

NAČELO *NE BIS IN IDEM* U EUROPSKOM KAZNENOM PRAVU - PRAVNI IZVORI I SUDSKA PRAKSA EUROPSKOG SUDA

Zoran Burić, dipl. iur.*

UDK 343.153(4)EU

341.645(4)EU

Primljeno: prosinac 2009.

Pregledni znanstveni rad

Sve važnije mjesto u okvirima Europske unije ima pravosudna suradnja u kaznenim stvarima. Kroz mehanizme te suradnje Uniju se nastoji pretvoriti u jedinstveno područje "slobode, sigurnosti i pravde". Važno je mjesto u okvirima tog procesa i prihvaćanje zajedničkih standarda u primjeni načela ne bis in idem. S obzirom na različitost u pravnom uređenju i primjeni načela u domaćim pravnim porecima država članica, ovo nije ni malo lak zadatak. Nakon uvodnih napomena o načelu i prikazu pravnih izvora u kojima je u europskom pravu regulirano, u radu se daje pregled prakse Europskog suda koji ima ključnu ulogu u definiranju načela i standarda za njegovu jedinstvenu primjenu u prostoru Unije. Završno se u kratkom osvrtu analizira usklađenost hrvatskog prava sa zahtjevima transnacionalnog europskog ne bis in idem.

Ključne riječi: ne bis in idem, kazneno pravo, Europska unija, Schengenska konvencija, Europski sud

1. UVODNO O NAČELU *NE BIS IN IDEM*

Ne bis in idem temeljno je pravno načelo zajedničko praktično svim kaznenopravnim sustavima u Europi. Obično je riječ o temeljnom ljudskom pravu zajamčenom ustavom.¹ U zemljama *common law* pravne tradicije poznato je

* Zoran Burić, dipl. iur., asistent Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb

¹ Martin Wasmeier, *The principle of ne bis in idem*, International Review of Penal Law, sv. 77, 1-2, 2006., str. 121. Jednako John A. E. Vervaele, *The transnational ne bis in idem principle*

kao *double jeopardy*.² U odnosu na sadržaj načela, povijesno su se razvila dva pristupa: *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa* (protiv nikoga se ne smiju voditi dva kaznena postupka zbog istog djela) i *nemo debet bis puniri pro uno delicto* (nitko ne smije biti dvaput kažnjen za isto kazneno djelo).³ Pretpostavka za primjenu prve inačice načela je kazneni postupak, bez obzira na to je li taj postupak završen izricanjem kazne, a pretpostavka za primjenu druge je kazna, što znači da jedino izricanje osuđujuće odluke i kazne sprječava vođenje novog kaznenog postupka o istoj stvari protiv iste osobe. U njemačkom pravu postoji razlika između *Erledigungsprinzipa* i *Anrechnungsprinzipa*. Prvonavedenim pojmom pokriveno je načelo *ne bis in idem* u obama njegovim ranije navedenim oblicima. *Anrechnungsprinzip*, međutim, ne brani niti vođenje kaznenog postupka dvaput, niti dvostruko kažnjavanje, već znači uračunavanje kazne izrečene u prvom postupku u kaznu izrečenu u drugom postupku.⁴ Primjenom tog načela se, dakle, ne ostvaruje načelo *ne bis in idem* jer niti izricanje kazne u prvom postupku ne brani vođenje novog kaznenog postupka protiv istog okrivljenika o istoj stvari.

Načelo *ne bis in idem* služi ostvarenju dvaju ciljeva. S jedne je strane riječ o zaštiti pojedinaca od državnog *ius puniendi*, nakon što je protiv njih već vođen kazneni postupak ili su kažnjeni. Pružanje zaštite pojedincu u tom slučaju u skladu je s načelima pravičnog postupka i pravednosti. S druge strane, tim se načelom ostvaruje pravna sigurnost kroz poštovanje pravomoćnosti sudskih odluka (*res judicata*).⁵

in the EU - mutual recognition and equivalent protection of human rights, Utrecht Law Review, 2, 2005., str. 100.

U hrvatskom pravnom poretku načelo *ne bis in idem* propisano je člankom 31., stavkom 2. Ustava i dalje razrađeno zakonskim odredbama. Za detaljan pregled odredaba o načelu u hrvatskom pravu, v. Ana Garačić i Melanija Grgić, *Ne bis in idem (u zakonima, konvencijama i sudskoj praksi)*, Aktualna pitanja kaznenog zakonodavstva - 2008., Inženjerski biro, Zagreb, 2008., str. 66 - 110.

² Doslovan prijevod bio bi "dvostruka opasnost". *Double jeopardy* u američkom pravu propisan je petim amandmanom na Ustav.

³ John A. E. Vervaele, *European Criminal Law and General Principles of Union Law*, Research Papers in Law, Collège d'Europe, Brugge, 5, 2005., str. 10. (Prijevod rada na hrvatski jezik objavljen je u Hrvatskom ljetopisu za kazneno pravo i praksu (dalje u tekstu: HLJKPP), 2, 2005., str. 855 - 882).

⁴ *Ibid*, str. 11.

⁵ Wasmeier, *op. cit.*, str. 121; Vervaele, *op. cit.*, bilj. 3, str. 10.

U većini europskih država učinci načela *ne bis in idem* ograničeni su na nacionalni pravni poredak.⁶ Možemo stoga govoriti o nacionalnom *ne bis in idem*. To znači da se prilikom odlučivanja o primjeni načela uzimaju u obzir samo odluke domaćih sudova, odnosno drugih nadležnih tijela. Osoba protiv koje je već vođen kazneni postupak zbog istog djela u istoj državi odnosno koja je u istoj državi za isto djelo već kažnjena uživa zaštitu nacionalnog *ne bis in idem*. Postupci vođeni protiv iste osobe zbog istog djela u drugim državama ne uzimaju se u obzir.

U primjeni načela *ne bis in idem* u okvirima nacionalnog pravnog poretka javljaju se mnogobrojne poteškoće. Glavni problemi vezani su uz definiranje *bis* i *idem*. Vezano uz *bis*, postavlja se niz pitanja - koje vrste sudskih odluka aktiviraju primjenu načela, jesu li to samo meritorne ili i formalne odluke, mora li biti riječ o presudi ili je za primjenu načela dovoljna neka formalna sudska odluka donesena u ranijoj fazi postupka, mora li biti riječ o sudskoj odluci ili je dovoljna odluka nekog drugog pravosudnog tijela (državnog odvjetnika, policije)? Postoje i daljnja pitanja - odnosi li se načelo *ne bis in idem* samo na zabranu ponovnog vođenja kaznenog postupka ili načelo zabranjuje kumulaciju kaznenog i prekršajnog postupka ili kaznenog postupka i različitih upravnih postupaka kojima se sankcioniraju određene radnje? Vezano uz *idem*, poteškoće u primjeni svode se na dvojbu - je li za primjenu načela odlučan identitet pravnih kvalifikacija ili je dovoljno da je riječ o istim činjenicama. Ako je, pak, identitet činjenica dovoljan, mora li biti dopunjen identitetom zaštićenih pravnih dobara? Koliki je stupanj identiteta činjenica dovoljan - moraju li činjenice biti u potpunosti iste ili su moguća i određena odstupanja? Iskustva država u tom području pokazuju velike razlike, stoga se na temelju njih ne može zaključiti o postojanju zajedničkih standarda u primjeni načela *ne bis in idem* na nacionalnoj razini.⁷

Osim domaćim pravom, načelo *ne bis in idem* propisano je i međunarodnim pravom, i to međunarodnim pravom o ljudskim pravima te pravom o

⁶ Wasmeier, *op. cit.*, str. 121. Autor kao iznimke od tog pravila navodi države *common law* pravne tradicije te Nizozemsku i Španjolsku. O obilježjima načela u unutarnjem hrvatskom pravu, v. Ivičević Karas, Elizabeta, *Povodom presude Europskog suda za ljudska prava u predmetu Maresti protiv Hrvatske - analiza mogućeg utjecaja na reformu prekršajnog prava u Republici Hrvatskoj*, Program III. specijalističkog savjetovanja "Primjena Prekršajnog zakona i ostalih propisa s područja prekršajnog prava u Republici Hrvatskoj", Hrvatsko udruženje za kaznene znanosti i praksu, Zagreb, 2009., str. 1 - 18.

⁷ Vervaele, *op. cit.*, bilj. 1, str. 101.

međunarodnoj pravnoj pomoći (u kaznenim stvarima). Posebnu važnost za europske zemlje imaju odredbe Europske konvencije za ljudska prava (dalje u tekstu: EKLJP). Izvornim tekstom Konvencije *ne bis in idem* nije zajamčeno kao jedno od temeljnih ljudskih prava⁸, ali je to učinjeno člankom 4. Protokola 7 EKLJP-a. Međutim, i odredbe Konvencije i na temelju njih razvijena praksa Europskog suda za ljudska prava (dalje u tekstu: ESLJP)⁹ odnose se opet na nacionalni *ne bis in idem*, odnosno štite pojedinca od dvostrukog progona i dvostrukog kažnjavanja u okvirima iste nacionalne sudbenosti (stranke ugovornice Konvencije).¹⁰ Stoga sve ono što je kazano u odnosu na poteškoće u primjeni načela u okvirima nacionalnog pravnog poretka vrijedi i za praksu ESLJP-a. Drugi važan izvor načela u međunarodnom pravu o ljudskim pravima je odredba članka 14., stavka 7. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima (dalje u tekstu: MPGPP). Odbor za ljudska prava odlučio je da se ta odredba ne odnosi na strane pravomoćne presude, što znači da je njezin doseg jednak onome iz Protokola 7 EKLJP-a, to jest da se odnosi samo na nacionalni *ne bis in idem*.¹¹ Što se tiče ugovora o međunarodnoj pravnoj pomoći, u okviru Vijeća Europe donesen je niz takvih ugovora koji za posebne potrebe svojeg područja primjene uređuju načelo *ne bis in idem* kao (obvezni ili fakultativni) razlog za odbijanje pravne pomoći.¹² Jedino u slučaju posebne ugovorne obveze država je dužna zaštititi pojedinca od drugog kaznenog progona ili kažnjavanja izvan njezinih granica. Riječ je, dakle, o pravu koje u međunarodnom pravu ima samo učinak *inter partes*, ali ne i *erga omnes*.¹³ U međunarodnom pravu poštovanje načela *ne bis in idem* ne predstavlja *ius cogens*.¹⁴ U ovom području međunarodnog prava možemo govoriti o postojanju međunarodnog *ne bis in idem* ograničenog dosega.

⁸ Europska komisija za ljudska prava zaniijekala je da je načelo *ne bis in idem* jedno od jamstava pravičnog postupka zagaraniranog člankom 6. EKLJP-a, ali je dopustila da dvostruki kazneni progon pod određenim okolnostima može biti kršenje prava na pravično suđenje. Vervaele, *op. cit.*, bilj. 3, str. 11 i pripadajuća bilj. 14.

⁹ Za detaljan pregled prakse ESLJP-a o načelu *ne bis in idem*, v. Ivičević Karas, *op. cit.*, str. 8 i slj.

¹⁰ Wasmeier, *op. cit.*, str. 122.

¹¹ Vervaele, *op. cit.*, bilj. 3, str. 12 i pripadajuća bilj. 18. Za usporedbu odredbi o *ne bis in idem* u EKLJP-u i MPGPP-u, v. Ivičević Karas, *op. cit.*, str. 4 - 7.

¹² Za nekoliko takvih ugovora i njihove odredbe o *ne bis in idem*, v. Vervaele, *op. cit.*, bilj. 3, str. 13 - 14.

¹³ *Ibid.*, str. 14.

¹⁴ Vervaele, *op. cit.*, bilj. 1, str. 102.

2. PRAVNI IZVORI NAČELA *NE BIS IN IDEM* U EUROPSKOM KAZNENOM PRAVU

Odredbe o načelu *ne bis in idem* u europskom kaznenom pravu sadržane su u Konvenciji o provedbi Schengenskog sporazuma (*Convention Implementing the Schengen Agreement*, dalje u tekstu: CISA),¹⁵ u člancima 54. - 58. Ove odredbe reguliraju transnacionalni *ne bis in idem*, što znači da se njima uređuje primjena načela u odnosima između stranaka ugovornica¹⁶, ali ne i onda kada se načelo primjenjuje unutar teritorija jedne od stranaka ugovornica.¹⁷ Ugovorom iz Amsterdama *Schengenski acquis*¹⁸ integriran je u pravne okvire Europske unije.¹⁹ Prema odredbi članka 2(1) Protokola, Schengenski *acquis* počeo se primjenjivati na tadašnjih trinaest država članica danom stupanja na snagu Ugovora iz Amsterdama, 1. svibnja 1999. Nove države članice potpisale su posebne protokole o pristupanju *acquisu*.²⁰ Dana 20. svibnja 1999. Vijeće je donijelo

¹⁵ Schengenski sporazum o postupnom ukidanju provjera na zajedničkim granicama (*Schengen Agreement on the Gradual Abolition of Checks at Their Common Borders*) potpisan je 14. lipnja 1985. između država članica Ekonomske unije Beneluxa (*Benelux Economic Union*), Njemačke i Francuske. Provedbena konvencija potpisana je između tih država 19. lipnja 1990. Cilj Sporazuma i Konvencije bio je osigurati slobodu kretanja osoba unutar teritorija spomenutih država ukidanjem provjera na zajedničkim graničnim prijelazima. Istodobno je uspostavljen i mehanizam čiji je cilj poboljšati međusobnu policijsku i pravosudnu suradnju da bi se uspješno doskočilo sigurnosnim problemima vezanim uz slobodno kretanje osoba.

¹⁶ Govori se o strankama ugovornicama, a ne o državama članicama jer je krug država obvezanih Konvencijom širi od kruga država članica. *Infra*, bilj. 20.

¹⁷ Za nacionalni *ne bis in idem* u europskim okvirima posebno značenje ima praksa ESLJP-a o tom načelu. Međutim, kako sve države članice nisu obvezane Protokolom 7 EKLJP-a, ne može se govoriti o postojanju zajedničkih standarda u primjeni načela na nacionalnoj razini.

¹⁸ Čine ga Schengenski sporazum i Provedbena konvencija.

¹⁹ *Protocol Integrating the Schengen acquis into the framework of the European Union, annexed to the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community.*

²⁰ Međutim, sve države članice nisu ujedno u punom opsegu sudionice Schengenskog područja. Poseban režim imaju Ujedinjeno Kraljevstvo, Irska i Danska, a *acquis* se još ne primjenjuje niti na neke od novih država članica do ispunjavanja svih uvjeta za njegovu primjenu (Bugarska, Rumunjska, Cipar). Neke države nečlanice punopravni su sudionici Schengenskog područja: Norveška, Island i Lihtenštajn. Podrobnije na http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/free_movement_of_persons_asylum_immigration/133020_en.htm.

dvije Odluke²¹ kojima je definiran pravni temelj u osnivačkim ugovorima za svaku od odredaba *acquisa*. Prema Odlukama, odredbe članka 54. - 58. CISA-e utemeljene su na člancima 34. i 31. Ugovora o Europskoj uniji (dalje u tekstu: UEU), koji pripadaju odredbama o policijskoj i pravosudnoj suradnji u kaznenim stvarima. To znači da odredbe o *ne bis in idem* u CISA-i čine dio trećeg stupa prava EU-a.

Međutim, time se ne iscrpljuje sva važnost Amsterdamskog ugovora za europski *ne bis in idem*. Naime, Ugovorom je proširena nadležnost Europskog suda u stvarima trećeg stupa. Prema odredbama Ugovora iz Maastrichta, nadležnost Suda u trećem stupu bila je u potpunosti fakultativna. Postojala je samo onda kada ju je neka od konvencija iz trećeg stupa izričito predviđala.²² Prema članku 35. UEU-a Europski sud ima nadležnost donositi prethodne odluke o valjanosti i tumačenju okvirnih odluka i odluka, o tumačenju konvencija koje čine dio trećeg stupa te o valjanosti i tumačenju mjera kojima se ti instrumenti implementiraju. Ipak, nadležnost Suda ostaje ovisna o deklaraciji država članica kojom je u trećem stupu prihvaćaju. Te su odredbe bile nužna pretpostavka za nastanak i razvoj judikature Suda o europskom *ne bis in idem*.

Članak 54. CISA-e daje definiciju načela. Prema toj odredbi "Osoba čiji je postupak pravomoćno okončan u jednoj stranci ugovornici ne može biti kazneno gonjena u drugoj stranci ugovornici za iste radnje pod uvjetom, ako je izrečena kazna, da je izvršena, upravo se izvršava ili se više ne može izvršiti po zakonima stranke ugovornice koja ju je izrekla."²³ U članku 55. propisane su iznimke od načela koje su primjenjuju jedino u slučaju izričite deklaracije stranke ugovornice. Te se iznimke odnose na primjenu načela teritorijalnosti i zaštitnoga načela. Članak 56. propisuje obveznu primjenu načela uračunavanja (*Anrechnungsprinzip*) u onim slučajevima u kojima usprkos ili iznimno od načela dođe do novog kaznenog postupka u drugoj stranci ugovornici. Obveza suradnje između nadležnih tijela stranaka ugovornica propisana je člankom 57. Člankom 58. omogućuje se strankama ugovornicama primjena povoljnijih odredaba domaćeg prava o *ne bis in idem* koje se odnose na strane presude.

²¹ *Council Decisions 1999/435/EC and 1999/436/EC.*

²² Vervaele, *op. cit.*, bilj. 3, str. 4.

²³ *A person whose trial has been finally disposed of in one Contracting Party may not be prosecuted in another Contracting Party for the same acts provided that, if a penalty has been imposed, it has been enforced, is actually in the process of being enforced or can no longer be enforced under the laws of the sentencing Contracting Party.* Za prijevod odredbe članka 54. usporedi Garačić i Grgić, *op. cit.*, str. 22.

Ove odredbe poslužile su kao model za odredbe o *ne bis in idem* u drugim instrumentima prava EU-a.²⁴ Tako su odredbe članaka 54. i 55. CISA-e preuzete u Konvenciju o zaštiti finansijskih interesa Europskih zajednica.²⁵ Odredba članka 10. Konvencije o borbi protiv korupcije koja uključuje službenike Europskih zajednica ili službenike država članica Europske unije, a odnosi se na načelo *ne bis in idem*, u velikoj je mjeri inspirirana odredbom članka 54. CISA-e.²⁶ Međutim, postoje i drugi instrumenti koji za potrebe svojeg područja primjene reguliraju načelo *ne bis in idem*, a da pritom nisu inspirirani odredbama CISA-e, kao što su Okvirna odluka o europskom uhidbenom nalogu koja pravila o *ne bis in idem* sadržava u člancima 3(2), 4(3) i 4(5)²⁷ i Okvirna odluka o europskom dokaznom nalogu koja isto regulira u članku 13(1)(a).

Prvi slučaj u kojem je Europski sud donio presudu u kojoj je dao tumačenje članka 54. CISA-e, *Gözütok i Brügge*²⁸, potaknuo je legislativnu inicijativu država članica. Nekoliko dana nakon presude Grčka je podnijela Prijedlog Okvirne odluke o *ne bis in idem*²⁹ da bi se prihvatanjem zajedničkih pravila osigurala jedinstvenost u tumačenju i primjeni načela. Odredbe Okvirne odluke zamijenile bi članke 54. - 58. CISA-e.³⁰ Međutim, države članice do danas se nisu suglasile o tekstu Okvirne odluke, a s obzirom na broj proteklih godina od podnošenja prijedloga, može se kazati da je ta inicijativa propala.

Zelena knjiga o sukobima nadležnosti i načelu *ne bis in idem* u kaznenom postupku³¹ iz 2005. korak je u pripremi zakonodavnog prijedloga kojim bi se uredila ta materija. Knjiga polazi od pretpostavke da su sukob nadležnosti i *ne bis in idem* dva međusobno povezana pitanja. Prethodno rješenje pitanja sukoba nadležnosti u drugi plan stavlja načelo *ne bis in idem*. Početkom 2009. godine

²⁴ Vervaele, *op. cit.*, bilj. 1, str. 108.

²⁵ Zlata Đurđević, *Konvencija o zaštiti finansijskih interesa Europskih zajednica - nastanak, sadržaj i implementacija*, HLJKPP, 2, 2007., str. 937 - 938.

²⁶ *Explanatory Report on the Convention*, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:51998XG1215:EN:HTML>.

²⁷ Za podrobnije informacije v. Harmen Van Der Wilt, *The European Arrest Warrant and the Principle Ne Bis in Idem*, Handbook on the European Arrest Warrant (R. Blekxtoon et al., eds.), T-M-C Asser Press, The Hague, 2005., str. 99 - 117.

²⁸ *V. infra*, 3. 1. 1.

²⁹ *Initiative of the Hellenic Republic with a view to adopting a Council Framework Decision concerning the application of the "ne bis in idem" principle*, O.J. C 100 of 26 April 2003, p. 24.

³⁰ Vervaele, *op. cit.*, bilj. 3, str. 27 - 28.

³¹ *Green Paper on Conflicts of Jurisdiction and the principle of ne bis in idem in Criminal Proceedings*, COM (2005) 696 final, Brussels, 23 December 2005.

nekoliko je država članica pokrenulo postupak prihvaćanja Okvirne odluke o sprječavanju i rješavanju sukoba nadležnosti u kaznenom postupku.³² Tom se odlukom nastoji pravno urediti situacije paralelnih istraga u dvjema državama članicama koje se vode protiv iste osobe zbog istog djela i time stvaraju rizik povrede prava na *ne bis in idem*. Za takve situacije inicijativa predviđa obvezu nadležnih tijela država članica da se međusobno konzultiraju oko rješavanja pitanja paralelnih istraga, ali ne propisuje obvezujuća pravila za rješavanje sukoba nadležnosti. Krajem 2009. godine ta je inicijativa uspješno završena donošenjem Okvirne odluke o sprječavanju i rješavanju sukoba nadležnosti u kaznenom postupku.³³

Ono što je osobito važno, posebno u vezi s najnovijim političkim događajima vezanim uz stupanje na snagu Lisabonskog ugovora, jest činjenica da i Povelja temeljnih prava EU-a³⁴ regulira *ne bis in idem* kao jedno od temeljnih ljudskih prava. To je pravo zagantirano člankom 50. Povelje koji određuje da nitko ne može biti ponovno suđen ili kažnjen u kaznenom postupku za kazneno djelo za koje je već pravomoćno oslobođen ili osuđen unutar Unije u skladu sa zakonom.³⁵ Bez namjere da detaljnije analiziramo odnos između te odredbe i one iz članka 54. CISA-e, primjećujemo da prethodno navedena predviđa uži opseg primjene načela govoreći o kaznenom djelu, pravomoćnom oslobođenju ili osudi i inzistirajući na kaznenom postupku.³⁶ Međutim, Povelja briše razliku između nacionalnog i transnacionalnog *ne bis in idem*. U njoj se, naime, više ne spominju stranke ugovornice odnosno države članice, već samo teritorij Unije, što podrazumijeva jednakost u primjeni načela bez obzira na to je li riječ o postupcima koji se vode u istoj državi ili u različitim državama članicama.

U kontekstu Lisabonskog ugovora i integracije dosadašnjih triju stupova u jedinstveni pravni poredak Europske unije osobito je zanimljivo pitanje na

³² *Initiative of the Czech Republic, the Republic of Poland, the Republic of Slovenia, the Slovak Republic and of the Kingdom of Sweden for a Council Framework Decision 2009/.../JHA on prevention of conflicts of jurisdiction in criminal proceedings, O.J. C 39 of 18 February 2009, p. 2.*

³³ *O. J. L 328 of 15 December 2009, p. 42.*

³⁴ Za značenje Povelje i njezinu pravnu snagu prema odredbama Lisabonskog ugovora, v. Zlata Đurđević, *Lisabonski ugovor - prekretnica u razvoju kaznenog prava u Europi*, HLJKPP, 2, 2008., str. 1120 - 1123.

³⁵ *No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings for an offence for which he or she has already been finally acquitted or convicted within the Union in accordance with the law.*

³⁶ Vervaele, *op. cit.*, bilj. 3, str. 28 - 29.

koji će način načelo *ne bis in idem* iz CISA-e, sukladno odredbama Protokola o prijelaznim odredbama³⁷, biti integrirano u postlisabonski jedinstveni pravni poredak i na koji će način funkcionirati odnos tih odredaba i odredaba Povelje o *ne bis in idem*.³⁸ Naime, u skladu s Protokolom, odredbe svih pravnih instrumenata iz trećeg stupa, pa tako i Schengenske provedbene konvencije, ostaju na snazi i nakon stupanja na snagu Lisabonskog ugovora. Protokolom je predviđen prijelazni rok od pet godina za integraciju dosadašnjeg trećeg stupa u jedinstveni pravni poredak Unije. Integracijom pojedinog instrumenta u jedinstveni pravni poredak za njega prestaju vrijediti posebnosti trećeg stupa. Možemo kazati da je Schengenski *acquis* i dalje po svojim karakteristikama dio trećeg stupa predlisabonskog prava EU-a i da će takvim ostati sve do njegove integracije u jedinstveni pravni poredak, odnosno najkasnije do isteka prijelaznog roka od pet godina.

Presude Europskog suda čine dio pravne stečevine EU-a i važan su pravni izvor europskog prava. Sud je već u nekoliko predmeta imao priliku dati tumačenje članka 54. CISA. Treći dio rada posvećen je prikazu te prakse.

3. SUDSKA PRAKSA EUROPSKOG SUDA O *NE BIS IN IDEM* U EUROPSKOM KAZNENOM PRAVU

3. 1. "Pravomoćno okončan postupak"³⁹

Pitanje tumačenja dijela odredbe članka 54. koji se odnosi na pravomoćno okončan postupak jedno je od najčešće postavljanih pitanja od strane nacionalnih sudova država članica u skupini onih pitanja koja se odnose na *ne bis in idem* u europskom kaznenom pravu. S obzirom na različitost nacionalnih kaznenopravnih propisa, tako i onih koji reguliraju pravomoćno okončanje postupka, nacionalni sudovi nisu bili sigurni kojoj od odluka sudova i drugih nadležnih tijela država članica priznati takav učinak, odnosno koju od stranih odluka smatrati takvom kojom se postupak "pravomoćno okončava". Sama odredba članka 54. ne daje zadovoljavajući odgovor na to pitanje. U odredbi se ne spominje nijedna odluka, samo zahtjev da postupak mora biti pravomoćno okončan.

³⁷ *Protocol on Transitional Provisions.*

³⁸ V. Đurđević, *op. cit.*, bilj 34, str. 1119 - 1120.

³⁹ *...trial ... finally disposed of...*

3. 1. 1. Izvansudska nagodba državnog odvjetnika i okrivljenika

Prvi slučaj u kojem je Europski sud imao priliku dati tumačenje neke odredbi CISA-e bio je *Gözütok i Brügge*.⁴⁰ U tom slučaju postavljeno je pitanje ulaze li izvansudske nagodbe između državnog odvjetnika i okrivljenika u područje primjene članka 54. CISA-e, odnosno je li riječ o odlukama kojima se postupak "pravomoćno okončava" u smislu te odredbe.

Gospodin Gözütok turski je državljanin koji je dulje živio u Nizozemskoj. Nakon što je pretragom njegove zalogajnice u nizozemskom gradu Heerlenu u dva navrata pronađena veća količina opojnih droga (hašiša i marihuane), državni mu je odvjetnik ponudio izvansudsku nagodbu. Gospodin Gözütok nagodbu je prihvatio i obvezao se uplatiti određeni novčani iznos u državni proračun. Nakon što je novac uplaćen, državni je odvjetnik odustao od kaznenog progona. Istodobno s tim događajima u Nizozemskoj, nakon upozorenja banke o znatnim novčanim transakcijama po računima gospodina Gözütoka u Njemačkoj, njegovim se slučajem počelo baviti i državno odvjetništvo u njemačkom gradu Aachenu. Nakon što ga je tamošnja policija uhitila, državni je odvjetnik protiv njega podnio optužnicu za kazneno djelo raspačavanja opojnih droga u Nizozemskoj. Po optužnici državnog odvjetnika Okružni ga je sud u Aachenu osudio na uvjetnu kaznu zatvora od jedne godine i pet mjeseci. Odlučujući o njegovoj žalbi, Pokrajinski ga je sud u Aachenu oslobodio optužbe temeljeći odluku na članku 54. CISA-e. Nakon što je po žalbi državnog odvjetnika slučaj došao do Višeg pokrajinskog suda u Kölnu, isti je uputio zahtjev za prethodnu odluku Europskom sudu.⁴¹

⁴⁰ *Hüseïn Gözütok and Klaus Brügge, Judgement of the Court, 11 February 2003, Joint Cases C-187/01 and C-385/01*. Nakon što je nezavisni odvjetnik iznio mišljenje o slučajevima, Sud ih je odlučio objediniti zbog njihove povezanosti s obzirom na pitanja upućena Sudu i donijeti jednu presudu postupajući u skladu s člankom 43. Postupovnih pravila. *Ibid*, § 24.

Ovaj je slučaj, od svih slučajeva u kojima je Sud tumačio članak 54. CISA-e, izazvao najviše reakcija u akademskoj javnosti. Za komentar presude, v. Maria Fletcher, *Some Developments to the ne bis in idem Principle in the European Union: Criminal Proceedings against Hüseïn Gözütok and Klaus Brügge*, *The Modern Law Review*, 5, 2003., str. 769 - 780, Nadine Thwaites, *Mutual Trust in Criminal Matters: The European Court of Justice gives a first interpretation of a provision of the Convention implementing the Schengen Agreement*, *German Law Journal*, 4, 2003., str. 253 - 262., Vervaele, *op. cit.*, bilj. 1.

⁴¹ *Ibid*, § 9 - 18.

Državno odvjetništvo Belgije optužilo je gospodina Brüggęa, njemačkog državljanina, za napad i nanošenje tjelesnih ozljeda gospođi Leliaert u belgijskom gradu Oostduinkerke. Źrtva je pred Prvostupanjiskim sudom u gradu Veurneu, istim onim pred koji je pozvan gospodin Brüggę, postavila imovinskopravni zahtjev tražeći naknadu nematerijalne štete. Istodobno je njemačko državno odvjetništvo u Bonnu pokrenulo istragu o tom slučaju i tijekom te istrage gospodinu Brüggęu ponudilo izvansudsku nagodbu u zamjenu za plaćanje određenog novčanog iznosa. Nakon što je gospodin Brüggę to učinio, državno je odvjetništvo odustalo od daljnjeg kaznenog progona. Kada je za to doznao Prvostupanjiski sud u Veurneu, uputio je zahtjev za prethodnu odluku Europskom sudu.⁴²

Kao što je uvodno već kazano, oba suda željela su znati kakav je učinak postupaka koji onemogućuju daljnji kazneni progon po nacionalnom kaznenom pravu država čija su tijela te postupke vodila. I u jednom i u drugom slučaju riječ je o postupcima državnih odvjetništava stranaka ugovornica koja odustaju od daljnjeg kaznenog progona nakon što okrivljenik ispuni određene, od istog mu odvjetništva ponuđene, obveze. Riječ je o postupcima u kojima ne sudjeluju sud niti se takvi postupci završavaju sudsom odlukom. Mogu li se postupci koji završavaju odustankom državnog odvjetnika od daljnjeg kaznenog progona smatrati pravomoćnim okončanjem postupka u smislu članka 54. CISA-e?

Prema presudi Europskog suda - mogu. Sud smatra da jedino takvo tumačenje članka 54. CISA-e u prvi plan stavlja cilj i smisao članka 54., a ne postupovna ili strogo formalna pitanja, koja su ionako različito riješena u pojedinim strankama ugovornicama. Jedino takvim tumačenjem ostvaruje se cilj proklamiran u članku 2. Ugovora o Europskoj uniji, a taj je održavanje i razvijanje Unije kao prostora slobode, sigurnosti i pravde u kojem je osigurano slobodno kretanje osoba. Upravo u težnji za napretkom u ostvarivanju toga cilja treba tražiti smisao integriranja Schengenskog *acquisa* u pravne okvire Europske unije.⁴³

No, Sud se u obrani svojeg mišljenja nije oslonio samo na argumente teleološke interpretacije odredaba CISA-e. Takve postupke valja smatrati pravomoćnim okončanjem postupka u smislu članka 54. i zato što odluku u njima donosi tijelo vlasti koje prema odredbama nacionalnog kaznenog prava čini dio sustava kaznenog pravosuđa.⁴⁴ Osim toga, takvim se postupcima kažnjava ponašanje

⁴² *Ibid*, §19 - 23.

⁴³ *Ibid*, § 34 - 38.

⁴⁴ *Ibid*, § 28.

okrivljenika.⁴⁵ Nakon što okrivljenik ispuni obvezu iz nagodbe koja se ima smatrati kaznom u smislu članka 54., takva je kazna izvršena u smislu istog članka.⁴⁶ Sud je ovdje prvi put, što će kasnije ponoviti u nizu svojih presuda, istaknuo važnost uzajamnog povjerenja stranaka ugovornica u nacionalne pravne sustave, osobito u okolnostima izostanka harmonizacije koje nužno dovode do različitih rješenja istih situacija u pravnim sustavima različitih stranaka ugovornica. Upravo zbog tih razloga u europskim okvirima i nije uvijek moguće kao pretpostavku za primjenu članka 54. CISA-e tražiti sudjelovanje suda ili njegovu odluku.⁴⁷ Budući da su ovakvi postupci u strankama ugovornicama koje ih poznaju rezervirani isključivo za lakša kaznena djela, zahtijevanje sudjelovanja suda ili sudske odluke prilikom odustajanja od daljnjeg kaznenog progona da bi on ušao u okvire članka 54. CISA-e značilo bi stavljanje počinitelja težih kaznenih djela u povoljniji položaj od počinitelja lakših kaznenih djela. U tom bi slučaju prvonavedeni uživali zaštitu transnacionalnog europskog *ne bis in idem*, dok bi drugonavedeni bili izvrgnuti opasnosti dvostrukog kaznenog progona i/ili kažnjavanja.⁴⁸

S obzirom na postupak koji se vodio pred belgijskim sudom, u kojem je žrtva zatražila naknadu nematerijalne štete nastale zbog napada i fizičkog ozljeđivanja, Sud je jasno kazao da se zabrana iz načela *ne bis in idem* odnosi samo na izbjegavanje mogućnosti dvostrukog kaznenog progona u istoj stvari te da ne utječe na pravo žrtve da traži naknadu štete u građanskom postupku.⁴⁹

⁴⁵ *Ibid*, § 29.

⁴⁶ *Ibid*, § 30.

⁴⁷ *Ibid*, § 32 - 34. Nezavisni odvjetnik Ruiz-Jarabo Colomer u svojem mišljenju daje prikaz odredbi nacionalnog prava država članica o nagodbama između državnog odvjetnika i okrivljenika. Tako njemačko pravo načelno traži sudjelovanje suda u ovim postupcima, ali to nije nužno ako je riječ o lakšim kaznenim djelima zapriječenima kaznom koja nije veća od minimalne predviđene Kaznenim zakonom i ako je šteta prouzročena takvim djelom mala. Prema austrijskom pravu državni odvjetnik može odustati od kaznenog progona u zamjenu za određenu protučinidbu okrivljenika. Nakon što okrivljenik ispuni obvezu iz nagodbe, državni odvjetnik konačno odustaje od daljnjeg kaznenog progona. Prema francuskom pravu, da bi državni odvjetnik odustao od daljnjeg kaznenog progona u zamjenu za određenu okrivljenikovu protučinidbu, potrebna mu je suglasnost suda. U Italiji *patteggiamento* mora odobriti sud. U Engleskoj postoje oblici nagodbe između državnog odvjetnika i okrivljenika kod kaznenih djela počinjenih u cestovnom prometu, koji ne traže sudjelovanje suda. *Opinion of Advocate General Colomer delivered on 19 September 2002*, § 64 - 77.

⁴⁸ *Ibid*, § 39 - 40.

⁴⁹ *Ibid*, § 47.

Iako je strogo formalno gledano riječ o procesnoj odluci (odustajanje od daljnjeg kaznenog progona), možemo zaključiti da je Sud tom presudom za potrebe primjene članka 54. CISA-e izjednačio odluku državnog odvjetnika o odustanku od daljnjeg kaznenog progona nakon što je okrivljenik ispunio određene obveze iz nagodbe s državnim odvjetnikom s pravomoćnom osuđujućom sudskom odlukom. Nagodba koju okrivljenik sklapa s državnim odvjetnikom u sebi sadržava priznanje krivnje i kaznu, a ako prema odredbama nacionalnog prava konačno onemogućuje daljnje postupanje u istoj stvari, može se iščitati iz odluke Suda, treba je po učincima za primjenu načela *ne bis in idem* izjednačiti s pravomoćnom osuđujućom sudskom odlukom.

3. 1. 2. *Obustava kaznenog postupka nakon odustanka državnog odvjetnika bez ispitivanja merituma slučaja*

Drugi slučaj koji se našao pred Europskim sudom, a zahtijevao je tumačenje članka 54. CISA-e, bio je *Miraglia*.⁵⁰

Postupak protiv gospodina Miraglie zbog kaznenog djela krijumčarenja oko 30 kg heroina iz Nizozemske u Italiju obustavljen je pred amsterdamskim sudom 13. veljače 2001. nakon što je državni odvjetnik odustao od kaznenog progona zato što se protiv iste osobe za iste radnje vodio postupak pred sudom u Bologni u Italiji. U okviru kaznenog postupka u Italiji državni odvjetnik koji je postupao pred sudom u Bologni uputio je nizozemskim kolegama nadležnim za sud u Amsterdamu zahtjev za pravnom pomoći. Nizozemski državni odvjetnik odbio je zahtjev s obrazloženjem da je odluka donesena od amsterdamskog suda pravomoćna sudska odluka koja prema odredbama nizozemskog prava onemogućuje daljnji progon u istoj stvari, a jednako tako i pružanje pravne pomoći stranim tijelima, osim u slučaju novih dokaza protiv gospodina Miraglie. Dodao je da je svaki zahtjev talijanskih nadležnih tijela za pružanje pravne pomoći u ovom slučaju protivan članku 54. CISA-e. Smatrajući takvo tumačenje članka 54. pogrešnim, sud u Bologni uputio je pitanje Europskom sudu tražeći odgovor je li odluka suda jedne stranke ugovornice kojom se obustavlja kazneni postupak donesena samo na temelju činjenice da je postupak već započet u drugoj stranci ugovornici i koja ne sadržava odluku o meritumu slučaja ulazi u područje primjene članka 54. CISA-e.⁵¹

⁵⁰ *Filomeno Mario Miraglia, Judgement of the Court, 10 March 2005, C-469/03.*

⁵¹ *Ibid*, § 3 - 27.

Nizozemski je državni odvjetnik u ovom slučaju preventivno primijenio načelo *ne bis in idem* nastojeći okrivljenika zaštititi od istodobnog vođenja dvaju kaznenih postupaka pred nadležnim tijelima dviju stranaka ugovornica prije nego što je ijedno od tih tijela donijelo pravomoćnu odluku. Međutim, njegova odluka koja je prethodila odluci amsterdamskog suda, a prema tumačenju koje su članku 54. CISA-e dala nizozemska nadležna tijela, dovela je do paralize kaznenog postupka protiv istog okrivljenika u Italiji. Naime, kazneni postupak u Italiji nije mogao biti uspješno okončan bez dokaza prikupljenih u Nizozemskoj.

Europski je sud kazao da takva odluka nizozemskog suda koja ne sadržava nikakvu ocjenu činjenica, odnosno predmeta slučaja ne ulazi u područje primjene članka 54. Prihvatanje drukčijeg stajališta značilo bi odustajanje od mogućnosti kažnjavanja nezakonitog ponašanja, što bi bilo protivno cilju uspostavljanja i razvijanja Unije kao prostora slobode, sigurnosti i pravde.⁵²

Dakle, odluka kojom se pravomoćno okončava postupak u smislu članka 54. CISA-e ne može biti odluka koja ne sadržava *nikakvu* ocjenu o meritumu slučaja. Znači li to da je tom presudom Europski sud ograničio primjenu europskog *ne bis in idem* samo na meritorne sudske odluke? Ipak ne. Sud nije kazao da mora biti riječ o odluci o predmetu slučaja, već o odluci koja mora sadržavati *ikakvu* ocjenu predmeta slučaja. Znači li to da sama odluka mora sadržavati takvu ocjenu ili da ocjena mora biti sadržana u postupku koji je prethodio donošenju odluke, Sud nije odgovorio. No, mogući odgovori na to pitanje mogu se pronaći u kasnijim presudama Europskog suda.

3. 1. 3. Oslobađajuća presuda zbog nedostatka dokaza

U slučaju *Van Straaten*⁵³ Sudu je, među ostalim, upućeno i pitanje jesu li pravomoćne sudske presude kojima se optuženik oslobađa zbog nedostatka dokaza odluke kojima se postupak pravomoćno okončava u smislu članka 54. CISA-e.

Gospodin Van Straaten prvo je 1983. u Nizozemskoj pravomoćno oslobođen optužbe zbog nedostatka dokaza za kazneno djelo uvoza oko 5 kg heroina u Nizozemsku iz Italije u razdoblju od 27. do 30. ožujka 1983. Godine 1999.

⁵² *Ibid*, § 28 - 36.

⁵³ *Jean Leon Van Straaten, Judgement of the Court, 28 September 2006, C-150/05.*

u Italiji je u odsutnosti osuđen na zatvorsku kaznu od 10 godina za kazneno djelo izvoza oko 5 kg heroina iz Italije u Nizozemsku u razdoblju od 27. do 30. ožujka 1983. Godine 2002. na zahtjev nadležnih talijanskih vlasti u Schengenski informacijski sustav (SIS) uneseno je upozorenje (*alert*) s ciljem uhićenja i izručenja gospodina Van Straatena. Nizozemske su vlasti na upozorenje odgovorile isticanjem zastave (*flag*) u SIS-u, koja je štitila traženu osobu od uhićenja na području Nizozemske. Nakon što je gospodin Van Straaten u postupku pred nizozemskim sudom, pozivajući se na članak 54. CISA-e, tražio uklanjanje svojih osobnih podataka iz SIS-a, sud pred kojim se vodio taj postupak (Okružni sud u Hertogenboschu) zatražio je prethodnu odluku od Europskog suda.⁵⁴

U svojoj je presudi Sud utvrdio da se načelo *ne bis in idem* iz članka 54. CISA-e odnosi i na pravomoćne oslobađajuće sudske odluke zbog nedostatka dokaza. Odluku je obrazložio uvodno se oslanjajući na tekst članka 54. Naime, okolnost da taj članak za osuđujuće presude postavlja dodatne uvjete da bi ušle u njegovo područje primjene ne bi imala nikakvoga smisla, bila bi suvišna kada bi se taj članak odnosio samo na osuđujuće presude.⁵⁵ Gledajući članak 54. kroz prizmu njegova cilja, a taj je da se pravo slobodnog kretanja ne ograničava mogućnošću dvostrukog ili višestrukog kaznenog progona zbog istih radnji u nekoliko stranaka ugovornica, Sud zaključuje da bi izostavljanje pravomoćnih oslobađajućih presuda iz njegova područja primjene značilo stavljanje tog cilja u opasnost, odnosno značilo bi ograničavanje prava na slobodno kretanje.⁵⁶ To bi dovelo i do zanemarivanja načela pravne sigurnosti i načela zaštite legitimnih očekivanja. Svatko tko je pravomoćno oslobođen zbog nedostatka dokaza u jednoj stranci ugovornici ima pravo legitimno očekivati da će nadležna tijela drugih stranaka ugovornica poštovati tu odluku i da neće biti izvrgnut opasnosti višestrukog kaznenog progona u istoj stvari.⁵⁷

Sud je istaknuo da je ovdje riječ o meritornoj sudskoj odluci. Naime, podsjećajući na svoju presudu u slučaju *Miraglia*⁵⁸, Sud zaključuje da u ovom slučaju nije potrebno odlučiti odnosi li se članak 54. CISA-e i na oslobađajuće presude koje se ne temelje na ocjeni predmeta slučaja zato što se odluka koja je predmet ovoga postupka temelji na takvoj ocjeni.⁵⁹

⁵⁴ *Ibid*, § 19 - 30.

⁵⁵ *Ibid*, § 56.

⁵⁶ *Ibid*, § 57 - 58.

⁵⁷ *Ibid*, § 59.

⁵⁸ *V. supra*, 3. 1. 2.

⁵⁹ *Op. cit.*, bilj. 53, § 60.

3. 1. 4. Oslobađajuća presuda zbog zastare kaznenog progona

U slučaju *Gasparini*⁶⁰ Europskom je sudu upućeno pitanje ulazi li pravomoćna odluka o okončanju kaznenog postupka zbog zastare kaznenog progona u područje primjene članka 54. CISA-e, odnosno je li to odluka kojom se postupak pravomoćno okončava u smislu te odredbe.

Prethodnu odluku Europskog suda u ovom je slučaju zatražio Pokrajinski sud u Málagi u Španjolskoj. Pred tim sudom dioničari i članovi uprave dioničkog društva *Minerva* iz Španjolske bili su optuženi da su počinili kazneno djelo krijumčarenja robe tako što su 1993. kroz portugalsku luku Setúbal uvezli maslinovo ulje iz zemalja koje nisu članice Unije ne prijavivši tu robu portugalskim carinskim vlastima. Nakon toga ulje je kamionima prebačeno u Málagu. Tijekom postupka pred tim sudom ustanovljeno je da je za iste te radnje protiv nekih od okrivljenika ranije vođen kazneni postupak pred sudom u Setúbalu i da su odlukom tog suda, potvrđenom od strane Vrhovnog suda Portugala, optuženici oslobođeni na temelju zastare kaznenog progona.⁶¹

U svojoj presudi Sud prije svega podsjeća da se članak 54. CISA-e ne primjenjuje samo na pravomoćne osuđujuće, već, kako je utvrdio u slučaju *Van Straaten*, i na pravomoćne oslobađajuće sudske odluke zbog nedostatka dokaza.⁶² Napominje da je njegovom sudskom praksom, kroz slučajeve *Gözütok i Brügge* i *Van Straaten* utvrđeno da je cilj članka 54. CISA-e osigurati pravo slobodnog kretanja osoba koje ne smije biti ograničeno mogućnošću da ista osoba zbog istih radnji bude kazneno gonjena u nekoliko stranaka ugovornica.⁶³ Upravo sloboda kretanja osoba, odnosno osiguranje maksimalnog doseg toga prava, temelj je na kojem je Sud donio odluku da i pravomoćna sudska odluka, donesena nakon što je kazneni postupak započet, a kojom se optuženik oslobađa optužbe zbog zastare kaznenog progona, ulazi u područje primjene članka 54. CISA-e.⁶⁴ Sud se u svojoj odluci osvrnuo i na problem harmonizacije, odnosno barem usklađivanja nacionalnih kaznenih prava, ističući da različitost nacionalnih kaznenopravnih propisa koji se odnose na zastaru kaznenog progona⁶⁵

⁶⁰ *Gasparini and Others, Judgement of 28 September 2006, C-467/04.*

⁶¹ *Ibid*, § 16 - 18.

⁶² *Ibid*, § 24 - 25.

⁶³ *Ibid*, § 27.

⁶⁴ *Ibid*, § 28.

⁶⁵ Na ovu različitost u svojem mišljenju upozorava nezavisna odvjetnica Sharpston. Dok zemlje kontinentalnog pravnog sustava poznaju zastaru kaznenog progona, pritom pro-

nije ni od kakvog utjecaja na tumačenje članka 54. CISA-e jer ni odredbe o policijskoj i pravosudnoj suradnji u kaznenim stvarima u Ugovoru o Europskoj uniji niti u Schengenskom sporazumu ili u Konvenciji svoju primjenu ne uvjetuju harmonizacijom ili barem usklađivanjem nacionalnih pravnih sustava.⁶⁶ U istom je kontekstu naglasio važnost međusobnog povjerenja stranaka ugovornica u njihove kaznenopravne sustave, osobito u onim situacijama kada zbog različitih nacionalnih pravnih propisa ista situacija u različitim pravnim sustavima biva različito riješena.⁶⁷

Sud je primjenu *ne bis in idem* iz članka 54. CISA-e u slučaju zastare kaznenog progona ograničio na pravomoćne sudske odluke donesene nakon započinjanja kaznenog postupka. Opravdano se možemo zapitati koji je smisao tog ograničenja. U traženju smisla može nam pomoći mišljenje nezavisne odvjetnice Eleanor Sharpston.⁶⁸ Nezavisna odvjetnica svoje mišljenje izgrađuje na postavci da je smisao načela *ne bis in idem* u zaštiti pojedinca od neopravdanih presizanja države, odnosno od zloporabe državnog prava kažnjavanja (*ius puniendi*). Država, naime, ima samo jednu priliku "izravnati račun" s pretpostavljenim počiniteljem kaznenog djela, i to čini u sudskom postupku. Takav postupak za osobu protiv koje se vodi predstavlja opasnost u smislu angloameričke jezične inačice za načelo *ne bis in idem - double jeopardy*. Međutim, o stavljanju pretpostavljenog počinitelja u opasnost (*jeopardy*) može se govoriti samo u onom postupku u kojem se ušlo u meritum predmeta, odnosno u bit stvari. Prema mišljenju odvjetnice Sharpston pravomoćna oslobađajuća sudska odluka koja se temelji na zastari kaznenog progona ulazi u područje primjene načela *ne bis in idem* jedino ako je donesena u postupku u kojem je već počelo ispitivanje merituma slučaja. Takva odluka donesena u postupku u kojem se u meritum slučaja još nije ni ušlo opravdava primjenu načela *ne bis in idem* u nacionalnom, ali ne i u transnacionalnom, europskom kontekstu. To je ograničenje u

pisujući različite rokove zastare za ista kaznena djela, Engleska, Škotska i Irska uopće ne poznaju taj institut. U tim zemljama, doduše, postoje drugi mehanizmi kojima se državnom odvjetništvu ograničava pravo kaznenog progona pod određenim okolnostima, kao što je institut zloporabe procesa (*abuse of process*). Odvjetnica Sharpston na temelju toga zaključuje da ne postoji univerzalno priznanje zastare kao općeg načela u kaznenopravnim sustavima država članica. *Opinion of Advocate General Sharpston delivered on 15 June 2006*, § 67 - 69.

⁶⁶ *Op. cit.*, bilj. 60, § 29.

⁶⁷ *Ibid.*, § 30.

⁶⁸ *Op. cit.*, bilj. 65.

primjeni načela *ne bis in idem* u kontekstu europskog kaznenog prava nužno s obzirom na trenutačni stupanj razvoja toga prava, na kojem još nisu poduzeti nikakvi značajniji koraci u smislu harmonizacije ili usklađivanja nacionalnih kaznenih prava, a samo uzajamno povjerenje i na njemu utemeljeno uzajamno priznanje nisu dovoljni za ostvarivanje ciljeva proklamiranih Ugovorom o Europskoj uniji.⁶⁹

Iz presude Suda jasno proizlazi da mišljenje nezavisne odvjetnice nije prihvaćeno. Možda se, ipak, dio odluke Suda o potrebi započinjanja kaznenog postupka može tumačiti na tragu tog mišljenja, na način da započinjanje kaznenog postupka znači opasnost za pretpostavljenog počinitelja kaznenog djela u smislu da omogućuje preispitivanje merituma spora.

3. 1. 5. Presude donesene u odsutnosti okrivljenika

U slučaju *Bourquain*⁷⁰ Sud se u svojoj presudi osvrnuo na status presude donesene u odsutnosti optuženika (*judgement in absentia*) u okvirima odredbe članka 54. CISA-e.

⁶⁹ *Ibid*, § 72 - 77. U pisanom dijelu postupka pred Sudom mišljenja država članica koje su odlučile sudjelovati u tom dijelu postupka i podnijele pisana razmatranja i Komisije podijelila su se na dva moguća pristupa. Odvjetnica Sharpston ih naziva procesno i suštinski utemeljenim pristupima. Prema procesnom pristupu svaka pravomoćna odluka jedne stranke ugovornice kojom se okrivljenik oslobađa na temelju zastare kaznenog progona dostaje za primjenu načela *ne bis in idem*. Prema suštinski utemeljenom pristupu, za koji se zalaže i odvjetnica Sharpston, takva odluka dostaje za primjenu načela *ne bis in idem* jedino ako je donesena u postupku u kojem se već ušlo u ispitivanje merituma slučaja, odnosno u kojem je okrivljenik suočen s opasnošću kaznenog progona i osude u smislu *double jeopardyja*. Nezavisna odvjetnica u prilog takva pristupa ističe sljedeće argumente: ovakav pristup više odgovara smislu načela *ne bis in idem*, njime se postiže odgovarajuća ravnoteža između slobode kretanja osoba i borbe protiv kriminala, u skladu je s dosadašnjom praksom Suda o načelu, i u europskom kaznenom pravu i pravu Europske zajednice te, zaključno, pomaže u sprječavanju pojave *criminal jurisdiction shoppinga*, odnosno mogućnosti za pojedinca da namjerno odlazi pred sud jedne od stranaka ugovornica zato što sa sigurnošću zna da će tamo biti oslobođen na temelju zastare kaznenog progona. *Ibid*, § 85 - 104.

⁷⁰ *Staatsanwaltschaft Regensburg v Klaus Bourquain, Judgement of the Court 11 December 2008, C-297/07.*

U ovom slučaju bila je riječ o njemačkom državljaninu koji je kao član francuske Legije stranaca sudjelovao u ratu u Alžiru. Pokušavajući dezertirati, na alžirsko-tuniskoj granici 4. svibnja 1960. usmratio je drugog legionara, također njemačkog državljanina, koji ga je pokušavao spriječiti u bijegu. Stalni vojni sud za Istočnu zonu Konstantina, koja je bila pod francuskom okupacijom, smješten u Bônu u Alžiru, 26. siječnja 1961. primjenjujući odredbe francuskog Zakona o vojnom pravosuđu za francusku vojsku od 15. ožujka 1927. u odsutnosti ga je osudio na smrt. Izrečena kazna nikad nije izvršena. To je kazneno djelo Zakonom broj 68-697 od 31. srpnja 1968. obuhvaćeno amnestijom za sva kaznena djela počinjena u vezi s događajima u Alžiru. Prema odredbama spomenutog Zakona o vojnom pravosuđu ako se osoba osuđena u odsutnosti pojavi pred sudom prije isteka roka zastare izvršenja kazne (20 godina), kazna izrečena u odsutnosti neće se izvršiti, već će se otvoriti novi kazneni postupak, ovaj put u prisutnosti okrivljenika. Dana 11. prosinca 2002. državno odvjetništvo u njemačkom gradu Regensburgu podignulo je pred tamošnjim Pokrajinskim sudom optužnicu protiv gospodina Bourquaina zbog istog kaznenog djela. Pokrajinski sud u Regensburgu zatražio je dodatne informacije o ranije donesenoj presudi za isto kazneno djelo od pariškog Vojnog suda, a državni odvjetnik koji postupa pred tim sudom odgovorio je da je presuda donesena protiv gospodina Bourquaina postala pravomoćna istekom roka od 20 godina u kojem se mogla preispitivati, a istekom tog roka nastupila je i zastara izvršenja kazne. Pokrajinski sud u Regensburgu zatražio je mišljenje i od Instituta Max-Planck za strano i međunarodno kazneno pravo iz Freiburga koji je odgovorio da odluka iz 1961. ulazi u područje primjene članka 54. CISA-e, iako je njezino izravno izvršenje bilo nemoguće zbog posebnosti francuskog prava.⁷¹

Pokrajinski sud u Regensburgu od Europskog je suda zatražio tumačenje onog dijela odredbe članka 54. CISA-e koji se odnosi na izvršenje osuđujuće odluke kojom je postupak pravomoćno okončan.⁷² U okviru svojih razmatranja u traženju odgovora na postavljeno pitanje Sud se osvrnuo općenito na odluke donesene u odsutnosti i njihov položaj u okvirima članka 54. CISA-e, baveći se pitanjem mogu li se odluke donesene u odsutnosti smatrati onima kojima se postupak pravomoćno okončava u smislu tog članka.

⁷¹ *Ibid*, § 11 - 26.

⁷² O tome više *infra*, 3. 3.

Europski je sud uvodno napomenuo da u načelu i osuđujuće odluke donesene u odsutnosti ulaze u područje primjene članka 54. CISA-e.⁷³ Sud se oslanja na tekst članka 54. koji ne isključuje odluke donesene u odsutnosti. Naime, jedini je uvjet za njegovu primjenu da je riječ o odluci kojom se postupak pravomoćno okončava.⁷⁴ Sud se poziva na svoju prijašnju praksu prema kojoj harmonizacija nacionalnih kaznenih prava nije preduvjet za primjenu članka 54., pa tako ni u slučaju odluka donesenih u odsutnosti, te ističe važnost uzajamnog povjerenja stranaka ugovornica u njihove nacionalne kaznenopravne sustave.⁷⁵

Osim pitanja ulaze li odluke donesene u odsutnosti u područje primjene članka 54. CISA-e, Sud je trebao utvrditi i omogućuje li ova konkretna odluka primjenu načela *ne bis in idem*. Europski je sud prije, u slučaju *Gözütok i Brügge*, utvrdio da je nacionalno kazneno pravo odlučujuće za davanje odgovora na to pitanje. Naime, prema presudi u tom slučaju svaka odluka koja prema nacionalnom kaznenom pravu konačno zabranjuje daljnje postupanje ili konačno obustavlja kazneni progon ima se smatrati odlukom kojom je slučaj pravomoćno okončan u smislu članka 54. CISA-e.⁷⁶ U slučaju *Bourquain*, nakon izricanja osude, u roku od 20 godina, koji je rok zastare izvršenja kazne, osuđenikovo pojavljivanje pred francuskim sudom moglo je dovesti do ponovnog otvaranja kaznenog postupka. Jasno je da do isteka tog roka osuđujuća presuda izrečena u odsutnosti nije mogla steći učinak koji bi ispunjavao prije navedene kriterije iz slučaja *Gözütok i Brügge*, a da bi se takva odluka mogla smatrati pravomoćnom u smislu članka 54.⁷⁷ Međutim, istekom roka u kojem je osuđenik mogao tražiti ponovno otvaranje kaznenog postupka stekli su se uvjeti da se presuda francuskog suda smatra pravomoćnom u smislu članka 54. Naime, prema riječima nadležnih francuskih tijela koja su odgovorila na zahtjev za pojašnjenjem Provincijskog suda u Regensburgu, presuda iz 1961. prema francuskom je pravu postala pravomoćna istekom roka zastare izvršenja kazne i više se ne može izmijeniti.⁷⁸

Zanimljivo je da u svojem odgovoru francuska tijela nisu spomenula amnestiju. Niti Sud se nije detaljnije bavio pitanjem amnestije i njezina utjecaja na pravomoćnost i izvršnost presude francuskog suda. Učinci amnestije stvar su

⁷³ *Op. cit.*, bilj. 70, § 34.

⁷⁴ *Ibid*, § 13.

⁷⁵ *Ibid*, § 14 - 15.

⁷⁶ *Op. cit.*, bilj. 40, § 30.

⁷⁷ *Opinion of Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer delivered on 8 April 2008*, § 60.

⁷⁸ *Op. cit.*, bilj. 70, § 24.

isključivo nacionalnog kaznenog prava.⁷⁹ Sud se zadovoljio konstatacijom da, uzimajući u obzir propise francuskoga prava o amnestiji, ona ne može imati učinak da se presuda donesena protiv počinitelja u postupku za kazneno djelo obuhvaćeno amnestijom smatra nepostojećom.⁸⁰

Kakav je učinak okolnosti da se osuda francuskog suda ni u jednom trenutku nije mogla izvršiti, Sud nije razmatrao u okviru pitanja pravomoćnosti iz članka 54., već u okviru pitanja izvršenja iz istog članka, stoga će o tome biti više riječi poslije.⁸¹

Pitanje koje je uključivalo presude u odsutnosti pojavilo se i u slučaju *Kretzinger*.⁸² Europski je sud trebao dati odgovor na pitanje može li se presuda donesena u odsutnosti čije izvršenje može biti podvrgnuto ispunjavanju jamstava iz članka 5 (1) Okvirne odluke o europskom uhidbenom nalogu smatrati odlukom kojom je postupak pravomoćno okončan u smislu članka 54. CISA-e. Sud nije odgovorio na to pitanje, smatrajući to nepotrebnim nakon što je odgovorio na druga pitanja upućena mu na prethodnu odluku u tom slučaju.⁸³ Međutim, prije Suda priliku dati svoje viđenje tog problema imala je nezavisna odvjetnica Sharpston, koja je tu priliku i iskoristila.⁸⁴ Ona smatra da presuda donesena u odsutnosti ulazi u područje primjene članka 54. CISA-e ako se tom odlukom, sukladno odredbama nacionalnog kaznenog prava stranke ugovornice koja je odluku donijela, onemogućuje daljnje postupanje u istom predmetu. Kriterij je jednak kao i za sve druge odluke sudova i drugih nadležnih tijela stranaka ugovornica. Ipak, kada je riječ o presudama u odsutnosti, odvjetnica Sharpston se zalaže za uvođenje još jednog dodatnog uvjeta. Naime, da je postupak koji je prethodio donošenju takve odluke proveden u skladu s člankom 6. EKLJP-a. Postupanje protivno navedenom članku Konvencije bilo bi kršenje članka 6 (1) i (2) Ugovora o Europskoj uniji i kršenje općih načela prava Unije.⁸⁵

⁷⁹ *Op. cit.*, bilj. 77, § 28 i pripadajuća bilj. 32.

⁸⁰ *Op. cit.*, bilj. 70, § 44.

⁸¹ *V. infra*, 3. 3.

⁸² *Kretzinger, Judgment of the Court, 18 July 2007, C-288/05*. Više o ovom slučaju bit će napisano dalje u radu. *V. infra*, 3. 3.

⁸³ *Ibid*, § 65 - 68. Odgovor na to pitanje postao je suvišan nakon što je Sud u odgovoru na prethodno pitanje utvrdio da odredbe Okvirne odluke o europskom uhidbenom nalogu ne utječu na tumačenje pojma izvršenja u članku 54. CISA-e.

⁸⁴ *Opinion of Advocate General Sharpston delivered on 5 December 2006*. Mišljenje odvjetnice Sharpston i presuda Suda u ovom slučaju vremenski prethode odluci donesenoj u slučaju *Bourquain*.

⁸⁵ *Ibid*, § 98 - 103.

3. 1. 6. Odluka koja nije pravomoćna po nacionalnom kaznenom pravu stranke ugovornice

Za sada posljednji slučaj u kojem je Europski sud tumačio značenje pravomoćnog okončanja postupka iz članka 54. CISA-e jest *Turansky*.⁸⁶

Protiv gospodina Turanskog u Austriji je pokrenuta istraga zbog sumnje da je počinio kazneno djelo razbojništva. Ustanovivši da okrivljenik nije dostupan austrijskim nadležnim tijelima i da se nalazi na području Slovačke, Austrija je od Slovačke zatražila da protiv njega pokrene kazneni postupak. Nakon što je Slovačka na to pristala, kazneni postupak protiv gospodina Turanskog u Austriji je prekinut. Međutim, istraga u Slovačkoj, koju je provodila tamošnja policija, njihovom je odlukom obustavljena nakon što je utvrđeno da nije riječ o kaznenom djelu. Sud u Austriji obraća se Europskom sudu s pitanjem je li u ovakvim okolnostima protiv okrivljenika moguće nastaviti kazneni postupak u Austriji, odnosno je li odluka slovačke policije o obustavi istrage odluka kojom se postupak pravomoćno okončava u smislu članka 54. CISA-e.⁸⁷

Da bi odgovorio na pitanje austrijskog suda, Europski je sud prvo želio utvrditi je li odluka slovačke policije pravomoćna po nacionalnom kaznenom pravu. Dakle, je li odluka policije o obustavi kaznenog postupka, donesena nakon ispitivanja merituma predmeta, a prije podizanja optužnice, po slovačkom pravu odluka kojom se postupak pravomoćno okončava. Sud zaključuje da je nužna pretpostavka koju nacionalna odluka mora ispunjavati da bi ušla u područje primjene članka 54. da je riječ o odluci koja je po nacionalnom pravu države čija su je nadležna tijela donijela pravomoćna i obvezujuća i da osobi pruža zaštitu nacionalnog *ne bis in idem*.⁸⁸ Odluka koja, prema pravu stranke ugovornice koja je prva počela kazneni postupak protiv osobe, konačno ne zabranjuje daljnji kazneni progon na nacionalnoj razini, ne može, u načelu, biti procesna smetnja počinjanju ili nastavljanju kaznenog postupka u odnosu na iste radnje protiv iste osobe u drugoj stranci ugovornici.⁸⁹ Prema mišljenju Suda drukčije bi tumačenje bilo protivno cilju članka 54. Naime, pružanje zaštite iz tog članka osobi protiv koje je u prvoj stranci ugovornici donesena odluka koja ostavlja otvorenom mogućnost njezina daljnjeg kaznenog progona i kažnjavanja bilo bi

⁸⁶ *Vladimir Turansky, Judgement of the Court, 22 December 2008, C-491/07.*

⁸⁷ *Ibid*, §17 - 25.

⁸⁸ *Ibid*, § 35.

⁸⁹ *Ibid*, § 36.

protivno cilju razvijanja Unije u prostor slobode, sigurnosti i pravde u kojem je zajamčena sloboda kretanja osoba.⁹⁰ Kako se odlukom slovačke policije konačno ne zabranjuje daljnji kazneni progon prema slovačkom pravu, ta odluka ne ulazi u područje primjene članka 54. CISA-e.

Sud se u svojoj presudi uopće nije bavio činjenicom da odluku o obustavi istrage nije donio sud, niti državno odvjetništvo, već policija. Za to nije ni bilo potrebe nakon što je utvrdio da nije riječ o pravomoćnoj odluci po nacionalnom kaznenom pravu stranke ugovornice. Ali, i da je bilo potrebe ući u to pitanje, sukladno onome što je Sud ranije kazao u presudi u slučaju *Gözutök i Brügge*⁹¹, opravdano se može pretpostaviti da ta činjenica sama za sebe ne utječe na status odluke u članku 54.

3. 1. 7. Zaključno o pravomoćnom okončanju postupka

Nakon pregleda presuda možemo ekstrahirati neka zajednička obilježja koje odluke moraju ispunjavati da bi ušle u područje primjene članka 54., odnosno da bi imale učinak odluka kojima se postupak pravomoćno okončava:

1. mora biti riječ o odlukama koje po odredbama nacionalnog kaznenog prava stranke ugovornice koja je odluku donijela konačno zabranjuju postupanje u istom predmetu. Drukčije kazano, da bi se određena odluka mogla smatrati takvom kojom se postupak pravomoćno okončava sukladno članku 54. CISA-e, isti joj učinak mora priznavati i nacionalno kazneno pravo stranke ugovornice čija su nadležna tijela odluku donijela. Mora biti riječ o odluci kojom se postupak pravomoćno okončava u smislu tog prava. Sud je ovo najjasnije kazao u slučaju *Turansky*, međutim već je u njegovoj prijašnjoj praksi, posebno u slučajevima *Gözütok i Brügge* i *Bourquain* to stajalište jasno došlo do izražaja.

Ovo je obilježje nužno, ali nije i dovoljno.⁹² Naime, u slučaju *Miraglia*, bila je riječ o odluci koja je pravomoćna po nacionalnom kaznenom pravu, ali ipak nije odluka kojom se postupak pravomoćno okončava u smislu članka 54. CISA-e. Ono što je toj odluci nedostajalo da bi ušla u područje primjene

⁹⁰ *Ibid*, § 42 - 43.

⁹¹ *V. supra*, 3. 1. 1.

⁹² Drukčije Robin Löf, *54 CISA and the Principles of ne bis in idem*, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, 2007., str. 313. Prema autorici ovo je obilježje dovoljno za primjenu načela.

članka 54. jest mogućnost kažnjavanja nezakonitog ponašanja. Iako bi se iz presude u tom slučaju moglo zaključiti da je njezin glavni nedostatak što je donesena u postupku u kojem se nije ušlo u meritum slučaja, ono što je zapravo spriječilo Sud da joj prizna učinak odluke kojom se postupak pravomoćno okončava je činjenica da bi to bilo suprotno cilju uspostavljanja i razvijanja Unije kao prostora slobode, sigurnosti i pravde. Stoga bismo mogli kazati da je drugo obilježje:

2. da je riječ o odluci čije priznanje kao odluke kojom se postupak pravomoćno okončava nije protivno cilju odredaba Glave VI Ugovora o Europskoj uniji, naime, održavanju i razvijanju Unije kao područja slobode, sigurnosti i pravde.⁹³

To su jedina dva obilježja koja nacionalna odluka mora ispunjavati da bi osobi u čijem je postupku donesena zajamčila zaštitu transnacionalnog europskog *ne bis in idem*.

Sva ostala obilježja odluke, od nacionalnog tijela koje ju je donijelo, preko prirode odluke (meritorna ili procesna odluka) do pitanja je li riječ o odluci donesenoj u odsutnosti okrivljenika, za Sud nemaju važnosti. Za sva bismo ta obilježja mogli kazati, kako je Sud našao u slučaju *Gözütok i Brügge*, da je riječ o postupovnim ili strogo formalnim pitanjima koja su ionako različito riješena u pojedinim strankama ugovornicama.⁹⁴

Ipak, neka pitanja koja se tiču prirode odluke ostaju otvorena. Ako i prihvatimo da je u slučaju *Miraglia* ulazak u meritum spora zapravo sporedno pitanje s obzirom na to da je riječ o odluci čije bi priznanje kao odluke kojom se postupak pravomoćno okončava bilo protivno ciljevima Unije, ostaje nejasno koje je značenje u slučaju *Gasparini* Sud dao dijelu rečenice “nakon započinjanja kaznenog postupka”. Neki autori⁹⁵ taj dio presude izostavljaju iz svoje analize smatrajući ga nevažnim. Možda su u pravu, ali ostaje činjenica da u pitanju Pokrajinskog suda iz Málaga nije bilo tog dijela rečenice, a on se pojavljuje u presudi Europskog suda. U ovom smo radu njegov smisao pokušali pronaći u oslanjanju na ono što je u svojem mišljenju iznijela nezavisna odvjetnica Sharpston,⁹⁶ ali konačan odgovor na to pitanje dat će tek daljnja praksa Europskog suda.⁹⁷

⁹³ Tako i Katalin Ligeti, *Rules on the Application of ne bis in idem in the EU - Is Further Legislative Action Required?*, *Eucrim*, 01-02, 2009., str. 40.

⁹⁴ *Op. cit.*, bilj. 40, § 35.

⁹⁵ *Op. cit.*, bilj. 93, str. 40.

⁹⁶ *V. supra*, 3. 1. 4.

⁹⁷ Usporedi Wasmeier, *op. cit.*, str. 126.

3. 2. "Iste radnje"⁹⁸

Prvi slučaj u kojem su nacionalni sudovi od Europskog suda zatražili tumačenje *idem* u članku 54. CISA-e bio je *Van Esbroeck*.⁹⁹

Belgijski državljanin gospodin Esbroeck u Norveškoj je osuđen na pet godina zatvora zato što je 1. lipnja 1999. uvezao u tu zemlju veliku količinu opojnih droga. Nakon što je odslužio dio kazne, uvjetno je oslobođen i vraćen u Belgiju. Međutim, nakon povratka u Belgiju osuđen je na jednu godinu zatvora za ilegalni izvoz istih opojnih droga iz Belgije u Norvešku na dan 31. svibnja 1999. Po Esbroeckovoj žalbi slučaj je došao do belgijskog Kasacijskog suda koji je uputio pitanje Europskom sudu.¹⁰⁰

U odgovoru na pitanje predstavlja li izvoz opojnih droga iz jedne zemlje i njihov uvoz u drugu zemlju ugovornicu iste radnje u smislu članka 54., Europski je sud dao tumačenje *idem* u toj odredbi.

Naime, ovdje je riječ o dvama različitim kaznenim djelima u dvjema strankama ugovornicama. U Norveškoj je osuđen za nezakoniti uvoz opojnih droga, a u Belgiji za nezakoniti izvoz istih opojnih droga. Ako se *idem* odnosi na istu pravnu kvalifikaciju, nema mjesta njegovoj primjeni u ovom slučaju. Međutim, ako se ne odnosi na istu pravnu kvalifikaciju, već na iste činjenice, postavlja se pitanje je li ovdje riječ o istim ili različitim činjenicama u dvjema strankama ugovornicama.

Sud prije svega daje pojašnjenje da ista pravna kvalifikacija nije pozitivna pretpostavka za primjenu europskog *ne bis in idem*. Taj je dio svoje presude utemeljio na gramatičkom tumačenju članka 54. u kojem se govori o "istim radnjama", što predstavlja bitnu razliku u odnosu na odredbe članka 14(7) MPGPP-a i članka 4. Protokola 7 EKLJP-a, koje koriste riječi "kazneno djelo", što pretpostavlja da je za primjenu načela *ne bis in idem* po tim ugovorima potrebna ista pravna kvalifikacija.¹⁰¹ Međutim, Sud je svjestan okolnosti da takvo tumačenje može naići na otpor u pravosudnim krugovima stranaka ugovornica jer njihova prava različito pravno kvalificiraju iste radnje i te razlike mogu biti značajne ovisno o ciljevima politike suzbijanja kriminaliteta u pojedinoj državi. Zato Sud napominje da harmonizacija ili barem usklađivanje nacionalnih

⁹⁸ ...same acts...

⁹⁹ *Leopold Henri Van Esbroeck, Judgement of the Court, 9 March 2006, C-436/04.*

¹⁰⁰ *Ibid*, § 14 - 17.

¹⁰¹ *Ibid*, § 28.

kaznenih prava nije pretpostavka za primjenu članka 54. CISA-e. Primjena europskog *ne bis in idem* traži uzajamno povjerenje država članica u njihove pravosudne sustave. To uzajamno povjerenje upravo i dolazi do izražaja u slučaju različitih pravnih kvalifikacija istih radnji.¹⁰² Slijedom navedene argumentacije Sud zaključuje da niti identitet zaštićenih pravnih dobara nije pretpostavka za primjenu načela *ne bis in idem*.¹⁰³ Drukčije tumačenje, koje bi tražilo identitet pravnih kvalifikacija i zaštićenih pravnih dobara, stvorilo bi onoliko prepreka slobodnom kretanju osoba koliko je različitih kaznenopravnih sustava, odnosno koliko je stranaka ugovornica, što bi bilo protivno cilju članka 54.¹⁰⁴

Ako nije potreban identitet pravnih kvalifikacija i zaštićenih pravnih dobara, onda je jasno da je potrebno ono što je ostalo, a to je identitet činjenica. Identitet činjenica Europski sud vidi kao "identitet materijalnih radnji, shvaćenih u smislu postojanja skupa konkretnih okolnosti (činjenica) koje su međusobno neraskidivo povezane."¹⁰⁵ Te konkretne okolnosti (činjenice) moraju biti povezane s obzirom na vrijeme, mjesto i sadržaj.¹⁰⁶ Postoji li u konkretnom slučaju identitet materijalnih radnji, Sud nije odgovorio jer rješavanje činjeničnih pitanja konkretnog slučaja ni nije njegova zadaća, već zadaća nacionalnog suda. Međutim, Sud je prilično jasno izrazio svoje stajalište o tom pitanju utvrdivši da ovakva situacija, u načelu, predstavlja skup činjenica koje su po svojoj prirodi neraskidivo povezane. Dakle, izvoz droge iz jedne stranke ugovornice i njezin uvoz u drugu stranku ugovornicu, u načelu, imaju predstavljati iste radnje u smislu članka 54.¹⁰⁷

¹⁰² *Ibid*, § 29 - 30.

¹⁰³ *Ibid*, § 32.

¹⁰⁴ *Ibid*, § 33 - 35.

¹⁰⁵ ... *Identity of the material acts, understood in the sense of the existence of a set of concrete circumstances (facts) which are inextricably linked together. Ibid*, § 36 i točka 2 izreke.

¹⁰⁶ *Ibid*, § 38.

¹⁰⁷ *Ibid*, § 37 i točka 2 izreke presude. U ovom slučaju pitanje identiteta činjenica bilo je osobito zamršeno zato što je zahtijevalo tumačenje odnosa između članaka 54. i 71. CISA-e. Naime, posljednje navedeni članak obvezuje stranke ugovornice na prihvaćanje svih mjera nužnih za suzbijanje ilegalne trgovine opojnim drogama, sukladno postojećim konvencijama UN-a. Konvencija UN-a o opojnim drogama i psihotropnim supstancijama obvezuje stranke na kažnjavanje različitih oblika zloporabe opojnih droga kao posebnih kaznenih djela ako su počinjeni na teritorijima različitih stranaka ugovornica. Za potrebe konkretnog slučaja to znači da izvoz opojnih droga iz jedne stranke i uvoz u drugu predstavljaju dva različita, posebna kaznena djela. Znači li to da u slučaju kaznenih djela povezanih s opojnim drogama tumačenje članka 54. CISA-e ovisi o odredbi članka 71.

U slučaju *Van Straaten*¹⁰⁸ Sud je, vezano uz značenje *idem* u članku 54., ne samo ponovio svoje stajalište iz *Esbroecka*, već ga i dodatno razradio utvrdivši da u slučaju kaznenih djela koja se odnose na opojne droge *količine droge* koje su predmet postupaka u dvjema strankama ugovornicama ili *osobe* okrivljene kao supočinitelji ili sudionici djela ne moraju biti identične. Moguće je, dakle, da u slučaju kada ne postoji identitet količine droge ili personalni identitet supočinitelja i sudionika u dvama različitim postupcima ipak postoji identitet činjenica u smislu članka 54. I u takvom slučaju može i dalje biti riječ o skupu činjenica koje su po svojoj prirodi neraskidivo povezane.¹⁰⁹ Ono što u *Van Straaten*u neraskidivo povezuje činjenice koje su okrivljeniku u Nizozemskoj, a onda i u Italiji stavljene na teret jest okolnost da je riječ o istoj pošiljci droge koju okrivljenik najprije ima u Italiji i, u dogovoru s određenim osobama, izvozi je iz te zemlje, a zatim u dogovoru s nekim drugim osobama istu tu pošiljku uvozi u Nizozemsku i tamo je posjeduje. Ako je riječ o istoj drogi, drogi koja potječe iz iste pošiljke, onda razlika u količini droge koje su okrivljeniku u različitim postupcima stavljene na teret ne mora isključivati identitet činjenica.¹¹⁰

U slučaju *Gasparini*¹¹¹ Sud je utvrdio da krijumčarenje dobara u jednu državu članicu i njihova naknadna prodaja u drugoj državi članici *moгу* predstavljati iste radnje u smislu članka 54. CISA-e, ali da konačnu ocjenu mora dati nacionalni sud, rukovodeći se kriterijima koje je za tumačenje tog dijela odredbe članka 54.

CISA? Sud to stajalište nije prihvatio. Prema njegovu mišljenju odredbom članka 54. samo se sprječava vođenje više kaznenih postupaka protiv iste osobe zbog istih radnji, ali se ne dekriminalizira kažnjivo ponašanje. Ako se i uzme da je riječ o istim činjenicama, stranke ugovornice time ne krše svoje obveze iz članka 71. CISA-e. Zloporaba droga biva kažnjena, a osuđena osoba uživa zaštitu europskog *ne bis in idem*. *Ibid*, § 39 - 41.

¹⁰⁸ *V. supra*, 3. 1. 3.

¹⁰⁹ *Op. cit.*, bilj. 53, § 49 - 50.

¹¹⁰ Prema mišljenju nezavisnog odvjetnika Colomera ocjena je li riječ o istim radnjama iz članka 54. temelji se na vrednovanju triju okolnosti: vremenu, prostoru i namjeri počinitelja. O istim činjenicama može se govoriti ako postoji jedno (zajedničko) vrijeme, jedan (zajednički) prostor i jedna (zajednička) namjera. Počinjenje kaznenog djela uvijek se može podijeliti u više faza, ali za potrebe kažnjavanja protupravnog ponašanja sve te faze treba gledati kao jedinstvenu radnju počinjenja. U konkretnom slučaju moguće je da pojedina od okolnosti iz gore navedenog trojstva izostane (kao što je u ovom slučaju prostor - djelo je počinjeno na teritorijima različitih država), ali da jedinstvo radnje time ne bude narušeno. *Opinion of Advocate General Luiz-Jarabo Colomer delivered on 8 June 2006*, § 78 - 82.

¹¹¹ *V. supra*, 3. 1. 4.

dao Sud u slučaju *Esbroeck*.¹¹² Za razliku od *Esbroecka* i *Van Straatena*, u kojima je Sud kazao da izvoz opojnih droga iz jedne stranke ugovornice i uvoz u drugu stranku ugovornicu u načelu predstavlja iste radnje u smislu članka 54., u *Gaspariniju* je nešto oprezniji i kaže da krijumčarenje dobara u jednu državu članicu i njihova naknadna prodaja u drugoj *mogu* predstavljati iste radnje. Jasnije od Suda isto je kazala nezavisna odvjetnica Sharpston. Prema njezinu mišljenju moguće je zamisliti situacije u kojima je riječ o istim radnjama, ali jednako tako i situacije u kojima ne bi bila riječ o istim radnjama. Primjerice, u situaciji u kojoj bi jedna osoba krijumčarila dobra, a druga bi ih naknadno prodavala u drugoj državi članici, takvo jedinstvo radnji ne bi postojalo. Međutim, ako bi ista osoba prodavala dobra neposredno nakon njihova krijumčarenja, bila bi riječ o jedinstvenoj radnji odnosno o istim, neraskidivo povezanim činjenicama.¹¹³

Sud svoju praksu u pogledu *idem* nije znatnije modificirao u slučajevima *Kretzinger*¹¹⁴ i *Kraaijenbrink*.¹¹⁵

U *Kretzingeru* bila je riječ o dvama postupcima koji su se protiv istog okrivljenika vodili pred sudovima u Italiji i Njemačkoj. Naime, gospodin Kretzinger najprije je u Italiji proglašen krivim za krijumčarenje cigareta u Italiju i njihovo posjedovanje na talijanskom teritoriju. Nakon toga njemački ga je sud proglasio krivim za krijumčarenje cigareta u Grčku. Naime, bila je riječ o istoj pošiljci cigareta koja je iz država nečlanica prokrijumčarena u Grčku. Gospodin Kretzinger primio je krijumčarenu robu u Grčkoj i, namjeravajući je od početka prevesti svojim kamionom u konačno odredište, Ujedinjeno Kraljevstvo, uputio se onamo preko Italije i Njemačke. Nakon što su cigarete otkrivene na talijanskoj granici, pokrenut je prvi kazneni postupak protiv njega, a naknadno je uslijedio i drugi u Njemačkoj.¹¹⁶

Njemački Savezni vrhovni sud zatražio je od Suda da svojom presudom protumači mogu li se krijumčarenje cigareta u jednu državu članicu i njihov uvoz i posjedovanje u drugoj državi članici, ako je počinitelj od početka namjeravao cigarete transportirati od države članice ulaska cigareta do druge države članice kao konačnog odredišta, pritom prolazeći teritorijem nekoliko trećih država članica, smatrati istim radnjama u smislu članka 54. CISA-e.¹¹⁷ Sud je, u skladu

¹¹² *Op. cit.*, bilj. 60, § 53 - 57.

¹¹³ *Op. cit.*, bilj. 65, § 148 - 154.

¹¹⁴ *Op. cit.*, bilj. 82.

¹¹⁵ *Norma Kraaijenbrink, Judgement of the Court, 18 July 2007, C-367/05.*

¹¹⁶ *Op. cit.*, bilj. 82, § 14 - 25.

¹¹⁷ *Ibid.*, § 28.

s ranije utvrđenim kriterijima u *Van Esbroecku*, *Van Staatenu* i *Gaspariniju*, utvrdio da je riječ o radnjama koje *mogu* predstavljati iste radnje u smislu članka 54., ali da konačnu ocjenu u tom pitanju donosi nacionalni sud.¹¹⁸

Sud je upotrijebio iste riječi kao i u *Gaspariniju*, “*mogu predstavljati*”. U *Van Esbroecku* i *Van Straatenu* utvrdio je da je riječ o radnjama koje “*u načelu predstavljaju*” iste radnje u smislu članka 54. Opravdano se možemo zapitati je li Sud u posljednja dva slučaja donekle oslabio svoj stav o dosegui identiteta činjenica kao kriterija za primjenu transnacionalnog europskog *ne bis in idem*. Ako usporidimo činjenice iz do sada obrađenih slučajeva, ipak dolazimo do zaključka da je riječ o činjeničnim konstelacijama koje se opravdano mogu svrstati u dvije zasebne skupine koje onda zaslužuju i donekle različitu ocjenu Europskog suda. Naime, u prvim dvjema presudama (*Van Esbroeck* i *Van Straaten*) bila je riječ o jedinstvenoj radnji s dvama naličjima (o izvozu opojnih droga s jedne strane granice i uvozu s druge). U drugim dvama slučajevima (*Gasparini* i *Kretzinger*) radnja izvršenja složena je od niza pojedinačnih radnji koje ovisno o okolnostima pojedinog slučaja mogu predstavljati jedinstvenu radnju. Ako su te pojedinačne radnje s obzirom na vrijeme, mjesto i sadržaj neraskidivo povezane, onda čine jedinstvenu cjelinu. To znači da kazneni postupak koji obuhvati dio te cjeline onemogućuje vođenje kaznenog postupka u drugoj stranci ugovornici koji bi se odnosio na druge činjenične dijelove iste cjeline. Međutim, u tijeku izvršenja tih radnji mogu se pojaviti okolnosti koje prekidaju jedinstvo i otvaraju novi činjenični slijed koji onda može biti predmetom kaznenog postupka u drugoj stranci ugovornici.

Gospođa Kraaijenbrink najprije je u Nizozemskoj osuđena za posjedovanje i raspolaganje prihodima ostvarenim nezakonitom trgovinom opojnim drogama u razdoblju od listopada 1994. do svibnja 1995. Nakon toga je u Belgiji osuđena zbog pranja novca - tako što je mijenjala novčanice stečene nezakonitom trgovinom opojnim drogama, u razdoblju od studenoga 1994. do veljače 1995. Belgijski je sud, naime, smatrao da posjedovanje i raspolaganje novcem ostvarenim nezakonitom trgovinom opojnim drogama u Nizozemskoj i pranje nezakonitom trgovinom opojnim drogama stečenog novca u Belgiji, iako povezane zajedničkom namjerom, nisu iste radnje u smislu članka 54. CISA-e. Nakon što je slučaj došao do Kasacijskog suda, on je uputio pitanje Europskom sudu.¹¹⁹

¹¹⁸ *Ibid*, § 37.

¹¹⁹ *Op. cit.*, bilj. 115, § 13 - 19.

Je li zajednička namjera dovoljna da određene činjenice ostvarene u realizaciji te namjere čine neraskidivo jedinstvo? Je li zajednička namjera koja povezuje različite činjenice sama po sebi dovoljna za aktivaciju europskog *ne bis in idem*? Odgovor Europskog suda je negativan. Sama subjektivna veza između radnji nije dovoljna da bi bila riječ o istim radnjama u smislu članka 54. Veza između radnji primarno je objektivna, one moraju biti povezane prostorno, vremenski i sadržajno.¹²⁰ O objektivnoj vezi u ovom slučaju moglo bi biti riječi jedino ako bi se u postupku pred belgijskim sudom utvrdilo da je u Nizozemskoj i u Belgiji bila riječ o u potpunosti ili djelomično istom novcu.¹²¹

Zaključno o praksi Suda o *idem* u članku 54. CISA-e možemo kazati da se Sud opredijelio za činjenično utemeljen pristup. Općenito govoreći o načelu *ne bis in idem*, problemu *idem* moguće je pristupiti s triju različitih stajališta:

1. potrebe identiteta pravnih kvalifikacija
2. potrebe identiteta zaštićenih pravnih dobara
3. potrebe identiteta činjenica

u dvama kaznenim postupcima protiv iste osobe.¹²² Činjenično utemeljenim pristupom Europski je sud dao autonomno tumačenje tog dijela odredbe članka 54. CISA-e. Takvo tumačenje osigurava neovisnost o posebnostima domaćih pravnih sustava stranaka ugovornica.¹²³ Ako uzmemo u obzir ono što je napisano u dijelu rada o pravomoćnom okončanju postupka, onda nam se ova pozicija Suda čini sama po sebi razumljivom. Naime, jedino pristup utemeljen na činjenicama omogućuje ostvarenje cilja članka 54., a to je slobodno kretanje osoba u području slobode, sigurnosti i pravde. Jedino ovakav pristup osobi koja je pravomoćno osuđena ili, kada je to odgovarajuće, pravomoćno oslobođena u kaznenom postupku u jednoj stranci ugovornici omogućuje slobodno kretanje u europskim okvirima, bez straha od kaznenog progona u drugoj stranci ugovornici. Na taj način osigurava se da posebnosti domaćih pravnih sustava ne ograničavaju pravo na slobodno kretanje pojedincu koji je jednom izravnao svoje račune s državnim pravom kažnjavanja.¹²⁴

Sud se, sukladno svojoj nadležnosti, ograničio na davanje smjernica u tumačenju *idem*, ne rješavajući činjenična pitanja konkretnih slučajeva koja su u

¹²⁰ *Ibid*, § 29 - 30.

¹²¹ *Ibid*, § 31.

¹²² Ligeti, *op. cit.*, str. 39.

¹²³ *Ibid*, str. 39.

¹²⁴ Usporedi Wasmeier, *op. cit.*, str. 127 - 129.

nadležnosti domaćih sudova. Činjenični pristup Suda pokazuje niz posebnosti. Sud je uveo pojam “neraskidivog jedinstva” činjenica koje mogu biti predmet dvaju postupaka u različitim strankama ugovornicama. Taj koncept omogućuje proširivanje opsega *ne bis in idem* i na one slučajeve u kojima ne postoji potpuni identitet činjenica, sve dok različite činjenice u različitim postupcima čine prostorno, vremensko i sadržajno “neraskidivo jedinstvo”. O tome je li stupanj povezanosti različitih činjenica tolik da ne dokida njihovo jedinstvo, odlučuje nacionalni sud na temelju ocjene činjeničnog stanja konkretnog slučaja.¹²⁵

3. 3. “Kazna ... izvršena, upravo se izvršava ili se više ne može izvršiti prema pravu stranke ugovornice koja ju je izrekla”¹²⁶

Kada je riječ o osuđujućim presudama kojima je izrečena kazna, članak 54. CISA-e predviđa dodatni uvjet za primjenu načela *ne bis in idem* koji se odnosi na izvršenje izrečene kazne. Izrečena kazna mora biti ili izvršena ili upravo u postupku izvršavanja ili mora biti riječ o kazni koja se više ne može izvršiti prema zakonima stranke ugovornice koja ju je izrekla. Smisao ovog dijela odredbe jest da se izbjegne pojava osoba koje bježeći od izvršenja izrečene kazne u jednoj stranci ugovornici dolaze u drugu stranku ugovornicu i pozivaju se na zaštitu *ne bis in idem*.¹²⁷

Pitanje značenja tog dijela odredbe članka 54. pojavilo se u dvama slučajevima pred Europskim sudom. Prvi put u slučaju *Kretzinger*¹²⁸, a drugi put u slučaju *Bourquain*.¹²⁹

¹²⁵ Usporedi Garačić i Grgić, *op. cit.*, str. 23. Autorice se pogrešno pozivaju na praksu Suda u slučajevima *Van Esbroeck* i *Van Straaten* da bi potkrijepile svoje navode da “odluka da li u konkretnom slučaju ima mjesta primjeni načela je u nadležnosti suda pred kojim se vodi odnosni postupak iz kojeg proizlazi prijedor radi li se o kršenju ovog načela”, a sve to u kontekstu pitanja je li riječ o odlukama kojima se postupak pravomoćno okončava. Nacionalni sud donosi konačnu odluku o činjenicama slučaja, odnosno o *idem* u ovom kontekstu, međutim, pitanje *bis* je pitanje za Europski sud, a ne za nacionalni sud pred kojim je iskrsnula dvojba o tumačenju članka 54. Nacionalni sud u ovom je smislu vezan presudom Europskog suda kao obvezujućim pravnim izvorom.

¹²⁶ *Penalty ... has been enforced, it is actually in the process of being enforced or can no longer be enforced under the laws of the sentencing Contracting Party.*

¹²⁷ Ligeti, *op. cit.*, str. 40.

¹²⁸ *V. supra*, 3. 1. 5. i 3. 2.

¹²⁹ *V. supra*, 3. 1. 5.

U *Kretzingeru* Sud je utvrdio da je i uvjetna zatvorska kazna, izrečena u skladu s domaćim pravom suda koji ju je izrekao, kazna koja se izvršava, odnosno koja se više ne može izvršiti u smislu članka 54. CISA-e. Naime, prema mišljenju Suda, od trenutka kada je takva kazna postala izvršna pa do isteka roka kušnje traje razdoblje u kojem se kazna izvršava. Nakon isteka roka kušnje uvjetna se zatvorska kazna više ne može izvršiti.¹³⁰

Osim značenja uvjetne zatvorske kazne za potrebe ispunjenja “uvjeta izvršenja” iz članka 54., u *Kretzingeru* je Sud za iste potrebe utvrdio i značenje policijskog zadržavanja i pritvora (istražnog zatvora) za vrijeme trajanja postupka, koji se kasnije uračunavaju u izrečenu kaznu oduzimanja slobode prema pravu države čiji je sud kaznu izrekao. Mora li se, naime, smatrati da je kazna oduzimanja slobode izvršena ili se izvršava zato što je u njezino trajanje uračunato svako oduzimanje slobode za potrebe kaznenog postupka? Europski je sud negativno odgovorio na to pitanje. Oduzimanje slobode za potrebe kaznenog postupka i izvršenje kazne za potrebe primjene načela *ne bis in idem* imaju sasvim različitu svrhu.¹³¹

Posljednje, posebno zanimljivo pitanje koje se odnosilo na izvršenje kazne u slučaju *Kretzinger* tražilo je od Suda tumačenje odnosa između članka 54. CISA-e i Okvirne odluke o europskom uhidbenom nalogu.¹³² Imaju li odredbe Okvirne odluke utjecaja na tumačenje ovog dijela članka 54.? Država članica koja je izrekla kaznu može izdati europski uhidbeni nalog i njime tražiti predaju osuđene osobe radi izvršenja kazne. Gospodin *Kretzinger* tvrdio je da je sama ta mogućnost dovoljna da bi se uvjet izvršenja kazne iz članka 54. mogao smatrati ispunjenim.¹³³ Europski je sud odbio prihvatiti takvo tumačenje smatrajući ga protivnim članku 54., ali i odredbama Okvirne odluke. Članak 54. izričito traži da je kazna izvršena ili se izvršava, a ne samo da postoji mogućnost njezina izvršenja. Mora se priznati da odredbe Okvirne odluke posredno olakšavaju izvršenje kazne time što državi koja je izrekla kaznu omogućuju da lakše i brže dođe do tražene osobe. Ipak, time se samo povećava mogućnost izvršenja kazne,

¹³⁰ *Op. cit.*, bilj. 82, § 42 - 44.

¹³¹ *Ibid.*, § 45 - 52.

¹³² *Council Framework Decision 2002/584/JHA of 13 June 2002 on the European Arrest Warrant and the Surrender Procedures between Member States*, OJ 2002 L 190. Za pregled odredbi Okvirne odluke, v. Zoran Burić, *Europski uhidbeni nalog*, HLJKPP, 1, 2007., str. 217 - 266.

¹³³ *Op. cit.*, bilj. 82, § 57.

ali se sama kazna ne izvršava.¹³⁴ Odredba članka 3(2) Okvirne odluke obvezuje državu izvršenja da odbije izvršenje naloga ako je tražena osoba pravomoćno presuđena u državi članici u odnosu na iste radnje. Međutim, ako je pravomoćnom odlukom izrečena kazna, odbijanje je obvezno jedino ako je kazna izvršena.¹³⁵ Osim toga, sve stranke ugovornice nisu ujedno i države članice. Ako bi tumačenje članka 54. ovisilo o odredbama Okvirne odluke, stvorila bi se pravna nesigurnost. Pravnu nesigurnost stvorila bi i činjenica ograničenosti područja primjene europskog uhiđenog naloga¹³⁶, koje nema u slučaju članka 54. CISA-e.¹³⁷

U slučaju *Bourquain* bila je riječ o kazni koja ni u jednom trenutku nije mogla biti izvršena prema pravu stranke ugovornice koja ju je izrekla. U razdoblju u

¹³⁴ *Ibid*, § 59 - 60.

¹³⁵ *Ibid*, § 61. To, dakako, znači da država članica koja vodi kazneni postupak protiv određene osobe zbog istih radnji zbog kojih je protiv te osobe već donesena pravomoćna osuđujuća odluka u drugoj državi članici kojom je toj osobi izrečena kazna, ali koja nije izvršena, može nastaviti kazneni postupak protiv tražene osobe. Na taj se način otvara mogućnost da se protiv iste osobe zbog istih radnji vode dva kaznena postupka u dvjema državama članicama, iako državama na raspolaganju stoji učinkovito sredstvo koje omogućuje izvršenje kazne - europski uhiđbeni nalog. Osim toga, litispendencija u državi izvršenja naloga fakultativni je razlog za odbijanje izvršenja naloga prema članku 4(2) Okvirne odluke. Ako je država izvršenja počela postupak, ima pravo odbiti izvršenje naloga, iako je protiv tražene osobe zbog istih radnji već pravomoćno okončan postupak u drugoj državi članici i izrečena osuđujuća presuda, koja, međutim nije izvršena. Ali, prilikom čitanja ovih odredaba treba imati na umu da članak 54. CISA-e ima cilj osigurati pravo na slobodno kretanje u Uniji kao području slobode, sigurnosti i pravde. Osobi koja nije odslužila izrečenu kaznu opravdano je ograničiti to pravo mogućnošću vođenja dvostrukih kaznenih postupaka u istoj stvari. Ipak, možemo li takve odredbe smatrati sukladnima načelu uzajamnog priznanja koje se temelji na uzajamnom povjerenju država članica u njihove nacionalne kaznenopravne sustave? Ne bismo li sukladno tom načelu trebali očekivati davanje prednosti pravomoćno okončanom postupku u jednoj državi članici i izvršenju tamo izrečene kazne uz prethodno korištenje europskog uhiđenog naloga pred vođenjem novog kaznenog postupka pred vlastitim sudovima?

¹³⁶ Na koja se kaznena djela europski uhiđbeni nalog odnosi, propisuje članak 2. Okvirne odluke. V. bilj. 132.

¹³⁷ *Op. cit.*, bilj. 82, § 62. Budući da je Sud utvrdio da odredbe Okvirne odluke ne utječu na tumačenje članka 54. CISA-e, nije bilo potrebe odgovoriti na pitanje utječe li na ispunjenje uvjeta izvršenja iz članka 54. mogućnost, predviđena u Okvirnoj odluci za presude donesene u odsutnosti, da se izvršenje europskog uhiđenog naloga uvjetuje davanjem jamstava od nadležnih tijela države izdavanja naloga (članak 5(1) Okvirne odluke). *Ibid*, § 65 - 68.

kojem se mogla izvršiti, ni u jednom trenutku nije postala izvršna. Ali, nakon isteka roka zastare izvršenja kazne ona se više nije mogla izvršiti. Ulazi li takva kazna, koja se više ne može izvršiti, ali koja se ni u jednom trenutku niti nije mogla izvršiti, u područje primjene članka 54.? Stajališta sudionika u postupku podijelila su se u dvije skupine. Prva je smatrala da odredba članka 54. nužno traži da je kaznu bilo moguće izvršiti u određenom trenutku. Naime, riječi "ili se *više* ne može izvršiti prema zakonima stranke ugovornice koja ju je izrekla", prema tom stajalištu, zahtijevaju postojanje mogućnosti izvršenja u nekom trenutku.¹³⁸ Samo mogućnost koja je postojala *više* ne može postojati. Prema drugom stajalištu, koje je prihvatio i Sud, navedene riječi članka 54. ne traže takvu mogućnost. Odlučujući za nemogućnost izvršenja jest trenutak u kojem počinje drugi kazneni postupak. Da se kazna *više* ne može izvršiti, znači da se ne može izvršiti u tom trenutku. Kao i uvijek do sada, Sud je svoje tumačenje utemeljio na cilju članka 54., koji bi bio zanemaren ako bi pravo na slobodno kretanje bilo ograničeno mogućnošću ponovnog kaznenog progona osobe koja je pravomoćno osuđena, ali čija kazna, zbog posebnosti pravnog uređenja stranke ugovornice čija su mu tijela kaznu izrekla, ni u jednom trenutku nije mogla biti izvršena.¹³⁹

4. OSVRT NA USKLAĐENOST HRVATSKOG PRAVA S ČLANCIMA 54. - 58. CISA-e

Da bismo ocijenili usklađenost našeg prava s člancima CISA-e i sudskom praksom Europskog suda o *ne bis in idem*, moramo razmotriti odredbe članaka 15. i 16. Kaznenog zakona (dalje u tekstu: KZ). Već je prije bilo upozoreno na neusklađenost tih odredbi s odredbama CISA-e i praksom Europskog suda¹⁴⁰, pa su u cilju usklađivanja poduzete izmjene i dopune KZ-a. Ove su mjere poduzete u dvama navratima, Zakonom o izmjenama i dopunama KZ-a iz 2007.¹⁴¹, a onda i Zakonom o izmjenama i dopunama KZ-a iz 2008.¹⁴² Promjenama je najprije dodan stavak 2. u članak 15. kojim se, u slučaju kad je djelo počinjeno

¹³⁸ *Op. cit.*, bilj. 70, § 46.

¹³⁹ *Ibid.*, § 47 - 52.

¹⁴⁰ Đurđević, *op. cit.*, bilj. 25, str. 961 - 962.

¹⁴¹ Narodne novine, 110/2007 od 10. listopada 2007., članak 1.

¹⁴² Narodne novine, 152/2008 od 18. prosinca 2008., članak 1.

na teritoriju RH, isključila mogućnost vođenja novog kaznenog postupka u RH ako je djelo počinjeno i na teritoriju stranke ugovornice CISA-e koja je tu osobu za to djelo već pravomoćno osudila, a kazna je izvršena, izvršava se ili se više ne može izvršiti po zakonima te države. Ta je odredba inspirirana člankom 55.(a) CISA-e koji predviđa iznimku u primjeni načela *ne bis in idem*, a ta se iznimka odnosi na primjenu načela teritorijalnosti.¹⁴³ Međutim, ta odredba ipak nije uskladila naše pravo sa zahtjevima transnacionalnog europskog *ne bis in idem* jer je iz svojeg područja primjene isključivala sve odluke osim pravomoćne osude¹⁴⁴, što nije u skladu niti s člankom 54. CISA-e, niti s praksom Europskog suda.

Daljnijim zakonodavnim zahvatima u 2008. godini članak 15., stavak 2. usklađen je sa zahtjevima transnacionalnog europskog *ne bis in idem*. Naime, sada su u njegovo područje primjene uključene sve odluke kojima se postupak pravomoćno okončava u stranci ugovornici CISA-e, a djelo je djelomično počinjeno i na njezinu teritoriju. Zanimljivo je da je ova odredba KZ-a otišla dalje od zahtjeva CISA-e. Naime, članak 15., stavak 2. ne predviđa ispunjenje dodatnih uvjeta za odluke kojima je izrečena kazna, kao što to čini članak 54. CISA-e. To je, doduše, sukladno članku 58. CISA-e koji dopušta primjenu povoljnijih odredaba domaćeg prava o *ne bis in idem* koje se odnose na strane odluke. Ipak, način na koji je ta odredba formulirana izaziva dvojbu je li ona rezultat stvarnih namjera zakonopisca ili je izostavljanje uvjeta izvršenja izrečene kazne posljedica njegova propusta.

Međutim, otvorenim ostaje pitanje usklađenosti članka 16. KZ-a. On predviđa pretpostavke pod kojima se u RH može pokrenuti postupak za kaznena djela počinjena u inozemstvu, a na kojima RH ima kaznenu vlast. Taj članak, za razliku od članka 15., ne predviđa poseban položaj odluka koje dolaze iz stranaka ugovornica CISA-e. U najmanju ruku dvojbenom čini nam se mogućnost koju KZ ostavlja otvorenom, a odnosi se na slučajeve u kojima se kaznena vlast RH temelji na stavcima 2. i 4. članka 14. KZ-a.¹⁴⁵ Ti se slučajevi, naime,

¹⁴³ Ova odredba glasi: "Stranka ugovornica može prilikom ratificiranja, prihvaćanja ili odobrenja ove Konvencije izjaviti da se ne smatra obvezanom člankom 54. u jednom ili više sljedećih slučajeva: (a) ako su se radnje na temelju kojih je donesena strana presuda dogodile u cijelosti ili dijelom na njezinom teritoriju, pod uvjetom da se nisu dogodile i u stranci ugovornici koja je donijela presudu..."

¹⁴⁴ Za kritiku te odredbe, v. Đurđević, *op. cit.*, bilj. 25, str. 961 - 962.

¹⁴⁵ Ove odredbe glase:

"Članak 14. Primjena kaznenog zakonodavstva za kaznena djela počinjena izvan područja Republike Hrvatske

za razliku od ostalih odredbi istog članka, teško mogu podvesti pod iznimke od primjene članka 54. koje su propisane člankom 55. CISA-e.¹⁴⁶ Naime, sami ti članci nisu dvojbjeni. Oni reguliraju kaznenu vlast, koja nije predmet odredaba CISA-e¹⁴⁷, ali dvojbjeno je ono što oni omogućuju u kombinaciji s člankom 16. Opseg odluka koje su obuhvaćene člankom 16. nedovoljan je za kriterije iz članka 54. CISA-e onako kako ih tumači Europski sud. Taj opseg obuhvaća samo osuđujuće i oslobađajuće presude.¹⁴⁸ Tako, primjerice, te odredbe dopuštaju vođenje kaznenog postupka protiv stranca čiji je kazneni postupak u stranci ugovornici CISA-e pravomoćno okončan na neki drugi način, a ne donošenjem osuđujuće ili oslobađajuće presude, uz uvjet da je za to djelo po našem pravu propisana kazna od pet godina zatvora ili teža. Pod istim je uvjetima moguće

(2) Kazneno zakonodavstvo Republike Hrvatske primjenjuje se prema hrvatskom državljaninu koji izvan područja Republike Hrvatske počini bilo koje drugo kazneno djelo osim onih koja su obuhvaćena odredbom iz stavka 1. ovog članka.

...

(4) Kazneno zakonodavstvo Republike Hrvatske primjenjuje se prema strancu koji izvan područja Republike Hrvatske prema stranoj državi ili prema strancu počini kazneno djelo za koje se prema tom zakonodavstvu može izreći kazna zatvora od pet godina ili teža kazna.

...”.

¹⁴⁶ Osim primjene načela teritorijalnosti (vidi bilješku 140), ostale iznimke koje predviđa članak 55. CISA-e odnose se na primjenu zaštitnog načela, a glase:

“... (b) ako radnje na temelju kojih je donesena strana presuda predstavljaju kazneno djelo protiv nacionalne sigurnosti ili drugih jednako bitnih interesa te stranke ugovornice, (c) ako su radnje na koje se odnosi strana presuda počinjene od strane službenika te strane ugovornice u povredi njihove službene dužnosti.(...)”.

¹⁴⁷ O razlici pojmova kaznene vlasti, jurisdikcije i nadležnosti, v. Maja Munivrana, *Univerzalna jurisdikcija*, HLJKPP, 1, 2006., str. 190 - 193.

¹⁴⁸ Relevantni dijelovi članka 16. glase:

“Članak 16. Posebnosti glede pokretanja kaznenog postupka za kaznena djela počinjena izvan područja Republike Hrvatske

(1) U slučajevima iz članka 14. stavka 2., 3. i 4. ovog Zakona kazneni postupak radi primjene kaznenog zakonodavstva Republike Hrvatske neće se pokrenuti:

- ako je počinitelj u potpunosti izdržao kaznu na koju je osuđen u stranoj državi,
- ako je počinitelj u stranoj državi pravomoćnom presudom oslobođen ili mu je kazna po zakonu države u kojoj je kazneno djelo počinjeno oprostena ili zastarjela,

- ako se za pokretanja kaznenog postupka po zakonu države u kojoj je kazneno djelo počinjeno traži prijedlog, pristanak ili privatna tužba osobe prema kojoj je kazneno djelo počinjeno, a takav prijedlog ili tužba nisu podneseni, ili pristanak nije dan.

...”.

kod nas voditi postupak protiv hrvatskog državljanina, bez obzira na to o koliko je teškom djelu riječ (članak 14., stavak 2. u kombinaciji s člankom 16.). Stoga bi članak 16. KZ trebalo što prije dopuniti na način da u slučajevima primjene kaznene vlasti iz članka 14., stavaka 2. i 4. predvidi posebne uvjete za odluke koje dolaze iz stranaka ugovornica CISA-e. Ako je riječ o odlukama kojima se postupak pravomoćno okončava (i nakon što su ispunjeni posebni uvjeti koji se odnose na izvršenje odluke kojom je izrečena kazna), treba isključiti mogućnost vođenja novog kaznenog postupka u RH. Ta odredba treba jednako vrijediti i za hrvatske državljanke i za strance jer za primjenu transnacionalnog europskog *ne bis in idem* pitanja državljanstva nisu od važnosti.

5. ZAKLJUČAK

U okvirima Unije možemo govoriti o postojanju načela *ne bis in idem* u dva oblicima: nacionalnom i transnacionalnom. U primjeni nacionalnog *ne bis in idem* postoje goleme razlike između država članica. Praksa ESLJP-a koja se odnosi na članak 4. Protokola 7 može predstavljati važan poticaj za prihvaćanje jedinstvenih standarda u primjeni načela, ali bitnu zapreku na tom putu predstavlja činjenica da sve države članice nisu potpisnice Protokola 7.

Transnacionalni *ne bis in idem* odnosi se na slučajeve u kojima su involvirane različite europske nacionalne sudbenosti. Za razliku od nacionalnog *ne bis in idem*, ovdje postoje jedinstveni standardi razvijeni kroz praksu Europskog suda, odnosno kroz presude u kojima je Sud protumačio ključne elemente članka 54. CISA-e. Dakako da na taj način razvijeni transnacionalni *ne bis in idem* utječe na njegovu nacionalnu inačicu. Ako države članice žele ukloniti postojeći sustav dvaju kolosijeka u primjeni načela, jedini je put ujednačavanje (harmonizacija) ili barem usklađivanje (aproksimacija) nacionalnih prava. Praksu Suda moguće je sagledati upravo kao poticaj na ujednačavanje ili usklađivanje nacionalnih kaznenih prava.¹⁴⁹

Ne bis in idem, propisan člankom 54. CISA-e i razvijen kroz praksu Suda, uistinu je osobit oblik načela. Temelj njegove posebnosti je činjenica da djeluje u jedinstvenom europskom području slobode, sigurnosti i pravde. Kako je to Sud utvrdio u slučaju *Gözütok i Brügge*, odredba članka 54. promijenila je svoju prirodu kada je Ugovorom iz Amsterdama ugrađena u treći stup europskog

¹⁴⁹ Thwaites, *op. cit.*, bilj. 40, str. 260 i 262.

prava, što je imalo izravne posljedice na tumačenje te odredbe.¹⁵⁰ Ova odredba, na način na koji ju je protumačio Europski sud, služi dvama ciljevima: zaštiti temeljnih ljudskih prava i osiguranju slobodnog kretanja osoba u europskom području slobode, sigurnosti i pravde.¹⁵¹ Upravo važnost slobode kretanja osoba, kao jednog od temeljnih koncepata prava prvoga stupa, u stvarima trećeg stupa, ono je što posebno intrigira i daje jedinstven pečat europskom *ne bis in idem*. Ipak, riječ je o pravu slobodnog kretanja u području slobode, sigurnosti i pravde, u kojem je potrebno postići odgovarajuću ravnotežu između tog prava i potrebe za učinkovitim progonom i kažnjavanjem kaznenih djela. Upravo na tragu tih razmišljanja treba tumačiti praksu Suda o članku 54. CISA-e.

Temeljeći svoje presude na tim postavkama, Europski sud nije ni najmanje oklijevao priznati učinke odluka kojima se postupak pravomoćno okončava u smislu članka 54. formalnim odlukama kao što su izvansudska nagodba između državnog odvjetnika i okrivljenika ili oslobađajuća presuda zbog zastare kaznenog progona. Stranke ugovornice CISA-e imaju zajedničko i jedno pravo kaznenog progona i zajedničku i jednu odgovornost za neuspjeh kaznenog progona. Svoje pravo ostvaruju i svoju odgovornost dijele u zajedničkom, jedinstvenom europskom kaznenopravnom prostoru. Zato su stranke ugovornice prilikom primjene načela *ne bis in idem* obvezne poštovati odluke sudova i drugih nadležnih tijela stranaka ugovornica čak i onda kada su one rezultat neuspjeha u radu tih tijela (zastara, oslobađajuća presuda zbog nedostatka dokaza).

Ono što je počeo sa *bis*, Europski je sud nastavio sa *idem*. Pravna kvalifikacija i zaštićeno pravno dobro kriteriji su čijoj primjeni nema mjesta u transnacionalnom europskom *ne bis in idem*. Iste radnje u smislu članka 54. određuje identitet činjenica. Međutim, niti taj identitet ne mora biti potpun dok god različite činjenice čine prostorno, vremensko i sadržajno jedinstvo. Pravomoćno okončan postupak za dio tog jedinstva onemogućuje daljnji progon u transnacionalnom kontekstu. Dakako da je moguće zamisliti situacije u kojima tako široka pri-

¹⁵⁰ Vervaele, *op. cit.*, bilj. 1, str. 113 - 114. Autor objašnjava da je izričita namjera stranaka prilikom usuglašavanja oko teksta članka 54. CISA-e bila da se iz njegova područja primjene isključe izvansudske nagodbe između državnog odvjetnika i okrivljenika. Međutim, Sud je namjera stranaka prilikom sklapanja ugovora malo zanimala jer je u međuvremenu taj ugovor (CISA) postao dio trećeg stupa europskog prava. V. presudu u slučaju *Gözütok and Brügge*, *op. cit.*, bilj. 40, § 46.

¹⁵¹ Usporedi Tommaso Rafaraci, *The principle of ne bis in idem in the jurisprudence of the European Court of Justice*, *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen* (Stefan Braun et Anne Weyembergh, eds.), Institut d'Etudes Europeennes, Bruxelles, 2009., str. 85.

mjena *idem* daje nezadovoljavajuće rezultate u praksi. Međutim, u trećem je stupu europskog prava uspostavljen niz mehanizama koji omogućuju učinkovitu suradnju tijela kaznenog progona različitih država članica, pa je na ovu praksu Suda moguće gledati i kao na poticaj na korištenje tih mehanizama. Uspješna suradnja u fazi kaznenog progona i pravodobno rješavanje sukoba nadležnosti ionako primjenu načela *ne bis in idem* stavljaju u sasvim drugi plan.

Isti misaoni slijed Sud nastavlja i u tumačenju ograničenja u primjeni članka 54. koji se odnosi na izvršenje izrečene kazne. Tu pretpostavku za primjenu načela Sud tumači krajnje restriktivno. Tako je kazna izvršena ili se izvršava i onda kada je izrečena uvjetna osuda, a o kazni koja se više ne može izvršiti riječ je i onda kada se izrečena kazna ni u jednom trenutku nije ni mogla izvršiti.

Praksu Europskog suda valja pozdraviti. Postoji nekoliko razloga za to. Prvi i najvažniji među njima jest da je za Sud u središtu načela *ne bis in idem* pojedinac. Ali ovdje ne mislimo na pojedinca koji u europskim okvirima nesmetano ostvaruje pravo na slobodno kretanje, već na pojedinca koji je, nakon što je bio podvrgnut kaznenom postupku (i kazni) u jednoj stranci ugovornici, konačno izravnao svoje račune s “europskom *ius puniendi*”. Riječ je o pojedincu, slobodnoj osobi, koji nesmetano može ostvarivati sva svoja prava, pa i pravo na slobodno kretanje. Način na koji pojedinac do te slobode dolazi još je različit u strankama ugovornicama zbog nepostojanja jedinstvenih standarda u primjeni nacionalnog *ne bis in idem*, ali Europski je sud svojom praksom osigurao da je nijedna druga europska sudbenost jednom kada je ostvarena u nacionalnim okvirima ne može dovesti u pitanje. Drugi razlog je u nizu slučajeva pokazana, a u ovom području potvrđena, vodeća uloga Suda u stvaranju jedinstvenog europskog područja slobode, sigurnosti i pravde. Uloga Suda pokazuje se ključnom u onim situacijama u kojima državama članicama nedostaje međusobnog povjerenja i hrabrosti da suradnju u kaznenopravnom području podignu na višu razinu. U slučaju transnacionalnog europskog *ne bis in idem*, kao i u nizu drugih, Sud je posegnuo za idejama okosnicama prvog stupa i u trećem ih stupu iskoristio kao materijal za izgradnju Unije kao prostora slobode, sigurnosti i pravde.

U okviru pretpristupnih pregovora hrvatski je zakonodavac poduzeo mjere kako bi naše pravo prilagodio transnacionalnom europskom *ne bis in idem*. U tom su cilju, manje ili više uspješno, poduzete izmjene KZ-a. Međutim, i nakon učinjenih promjena ostaje pitanje usklađenosti odredbi članka 16. KZ-a s člancima 54. - 58. CISA-e i praksom Suda. Ta odredba, ako se njezina primjena temelji na članku 14., stavcima 2. i 4., omogućuje vođenje kaznenih postupaka u RH protivno zahtjevima europskog *ne bis in idem*. Članak 16. stoga

je potrebno izmijeniti tako da se, u slučaju kada se njegova primjena temelji na članku 14., stavcima 2. i 4., proširi krug odluka koje onemogućuju vođenje kaznenog postupka u RH na sve odluke koje dolaze iz stranaka ugovornica CISA-e, a kojima se postupak pravomoćno okončava. Otvorenim ostaje pitanje treba li primjenu te odredbe ograničiti u slučaju izrečene kazne, tako da se primjenjuje samo onda kada je kazna izvršena, izvršava se ili se više ne može izvršiti po pravu stranke ugovornice koja ju je izrekla. Zakonopisac je, namjerno ili slučajno, odustao od tog uvjeta u članku 15., stavku 2.

Summary

Zoran Burić*

THE PRINCIPLE *NE BIS IN IDEM* IN EUROPEAN CRIMINAL LAW - LEGAL SOURCES AND CASE LAW OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE

The principle of ne bis in idem is recognized as a fundamental human right, both in national and international law. However, in both these legal dimensions, its application is limited to the national context. In the EU, for years now a transnational dimension of the principle has been developed. The author gives an overview of the legal sources of transnational ne bis in idem in European criminal law. This is followed by the analysis of jurisprudence of the European Court of Justice, which shows an interesting link between the first pillar and the third pillar of the EU law. The final part of the article gives an analysis of the compatibility of Croatian law with transnational European ne bis in idem.

Key words: ne bis in idem, criminal law, European Union, Schengen Convention, European Court of Justice

* Zoran Burić, LL. B., Assistant Lecturer, Faculty of Law, Zagreb University, Trg maršala Tita 14, Zagreb

Zusammenfassung

Zoran Burić*

DER GRUNDSATZ NE BIS IN IDEM IM EUROPÄISCHEN STRAFRECHT - RECHTSQUELLEN UND DIE RECHTSPRECHUNG DES EUROPÄISCHEN GERICHTSHOFES

Der Grundsatz ne bis in idem ist sowohl im nationalen Recht als auch im Internationalen Recht als grundlegendes Menschenrecht anerkannt. Dennoch ist seine Anwendung in beiden Rechtsgebieten auf den nationalen Kontext beschränkt. In der Europäischen Union wird seit Jahren die transnationale Dimension dieses Grundsatzes entwickelt. Der Autor bietet einen Überblick über die Rechtsquellen des transnationalen ne bis in idem im europäischen Strafrecht. Danach folgt eine Analyse der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, die eine interessante Beziehung zwischen der ersten und dritten Säule des Gemeinschaftsrechts aufzeigt. Im abschließenden Teil des Beitrags wird die Harmonisierung des kroatischen Rechts mit den Anforderungen des transnationalen europäischen ne bis in idem untersucht.

Schlüsselwörter: ne bis in idem, Strafrecht, Europäische Union, Schengen-Abkommen, Europäischer Gerichtshof

* Zoran Burić, Dipl. - Jur., wiss. Assistent an der Juristischen Fakultät in Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb

