

NAČELO *NE BIS IN IDEM* U PRAKSI EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA²

Apstrakt

U radu je analizirana praksa Evropskog suda za ljudska prava koja se odnosi na primenu čl. 4, st. 1. Protokola broj 7 uz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima. To je podrazumevalo razmatranje pitanja koja se odnose na „krivičnu“ prirodu postupaka, problem ponavljanja postupaka (bis) i postojanje istog dela (idem). Autor je razmotrio brojne predmete u kojima je Evropski sud za ljudska prava potvrđivao, unapređivao ili napuštao svoju praksu u vezi s primenom načela ne bis in idem. Uprkos prigovorima koji se mogu uputiti zbog povremene nedoslednosti u postupanju, van svake sumnje je da postupanje Evropskog suda za ljudska prava ima za cilj unapređenje jemstva koje sadrži čl. 4, st. 1. Protokola broj 7 uz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima. Taj utisak ne umanjuje ni određena protivurečnost kriterijuma koji su izneti u presudama Sergey Zolotukhin protiv Rusije i A. i B. protiv Norveške. Imajući u vidu vrstu predmeta u kojima je došao do izražaja kriterijum „dovoljno tesne sadržinske i vremenske povezanosti“ otvoreno je pitanje kada će i u kojoj oblasti Evropski sud za ljudska prava oceniti da je paralelno vođenje dva postupka u saglasnosti s načelom ne bis in idem.

Ključne reči: načelo, *ne bis in idem*, Evropski sud za ljudska prava, „krivični“ postupak, ponavljanje postupka (*bis*), isto delo (*idem*), uzastopni postupci, paralelni postupci.

1. Uvodne napomene

Načelo *ne bis in idem* je u sistem evropske zaštite ljudskih prava uvedeno 22. novembra 1984. godine donošenjem Protokola broj 7 uz Evropsku

¹ Redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: gilic@ius.bg.ac.rs.

² Članak je napisan u okviru strateškog projekta Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu pod nazivom: „Identitetski preobražaj Srbije“ za 2017. godinu.

konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.³ Reč je o čl. 4. Protokola broj 7 koji u stavu 1. propisuje da se nikome ne može ponovo suditi niti se može ponovo kazniti u krivičnom postupku u nadležnosti iste države za delo zbog koga je već bio pravosnažno oslobođen ili osuđen u skladu sa zakonom i krivičnim postupkom te države. Značenje i domašaj citirane odredba će u ovom radu biti detaljno analizirani, dok će biti samo pomenuto da je u članu 4, st. 2. Protokola broj 7 sadržan izuzetak od načela *ne bis in idem*. U pitanju je mogućnost ponovnog otvaranja postupka u skladu sa zakonom i krivičnim postupkom date države, ako postoje dokazi o novim ili novootkrivenim činjenicama, ili ako je u ranijem postupku došlo do bitne povrede koja je mogla da utiče na njegov ishod (čl. 4, st. 2. Protokola broj 7 uz EKLJP).⁴ Inače, odredba čl. 4. Protokola broj 7 uz EKLJP spada u „tvrdog jezgro“ ljudskih prava, što znači da se ne može primenom čl. 15, st. 1. EKLJP staviti van snage u doba rata ili druge javne opasnosti koja preči opstanku nacije (čl. 4, st. 3. Protokola broj 7 uz EKLJP).⁵

Prilikom analize čl. 4, st. 1. Protokola broj 7 uz EKLJP neophodno je razmotriti sledeća pitanja u vezi s mogućnošću primene načela *ne bis in idem*:⁶

1. da li su postupci po svojoj prirodi „krivični“,
2. da li je reč o ponavljanju postupaka (*bis*), i
3. da li se postupci odnose na isto delo (*idem*).

Pre detaljnijeg sagledavanja uslova za primenu načela *ne bis in idem*, treba istaći da se odredba čl. 4, st. 1. Protokola broj 7 uz EKLJP odnosi na krivični postupak u *nadležnosti iste države*. Navedenom formulacijom je prema stanovištu Evropske komisije za ljudska prava izraženom u predmetu *Gestra*

³ Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda sa dodatnim protokolima, sa izmenama i dopunama – EKLJP, *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori* 9/03, 5/05 i 7/05-ispavka i *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 12/10 i 10/15.

⁴ S. Trechsel (With the assistance of S. J. Summers), *Human Rights in Criminal Proceedings*, Academy of European Law European University Institute, Oxford University Press, Oxford 2005, 400-402; D. Harris (et al.), *Law of the European Convention on Human Rights*, Second edition, Oxford University Press, Oxford 2009, 754; J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'homme Traité de droit européen des des droits de l'homme*, L.G.D.J., Paris 2012², 586; J. Omejec, *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava strazburški acquis*, Novi informator d.o.o., Zagreb 2013, 1234.

⁵ Pored ovih, nedodirivih prava koja se primenjuju na svako lice, u svim okolnostima i na svim mestima i ne mogu da budu predmet ograničenja ili derogiranja, postoje i uslovna prava koja uživaju relativnu zaštitu, i posredna prava koja se mogu isticati samo u vezi sa nekim drugim pravom. V. F. Sudre, „La dimension internationale et européenne des libertés et droits fondamentaux“, *Libertés et droits fondamentaux* (sous la direction de R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, Th. Revet), Dalloz, Paris, 2003⁹, 38, 39, 40.

⁶ Upared. European Court of Human Rights, *Guide on Article 4 of Protocol N° 7 to the European Convention on Human Rights Right not to be tried or punished twice*, Updated on 31 August 2017, 5, http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_4_Protocol_7_ENG.pdf, 10. 11. 2017.

*protiv Italije*⁷ delovanje načela *ne bis in idem* ograničeno na nacionalni nivo. Ovaj stav je prihvatio i Evropski sud za ljudska prava, a to ima za posledicu odbacivanje predstavki u kojima se ističe argument o nadnacionalnom karakteru dvostrukog suđenja ili kažnjavanja.⁸ Tako je u predmetu *Böheim protiv Italije*⁹ odbačena predstavka jer su gonjenja protiv podnosioca pokrenuta od strane nadležnih organa dve različite države, tj. Italije i Nemačke. Na isti način je Sud postupio i u predmetu *Trabelsi protiv Belgije*,¹⁰ pri čemu se slučaj odnosio na ekstradiciju Tunišanina iz Belgije u Sjedinjene Američke Države gde mu je pretila osuda na kaznu doživotnog zatvora.¹¹

Određene nedoumice bi mogle da nastanu i usled formulacije o nemogućnosti *ponovnog suđenja* niti *ponovnog kažnjavanja* u krivičnom postupku. Isključivši mogućnost ponovnog suđenja (*nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*) i ponovnog kažnjavanja za isto delo (*nemo debet bis puniri pro uno delicto*), redaktori čl. 4, st. 1. Protokola broj 7 uz EKLJP su objedinili dva različita pristupa u primeni načela *ne bis in idem*. U okviru prvog se pravilo *ne dvaput o istom* vezuje za nemogućnost ponovnog suđenja ako je povodom iste krivične stvari već pravnosnažno okončan postupak, bez obzira na to da li je u njemu izrečena kazna. Uslov *sine qua non* za primenu načela *ne bis in idem* u skladu s drugim pristupom jeste da je predhodni postupak završen pravnosnažnom osudom i izricanjem kazne. Štaviše, Evropski sud za ljudska prava je u predmetu *Nikitin protiv Rusije*¹² u potpunosti zaokružio zaštitu koju pruža načelo *ne bis in idem* pojasnivši da je reč o jemstvu koje isključuje mogućnost ponovnog gonjenja za isto delo.¹³

2. „Krivična“ priroda postupaka

Iako u Izveštaju sa objašnjenjima za Protokol broj 7 uz EKLJP izričito stoji da se čl. 4. Protokola primenjuje samo na lice kome je suđeno u krivičnom postupku,¹⁴ Veliko veće Evropskog suda za ljudska prava je u predmetu *A. i B. protiv Norveške*¹⁵ pojasnilo ovaj pristup. Načelo *ne bis in idem* se odnosi prvenstveno na proceduralnu pravičnost koja je predmet čl.

⁷ *Gestra v. Italy*, 21072/92, 16. 1. 1995.

⁸ *Armollahi v. Denmark*, 56811/00, 28. 6. 2001; *Manoussos v. the Czech Republic and Germany*, 46468/99, 9. 7. 2002.

⁹ *Böheim v. Italy*, 35666/05, 22. 5. 2007.

¹⁰ *Trabelsi v. Belgium*, 140/10, 4. 9. 2014, §§ 164-166.

¹¹ U ovom predmetu je Evropski sud za ljudska prava utvrdio povredu čl. 3. i 34. EKLJP.

¹² *Nikitin v. Russia*, 50178/99, 20. 7. 2004, § 36.

¹³ Upor. S. Trechsel, 391.

¹⁴ Conseil de l'Europe, Série des traités européens - n° 117, *Rapport explicatif au Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, Strasbourg, 22. 11. 1984, § 32, <https://rm.coe.int/16800c972b>, 10. 11. 2017.

¹⁵ *A. and B. v. Norway*, 24130/11 and 29758/11, 15. 11. 2016, § 107.

6. EKLJP, dok je, u poređenju s čl. 7. EKLJP,¹⁶ manje vezano za materijalno krivično pravo. U nastojanju da obezbedi ujednačeno tumačenje EKLJP kao celine, Evropski sud za ljudska prava smatra da se primena načela *ne bis in idem* ima ocenjivati u skladu s kriterijumima određenim u predmetu *Engel*.

Evropski sud je u predmetu *Engel i drugi protiv Holandije*¹⁷ postavio sledeće kriterijume uz pomoć kojih se utvrđuje da li određeno delo ima krivični karakter:

1. kvalifikacija dela u unutrašnjem pravu,
2. priroda dela, i
3. strogost propisane sankcije.

U slučaju da se uz pomoć prvog kriterijuma utvrdi da je delo kvalifikovano kao krivično, nema potrebe za uvođenjem nekog od preostalih kriterijuma. Međutim, ako delo u unutrašnjem pravu nije predviđeno kao krivično, konkretno delo se može smatrati takvim pod uslovom da se po svojoj prirodi ili prirodi i stepenu strogosti propisane sankcije može svrstati u krivičnu oblast u smislu Evropske konvencije o ljudskim pravima. Iako su drugi i treći kriterijum alternativno postavljeni,¹⁸ nije isključena mogućnost njihove kumulativne primene prilikom ocene da li je reč o krivičnom delu. Do toga će doći u slučaju kada analiza uz pomoć jednog od navedenih kriterijuma ne može da dovede do jasnog zaključka o postojanju krivičnih obeležja određenog dela.¹⁹

Priroda dela predstavlja najvažniji kriterijum prilikom ocene da li je reč o delu koje ima krivični karakter.²⁰ Tom prilikom se vodi računa o nekoliko faktora, a prvi se odnosi na stepen opštosti norme tj. na pitanje da li je delo usmereno prema neodređenom broju lica ili se odnosi na grupu lica koja imaju određeni status. U strazburškoj praksi se pored opštosti pravne norme koja propisuje određeno delo zaključak o njegovoj prirodi donosi i na osnovu specifičnosti postupka koji se u vezi s njim vodi. Tom prilikom se, kao u predmetu *Benham protiv Ujedinjenog Kraljevstva*,²¹ ispituje da li je postupak pokrenula javna vlast na osnovu zakonskih ovlašćenja za

¹⁶ O čl. 7. EKLJP v. G. P. Ilić, „Član 7. Kažnjavanje samo na osnovu zakona“, *Komentar Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda* (ur. D. Popović, T. Marinković, M. Radojević), Službeni glasnik, Beograd 2017, 144-155.

¹⁷ *Engel and Others v. the Netherlands*, 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 8. 6. 1976, §§ 82, 83.

¹⁸ *Putz v. Austria*, 18892/91, 22. 2. 1996, § 31.

¹⁹ *Bendenoun v. France*, 12547/86, 24. 2. 1994, § 47.

²⁰ *Ezeh and Connors v. the United Kingdom*, 39665/98 and 40086/98, 9. 10. 2003, § 91; *Jussila v. Finland*, 73053/01, 23. 11. 2006, § 38.

²¹ *Benham v. the United Kingdom*, 19380/92, 10. 6. 1996, § 56.

izvršenje, kao i da li je utvrđivanje krivice određenog lica uslov *sine qua non* za izricanju kazne.

Priroda dela se utvrđuje i analizom da li je svrha pravne norme kažnjavanje ili odvracanje od ponovnog vršenja dela. Čest je slučaj da je svrha određene mere istovremeno odvracajućeg i kaznenog karaktera, pa je u zavisnosti od okolnosti konkretnog slučaja potrebno oceniti koji je od pomenutih aspekata pretežniji. Prilikom ocene prirode dela uzima se u obzir i način na koji su slični postupci razvrstani u ostalim državama članicama Saveta Evrope.²²

Strogost propisane sankcije predstavlja treći kriterijum pomoću kojeg se utvrđuje da li određeno delo može da bude smatrano krivičnim, a to se čini analizom vrste i visine propisane sankcije. Može se reći da sankcija koja se sastoji u lišenju slobode čini po pravilu određeno delo krivičnim. Okolnost da za određeno delo nije predviđena kazna zatvora ne isključuje mogućnost da delo bude ocenjeno kao krivično.²³ Drugim rečima, novčana kazna može određenom delu da prida krivično „ruho“, pri čemu se vodi računa o njenoj prirodi, propisanom maksimumu, posledicama plaćanja i mogućnosti njenog pretvaranja u kaznu zatvora.

Do primene kriterijuma strogosti sankcije može da dođe pre svega kada je neophodno primeniti kumulativni pristup.²⁴ Kriterijum strogosti propisane sankcije se može upotrebiti i kao alternativno i konačno merilo na osnovu koga će se utvrditi da li je određeno delo krivično.²⁵

3. Ponavljanje „krivičnih“ postupaka (*bis*) 3. 1. Pojam „konačne“ odluke

Pojam *bis* kao uslov za primenu prava iz čl. 4, st. 1. Protokola broj 7 uz EKLJP odnosi se pre svega na vrstu, donosioca i svojstvo odluke kojom je okončan postupak. Kada je reč o vrsti odluke pominje se oslobođenje ili osuda, što se može razumeti kao oslobađajuća ili osuđujuća presuda. S obzirom da je reč o meritornim odlukama kojima se rešava krivična stvar, odluka javnog

²² Ovo merilo je postavljeno u predmetu *Eztürk protiv Nemačke (Öztürk v. Germany, 8544/79, 21. 2. 1984, § 53)* u kojem se postavilo pitanje prirode saobraćajnih prekršaja.

²³ *Nicoleta Gheorghe v. Romania, 23470/05, 3. 4. 2012 § 26.*

²⁴ U predmetu *Ezeh i Konors protiv Ujedinjenog Kraljevstva (Ezeh and Connors v. the United Kingdom, §§ 86, 106, 129, 130)* utvrđeno je da priroda dela ima određene specifičnosti koje ga razlikuju od disciplinske stvari, pa je analizom propisanih i izrečenih kazni izveden zaključak da se povreda zatvorskih pravila može okarakterisati kao krivično delo.

²⁵ Primer za to je predmet *Engel i drugi protiv Holandije (Engel and Others v. the Netherlands, § 85)* u kojem je krivični karakter dela izveden iz činjenice da je optuženom izrečeno upućivanje u disciplinsku jedinicu u trajanju od tri do četiri meseca. Detaljnije o primerima u kojima je u praksi Evropskog suda za ljudska prava iskrsavalo pitanje „krivične“ prirode postupaka v. *European Court of Human Rights, Guide on Article 4 of Protocol N° 7 to the European Convention on Human Rights Right not to be tried or punished twice, 7-10.*

tužioca da ne pokrene krivično gonjenje ne smatra se „konačnom“ odlukom,²⁶ a to važi i za odustanak javnog tužioca od gonjenja, tako da nema mesta primeni čl. 4, st. 1. Protokola broj 7 uz EKLJP.²⁷ Ni odluka javnog tužioca (koju je potvrdio sud) o privremenom upućivanju podnosioca predstavke u psihijatrijsku ustanovu radi lečenja ne dovodi do delovanja načela *ne bis in idem*, jer postupak nije okončan meritornom odlukom o krivici.²⁸ Odredba čl. 4, st. 1. Protokola broj 7 uz EKLJP se ne primenjuje ni u slučaju kada je usled amnestije krivični postupak okončan presudom kojom se odbija optužba.²⁹

U praksi Evropskog suda za ljudska prava je bilo slučajeva u kojima je okončanje postupka u smislu čl. 4, st. 1. Protokola broj 7 uz EKLJP ocenjivano u svetlu odluka *nesudskih* organa. Tako je u predmetu *Gradinger protiv Austrije*³⁰ krivičnom odlukom (*Straferkenntnis*) okružne uprave (*Bezirkshauptmannschaft*) izrečena novčana kazna (uz mogućnost zamene dvonedeljnog kaznom zatvora u slučaju neplaćanja), dok je u predmetu *Oliveira protiv Švajcarske*³¹ kaznenim nalogom (*Strafbefehl*) okružnog javnog tužioca izrečena novčana kazna. U oba slučaja je kazneni karakter izrečene sankcije predstavljao odlučujući uslov za primenu odredbe čl. 4, st. 1. Protokola broj 7 uz EKLJP.³²

Oslobađajuća ili osuđujuća presuda moraju steći svojstvo pravno-snažnosti, tj. biti *res iudicata*. U procesnoj doktrini se pravnosnažnost sudskih odluka vezuje za mogućnost ulaganja pravnih lekova, tačnije za

²⁶ *Sundqvist v. Finland*, 75602/01, 22. 11. 2005.

²⁷ *Smirnova and Smirnova v. Russia*, 46133/99 and 48183/99, 2. 10. 2002; *Harutyunyan v. Armenia*, 34334/04, 7. 12. 2006.

²⁸ *Horciag c. Roumanie*, 70982/01, 15. 3. 2005.

²⁹ Reč je o predmetu *Marguš protiv Hrvatske (Marguš v. Croatia)*, 4455/10, 27. 5. 2014, §§ 120, 123, 126, 140, 141). Iako se nije izjasnio da li pravnosnažna odbijajuća presuda deluje kao *res iudicata* u smislu čl. 4, st. 1. Protokola broj 7 uz EKLJP, Evropski sud za ljudska prava je zauzeo stav da je u slučajevima teških povreda osnovnih ljudskih prava od najvećeg značaja da postupak i osuda ne budu onemogućeni zastarelošću i primenom mera kao što su amnestija ili pomilovanje. S obzirom da je u konkretnom slučaju amnestija bila pogrešno primenjena a nova optužba se odnosila na ratne zločine protiv civilnog stanovništva, Sud je zaključio da su pravosudni organi postupali u skladu s obavezama iz čl. 2. i 3. EKLJP. Zbog toga nije bilo mesta primeni čl. 4. Protokola broj 7 uz EKLJP.

³⁰ *Gradinger v. Austria*, 15963/90, 23. 10. 1995, §§ 9, 55.

³¹ *Oliveira v. Switzerland*, 84/1997/868/1080, 30. 7. 1998, § 11.

³² S tim u vezi, može se postaviti pitanje kako bi trebalo postupiti u slučaju odustanka javnog tužioca od gonjenja nakon što je optuženi ispunio obaveze koje mu je tužilac odredio. Budući da je reč o situaciji u kojoj izostaje osuda, pitanje je da li bi ocena o kaznenom karakteru određene mere ili obaveze bila dovoljna za izvođenje zaključka o nemogućnosti gonjenja za isto delo. Za razliku od Evropskog suda za ljudska prava koji se do sada nije izjašnjavao o tome, Evropski sud pravde je dao pozitivan odgovor na ovo pitanje u predmetu *Gozutok i Brige (Hiusein Gözütok and Klaus Brügge)*, Judgement of the Court, 11 February 2003, Joint Cases C-187/01 and C-385/01, §§ 28-30). Jedan od ključnih argumenata za izvođenje takvog zaključka je da se radi o odluci organa vlasti koji prema odredbama nacionalnog prava čini deo sistema krivičnog pravosuđa.

izjavljivanje redovnih pravnih lekova.³³ Oni se podnose protiv nepravnosnažnih sudskih odluka kako bi se sprečilo nastupanje pravnosnažnosti i izvršnosti, pre nego što o njihovoj zakonitosti i pravilnosti odluči sud pravnog leka. Svojtvo pravnosnažnosti presuda stiče kada se više ne može pobijati redovnim pravnim lekom ili kada izjavljivanje redovnog pravnog leka nije dozvoljeno. Nemogućnost pobijanja presude redovnim pravnim lekom nastupa usled proteka roka za njegovo izjavljivanje ili kao posledica odricanja ili odustanka od izjavljenog pravnog leka. S druge strane, nedozvoljenost pravnog leka pretpostavlja postojanje zakonske odredbe da se presuda ne može pobijati pravnim lekom.

3. 2. Pojam novog postupka

Za razumevanje pojma *bis* neophodno je odrediti i značenje novog postupka u smislu čl. 4, st. 1. Protokola broj 7 uz EKLJP. U tom smislu je moguće razlikovati četiri kategorije slučajeva o kojima je odlučivao Evropski sud za ljudska prava. U prvu kategoriju spadaju predmeti u kojima je Sud zauzeo stanovište da postojanje mogućnosti kumulativnog izricanja više sankcija (kazne zatvora, novčane kazne i oduzimanja vozačke dozvole)³⁴ za isto delo u paralelno vođenim postupcima pred upravnim organom i krivičnim sudom ne predstavlja ponavljanje „krivičnih“ postupaka u smislu čl. 4, st. 1. Protokola broj 7 uz EKLJP.³⁵

U drugoj kategoriji predmeta³⁶ Evropski sud za ljudska prava je izneo gledište da nije isključena mogućnost vođenja paralelnih postupaka u kojima se kombinuje povećanje poreske stope u upravnom postupku sa gonjenjem, osudom i sankcijom za poresku prevaru u krivičnom postupku. Uslov *sine qua non* za to jeste ispunjenost kriterijuma „dovoljno tesne sadržinske i vremenske povezanosti“.³⁷

Treću kategoriju čine predmeti³⁸ u kojima je Evropski sud za ljudska prava, uprkos tome što su prekršajni i krivični postupak u određenom vremenskom periodu vođeni paralelno, pri čemu nije razmotrio ni kriterijum „dovoljno tesne sadržinske i vremenske povezanosti“, utvrdio povredu čl. 4, st. 1. Protokola broj 7 uz EKLJP.³⁹

³³ T. Vasiljević, *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, treće izmenjeno i dopunjeno izdanje, Savremena administracija, Beograd 1981, 681-686.

³⁴ *R.T. v. Switzerland*, 31982/96, 30. 5. 2000; *Nilsson v. Sweden*, 73661/01, 13. 12. 2005.

³⁵ *A. and B. v. Norway*, § 113.

³⁶ *Lucky Dev v. Sweden*, 7356/10, 27. 11. 2014, § 58.

³⁷ *A. and B. v. Norway*, § 114.

³⁸ *Tomasović v. Croatia*, 53785/09, 18. 10. 2011, §§ 29-32.

³⁹ *A. and B. v. Norway*, § 115.

Poslednja kategorija obuhvata slučajeve u kojima su podnosioci predstavke oslobođeni u krivičnom postupku od optužbe da su izvršili „carinsko“ krivično delo, da bi potom u prekršajnom postupku za isto ponašanje bili osuđeni na novčane kazne.⁴⁰ S obzirom da je drugi postupak vođen na osnovu istih činjenica za koje je u krivičnom postupku doneta pravnosnažna oslobađajuća presuda, utvrđena je povreda čl. 4, st. 1. Protokola broj 7 uz EKLJP.⁴¹

4. Pojam istog dela (*idem*)

Veoma sporni aspekt prava iz čl. 4, st. 1. Protokola broj 7 uz EKLJP odnosi se na tumačenje pojma delo (*idem*). Neusklađenost pravne regulative, proširenje dispozitiva sudskih odluka na elemente koji nisu sadržani u pravnoj normi i autonomni karakter pojma „krivična optužba“, predstavljaju nesumnjivo razloge koji mogu upućivati na zaključak da određeno delo istovremeno sadrži obeležja dva istovrsna ili po vrsti različita kaznena dela. To može imati za posledicu paralelno vođenje postupaka pred istim ili različitim sudovima, ali i naknadno pokretanje postupka za kazneno delo koje se „poklapa“ sa prethodno pravnosnažno presuđenim delom. Iako pojedini autori prilikom razmatranja pojma *idem* uzimaju u obzir i postojanje identiteta zaštićenog dobra, učinioca i žrtve kaznenog dela,⁴² ključno pitanje na koje treba odgovoriti svodi se na primenu činjeničnih ili pravnih kriterijuma prilikom ocene o postojanju identiteta dela.

Dosadašnja praksa Evropskog suda za ljudska prava svedoči da je bilo poprilično lutanja u vezi s merilom za ocenu da li je reč o istom delu. Najpre je u predmetu *Gradinger protiv Austrije*⁴³ naglasak stavljen na „isto ponašanje“ (*idem factum*) bez obzira na to kako je ono pravno kvalifikovano u unutrašnjem pravu. U konkretnom slučaju podnosilac predstavke je najpre osuđen za krivično delo protiv bezbednosti saobraćaja sa smrtnom posledicom, a zatim mu je u prekršajnom postupku izrečena novčana kazna zbog vožnje pod uticajem alkohola. Zaključak o povredi čl. 4, st. 1. Protokola broj 7 uz EKLJP utemeljen je na istom ponašanju podnosioca predstavke, uprkos razlici koja je postojala u nazivu, prirodi i cilju dva dela. Nakon ove odluke ostala je dilema da li čl. 4, st. 1. Protokola broj 7 uz EKLJP zabranjuje uzastopno gonjenje za isto činjenično stanje na osnovu dve različite pravne kvalifikacije ili isključuje samo identitet pravnih kvalifikacija.

⁴⁰ *Kapetianos et autres c. Grèce*, 3453/12, 42941/12 et 9028/13, 30. 4. 2015, §§ 69-75; *Sismanidis et Sitaridis c. Grèce*, 66602/09 et 71879/12, 9. 6. 2016, §§ 46, 47.

⁴¹ *A. and B. v. Norway*, § 116.

⁴² S. Trechsel, 391, 392.

⁴³ *Gradinger v. Austria*, §§ 54, 55.

Novi pristup Evropskog suda za ljudska prava je iznet u predmetu *Oliveira protiv Švajcarske*,⁴⁴ a zasnivao se na stavu da jedno kažnjivo ponašanje može obuhvatiti dva različita kaznena dela. Reč je dakle o idealnom sticaju dela koji se u konkretnom slučaju sastojao u gubitku kontrole nad motornim vozilom usled neprilagođene brzine i nehatnom nanošenju telesnih povreda, za koja su sudili različiti organi, a izrečene kazne nisu bile kumulativne već je manja uračunata u veću. S obzirom da čl. 4, st. 1. Protokola broj 7 uz EKLJP zabranjuje da se dva puta sudi za isto delo, u konkretnom slučaju nije došlo do povrede prava o zabrani dvostrukog suđenja ili kažnjavanja. Da bi opravdao novi ugao iz kojeg je analizirao postojanje identiteta dela, Evropski sud za ljudska prava je istakao da je u predmetu *Gradiner protiv Austrije*, za razliku od slučaja *Oliveira*, stepen alkoholisanosti podnosioca predstavljanje bio ocenjen na protivrečan način od strane dve različite instance.

Uprkos promenjenom uglu posmatranja, ostalo je nejasno pomoću kojeg kriterijuma se utvrđuje da li jedno kažnjivo ponašanje sadrži dva ili više kaznenih dela. Zbog toga je Evropski sud za ljudska prava u predmetu *Franc Fišer protiv Austrije*,⁴⁵ nakon što je podsetio da čl. 4, st. 1. Protokola broj 7 uz EKLJP ne isključuje mogućnost višestrukog gonjenja u slučaju idealnog sticaja dela, istakao da je neophodno razmotriti „bitne elemente“ dela kako bi se utvrdilo da li je povređeno načelo *ne bis idem*. Kako je u konkretnom slučaju prekršaj upravljanja motornim vozilom pod uticajem alkohola imao iste bitne elemente kao i krivično delo protiv bezbednosti saobraćaja sa smrtnom posledicom, utvrđena je povreda čl. 4, st. 1. Protokola broj 7 uz EKLJP.

Merilo o „bitnim elementima“ se u suštini svodi na ocenu da li se dva dela poklapaju u vezi s bitnim činjeničnim elementima. Interesantno je da Evropski sud za ljudska prava u predmetu *Goktan protiv Francuske*⁴⁶ nije primenio novi pristup, već se rukovodio logikom iz predmeta *Oliveira protiv Švajcarske* o idealnom sticaju kaznenih dela, utvrdivši da se u konkretnom slučaju radilo o krivičnom delu nezakonita trgovina opojnim drogama i prekršaju neplaćanja carine. Ni činjenica da je za krivično delo izrečena kazna zatvora, dok je novčana kazna koja je izrečena za carinski prekršaj zamenjena zatvorskom kaznom, nije predstavljala razlog da bude utvrđeno postojanje povrede prava iz čl. 4, st. 1. Protokola broj 7 uz EKLJP. Kriterijum „bitnih elemenata“ je primenjen u predmetu *Hauser-Sporn protiv Austrije*,⁴⁷ a razlika između krivičnog dela nepružanja

⁴⁴ *Oliveira v. Switzerland*, §§ 26-29.

⁴⁵ *Franc Fischer v. Austria*, § 29.

⁴⁶ *Göktan v. France*, 33402/96, 2. 7. 2002, §§ 50, 52.

⁴⁷ *Hauser-Sporn v. Austria*, 37301/03, 7. 12. 2006, §§ 44-46.

pomoći povređenom u saobraćajnoj nesreći i prekršaja neobaveštavanja policije o nesreći zasnovana je na umišljaju odnosno nehatu kao „bitnom elementu“ navedenih dela, kao i na različitom činjenju i nečinjenju.

Postojanje različitih pristupa problematici „istog dela“ stvaralo je pravnu neizvesnost koja je nespojiva s osnovnim pravom iz čl. 4, st. 1. Protokola broj 7 uz EKLJP. Zbog toga je Evropski sud za ljudska prava pokušao da osigura ujednačeno tumačenje pojma „isto delo“, a prilika za to se ukazala u predmetu *Zolotukhin protiv Rusije*.⁴⁸ S obzirom da je pristup kojim se stavlja naglasak na pravnu kvalifikaciju dela isuviše restriktivan za prava pojedinca, Sud je zauzeo stav da čl. 4, st. 1. Protokola broj 7 uz EKLJP mora biti shvaćen kao zabrana gonjenja ili suđenja jednom licu za drugo „delo“ u meri u kojoj ono proističe iz *istih činjenica* ili *činjenica koje su u bitnome iste*. Ispitivanje se pritom mora usmeriti na činjenice koje predstavljaju skup konkretnih činjeničnih okolnosti koje se odnose na istog prestupnika i neraskidivo su međusobno povezane u vremenu i prostoru, a čije postojanje mora biti utvrđeno da bi se osuda mogla izreći ili pokrenuti krivično gonjenje. Novi pristup se u osnovi poklapa s načinom na koji Evropski sud pravde tumači pojma *idem* iz člana 54. Konvencije o sprovođenju Šengenskog sporazuma. Naime, identitet činjenica podrazumeva identitet materijalnih radnji, shvaćenih u smislu postojanja skupa konkretnih okolnosti (činjenica) koje su međusobno vremenski, prostorno i sadržinski neraskidivo povezane.⁴⁹

Primenivši novi pristup u predmetu *Zolotukhin protiv Rusije*,⁵⁰ Evropski sud za ljudska prava je istakao da je podnosilac predstavke najpre bio osuđen za prekršaj protiv javnog reda i mira zbog nasilničkog ponašanja u policijskoj stanici, da bi zatim u krivičnom postupku bio oslobođen za krivično delo nasilničko ponašanje, a osuđen za krivična dela uvrede i ugrožavanje sigurnosti javnog službenika. Jedina razlika koja je postojala između prekršaja i krivičnog dela za koje je podnosilac predstavke oslobođen ogledala se u jednom elementu – pretnji nasiljem o kojoj nije raspravljano u prekršajnom postupku. Zbog toga su navedena dela smatrana bitno istim i utvrđena je povreda čl. 4, st. 1. Protokola broj 7 uz EKLJP.

Na zaključak o povredi prava da se ne bude dva puta suđen za isto delo nije uticala ni okolnost što je nakon osude za prekršaj usledilo oslobođenje u krivičnom postupku za bitno isto delo. To je posledica teleološkog tumačenja čl. 4, st. 1. Protokola broj 7 uz EKLJP koje je izneto u predmetu *Zigarela protiv*

⁴⁸ *Sergey Zolotukhin v. Russia*, 14939/03, 10. 2. 2009, §§ 81, 82, 84.

⁴⁹ *Leopold Henri Van Esbroeck*, Judgement of the Court, 9 March 2006, C-436/04, §§ 36, 38.

⁵⁰ *Sergey Zolotukhin v. Russia*, §§ 97, 122.

Italije,⁵¹ a u njegovoj osnovi je stav da se zabrana ponovnog gonjenja nakon pravnosnažno oslobođenja ili osude odnosi samo na slučaj kada državni organi znaju da u vezi s „istim delom“ postoji *res iudicata*. Nasuprot tome, u slučaju da je novi postupak pokrenut bez saznanja o prethodno pravnosnažno okončanom postupku, postoji mogućnost da se novi postupak obustavi ili poništi odmah po saznanju za postojanje meritorno presuđene stvari i da se licu da određeno zadovoljenje čime bi ono izgubilo položaj „žrtve“ povrede prava iz čl. 4, st. 1. Protokola broj 7 uz EKLJP.⁵²

Pomenuto je da do povrede načela *ne bis in idem* dolazi ne samo zbog preklapanja pravnih kvalifikacija različitih vrsta kaznenih dela, već i zato što prilikom prvog meritornog presuđenja činjeničnim opisom dela budu obuhvaćene činjenice koje nisu bitne za njegovo postojanje. Problem nastaje ako pomenute činjenice predstavljaju biće težeg kaznenog dela, jer *res iudicata* za lakše delo može predstavljati smetnju za pokretanje drugog postupka. Ova situacija je posebno problematična u slučaju paralelnog vođenja prekršajnog i krivičnog postupka, jer se prekršajni postupak redovno brže okončava a to može uticati na mogućnost krivičnog gonjenja za isto delo.

Dosadašnje izlaganje pokazuje da izloženi pristup Evropskog suda za ljudska prava ne nudi zadovoljavajući odgovor na pitanje o postojanju „istog dela“. To se pre svega odnosi na formulaciju o „bitno istim činjenicama“, jer ona ostavlja određeni prostor za diskrecionu ocenu, naročito u slučaju nepodudaranja zaštitnih objekata kaznenih dela. Kao primer može da posluži predmet *Milenković protiv Srbije*⁵³ u kojem je upoređivana činjenična istovetnost između prekršaja protiv javnog reda i mira i krivičnog dela čiji zaštitni objekat jeste život i telo čoveka.⁵⁴

Pored toga, problem je i što osuda za prekršaj može predstavljati smetnju za gonjenje učinioca teškog krivičnog dela. Moglo bi se čak postaviti pitanje u kojoj meri je shvatanje izneto u presudi *Zolotukhin protiv Rusije* usaglašeno sa stavom Evropskog suda za ljudska prava da

⁵¹ *Zigarella v. Italy*, 48154/99, 3. 10. 2002.

⁵² U predmetu *Zolotukhin* ni u jednom trenutku nije priznata povreda načela *ne bis in idem*, već je oslobađajuća presuda doneta usled nedostatka dokaza, a ne zbog povrede procesne odredbe o zabrani dvostrukog suđenja. *Sergey Zolotukhin v. Russia*, § 116.

⁵³ *Milenković v. Serbia*, 50124/13, 1. 3. 2016.

⁵⁴ Za razliku od predmeta *Zolotukhin* u kojem je naglasak bio na *nedovoljnosti jednog elementa* da činjenični osnov dva kaznena dela sa istim zaštitnim objektom učini suštinski različitim, u predmetu *Milenković* je *postojanje jednog elementa* – fizičkog napada, bilo *dovoljno* za izvođenje zaključka o bitnoj činjeničnoj istovetnosti dva kaznena dela koja imaju *različite* zaštitne objekte. Drugim rečima, udaranje i povređivanje oštećenog o kojem je odlučeno u prekršajnom rešenju suštinski je izjednačeno s teškom telesnom povredom oštećenog usled kojih je doveden u opasnost njegov život što je utvrđeno u krivičnom postupku. V. G. P. Ilić, „Observations on the *Ne Bis In Idem* Principle in Light of the European Court of Human Rights’ Judgment: *Milenković v. Serbia*“, *Journal of Eastern European Law* 1/2017, 224-229.

garancije predviđene u članu 4. Protokola broj 7 i obaveze država na osnovu čl. 2. i 3. EKLJP moraju biti razmatrane kao delovi jedne celine i tumačene na način kojim se promoviše unutrašnja usklađenost između različitih odredaba Evropske konvencije o ljudskim pravima.⁵⁵

To je svakako jedan od razloga zbog kojih je Veliko veće Evropskog suda za ljudska prava donošenjem presude *A. i B. protiv Norveške* pokušalo da dodatno razjasni svoj stav o načelu *ne bis in idem*. Naime, predmet *Zolotukhin* nudi odgovor samo na pitanje kaznenih postupaka koji se vode uzastopno, ali ostaje sporno kako postupati u vezi s postupcima koji teku paralelno predstavljajući pri tome jednu zaokruženu celinu. Prema shvatanju strazburških sudija kriterijum koji bi u tom slučaju valjalo primeniti jeste postojanje dovoljne tesne sadržinske i vremenske povezanosti između postupaka.⁵⁶

Zaključak o postojanju dovoljno tesne sadržinske povezanosti izvodi se uz pomoć sledećih elemenata: usaglašenosti ciljeva vođenja postupaka, predvidljivost vođenja mešoviti postupaka, preuzimanje dokaznog materijala iz jednog postupka u drugi i, na kraju, da li se sankcija koja je izrečena u okončanom postupku uzima u obzir prilikom izricanja sankcije u drugom postupku.⁵⁷ Kada je reč o postojanju dovoljne tesne vremenske povezanosti između kaznenih postupaka osnovno je da optuženi ne bude izložen neizvesnosti i sporosti postupanja.⁵⁸

Za razliku od stava koji usvaja Evropski sud za ljudska prava, u delu doktrine⁵⁹ se kao rešenje predlaže test „*Blockburger*“⁶⁰ koji primenjuje Vrhovni sud Sjedinjenih Američkih Država prilikom ocene da li se radi o istom delu. Reč je o pravilu da u slučaju kada isti događaj predstavlja kršenje dve različite zakonske odrede, za utvrđivanje da li su učinjena dva ili samo jedno delo potrebno je ispitati da li svaka odredba zahteva izvođenje dokaza o dodatnoj činjenici koji druga odredba ne traži.

5. Završne napomene

Evropski sud za ljudska prava je donošenjem presude *Sergey Zolotukhin protiv Rusije* izrazio stanovište da se ocena o ispunjenosti uslova za primenu jemstva sadržanog u čl. 4, st. 1. Protokola broj 7 uz EKLJP mora vršiti pomoću kriterijuma o „delu“ koje proističe iz istih činjenica ili činjenica

⁵⁵ *Marguš v. Croatia*, § 128.

⁵⁶ *Ibid.*, §§ 111, 130.

⁵⁷ *Ibid.*, § 132.

⁵⁸ *Ibid.*, § 134.

⁵⁹ S. Trechsel, 398, 399; B. M. Zupančič, „*Ne bis in idem* (zabrana ponovnog suđenja za isto delo) la belle dame sans merci“, *Crimen* 2/2011, 175, 176.

⁶⁰ *Blockburger v. United States*, 284 U.S. 299 (1932).

koje su u bitnome iste. S obzirom da pomenuta presuda nudi odgovor samo na pitanje o uzastopno, ali ne i o paralelno vođenim „krivičnim“ postupcima, Veliko veće Evropskog suda za ljudska prava se tim problemom pozabavilo u presudi *A. i B. protiv Norveške*. Tom prilikom je učinjen pokušaj da se sačuva pristup izražen u predmetu *Zolotukhin*, pri čemu je odstupanje od njega pronađeno u kriterijumu „dovoljno tesne sadržinske i vremenske povezanosti“. Pitanje je međutim da li će i u kojoj meri odstupanje od kriterijuma utvrđenog u predmetu *Zolotukhin* ostati ograničeno samo na poreska „dela“. Naime, merilo koje je usvojeno u presudi *A. i B. protiv Norveške* u velikoj meri je diskreciono i samim tim prikladno za stvaranje dodatne nesigurnosti u oblasti koja spada u „tvrdo jezgro“ ljudskih prava.

Goran Ilić, PhD

Full Professor, Faculty of Law, University of Belgrade

***NE BIS IN IDEM* PRINCIPLE IN PRACTICE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS**

Summary

The paper is analysed the practice of the European Court of Human Rights which relates to the application of the Art. 4 para. 1. Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights. This involved consideration of questions related to the “criminal” nature of the proceedings, the problem of procedures repetition (*bis*) and the existence of the same act (*idem*). The author considered numerous cases in which the European Court of Human Rights confirmed, promoted or abandoned its practice regarding the application of the *ne bis in idem* principle. Despite objections that can be direct because of the occasional inconsistency in treatment, it is beyond any doubt that the conduct of the European Court of Human Rights is aimed at improving the guarantees contained in Art. 4 para. 1. Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights. That impression is not diminished by a certain contradiction between the criteria stated in the judgments of *Sergey Zolotukhin v. Russia* and *A. and B. v. Norway*. Having in mind the type of cases in which the criterion of “sufficiently close content and time interconnection” emerged, it is open to question when and in which area the European Court of Human Rights will judge that the parallel conduct of two proceedings is in accordance with the *ne bis in idem* principle.

Key words: principle, ne bis in idem, European Court of Human Rights, “criminal” proceeding, procedures repetition (bis), same act (idem), consecutive proceedings, parallel proceedings.