtHR polazi „od premise tabula rasa: da istorijski događaj kao takav – nezavisno od pravne prizme kroz koju se percipira – uopšte postoji“⁵¹

Nezavisno od ECtHR, a inspirisani njegovim odlukama, autori su promišljali koji bi to element bio podoban da posluži kao kriterijum ocene istovetnosti *offence*. Tako Trešel smatra da se pitanje istovetnosti utvrđuje na osnovu nekoliko elemenata: identiteta cilja, npr. zaštite javnog reda i mira, života i tela ili bezbednosti saobraćaja; identiteta okrivljenog lica; radnje izvršenja i činjenica slučaja u svetlu prirodnog i pravnog jedinstva radnje i posledica radnje; identiteta oštećenog lica⁵². Pri tom posebno naglašava zbunjujući odnos između presuda *Oliveira v. Switzerland* i *Gradinger v. Austria*. Trešel daje predlog kriterijuma koji bi ECtHR trebalo da primeni⁵³. Smatra dobrom praksu Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država u slučaju *Blockburger v. United States*⁵⁴ koji se tiče idealnog sticaja i gde sud konstatuje da postoji povreda načela kada se licu sudi dva puta, izuzev u slučaju kada svaka

50 Zupančič, B. M., op. cit., str. 172.

51 Ibidem, str. 173.

52 Trechsel, S., op. cit., str. 391.

53 Ibidem, str. 398.

54 Blockburger v. United States 284 US 299 (1932).

pravna kvalifikacija zahteva dokaz o dodatnim činjenicama koji dokaz druga pravna kvalifikacija ne zahteva.⁵⁵

5. Mogući problemi u praksi naših pravosudnih organa sa posebnim osvrtom na relevantne odredbe nacionalnog zakonodavstva

5.1. Mogući problemi u praksi naših pravosudnih organa

ECtHR je u više navrata razmatrao rad domaćih sudova u pogledu primene nacionalnog zakonodavstva i Konvencije u krivičnopravnoj materiji. Do sada ECtHR je ustanovio sledeće povrede „povredu procesnog aspekta člana 3., povredu prava na slobodu i bezbednost iz člana 5, povrede članova 6. st.1. i 2. i povredu slobode izražavanja zbog osude na klevetu“⁵⁶. ECtHR još uvek nije razmatrao povredu A4P7 od strane Srbije. Međutim, imajući u vidu da je do sada u odnosu na Hrvatsku razmatrao povredu A4P7 u četiri navrata⁵⁷, neizostavno je da slična sudbina očekuje i Srbiju.

Složit ćemo se u pogledu stava da pravosudni organi Republike Srbije pravilno primenjuju član 4. Zakonika o krivičnom postupku i da je ekstremno retka situacija u kojoj bi sud ili tužilaštvo povredili načelo tako što bi ponovo bilo preduzeto krivično gonjenje protiv lica u odnosu na koje je krivični postupak pravosnažno okončan. Kada su u pitanju krivična dela propisana Krivičnim zakonikom, čini se da problem u primeni načela ni ne postoji. Međutim, podrobnom analizom odluka ECtHR, a s obzirom na praksu naših pravosudnih organa možemo da zaključimo da problemi nastaju prevashodno po pitanju odnosa krivičnog dela i drugog kažnjivog dela – prekršaja, privrednih prestupa i nekih vrsta disciplinskih prestupa i to ukoliko optužba po ovim kažnjivim delima ima karakteristike krivične optužbe. U tom smislu bavićemo se „graničnim stanjima“, odnosno onim pravnim pitanjima u kojima na neki način dolazi do „preklapanja“, prvo – krivičnog dela i kažnjivog dela i drugo – dva kažnjiva dela, sve ukoliko ta kažnjiva dela ispunjavaju uslove Engel testa.

Kada je u pitanju odnos krivičnog dela i drugog kažnjivog dela „preklapanje“ sa kažnjivim delima prevashodno može da nastane zbog prirode krivičnog dela kod blanketnih krivičnih dela. Kažnjiva dela, kao što je prekršaj, neretko predstavljaju blanketnu dispoziciju krivičnog dela, odnosno kažnjivim

55 Isti stav zauzima i Zupančić, vidi: Zupančić, B. M., op. cit., str. 174.

56 Carić, S./2012/, Iskustva Republike Srbije u vezi sa kršenjem ljudskih prava u krivičnim sudskim predmetima koji su razmatrani od strane Evropskog suda za ljudska prava, Crimen, n. 2, str. 223.

57 Testa v. Croatia, No.20877/04; Maresti v. Croatia, No.55759/07; Tomasović v. Croatia, No.53785/09; Marguš v. Croatia, No.4455/10.

delom se detaljnije određuje biće krivičnog dela. Tipičan slučaj je krivično delo Ugrožavanje javnog saobraćaja iz člana 289. Krivičnog zakonika. Međutim, na sreću, čini se da u praksi sudova ne postoje slučajevi u kojima su istovremeno pokrenuti i prekršajni i krivični postupci protiv jednog lica, a povodom istog događaja. Razlog navedenom pre svega leži u činjenici da policijski službenici saobraćajne policije koji podnose krivične prijave vrlo jasno razlikuju krivično delo od prekršaja. Ipak, iako po pitanju krivičnog dela Ugrožavanje javnog saobraćaja ne preti opasnost za povredu načela, ne možemo da zaključimo da se ta opasnost ne javlja kod nekih drugih krivičnih dela, kao na primer Zagađenje životne sredine iz člana 260. Krivičnog zakonika i sl. Već smo navodili nekoliko primera iz prakse ECtHR u kojima je odlučivano upravo po pitanjima blanketnih krivičnih dela.

Drugo „preklapanje“ krivičnog i drugog kažnjivog dela može da nastane u situaciji kada je zakonski opis krivičnog dela u najvećem delu identičan opisu drugog kažnjivog dela. U našem zakonodavstvu to može biti slučaj sa krivičnim delom Ugrožavanje sigurnosti iz člana 138. st. 1. Krivičnog zakonika i prekršaja iz člana 6. st.2. Zakona o javnom redu i miru. Posledica navedenog može biti pokretanje krivičnog i prekršajnog postupka protiv istog lica zbog identičnog događaja sa skoro identičnim opisom dispozitiva, a različitom pravnom kvalifikacijom.

Treće „preklapanje“ odnosi se na slučaj kada je u činjeničnom opisu krivičnog dela sadržan i opis nekog drugog kažnjivog dela. Primer može da bude odnos krivičnog dela Nasilničko ponašanje iz člana 344. Krivičnog zakonika i prekršaja iz člana 6. st. 1. Zakona o javnom redu i miru, kao i krivično delo Poreska utaja iz člana 219. Krivičnog zakonika i prekršaja iz Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji. U ovom slučaju takođe preti opasnost od povrede načela vođenjem dva postupka, a dispozitiv u krivičnom postupku bi obuhvatio celokupan dispozitiv iz prekršajnog postupka. U konkretnom slučaju radi se o prividnom idealnom sticaju i to u vidu konzumpcije.

Kada je u pitanju „preklapanje“ dva kažnjiva dela, najčešće se radi o situacijama kada činjenični opis jednog kažnjivog dela obuhvata i činjenični opis drugog kažnjivog dela ili kada postoji skoro identičan opis kažnjivog dela u dva propisa. Dakle, imamo situacije prividnog idealnog sticaja i to u vidu supsidijariteta, konzumpcije i specijaliteta.

Sudeći po stavu zauzetom u odluci *Zolotukhin v. Russia*, ECtHR bi lako u svim navedenim slučajevima mogao da zaključi da se radi o identičnim činjenicama ili činjenicama koje su suštinski iste. Međutim, čini se da primena principa definisanog u slučaju *Zolotukhin v. Russia*, može dovesti do krajnjih granica već postojeću tenziju između principa pravne sigurnosti sa jedne strane i istine i pravde sa druge strane. Odluke donete primenom ovako definisanog

načela mogu sa stanovišta oštećenog lica i šire javnost delovati krajnje nepravedno, kao na primer u slučaju *Maresti v. Croatia*. U ovom slučaju podnosilac predstavke Armando Maresti je prvo prekršajno kažnjen zbog naročito drskog i nepristojnog ponašanja na javnom mestu iz člana 6. Zakona o javnom redu i miru, a u opisu prekršaja je navedeno da je na javnom mestu, pod uticajem alkohola, verbalno napao oštećenog D.R., udario ga šakom nekoliko puta u glavu i nastavio ga udarati nogama i šakama po telu. Izrečena mu je kazna zatvora u trajanju od četrdeset dana. Potom je protiv osumnjičenog Armanda Marestija pokrenut krivični postupak zbog krivičnog dela teška telesna povreda učinjenog na štetu oštećenog D.R., a povodom identičnog događaja, s obzirom da je utvrđeno da je oštećeni kritičnom prilikom zadobio teške telesne povrede. ECtHR je presudio da je Hrvatska odgovorna za kršenje A4P7. U situaciji da slučaj nije ni došao do EctHR, odnosno u slučaju da je Hrvatska postupila u skladu sa stavovima ECtHR i obustavila krivični postupak protiv okrivljenog primenom načela *ne bis in idem*, oštećeni i šira javnost bi mogli da zaključe da je Armando Maresti „amnestiran” za krivično delo nanošenja teških telesnih povreda oštećenom, a kažnjen samo za one radnje za koje je, po pravnoj kvalifikaciji, zaprećena znatno manja kazna.

Ipak, država je ta koja je krajnje odgovorna za krivični i drugi kazneni progon. Stoga, svaka država mora da pokaže visok nivo odgovornosti u načinu organizovanja organa zaduženih za krivični i drugi kazneni progon lica. Državi nije dopušteno da „ispali drugi metak“ – ukoliko je propustila šansu, njene greške treba da služe u korist okrivljenog.⁵⁸

Preventivno delovanje države treba da se ogleda u suzbijanju prakse pokretanja krivičnih i drugih postupaka koji se tiču kažnjivih dela za isti događaj, pravilnoj i blagovremenoj proceni da li se radi o krivičnom delu ili drugom kažnjivom delu, „boljoj koordinaciji rada policije i javnog tužilaštva jer upućuje na neprihvatljivost, bar u načelu, istovremenog vođenja prekršajnog i krivičnog postupka“⁵⁹. Ukoliko ipak dođe do situacije da se jednom licu povodom istog događaja dva puta sudi, potrebno je da sudovi ukažu poseban napor radi utvrđivanja da li je u odnosu na lice već vođen postupak povodom istog događaja. Dakle, ovu činjenicu sudovi treba da utvrđuju po službenoj dužnosti, jer zabrana *ne bis in idem* „predstavlja svojevrsnu sankciju za nepotpuno i nemarno istraživanje kaznenih djela od strane državnih vlasti“⁶⁰.

58 Trechsel, S., op. cit., str. 384.

59 Obradović, D. /2012/, Mogućnost istovremenog vođenja postupka pred krivičnim i prekršajnim sudom, Izbor sudske prakse, n. 4, str. 27.

60 Roxin, C., prema Krapac, D. /2010/, Kazneno procesno pravo, Zagreb, Prva knjiga, str. 278.

Ukazaćemo ne još jednu dilemu koja se može postaviti pred sudije i tužioce. Naime, imajući u vidu da je Republika Srbija prilikom ratifikacije stavila rezerve na članove 5 (1c) i 6 (1) i (3) Konvencije i to tako što navedeni članovi neće uticati na primenu Zakona o prekršajima RS⁶¹, kao i to da je teorijski gledano A4P7 sastavni deo člana 6. Konvencije, može se postaviti pitanje da li se onda A4P7 može primeniti i na odluke prekršajnih sudova koje su donete pre 01.01.2010. godine, odnosno pre primene novog Zakona o prekršajima. Smatramo da je dilema nepotrebna. Rezerve kao „formalne jednostrane izjave kojima se jedna država ograđuje od izvesnih odredaba ugovora, s tim da je taj deo ugovora uopšte ne vezuje ili tim odredbama daje ograničen smisao“⁶² imaju dejstvo samo u onom delu u kome su formalno iskazane, odnosno one moraju biti precizno formulisane i na njih se ne može primeniti ekstenzivno tumačenje putem analogije. Stoga se A4P7 ima primenjivati i na odluke sudija za prekršaje do 01.01.2010. godine, kada prekršajni sudovi nisu bili deo sudske vlasti, jer su tadašnji prekršajni sudovi u svemu ispunjavali kriterijume autonomnog pojma tribunala.

5.2. Poseban osvrt na relevantne odredbe nacionalnog zakonodavstva

Ukazaćemo na odredbe nacionalnog zakonodavstva koje su relevantne za opisane slučajeve, kao i na njihovu međusobnu neusaglašenost.

Postoji očigledna neusaglašenost načela *ne bis in idem* u Ustavu i Zakoniku o krivičnom postupku. član 34. st. 4. Ustava⁶³ načelo *ne bis in idem* definiše šire od člana 6. „starog“ Zakonika o krivičnom postupku i člana 4. „novog“ Zakonika o krivičnom postupku. Tako, Ustav izričito navodi da se načelo ima primenjivati ne samo na krivične postupke, već i na postupke za druga kažnjiva dela. Teorijski gledano, Ustavno načelo *ne bis in idem* može da se tumači i šire od A4P7, jer kažnjivo delo u smislu nacionalnog zakonodavstva je širi pojam od autonomnog pojma krivične optužbe na koji se primenjuje Engel test. Dakle, neki prekršaj u domaćem zakonodavstvu, možda ne bi zadovoljio uslove Engel testa, pa se stoga na njega ne bi mogao primeniti A4P7, ali bi se svakako na njega morao primeniti član 34. st. 4. Ustava.

61 Zakon o prekršajima, Sl. gl. 55/2004, koji se primenjivao do 01.01.2010. godine.

62 Kreća, M. /2010/, Međunarodno javno pravo, Beograd, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, str. 432.

63 „Niko ne može biti gonjen ili kažnjen za krivično delo za koje je pravnosnažnom presudom oslobođen ili osuđen ili za koje je optužba pravnosnažno odbijena ili je postupak pravnosnažno obustavljen, niti sudska odluka može biti izmenjena na štetu okrivljenog u postupku po vanrednom pravnom leku. Istim zabranama podleže vođenje postupka za neko drugo kažnjivo delo.“ Ustav Republike Srbije, Sl. gl. 98/2006.

Imajući u vidu ovakvo ustavno rešenje, kao i shvatanje pojma *idem* u presudi *Zolotukhin v. Russia* koja ima precedentnu snagu, čini se opravdanim postaviti pitanje ustavnosti člana 63. st. 3. Krivičnog zakonika⁶⁴. Nesporno je da je ECtHR u presudi *Oliveira v. Switzerland* 1998. godine primenu principa „uračunavanja kazne“ smatrao dozvoljenim, međutim, nijedna kasnija presuda nije potvrdila ovaj stav, naprotiv, što je i naročito apostrofirano u presudi *Zolotukhin v. Russia*.⁶⁵

Možemo konstatovati da je zakonodavac relativno blagovremeno reagovao na izazove koje je postavio ECtHR u primeni A4P7 izmenom Zakona o prekršajima.

Rešenje iz „starog“ Zakona o prekršajima⁶⁶ pokazalo se efikasnim u dovoljnoj meri da može da odgovori na postavljeni izazov u prvom trenutku. Članom 213. bila je propisana mogućnost prekida prekršajnog postupka u slučaju kada je povodom istog događaja pokrenut krivični postupak⁶⁷. Dakle, prekršajni sudovi su bili ovlašćeni da prekinu prekršajni postupak ukoliko imaju saznanja da je povodom istog činjeničnog stanja pokrenut krivični postupak, što je trebalo da doprinese sprečavanju kumulativnog i konsekutivnog vođenja postupaka, a time i sprečavanju pojave dvostrukog kažnjavanja. Ipak, čini se da član 8. st. 2.⁶⁸ kojim je bilo propisano načelo *ne bis in idem* u prekršajnom postupku, zaslužuje kritiku. Naime, njime je bilo propisano da se neće kazniti lice koje je u krivičnom postupku ili postupku za privredni prestup pravnosnažno oglašeno krivim za delo koji ima i obeležja prekršaja. Zakon je zabranjivao samo ponovno kažnjavanje, ali ne i ponovno vođenje prekršajnog postupka. Dakle, teorijski, bilo je dozvoljeno ponovno vođenje prekršajnog postupka u slučaju kada je lice prethodno, povodom istog događaja pravnosnažno osuđeno u krivičnom postupku, ali nije bilo dozvoljeno da to lice bude ponovo kažnjeno.

64 „Zatvor ili novčana kazna koju je osuđeni izdržao, odnosno platio za prekršaj ili privredni prestup, kao i kazna ili disciplinska mera lišenja slobode koju je izdržao zbog povrede vojne discipline uračunava se u kaznu izrečenu za krivično delo čija obeležja obuhvataju i obeležja prekršaja, privrednog prestupa, odnosno povrede vojne discipline“.

65 Prema Ivčević Karas, E., Kos, D./2012/, Primjena načela ne bis in idem u hrvatskom kaznenom pravu, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, n. 2, str. 559, novi Kazneni zakon Republike Hrvatske iz 2011. godine više ne sadrži odredbu o obaveznom uračunavanju kazne izrečene u prekršajnom postupku.

66 „Sl. g. RS“, br. 010/2005, 116/2008, 111/2009.

67 „Sudija, odnosno službeno lice koji u organu uprave vodi prekršajni postupak, rešenjem će obustaviti postupak:... ako je za isto delo protiv okrivljenog pokrenut krivični postupak, kada prekid traje do donošenja pravnosnažne odluke u krivičnom postupku“.

68 „Neće se kazniti za prekršaj lice koji je u krivičnom postupku ili postupku za privredni prestup pravnosnažno oglašeno krivim za delo koji ima i obeležja prekršaja“.

Smatramo da član 8. Zakona o prekršajima nije bio u skladu sa A4P7, niti sa ustavnim načelom *ne bis in idem*, niti je bio usklađen sa članom 6. „starog“ Zakonika o krivičnom postupku i članom 4. „novog“ Zakonika o krivičnom postupku.

„Novi“ Zakon o prekršajima⁶⁹ pruža drugačije rešenje. Članom 8. st. 3. propisano je da se ne može pokrenuti prekršajni postupak protiv učinioca koji je u krivičnom postupku pravnosnažno oglašen krivim za krivično delo koje obuhvata i obeležja prekršaja, a ukoliko je prekršajni postupak pokrenut ili je u toku, propisano je da se taj postupak ne može nastaviti i dovršiti. Stavom 4. na identičan način je propisano postupanje suda u slučaju kada je učinilac prekršaja pravnosnažno oglašen odgovornim za privredni prestup koji obuhvata i obeležja prekršaja. Radi lakše i blagovremene identifikacije postojanja istovremenog krivičnog i prekršajnog postupka, a u cilju sprečavanja kumulativnog i konsektivnog vođenja postupaka, članom 181. Zakona je propisano da sadržina zahteva za pokretanje prekršajnog postupka, između ostalog, obuhvata i podatak o tome da li je pokrenut krivični postupak ili postupak za privredni prestup za delo koje obuhvata obeležja prekršaja koji je predmet zahteva. Ukoliko sud, iz zahteva za pokretanje prekršajnog postupka ili na drugi način, sazna za istovremeno vođenje krivičnog ili postupka za privredni prestup, shodno članu 183. Zakona spise predmeta dostavlja sudu na dalje postupanje. Ukoliko, pak sud utvrdi da je okrivljeni u krivičnom postupku ili u postupku po privrednom prestupu pravnosnažno oslobođen ili oglašen krivim za istovetan događaj koji obuhvata i obeležje prekršaja, na osnovu člana 248. Zakona, sud postupak okončava rešenjem o obustavi. Kao pravni osnov za ponavljanje postupka, kao vanredni pravni lek, Zakon u članu 280. navodi i slučaj kada se utvrdi da je lice koje je kažnjeno za prekršaj, za istu radnju već jednom kažnjeno za prekršaj, privredni prestup ili krivično delo.

Zakonodavac je navedenim odredbama „novog“ Zakona o prekršajima imao ambiciju sveobuhvatnog rešenja problema. Ipak, navedena rešenja u dobroj meri zaslužuju kritiku.

Prvo, odredbe su u priličnoj meri neusaglašene po pitanju kriterijuma za određivanje istovetnosti – *idem*. Tako, u članu 8. prilikom određivanja kriterijuma za *idem* zakonodavac se opredeljuje za pravnu normu – „krivično delo koje obuhvata i obeležja prekršaja“. U članu 183. kao kriterijum za *idem* postavlja činjenično stanje – „povodom istog događaja pokrenut krivični postupak“, a u članu 248, kao kriterijum za *idem*, postavlja misaonu konstrukciju nastalu podvođenjem činjeničnog stanja pod pravnu normu – „istovetan događaj koji obuhvata i obeležje prekršaja“.

69 „Službeni glasnik RS“, br. 65/2013.

Drugo, članom 8. propisano je da se prekršajni postupak ne može pokrenuti protiv učinioca koji je pravnosnažno oglašen krivim za krivično delo koje obuhvata i obeležja prekršaja. Navedena odredba predstavlja načelo *ne bis in idem*. Međutim, ova odredba je u potpunoj nesaglasnosti sa širokim garancijama koje daje Ustav u članu 34. st. 4. koji propisuje da niko ne može biti gonjen ili kažnjen za krivično delo za koje je pravnosnažnom presudom oslobođen ili osuđen ili za koje je optužba pravnosnažno odbijena ili je postupak pravnosnažno obustavljen i da istim zabranama podleže vođenje postupka za neko drugo kažnjivo delo. Dakle, navedena odredba je trebalo da obuhvati i situacije kada je lice pravnosnažno oslobođeno ili kada je postupak pravnosnažno obustavljen, odnosno optužba pravnosnažno odbijena. Navedena odredba nije u skladu ni sa A4P7 koji se može primeniti ako je okrivljeni pravnosnažno *oslobođen* ili osuđen. Shodno ovoj odredbi, moguća je situacija da prekršajni sud sudi licu za prekršaj, iako je u krivičnom postupku, koji ispunjava uslove kriterijuma identiteta – *idem*, lice pravnosnažno oslobođeno. Slična zamerka može se izreći i u odnosu na član 248. Zakona kojim je propisano da će sud obustaviti postupak kada utvrdi da je okrivljeni u krivičnom postupku pravnosnažno oslobođen ili oglašen krivim za istovetni događaj. Dakle, iako zakonodavac u članu 248., kao osnov, navodi i oslobađajuću presudu, ipak, ovaj član nije u skladu sa Ustavom, s obzirom da ne predviđa sve garancije date članom 34. st. 4.

Treće, članom 183. propisano je da će prekršajni sud spis predmeta dostaviti nadležnom sudu na dalje postupanje, ukoliko utvrdi da je povodom istog događaja pokrenut krivični postupak. Ostaje nejasno kako će prekršajni sud da postupi u situaciji kada utvrdi da postoji krivično gonjenje u odnosu na koje su ispunjeni uslovi kriterijuma identiteta – *idem*, a još uvek nije započet krivični postupak ili on neće ni biti započet jer je tužilaštvo, na primer, donelo rešenje o odbačaju krivične prijave primenom odlaganja krivičnog gonjenja. Ispravno rešenje bi bilo da prekršajni sud ima obavezu da prekine postupak, ukoliko sazna za postojanje krivičnog gonjenja koje ispunjava uslove kriterijuma identiteta – *idem*. Takođe, smatramo da je trebalo propisati, da prekršajni sud, po principu *jura novit curia*, nakon ocene da postoje zakonska obeležja krivičnog dela ima pravo da prekine postupak i spis predmeta dostavi na nadležnost javnom tužiocu koji bi doneo odluku o eventualnom krivičnom gonjenju.

6. Zaključna razmatranja

Ključni problem u primeni načela *ne bis in idem* leži u pojmu *idem*, odnosno u pitanju da li se pojam *isto* odnosi na činjenice ili na pravo. ECtHR se presudom *Zolotukhin v. Russia* jasno opredelio za činjenice. Na ovaj način

ECtHR je pravnu sigurnost postavio kao najvišu vrednost. Međutim, očigledno je da je ECtHR na umu imao predstavu pravne sigurnost iz percepcije građanina – pravnog laika koji ne poznaje apstraktne pravne konstrukcije, već spoznaju prava konstruiše isključivo na osnovu činjenica i osećaja za pravdu. Kako logika ECtHR pogoduje samo okrivljenom, odnosno samo njemu donosi predvidljivost i izvesnost, u konačnom ishodu, ovakva pravna logika može za posledicu da ima osećaj nepravde. Međutim, ono što treba imati u vidu jeste činjenica da se događaji koji su prethodili primeni načela i osećaju nepravde - kao njene refleksije, nisu desili sami od sebe i da država nije bila nemoćni posmatrač radnji koje su dovele do primene načela. Upravo suprotno, primena načela *ne bis in idem* je posledica prethodnog nepravilnog postupanja države. Država ima pravo da „ispali samo jedan metak“⁷⁰, svaki drugi pokušaj nije dopušten. Dakle, država nema pravo na grešku. Ukoliko problem shvatimo na ovaj način, možemo da zaključimo da je srećna okolnost to što je problem rešiv i leži u preduzimanju aktivnih radnji kojima bi država sprečila kumulativno i konsekutivno vođenje krivičnih i prekršajnih postupaka.

Presuda *Maresti v. Croatia* izazvala je buru reakcija u našoj stručnoj javnosti. Sudije i javni tužioci su u početku bili zbunjeni i podozrivi prema stavu ECtHR koji je bio u suprotnosti sa njihovom dugogodišnjom praksom. Nakon prve reakcije, vrlo brzo se, nažalost, klatno sudske i tužilačke prakse okrenulo u suprotnom pravcu. Naime, sudovi i javna tužilaštva su počeli da primenjuju načelo *ne bis in idem* i A4P7 „po automatizmu“, bez analitičnosti u pristupu, pa su tako neretki slučajevi u praksi da su odluke sudija i javnih tužilaca zasnovane na pogrešnom razumevanju, pa samim tim i pogrešnoj primeni ovog načela.

Kako bi predupredili problem, prevashodni zadatak države bi bio da izvrši precizno razgraničenje krivičnih dela i prekršaja i precizno razgraničenje ovlašćenja državnih organa. Međutim, imajući u vidu konceptualnu razliku u shvatanjima načela *ne bis in idem* u dosadašnjoj praksi naših sudova i praksi ECtHR, pre svega, neophodno je aktivno i blagovremeno upoznavanje sudija i javnih tužilaca sa praksom ECtHR radi pravilne primene Konvencije.

7. Literatura

- van Bockel W. B. /2009/, *The ne bis in idem principle in EU law. A conceptual and jurisprudential analysis*, Leiden, <https://openaccess.leidenuniv.nl/handle/1887/13844>, 15. februar 2013. godine.

70 Trechsel, S., op. cit., str. 384.

- Carić S. /2012/, Iskustva Republike Srbije u vezi sa kršenjem ljudskih prava u krivičnim sudskim predmetima koji su razmatrani od strane Evropskog suda za ljudska prava, Crimen, n. 2, str. 223-233.
- Faso G. /2007/, Istorija filozofije prava, Podgorica, CID.
- Ivčević Karas, E., Povodom presude Evropskog suda za ljudska prava u predmetu Maresti v. Hrvatske – analiza mogućeg utjecaja na reformu prekršajnog prava u Republici Hrvatskoj, http://www.pravo.unizg.hr/_download/repository/Zbornik_sa_specijalistickog_savjetovanja.pdf 15. februar 2013. godine.
- Ivčević Karas, E., Kos, D. /2012/, Primjena načela ne bis in idem u hrvatskom kaznenom pravu, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, n. 2, str. 555-585.
- Ilić, G. i dr. /2008/, Javnotužilački priručnik, Beograd, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije.
- Krapac, D. /2010/, Kazneno procesno pravo, Prva knjiga, Zagreb.
- Kreća, M. /2010/, Međunarodno javno pravo, Beograd, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Knežević, S. /2007 /, Zabrana dvostruke ugroženosti i ljudska prava okrivljenog, Pravni život, n. 9, str. 757-768.
- 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, Strasbourg, Council of Europe.
- Mekbrajd, Dž. /2009/, Ljudska prava u krivičnom postupku. Praksa Evropskog suda za ljudska prava, Beograd, Savet Evrope, Kancelarija u Beogradu.
- Novosel, D., Rašo, M., Burić, Z. /2010/, Razgraničenje kaznenih djela i prekršaja u svjetlu presude Evropskog suda za ljudska prava u predmetu Maresti protiv Hrvatske, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, n. 2, <http://hrcak.srce.hr/index.php?show=clanak&id>, 15. februar 2013. godine.
- Obradović, D. /2012/, Mogućnost istovremenog vođenja postupka pred krivičnim i prekršajnim sudom, Izbor sudske prakse, n. 4, str. 27-29.
- Popović, D. /2012/, Evropsko pravo ljudskih prava, Beograd, „Službeni glasnik“.
- Rid, K. /2007/, Evropska konvencija o ljudskim pravima. Vodič za praktičare, Beograd, Beogradski centar za ljudska prava.
- Škulić, M. /2007/, Ne bis in idem, Hrvatska i Tribunal, Politika, 09.10.2007. godine, <http://www.politika.rs/pogledi/Milan> 10. februar 2013. godine.
- Trechsel, S. /2005/, Human Rights in Criminal Proceedings, New York, Oxford University Press.
- Zupančić, B. M. /2011/, Ne bis in idem (zabrana ponovnog suđenja za isto delo) la belle dame sans merci, Crimen, n. 1, str. 171-181.

8. CASE LAW

- Maresti v. Croatia, No.55759/07 od 25.06.2009. godine,
<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search>, 10.03.2013. godine
- Baragiola v. Switzerland, No.17626/90 od 21.10.1993. godine,
<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search>, 10.03.2013. godine
- Knut Haarving v. Norway No.1187/05 od 11.12.2007. godine,
<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search>, 10.03.2013. godine
- Nikitin v. Russia, No.50178/99 od 20.07.2004. godine,
<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search>, 10.03.2013. godine
- Engel and Others v. Netherlands, No.5100/71 od 08.06.1976. godine,
<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search>, 10.03.2013. godine
- Gradinger v. Austria, No.15963/90 od 23.10.1995. godine,
<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search>, 10.03.2013. godine
- Oliveira v. Switzerland, No.84/1997/868/1080 od 30.07.1998.
<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search>, 10.03.2013. godine
- Fischer v. Austria, No.37950/97 od 29.05.2001. godine,
<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search>, 10.03.2013. godine
- Zolotukhin v. Russia No.14939/03 od 10.02.2009. godine,
<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search>, 10.03.2013. godine
- Testa v. Croatia, No.20877/04 od 12.07.2007. godine,
<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search>, 10.03.2013. godine
- Tomasović v. Croatia, No.53785/09 od 18.10.2011. godine,
<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search>, 10.03.2013. godine
- Marguš v. Croatia, No.4455/10 od 13.11.2012. godine,
<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search>, 10.03.2013. godine

Svetlana Nenadić,

*NE BIS IN IDEM PRINCIPLE IN EUROPEAN CONVENTION ON
HUMAN RIGHTS AND IMPLEMENTATION OF THE PRINCIPLE
IN JURISPRUDENCE OF EUROPEAN COURT
OF HUMAN RIGHTS*

The subject of analysis is legal aspect of the violation Ne bis in idem principle in Article 4 Protocol 7 European Convention on Human Rights. Specifically, the work deals with the nature, origin, purpose, importance and the definition of the principle in domestic and international law, as well as the structure, conceptual analysis and scope of Ne bis in idem principle in Article 4 Protocol 7, and critical review of jurisprudence of the European Court of Human Rights. Also, this article explores possible difficulties in the application of Article 4 Protocol 7 by Serbian judiciary, foreseeing situation in which violation of the rights is possible, and gives a brief critical review of the relevant regulations pertaining to the application of the principle in the Republic of Serbia.

Key words: *Ne bis in idem; Article 4 Protocol 7. European Convention on Human rights; European Court of human rights; Zolotukhin v. Russia case; Maresti v. Croatia case;*