

Ne bis in idem u kontekstu konkurentnih međunarodnih nadležnosti



Finansira
Evropska unija





Finansira
Evropska unija



Izvještaj je nastao u okviru projekta „Zajedno do pravde: Pravna, psihološka i društvena podrška žrtvama ratnih zločina“, koji sprovodi Akcija za ljudska prava, uz podršku Evropske unije kroz regionalni projekat „EU podrška izgradnji povjerenja na Zapadnom Balkanu“, a koji implementira Program Ujedinjenih nacija za razvoj (UNDP). Sadržaj ovog izvještaja je isključiva odgovornost Akcije za ljudska prava i ne odražava nužno stavove Evropske unije niti UNDP-a.

Stručno mišljenje o načelu *ne bis in idem* u kontekstu konkurentnih međunarodnih nadležnosti

Amir Čengiđić¹ i Lejla Terzimehić

¹ Svi stavovi izneseni u ovom mišljenju su autorski i ne predstavljaju stavove njihovih bivših ili sadašnjih poslodavaca.

SADRŽAJ

I. Uvod - predmet Klapuh, kao ilustracija problematike kojom se bavi ovo mišljenje	5
II. Opseg, okvir i metodologija mišljenja	8
III. <i>Ne bis in idem</i> u međunarodnom pravu	9
1. Pojam i pravna priroda <i>ne bis in idem</i>	9
2. Međunarodne konvencije	9
3. Evropska unija.....	13
IV. Praksa nacionalnih pravnih sistema	15
1. Sjedinjene Američke Države	15
2. Italija.....	16
3. Srbija.....	19
4. <i>Ne bis in idem</i> u pravnom sistemu BiH	20
V. Pravosnažna presuda u odsustvu, <i>ne bis in idem</i> , i (ne)mogućnost prenosa predmeta ili podnošenje krivične prijave, analiza kroz primjer predmeta Klapuh	24
1. Prenos predmeta	24
2. Krivična prijava u BiH.....	31
VI. Zaključak	32

I. Uvod – predmet Klapuh, kao ilustracija problematike kojom se bavi ovo mišljenje

1. Mišljenje je urađeno na zahtjev nevladine organizacije Akcija za ljudska prava (*Human Rights Action* – HRA) iz Crne Gore i bavi se pitanjem procesuiranja ratnih zločina sa prekograničnom dimenzijom, suđenjem u odsustvu i načelom *ne bis in idem*. Fokusirajući se konkretno na Bosnu i Hercegovinu („BiH“) i Crnu Goru, **mišljenje se bavi pitanjem da li je načelo *ne bis in idem* prepreka ponovnom suđenju u jednoj državi za činjenice/krivično djelo za koje je već donesena presuda u odsustvu u drugoj državi.** Ovo pitanje je od posebnog značaja ako osuđena lica nisu dostupna pravosudnim organima države u kojoj im je suđeno, niti joj mogu biti izručena, te na taj način izbjegavaju privođenje pravdi.

2. Da ovo nije samo teoretsko pitanje, pokazuje predmet porodice Klapuh koja je u julu 1992. godine, kada je već uveliko počeo oružani sukob u BiH, tražila pomoć pri bijegu iz Foče. Prema presudama crnogorskih sudova, pripadnici tzv. Vojske Republike Srpske („VRS“): Janko Janjić, Radomir Kovač, Zoran Simović, Zoran Vuković i Vidoje Golubović su pristali da uz novčanu naknadu bezbjedno prevedu Hasana Klapuha, njegovu suprugu Feridu, i njihovu kćerku Senu od Foče do Podgorice. Nažalost, svo troje su ubrzo nakon prelaska granice, 6. jula 1992. godine, ubijeni od strane onih koji su obećali da im garantuju sigurnost.

3. Nakon suđenja u odsustvu, u presudi od 30. aprila 1993. godine, Viši sud u Podgorici, u svojstvu prvostepenog krivičnog suda, oglosio je krivim Janka Janjića, Radomira Kovača, Zorana Simovića i Zorana Vukovića za ubistvo članova porodice Klapuh, te ih kao saizvršioce osudio na kaznu zatvora od 20 godina.²

² Viši Sud u Podgorici, Presuda K. br. 20/93, 30. april 1993. godine (“prvostepena presuda”). Na osnovu iznesenih dokaza, prvostepeni sud je utvrdio da je 6. jula 1992. godine, na mostu “Obrada Cicmila” preko rijeke Pive, Janko Janjić usmrtio Hasana Klapuha pucnjem iz pištolja u glavu; da je Radomir Kovač pucao iz automatske puške u vrat Feride Klapuh, te da je Zoran Vuković iz pištolja upucao Senu Klapuh u predjelu desne strane grudnog koša. Ubrzo zatim, njih trojica, uz pomoć Zorana Simovića, su bacila mrtvo tijelo Hasana Klapuha te teško ranjene Feridu i Senu Klapuh sa mosta, niz litice kanjona rijeke Pive, nakon čega su i njih dvije podlegle nanesenim ranama (prvostepena presuda, str. 2, 4-6). Vrijedi napomenuti da prvostepeni sud nije prihvatio kvalifikaciju iz optužnice da je počinjeno djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva nego je isto kvalifikovao kao ubistvo.

Jedini koji je tada bio dostupan pravosudnim organima Crne Gore bio je Vidoje Golubović. On je osuđen na 8 mjeseci zatvora za krivično djelo neprijavlivanja krivičnog djela i učinioca i tu kaznu je izdržao.³

4. Tužilaštvo se žalilo na ovu presudu i Vrhovni sud Crne Gore je 15. juna 1995. godine uvažio žalbu, ukinuo prvostepenu presudu, te vratio predmet na ponovno suđenje.⁴

5. Ponovno odlučujući u svojstvu prvostepenog suda, Viši sud u Podgorici je 16. decembra 1996. godine donio novu presudu, sada u odsustvu svih pet optuženih.⁵ Utvrđene činjenice u ponovljenom postupku su gotovo identične onima u prvostepenoj presudi. Međutim, ovoga puta, vođen uputstvima Vrhovnog suda, sud je našao da su četvorica optuženih svojim postupcima prekršili međunarodno pravo te kvalifikovao ubistvo članova porodice Klapuh kao ratni zločin protiv civilnog stanovništva. Ista četvorica su ponovno osuđeni na po 20 godina zatvora, dok je uloga petooptuženog Golubovića prekvalifikovana u krivično djelo pomoć učiniocu poslije izvršenog krivičnog djela i ponovno je osuđen na 8 mjeseci zatvora.⁶ Ova presuda je postala pravosnažna 21. januara 1997. godine.

6. Vrijedi napomenuti da je Janko Janjić u međuvremenu preminuo,⁷ a prema informacijama koje je dobila HRA, isto je i slučaj sa Zoranom Simovićem.

7. Radomiru Kovaču i Zoranu Vukoviću je kasnije suđeno i pred Međunarodnim krivičnim sudom za bivšu Jugoslaviju („MKSJ“) u Hagu za druge zločine vezane za

3 Prvostepena presuda, str. 2, 7.

4 Vrhovni sud Republike Crne Gore, Rješenje, KŽ. br. 141/94, 15. jun 1995. godine, str. 2-6. Vrhovni sud je našao bitne povrede odredaba krivičnog postupka te ocijenio da prvostepeni sud nije dao razloge o izostavljanju iz činjeničnog opisa djela pojedinih dijelova opisa, kakav je bio dat u optužnici, te da je sud izostavio ocijeniti pravila međunarodnog prava. Prema Vrhovnom sudu, obrazloženje prvostepenog suda je bilo nejasno i protivrječno kada je u pitanju status optuženih nakon prelaska državne granice te postojanje oružanog sukoba u BiH. Vrhovni sud je dalje ocijenio da je prvostepeni sud pogriješio zato što je osudio optuženog Vidoja Golubovića za krivično djelo za koje nije bio optužen, što nije riješio pitanje da li je Golubović takođe saizvršilac krivičnog djela, te što nije odredio da li se njegove radnje mogu okvalifikovati kao saučesništvo.

5 Viši Sud u Podgorici, Presuda, K. br. 20/96, 16. decembar 1996. godine.

6 Vezano za prekvalifikaciju uloge Vidoja Golubovića, sud je naglasio da se on dobro poznavao sa ostalim optuženima te da mu nije bilo priječeno kada im je pomogao.

7 U noći između 12. i 13. oktobra 2000. godine, snage Organizacije sjevernoatlantskog ugovora („NATO“) su u Foči pokušale uhapsiti Janka Janjića po nalogu Tribunala i pod sumnjom da je počinio silovanja Bošnjakinja u Foči te mučenja. Tom prilikom, prema izvješću NATO-a, Janjić je detonirao ručnu bombu koja ga je ubila ali i nanijela lakše povrede članu njegove porodice i četvorici vojnika NATO-a. NATO, Saopštenje za javnost, 13. oktobar 2000. godine, <https://www.nato.int/docu/pr/2000/p00-093e.htm>.

oružani sukob u BiH. MKSJ ih je obojicu pravosnažno osudio za činjenje zločina protiv čovječnosti i ratnih zločina.⁸

8. Prema informacijama crnogorskih vlasti u posjedu HRA, protiv obojice trenutno postoje međunarodne potjernice na osnovu pravosnažne presude u predmetu Klapuh. Prema istim informacijama, Radomir Kovač i Zoran Vuković su državljani BiH te imaju prijavljeno boravište u toj zemlji koja ih, s obzirom na bilateralni Ugovor o izručenju između Crne Gore i BiH, ne može izručiti za krivična djela izvršena prije datuma stupanja na snagu tog Ugovora (2013. godine).⁹

9. Odlučujući o zamolnici Osnovnog suda u Podgorici za preuzimanje izvršenja kazne zatvora nad osuđenim Radomirom Kovačem, Sud BiH je zaključio da preuzimanje izvršenja kazne zatvora nije moguće, a obzirom na član 3. stav 8. bilateralnog Ugovora između BiH i Crne Gore o međusobnom izvršavanju sudskih odluka u krivičnim stvarima iz 2010. godine, koji određuje da se izvršenje presude neće preuzeti ako je sudska odluka donijeta u odsustvu osuđenog lica.¹⁰

10. Kao jedan od mogućih sljedećih koraka, otvoreno je pitanje mogućnosti prenošenja predmeta Klapuh pravosudnim organima BiH, te moguće novo suđenje na osnovu takvog prenosa, ili na osnovu krivične prijave u BiH. U vezi s tim, postavlja se pitanje da li bi novi postupak u BiH protiv preostale dvojice, kojima je već suđeno za ubistvo porodice Klapuh u Crnoj Gori, bio protivan načelu *ne bis in idem*.

8 MKSJ, *Tužilac protiv Dragoljuba Kunarca, Radomira Kovača i Zorana Vukovića*, predmet broj: IT-96-23-T&IT-96-23/1-T, presuda, 22. februar 2001. godine; MKSJ, *Tužilac protiv Dragoljuba Kunarca, Radomira Kovača i Zorana Vukovića*, predmet broj: IT-96-23&IT-96-23/1-A, presuda, 12. juni 2022. godine. MKSJ je zaključio da je Radomir Kovač, kao jedan od zamjenika komandanta vojne policije VRS-a i pripadnik paravojnih snaga u Foči, počinio porobljavanje i silovanje kao zločin protiv čovječnosti te silovanje i povrede ličnog dostojanstva kao ratni zločin. On je, između ostalog, odgovoran za zatvaranje i silovanje djevojaka te omogućavanja drugim vojnicima da siluju djevojke u Foči. Osuđen je na 20 godina zatvora. Zorana Vukovića je MKSJ osudio na 12 godina zatvora zbog činjenja mučenja i silovanja kao zločina protiv čovječnosti te kao ratnih zločina. Žrtva koju je silovao imala je samo 15 godina kada je on, zajedno sa drugim vojnikom, počinio ovaj strašni zločin. Vukoviću je 11. marta 2008. odobreno prijevremeno puštanje na slobodu. Ovdje je važno napomenuti da ni Kovača ni Vukovića MKSJ nije osudio za ubistvo.

9 Ugovor o izručenju između Crne Gore i BiH; Zakon o potvrđivanju Ugovora o izručenju između Crne Gore i BiH je objavljen u „Službenom listu CG - Međunarodni ugovori“, br. 4/2013 od 20. marta 2013. godine, član 7. stav 4.

10 Sud BiH, broj S1 1 K 039446 21 Mpom, Rješenje, 14. april 2021. godine, str. 5. Odluka o ratifikaciji Ugovora između BiH i Crne Gore o međusobnom izvršavanju sudskih odluka u krivičnim stvarima potpisanog u Sarajevu 9. jula 2010. godine, donesena je 24. augusta 2011. godine.

II. Opseg, okvir i metodologija mišljenja

11. Problematika navedenog pitanja je postavljena kroz okolnosti stvarnog predmeta (Klapuh) koji ukazuje na važnost ove tematike, ne samo za taj konkretan predmet, nego i za sve slične predmete u kojima postoji presuda u odsustvu te nedostupnost okrivljenih ili nemogućnost izvršenja kazne. Ovo stručno mišljenje će se ograničiti na situacije u kojima je takva presuda donesena u Crnoj Gori, a od značaja je za Bosnu i Hercegovinu, kao što je i slučaj sa predmetom Klapuh. Dakle, fokus ovog mišljenja su međunarodnopravni akti koji su obavezujući za dvije spomenute države. Ali, s obzirom da su ti akti, kao na primjer Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (1950) („EKLJP”), obavezujući za druge evropske države, te mišljenje obrađuje i predmete iz drugih jurisdikcija koji su od važnosti, postavljeno pitanje je nesumnjivo od šire relevantnosti i primjenjivosti. Ovo posebno iz razloga što susjedne države, Hrvatska i Srbija, još uvijek poznaju institut suđenja u odsustvu, a isti je i korišten kada su u pitanju predmeti ratnih zločina.¹¹

12. Metodologija mišljenja se zasniva na analizi relevantnih zakonskih odredbi, međunarodnih konvencija i komentara na iste, te odluka relevantnih međunarodnih i nacionalnih sudova. Također, korišteni su relevantni izvještaji te stručna literatura od značaja za navedenu tematiku.

¹¹ Član 402., stav 3. Zakona o kaznenom postupku Republike Hrvatske; Član 381. Zakona o krivičnom postupku Republike Srbije.

III. *Ne bis in idem* u međunarodnom pravu

1. POJAM I PRAVNA PRIRODA *NE BIS IN IDEM*

13. Zabrana dvostrukog suđenja i kažnjavanja za djelo za koje je već donesena pravosnažna osuđujuća ili oslobađajuća presuda, utjelovljena kroz načelo *ne bis in idem*, predstavlja iznimno važan instrument pravne sigurnosti građana. O važnosti ovog načela, sa izuzetno dugom historijom postojanja, govori upravo činjenica da se može naći u većini, ako ne i u svim pravnim sistemima širom svijeta, kao i u mnogim međunarodnim konvencijama, te kao takvo zauzima mjesto jednog od osnovnih načela krivičnog postupka. Ovo načelo u suštini pruža zaštitu od ponovnog vođenja krivičnog postupka za djelo za koje je već donesena pravosnažna meritorna odluka, odnosno osuđujuća ili oslobađajuća presuda, ali kao što ćemo vidjeti u nastavku, unutar jednog pravnog sistema.¹²

2. MEĐUNARODNE KONVENCIJE

14. Član 14. stav 7. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima (1976) određuje da „Niko ne može biti krivično odgovoran ili kažnjen zbog djela za koje je već bio oslobođen ili osuđen konačnom presudom u skladu sa zakonom i krivičnim postupkom **svake zemlje**.“ Na osnovu tekstualne interpretacije ove odredbe, jasno je da sugerise da primjena načela *ne bis in idem* važi samo unutar svake nacionalne jurisdikcije zasebno. To potvrđuje i Komitet za ljudska prava Ujedinjenih Nacija koji je u svom izvještaju o ovoj odredbi ocijenio da ona ne garantuje zaštitu načela *ne bis in idem* kada su u pitanju nacionalne jurisdikcije dvije ili više država.¹³ U tumačenju ovog načela u predmetu *Krombach protiv Francuske*, o kojem će biti više riječi ispod, Evropski sud za ljudska prava („ESLJP“) je naveo

¹² ESLJP, *Zolothukin protiv Rusije*, br. 14939/03, presuda od 10. februara 2009. godine („*Zolothukin*“), par. 107, 110.

¹³ Human Rights Committee, *General Comment No. 32, Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial*, U.N. Doc. CCPR/C/GC/32 (2007), 23. august 2007. godine, par. 57.
https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FC%2FGC%2F32&Lang=en.

da prema „jurisprudenciji“ Komiteta za ljudska prava, *ne bis in idem* ne isključuje krivično gonjenje u državi ugovornici protiv osobe koja je prethodno pravosnažno oslobođena ili osuđena za ista djela od strane sudova druge države ugovornice.¹⁴

15. Načelo *ne bis in idem* sadržano je u Protokolu broj 7. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (1950) („EKLJP“), gdje je odredbom člana 4. stav 1. pomenutog Protokola propisano da se nikome ne može ponovo suditi, odnosno da se niko ne može ponovo kazniti u krivičnom postupku **iste države** za krivično djelo za koje je već pravosnažno oslobođen ili osuđen u skladu sa zakonom i krivičnim postupkom **te države**.¹⁵ Već na prvi pogled je očito da je riječ o konceptu „nacionalnog“ *ne bis in idem*, koji se primjenjuje unutar nacionalne jurisdikcije, budući da načelno ne isključuje mogućnost ponovnog suđenja i kažnjavanja za krivično djelo za koje je već pravosnažno presuđeno u stranoj državi.¹⁶

16. Ovu interpretaciju potvrđuje i objašnjavajuća nota Vijeća Evrope glede Protokola broj 7., koja kaže da riječi „u nadležnosti iste države“ u spomenutoj odredbi ograničavaju upotrebu ovog člana na nacionalnom nivou, odnosno unutar jedne nacionalne (državne) jurisdikcije.¹⁷ Isto se navodi i u Vodiču o članu 4. Protokola broj 7. koji je izdao ESLJP.¹⁸

14 *Krombach protiv Francuske*, br. 67521/14, 29. mart 2018. godine („Krombach“), odluka je samo dostupna na francuskom jeziku [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-182045%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-182045%22]}), par. 20, 37. Za podršku ovom zaključku, sud je referisao na sljedeće predmete koji su bili pred Komitetom za ljudska prava: AP protiv Italije, communication no 2074/1986, U.N. Doc. CCPR/31/D/204/1986 (1987) i A.R.J. protiv Australije, communication no 692/1996, U.N. Doc. CCPR/C/60/D/692/1996 (1997).

15 U cjelini, ta odredba glasi: „Nikome se ne može suditi niti se može ponovo kazniti u krivičnom postupku u **nadležnosti iste države** za djelo zbog koga je već bio pravosnažno oslobođen ili osuđen u skladu sa zakonom i krivičnim postupkom **te države**.“

16 Miodrag N. Simović, Vladimir M. Simović, *Načelo ne bis in idem u kaznenom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine i praksa ESLJP i Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, Načelo ne bis in idem i pravna sigurnost građana* (međunarodni pravni standardi, regionalna zakonodavstva i iskustva u primeni), str. 183.

17 *Explanatory Report to the Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Strasbourg*, 22. novembar 1984. godine (<https://rm.coe.int/16800c96fd>), par. 27.

18 ESLJP, *Guide on Article 4 of Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights*, 31. august 2024. godine ([https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_art_4_protocol_7_eng#:~:text=4.,Article%204%20of%20Protocol%20No.,convicted%20or%20acquitted%20\(Marguš%20protiv\)](https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_art_4_protocol_7_eng#:~:text=4.,Article%204%20of%20Protocol%20No.,convicted%20or%20acquitted%20(Marguš%20protiv),)), („Vodič o članu 4, Protokola broj 7“), par. 6.

17. Postoji niz odluka u kojima je ESLJP zauzeo stav da su pritužbe na kršenje načela *ne bis in idem*, koje uključuju dvije ili više država ugovornica, *neprihvatljive*.¹⁹ Tako je ESLJP u predmetu *Amrollahi protiv Danske* zauzeo stav da član 4. Protokola br. 7 ne garantuje poštovanje načela *ne bis in idem* kada je osoba bila, ili će biti suđena ili kažnjena, od strane sudova različitih država.²⁰

18. Jedan od najrelevantnijih i novijih predmeta u ovom pogledu je već spomenuti predmet *Krombach protiv Francuske*, koji se tiče smrti 15-godišnje djevojčice Kalinke Bamberski u Njemačkoj, za čije silovanje i smrt je glavni osumnjičeni bio Dieter Krombach. Nakon više odluka i istraga koje su trajale pet godina, njemački tužioci i sudovi su zatvorili slučaj protiv Krombacha zbog nedostatka dokaza.²¹

19. Budući da je Kalinka Bamberski bila Francuskinja, njen otac je protiv Krombacha pokrenuo i krivični postupak u Francuskoj. Dana 9. marta 1995. godine, sud u Parizu (*la cour d'assises de Paris*) osudio je Krombacha u odsustvu na petnaest godina zatvora zbog namjernog nasilja koje je prouzrokovalo smrt bez namjere.²²

20. Krombach je ostao u Njemačkoj, na slobodi, sve dok otac žrtve nije organizovao njegovu otmicu i prevoz u Francusku u oktobru 2009. godine. Slučaj nakon ovoga ima kompleksnu proceduralnu historiju, ali vrijedi napomenuti da je 22. oktobra 2011. godine sud u Parizu (*la cour d'assises de Paris*) proglasio Krombacha krivim za dobrovoljno činjenje nasilja koje je rezultiralo nenamjernom smrću djevojčice, te ga osudio na petnaest godina zatvora. Dana 20. decembra 2012. godine, presudivši u žalbenom postupku, viši sud (*la cour d'assises du Val de Marne*) potvrdio je presudu i izrečenu kaznu, a 2. aprila 2014. godine najviši sud u Francuskoj (*la cour de cassation*) je također odbio Krombachovu žalbu, te je presuda protiv njega postala pravosnažna.²³

19 Vidi „Right not to be tried or punished twice (the *non bis in idem* principle), Factsheet – Non bis in idem“, European Court of Human Rights, Press Unit, septembar 2022: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/FS_Non_bis_in_idem_ENG

20 *Amrollahi protiv Danske*, br. 56811/00, 28. juni 2001. godine, par. 1. Vidi dalje Vodič o članu 4. Protokola broj 7., par. 6.

21 *Krombach*, par. 2; Vodič o članu 4. Protokola broj 7., par. 7.

22 *Krombach*, par. 4.

23 *Krombach*, par. 5-8.

21. Krombach se pred ESLJP žalio da je presuda u Francuskoj prekršila načelo *ne bis in idem*, dok je druga strana u postupku navela, između ostalog, da odluka njemačkih autoriteta da Krombacha ne goni nije bila konačna, ta da nije moglo doći do kršenja načela. Prema ESLJP, Krombachov argument da je načelo prekršeno svodi se na tvrdnju da se član 4. Protokola broj 7. mora tumačiti na način da zabranjuje da osoba koja je pravosnažno oslobođena ili osuđena u jednoj državi ugovornici, naknadno bude procesuirana ili kažnjena u krivičnom postupku za isto krivično djelo, ne samo od strane sudova te države, već i od strane sudova bilo koje druge države ugovornice EKLJP. ESLJP je odbio ovaj argument kao suprotan formulaciji člana 4. Protokola broj 7., koji se izričito odnosi na „istu državu“ ugovornicu EKLJP, a ne na *bilo koju* državu ugovornicu EKLJP.²⁴ ESLJP se dalje pozvao na svoju raniju jurisprudenciju i naglasio da je ista dosljedna u tumačenju da se član 4. Protokola broj 7. odnosi samo na *nadležnost iste države*. Stoga, **ESLJP je zaključio da ta odredba ne sprječava da jedna osoba bude procesuirana ili kažnjena u krivičnom postupku od strane sudova jedne države ugovornice EKLJP za krivično djelo za koje je pravosnažno oslobođena ili osuđena u drugoj državi ugovornici EKLJP.**²⁵

22. Shodno tome, ESLJP je također zaključio da je Krombachova žalba neprihvatljiva jer član 4. Protokola broj 7. nije primjenjiv, s obzirom da su postupak protiv njega vodili sudovi dvije države ugovornice, Njemačke i Francuske.²⁶ S obzirom na ovaj zaključak, **ESLJP je dalje odlučio da ne treba da se bavi pitanjem da li je odluka njemačkih autoriteta da krivično ne gone Krombacha konačna (pravosnažna), jer sve i da jeste, ne bi bila prepreka krivičnom gonjenju u Francuskoj.**²⁷

23. U kontekstu međunarodnog krivičnog prava, princip *ne bis in idem* se primjenjuje kako bi se spriječilo dvostruko procesuiranje za isto djelo na naci-

²⁴ Krombach, par. 34-35.

²⁵ Krombach, par. 36-37. ESLJP se pozvao na sljedeće predmete: *Trabelsi protiv Belgije* (br. 140/10, par. 164, ESLJP 2014 (isječci)), i odluke u *Ipsilanti protiv Grčke* (br. 56599/00, 29. mart 2001. godine); *Amrollahi; Da Luz Domingues Ferreira protiv Belgije* (br. 50049/99, 6. jul 2006. godine); *Böheim protiv Italije* (br. 35666/05, 22. maj 2007. godine); *Sarria protiv Poljske* (br. 45618/09, 18. decembar 2012. godine) i *Moreno Benavides protiv Belgije* (br. 70429/10, 10. novembar 2015. godine). Sud se dalje i pozvao na tumačenje Komiteta za ljudska prava (vidi iznad).

²⁶ Krombach, par. 40-41. ESLJP je zaključio da Krombachova aplikacija na osnovu načela *ne bis in idem* nije spojiva, *ratione materiae*, sa odredbama EKLJP, u smislu član 35., stav 3. EKLJP te je odbio istu kao neprihvatljivu u skladu sa član 35., stav 4. EKLJP.

²⁷ Krombach, par. 42.

onalnom i međunarodnom nivou. Na primjer, prema članu 20. Rimskog statuta Međunarodnog krivičnog suda (1998) („MKS“), pojedinac ne može biti suđen za isto djelo pred MKS-om ako je već suđen pred drugim nadležnim sudom, osim ako se smatra da prethodno suđenje nije bilo nezavisno ili nepristrasno ili urađeno s namjerom da zaštiti osobu od krivične odgovornosti. Dakle, ova odredba ipak ostavlja mogućnost, u navedenim slučajevima, da se odstupi od zaštite *ne bis in idem* te time također ukazuje na to da to načelo nije apsolutno.

3. EVROPSKA UNIJA

24. Međunarodni sporazumi, regionalni dogovori i specifični međunarodni sudovi mogu izmijeniti primjenu načela *ne bis in idem* u određenim, prekograničnim kontekstima. Tako je Evropska unija („EU“) ostvarila značajan napredak u uvažavanju načela *ne bis in idem* među svojim državama članicama. Prema članu 54. Konvencije o primjeni Šengenskog sporazuma (1985)²⁸ i članu 50. Povelje Evropske unije o temeljnim pravima (2016), pojedinac ne može biti procesuiran u jednoj zemlji EU za isto krivično djelo nakon što je donesena pravosnažna presuda u drugoj zemlji EU. Ova prekogranična zaštita je relativno jedinstvena i specifična je za okvir EU, što odražava napore ka stvaranju jedinstvenog pravnog prostora među članicama EU.

25. U kontekstu teme kojom se bavi ovaj rad, nametnulo se pitanje presuda donešenih u jednoj državi članici nakon suđenja u odsustvu, te priznavanja i izvršenja istih u drugoj državi članici. U vezi s tim, vrijedi pomenuti Okvirnu odluku vijeća Evropske unije²⁹ radi jačanja procesnih prava osoba i podsticanja primjene načela uzajamnog priznavanja odluka donešenih na suđenju u odsutnosti dotične osobe. Ovom se Okvirnom odlukom utvrđuju zajednička pravila za priznavanje i/ili izvršenje sudskih odluka u jednoj državi članici (država članica izvršenja) koje je izdala druga država članica (država članica izdavanja) nakon postupka na kojem

28 Ova odredba glasi: „Protiv osobe protiv koje je sudski postupak pravomoćno okončan u jednoj ugovornoj stranci ne može se voditi postupak u drugoj ugovornoj stranci za ista djela pod uvjetom da je, ako je izrečena kazna i izvršena, trenutačno u postupku izvršenja ili se više, prema zakonima ugovorne stranke koja ju je izrekla, ne može izvršiti.“ Ovdje je u kontekstu predmeta Klapuh važno skrenuti pažnju na naglasak koji je u ovoj odredbi stavljen na pitanje da li je presuda izvršena ili u postupku izvršenja. Konvencija je dostupna na [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:42000A0922\(02\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:42000A0922(02)).

29 Okvirna odluka vijeća Evropske unije 2009/299/PUP od 26. februara 2009. godine o izmjeni okvirnih odluka 2002/584/PUP, 2005/214/PUP, 2006/783/PUP, 2008/909/PUP i 2008/947/PUP, dostupna na <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32009F0299>.

dotična osoba nije bila prisutna. Cilj ove Okvirne odluke je jačanje procesnih prava osoba protiv kojih se vodi krivični postupak, olakšavanje pravosudne saradnje u krivičnim stvarima te, posebno, poboljšanje međusobnog priznavanja sudskih odluka između država članica. U najkraćem, ova Odluka jamči mogućnost uzajamnog priznavanja i izvršenja presuda donešenih nakon suđenja u odsustvu, i to u različitim državama članicama, pod uslovom da su ispoštovani zahtjevi pravičnosti suđenja u smislu člana 6. EKLJP. U suštini, priznavanje i izvršenje odluke donešene nakon suđenja u odsustvu ne bi se smjelo odbiti ako je okrivljeni, između ostalog, bio blagovremeno obaviješten o predmetnom suđenju, ako je imao praktičnu i učinkovitu pomoć pravnog zastupnika, te ako mu je bilo omogućeno pravo na žalbu ili obnovu postupka. U suprotnom, ukoliko neka od navedenih prava nisu bila zajamčena, zahtjev za priznavanje/izvršenje je moguće odbiti.

26. S obzirom da niti BiH ni Crna Gora nisu članice EU, i da ih pravo EU ne obavezuje, ono nije relevantno ni za odlučivanje o postupanju BiH u odnosu na predmet Klapuh. Međutim, vrijedi napomenuti da čak i da jesu članice EU, pitanje je da li bi spomenute odredbe bile primjenjive. Naime, ESLJP je u već navedenom predmetu *Krombach protiv Francuske* odbio Krombachov argument zasnovan na ovim odredbama, podsjećajući na činjenicu da nema nadležnost da primjenjuje pravila EU, niti da procjenjuje navodna kršenja tog prava, osim ako su takva kršenja dovela do povrede prava osiguranih prema EKLJP. Dakle, ESLJP se nije smatrao nadležnim da razmatra da li je krivično gonjenje Krombacha u Francuskoj, i njegova kasnija osuđujuća presuda, povrijedila pravo EU.³⁰

³⁰ *Krombach*, par. 39. Za više o EU pravu po pitanju načela *ne bis in idem* vidi Eurojust, *Case-law by the Court of Justice of the European Union on the Principle of ne bis in idem in Criminal Matters*, 8. decembar 2021. godine (<https://www.eurojustaveuropa.eu/publication/case-law-court-justice-european-union-principle-ne-bis-idem-criminal-matters-december-2021>).

IV. Praksa nacionalnih pravnih sistema

27. Ratio ograničenja zabrane *ne bis in idem* samo u okviru jedne države, ogleda se u činjenici da države smatraju *jus puniendi* i njegovu sveobuhvatnu primjenu značajnim za njihov nacionalni suverenitet i „posljedica je teritorijalnog principa važenja krivičnog zakonodavstva kao primarnog.“³¹ U ovom dijelu će biti govora o relevantnoj praksi u nekim nacionalnim pravnim sistemima.

1. SJEDINJENE AMERIČKE DRŽAVE

28. U Sjedinjenim Američkim Državama („SAD“) peti amandman Ustava SAD pruža zaštitu protiv dvostrukog suđenja, ali ta zaštita ne vrijedi za presude donesene od strane sudova drugih, stranih država, a čak dozvoljava i procesuiranje za isto djelo na federalnom nivou, iako je već donesena presuda za isto djelo na državnom nivou unutar SAD, i obratno. Ova primjena načela je zasnovana na doktrini dvostrukog suvereniteta (*dual-sovereignty doctrine*), na osnovu koje i američka federalna vlada i države koje čine SAD imaju suverenitet i pravo da donose zakone i definišu krivična djela (*offence*).³² Izgleda da se u američkom pravu djelo (*idem*, *offence*) smatra drugačijim samo na osnovu činjenice da je usvojeno od strane različitih suverena (na državnom i federalnom nivou unutar SAD). Dakle, gleda se forma a ne suština, odnosno materijalni elementi krivičnog djela.

29. Ova doktrina važi i na međunarodnom nivou kada je SAD u pitanju. Tako je u jednom predmetu južnokorejski državljani, koji je osuđen u Južnoj Koreji zbog podmićivanja američkih javnih službenika u zamjenu za njihovu pomoć u sklapanju ugovora o telekomunikacijama, bio optužen i uhapšen u Teksasu na osnovu istog podmićivanja za koje je već odslužio zatvorsku kaznu, te platio novčanu kaznu

³¹ S. Bejatović, N. Novaković (ur.), *Načelo ne bis in idem i pravna sigurnost građana (međunarodni pravni standardi, regionalna zakonodavstva i iskustva u primeni)* (Beograd: Misija OEBS-a u Srbiji 2022. godine), str. 234.

³² Vrhovni sud Sjedinjenih američkih država, *Gamble protiv Sjedinjenih Država*, 587 U.S. (2019), str. 9 (<https://www.law.cornell.edu/supct/pdf/17-646.pdf>). Vidi 1 gdje sud navodi da prema doktrini dvostrukog suvereniteta, država može procesuirati optuženog prema državnom zakonu čak i ako ga je savezna vlada procesuirala za isto ponašanje prema saveznom zakonu.

u Južnoj Koreji. Federalni sud u Washington-u je odbio njegov prigovor da bi procesuiranje za isto djelo u SAD-u bilo suprotno načelu *ne bis in idem*. Za potrebe ovog mišljenja vrijedi samo navesti da je ovaj sud citirao ranije presude kojima je određeno da peti amandman samo zabranjuje uzastopno krivično gonjenje od strane istog suverena, te da Ustav SAD-a ne predviđa međunarodnu aplikaciju zaštite načela *ne bis in idem*.³³

2. ITALIJA

30. Da odredba člana 4. Protokola broj 7. EKLJP ne sprječava da osoba koja je pravosnažno oslobođena ili osuđena u jednoj državi ugovornici bude krivično gonjena ili kažnjena za isto djelo od strane sudova druge države ugovornice, najbolje ilustruje slučaj bosanskohercegovačkog državljanina Hanefije Prijića, koji je u Italiji procesuiran za isto djelo za koje je prethodno u BiH osuđen te je u cjelosti izdržao kaznu.

31. Naime, Prijić je optužen da je tokom 1993. godine, za vrijeme rata u BiH, kao komandant 3. bataljona 317. brdske brigade Armije Republike BiH, zajedno sa potčinjenom grupom naoružanih vojnika, zaustavio italijanski humanitarni konvoj, nakon čega su lišeni života italijanski državljani Sergio Lana, Fabio Moreni, i Guido Puletti.³⁴

32. Presudom Kantonalnog suda u Travniku, Prijić je oglašen krivim za krivično djelo ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 142. stav 1. KZ RBiH kao preuzetog Zakona SFRJ, te mu je izrečena kazna zatvora u trajanju od 15 godina.³⁵ Vrhovni sud Federacije BiH je, uvaživši žalbu odbrane, preinačio ovu presudu, te optuženom Prijiću smanjio kaznu zatvora na 13 godina, u koju kaznu mu je

³³ *Sjedinjene američke države protiv Jeong*, United States Court of Appeals, Fifth Circuit, 624 F.3d 706 (5th Cir. 2010), 22. oktobar 2010. godine, str. 712. (<https://casetext.com/case/us-v-jeong>). Ovdje vrijedi dalje napomenuti da se takva međunarodna aplikacija može dogovoriti od strane država u međunarodnim ugovorima. U ovom predmetu se optuženi pozvao na član 4. stav 3. Konvencije o borbi protiv podmičivanja stranih javnih službenika u međunarodnim poslovnim transakcijama, 17. decembar 1997. godine. Taj član određuje da „Kada više od jedne stranke ima nadležnost za navodno kazneno djelo opisano u ovoj Konvenciji, uključene stranke međusobno se savjetuju, na zahtjev jedne od njih, radi određivanja najprikladnije nadležnosti za kazneni progon.“ Federalni sud je u vezi ove odredbe napomenuo da ona ne zabranjuje više krivičnih gonjenja te da ne zabranjuje dvjema državama potpisnicama da procesuiraju isto krivično djelo, str. 711.

³⁴ Kantonalno javno tužilaštvo Travnik, *Hanefija Prijić*, Optužnica, broj: KT-58/99, 2. mart 2001. godine.

³⁵ Kantonalni sud u Travniku, *Hanefija Prijić*, presuda, br. K-1/01 od 28. juna 2001. godine.

uračunato vrijeme provedeno u pritvoru.³⁶ Temeljem predmetne presude, Prijić je na izdržavanju kazne proveo ukupno 13 godina i 4 mjeseca, nakon čega je pušten na slobodu.

33. Prilikom posjete porodici, u oktobru 2015. godine, Prijić je zadržan na aerodromu u Dortmundu, Njemačka, obzirom da je Italija po osnovu evropskog naloga za hapšenje zahtijevala Prijićevu ekstradiciju u svrhu krivičnog gonjenja zbog krivičnog djela ubistva spomenutih italijanskih državljana, za koje je Prijić, kako je već pomenuto, pravosnažno oglašen krivim u BiH, gdje je u cjelosti izdržao izrečenu kaznu zatvora.

34. Odlučujući o dopustivosti ekstradicije Prijića iz Njemačke u Italiju, u svrhu krivičnog gonjenja, Viši zemaljski sud Hamm je bio stava da osuda Prijića na kaznu zatvora u BiH zbog krivičnog djela na kojem se temelji ekstradicioni zahtjev nije u suprotnosti sa dopustivošću ekstradicije.³⁷

35. Eksplicitno je naglašeno da princip *ne bis in idem* nije u suprotnosti sa ponovnim krivičnim progonom i osudom gonjenog lica u Italiji. Međutim, kako je objašnjeno, drugačija situacija bi bila u slučaju da je gonjeno lice oglašeno krivim od strane MKSJ.³⁸

36. U toku spomenutog ekstradicionog postupka, Generalni konzulat BiH je bio uložio prigovor protiv ekstradicije Prijića, zahtijevajući da se on pusti na slobodu, a pozivajući se na bilateralni ugovor između BiH i Italije u vezi sa Evropskom konvencijom o ekstradiciji (1957),³⁹ a iz kojeg proizlazi da vlastiti državljani kojima se stavlja na teret zločin protiv čovječnosti i ratni zločin neće biti izručivani.⁴⁰ Iako spomenuti bilateralni ugovor nije obvezujući za Njemačku, isticali su da bi trebalo u obzir uzeti i namjeru ugovornih strana koja je izražena istim.

³⁶ Vrhovni sud Federacije BiH, *Hanefija Prijić*, presuda, br. KŽ-387/01, 3. april 2002. godine.

³⁷ Viši zemaljski sud Hamm, Odluka o dopustivosti ekstradicije, *Hanefija Prijić*, III - 2 Ausl. 168 / 15 OLG Hamm, 22. januar 2016. godine.

³⁸ Viši zemaljski sud Hamm, Odluka o dopustivosti ekstradicije, *Hanefija Prijić*, III - 2 Ausl. 168 / 15 OLG Hamm, 22. januar 2016. godine. Uporediti sa članom 10. Ažuriranog Statuta MKSJ, septembar 2009. godine. (https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf).

³⁹ Službeni glasnik BiH – Dodatak međunarodni ugovori 4/2005.

⁴⁰ Član 3. stav 3. Bilateralnog ugovora između BiH i Republike Italije uz Evropsku konvenciju o izručenju, 13 decembar 1957. godine u cilju proširenja i olakšanja njezine primjene.

37. Kao što je već navedeno, nakon detaljnog ispitivanja svih relevantnih pretpostavki, Viši zemaljski sud Hamm je zauzeo stav da osuđivanje gonjenog lica zbog istih krivičnih djela od strane sudova u BiH nije u suprotnosti sa dopustivošću ekstradicije tog lica.⁴¹

38. U predstavci koju je putem svog pravnog zastupnika 3. februara 2016. godine uputio ESLJP, Prijić je isticao da je Njemačka u odnosu na njega prekršila odredbe člana 4. Protokola 7. uz EKLJP, kao i odredbe člana 6., te člana 13. i 14. EKLJP. Osim toga, Prijićev pravni zastupnik je zahtijevao od ESLJP da spriječi njegovo izručenje u Italiju, u skladu sa Pravilom 39. Poslovnika ESLJP.⁴² U dopisu ESLJP od 3. februara 2016. godine se navodi da ovaj zahtjev izlazi izvan okvira Pravila 39., zbog čega nije moguće spriječiti Prijićevo izručenje.⁴³

39. Prijić je u konačnici izručen Italiji, gdje je 2017. godine oglašen krivim za iste krivičnopravne radnje za koje je prethodno pravosnažno oglašen krivim u BiH i gdje je i izdržao cjelokupnu izrečenu kaznu zatvora. U Italiji je Prijić inicijalno osuđen na doživotnu kaznu zatvora, koja je potom odlukom Apelacionog suda u Brescia smanjena na 20 godina zatvora, a što je potvrđeno i odlukom Vrhovnog suda u Rimu. Uzimajući u obzir vrijeme koje je Prijić proveo na izdržavanju kazne zatvora u BiH, pa potom u ekstradicijskom pritvoru u Njemačkoj, odnosno u pritvoru i zatvoru u Italiji, 2018. godine je konačno pušten na slobodu.⁴⁴

40. Tokom kompleksnog i pravno iscrpljujućeg procesa pred italijanskim sudovima, Prijićeva odbrana je ustrajavala na zahtjevu za obustavom postupka uz slanje dokumentacije Evropskom sudu pravde, kako bi se isti izjasnio u vezi mogućnosti primjene principa *ne bis in idem* u slučaju presude koja je donesena u zemlji koja nije članica EU. Međutim, to nije donijelo rezultat. Naime, zaključak je bio da je prostim čitanjem odredbe člana 4. Protokola broj 7. EKLJP, na koji se pozivala odbrana, moguće utvrditi da je njen sadržaj mnogo uži u odnosu na ono

41 Viši zemaljski sud Hamm, Oduka o dopustivosti ekstradicije, Hanefija Prijić, III - 2 Ausl. 168 / 15 OLG Hamm, 22. januar 2016. godine.

42 ESLJP, dopis u predmetu aplikanta Prijić Hanefije, broj: 6855/16 od 3. februara 2016. godine.

43 ESLJP, dopis u predmetu aplikanta Prijić Hanefije, broj: 6855/16 od 3. februara 2016. godine. Naime, ESLJP primjenjuje Pravilo 39 samo kada se aplikant suočava sa neposrednom opasnošću od ozbiljne i nepopravljive štete. Većina slučajeva u kojima je primijenjeno Pravilo 39 tiču se progona i izručenja i uključuju žalbe koje se odnose na činjenice da će aplikant biti izložen stvarnoj opasnosti kršenja član 2. Konvencije (pravo na život) ili član 3. Konvencije (Zabrana mučenja ili nehumanog postupanja), ukoliko ih se pošalje u zemlju odrednicu.

44 Il Giorno, *Volontari uccisi in Bosnia, torna libero il comandante Paraga*, 28. august 2018. godine <https://www.ilgiorno.it/brescia/cronaca/paraga-libero-db20bf23>.

što je pretpostavka strane podnosioca zahtjeva, ograničavajući se na obavezu svake države potpisnice da nikoga ne podvrgava sudskom procesu dva puta za jedno isto djelo, osim ukoliko su „naknadne ili novootkrivene činjenice, ili bitna povreda u prethodnoj proceduri mogle da utiču na ishod postupka“.⁴⁵

41. Naime, pomenutom odredbom su se nastojali zadovoljiti interesi sopstvenih građana, koji su optuženi za neko krivično djelo od strane sudskih vlasti druge države ugovornice, kako ne bi mogli biti procesuirani dva puta od strane sudskih vlasti te države za isto djelo (osim izuzetaka koji su predviđeni samim članom 4., Protokola 7.).⁴⁶ Zahtjev Prijiceve odbrane za suspenziju postupka i prosljeđivanje dokumentacije Evropskom sudu pravde je odbačen, uz obrazloženje da je u pitanju *ratio* potpuno suprotan onome iz člana 50. Povelje EU o temeljnim pravima (2016),⁴⁷ koja međutim pretpostavlja postojanje jedne nadnacionalne strukture (EU), koja opet pretpostavlja sa jedne strane začetak harmonizacije i homogenizacije pravnih sistema zemalja članica, a sa druge strane (djelomično) odricanje u pogledu sopstvenih kaznenih zahtjeva od strane svake države članice u slučaju kada je djelo već pravosnažno procesuirano u drugoj državi članici - obje pretpostavke koje nisu ispunjene u odnosu između Italije i BiH, koja nije članica EU.⁴⁸

3. SRBIJA

42. U predmetu *Milorad Lazić i dr.*, Viši sud u Beogradu je bio suočen sa primjedbom odbrane da je suđenje optuženima protivno načelu *ne bis in idem* zato što je protiv njih Županijski sud u Hrvatskoj već donio osuđujuću presudu u *odsustvu* za isto krivično djelo, ratni zločin protiv ratnih zarobljenika, za koje im se sudilo i u Beogradu. Viši sud u Beogradu je spomenutu primjebku odbio na slijedeći način:

45 Sud u Brescia, Kancelarija istražnog sudije, Naredba o preliminarim pitanjima koja je pokrenula odbrana, br. 2845/93, R.G.N.R., br. 10716/15 R.G. G.I.P. („Naredba suda u Brescia“).

46 Ibid.

47 Ova odredba glasi: „Nikome se ne može ponovno suditi niti ga se može kazniti u kaznenom postupku za kazneno djelo za koje je već pravomoćno oslobođen ili osuđen u Uniji u skladu sa zakonom.“ Povelja je dostupna na <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=RO>.

48 Naredba suda u Brescia.

„Sud je našao da se ne radi o presuđenoj stvari, da suđenje u Republici Srbiji ne predstavlja kršenje pravila «ne bis in idem», ovo stoga što je odredbom člana 106. KZ SRJ predviđeno da jugoslovensko krivično zakonodavstvo važi za državljanina SRJ i kad u inostranstvu učini koje drugo krivično delo, a kako iz presude Županijskog suda u Gospiću proizilazi da je optuženima suđeno u odsustvu, da kaznu nisu ni u celini, ni delimično izdržali, to su u smislu člana 108. stav 2. u vezi člana 106. KZ SRJ ispunjeni svi zakonski uslovi da se krivični postupak vodi protiv optuženih pred domaćim sudom u R Srbiji.“⁴⁹

Iako se razlozi koje je dao Viši sud u Beogradu ne podudaraju u potpunosti sa gore navedenim, u smislu da se ne spominje EKLJP i praksa ESLJP, sud je došao na isti zaključak.

4. NE BIS IN IDEM U PRAVNOM SISTEMU BIH

43. U pravnom sistemu BiH, jednako kao što je to slučaj i sa susjednim zemljama regiona, *ne bis in idem* uživa načelo ustavnog i zakonskog ranga.

44. Obzirom da je BiH, kao uslov za pristupanje u punopravno članstvo Vijeća Evrope, ratifikovala EKLJP i dodatne protokole, ovo načelo, iako nije sastavni dio kataloga prava i sloboda izričito propisanog u članu II(3) Ustava BiH, je na indirektan način inkorporirano i u Ustav BiH, i to kroz odredbu iz člana II(2) Ustava BiH o direktnoj primjeni prava i sloboda zagarantovanih EKLJP i dodatnim protokolima.⁵⁰

45. Naslanjajući se na pomenute ustavne odredbe, i zakoni o krivičnom postupku, kako na državnom tako i na entitetskim nivoima, sadrže odredbe o zabrani ponovnog suđenja u istoj krivičnoj stvari.⁵¹ Tako je odredbom člana 4.

⁴⁹ Viši sud u Beogradu, Presuda, broj: K.Po2 br. 36-2010, str. 30-31. Kada je u pitanju dio o načelu *ne bis in idem*, ova presuda nije narušena u žalbenom postupku. Apelacioni sud u Beogradu, Presuda, broj: KŽ1 Po2 9-10, 19. januar 2011. godine.

⁵⁰ Vidi dalje član II(4) kojim se određuje da je „uživanje prava i sloboda, predviđenih ovim članom ili međunarodnim sporazumima navedenim u Aneksu I ovog Ustava, osigurano je svim licima u BiH bez diskriminacije po bilo kojem osnovu.“ Aneks 1 Ustava BiH referiše i na Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, koji sadrži načelo *ne bis in idem* (vidi iznad).

⁵¹ Član 4. ZKP BiH, Službeni glasnik BiH br. 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 29/07, 53/07, 58/08, 12/09, 16/09, 53/09, 93/09, 72/13, 65/18; član 4. Zakona o krivičnom postupku FBiH (ZKP FBiH), Službene novine FBiH br. 5/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09, 12/10, 8/13, 59/14, 74/20; član 4. Zakona o krivičnom postupku RS (ZKP RS), Službeni glasnik RS br. 53/12, 91/17, 66/18, 15/21 i član 4. Zakona o krivičnom postupku BD BiH – Prečišćeni tekst (ZKP BD BiH), Službeni glasnik BD BiH br. 34/13, 27/14, 3/19 i 16/20.

Zakona o krivičnom postupku BiH („ZKP BiH“) izričito propisano da „Niko ne može biti ponovno suđen za djelo za koje je već bio suđen i za koje je donesena pravosnažna sudska odluka.“ Ta formalna pravosnažnost presude, u smislu da istu više nije moguće pobijati redovnim pravnim lijekovima, odnosno da ulaganje pravnog lijeka nije dopušteno, normirana je odredbom člana 178. ZKP BiH.⁵² Ponovno vođenje krivičnog postupka protiv iste osobe, u predmetu za koji postoji *res iudicata*, predstavljalo bi povredu krivičnog zakona, odnosno okolnost koja isključuje krivično gonjenje.⁵³

46. Odstupanje od načela *ne bis in idem* postoji kod vanrednog pravnog lijeka ponavljanja krivičnog postupka, koji je moguć kako u korist, tako i na štetu osuđenog.⁵⁴ Sama mogućnost ponavljanja krivičnog postupka pod određenim okolnostima govori u prilog tome da načelo *ne bis in idem* nije apsolutno.

47. Kada su u pitanju standardi primjene načela *ne bis in idem*, praksa Ustavnog suda BiH i drugih sudova u BiH, oblikovana je pod uticajem judikata ESLJP, čija je praksa tokom godina prošla poprilično nedosljedan evolutivni put.⁵⁵ U tom smislu, ocjena da li je u konkretnom slučaju došlo do povrede načela *ne bis in idem*, podrazumijeva kumulativnu primjenu nekoliko opštih kriterijuma koji se svode na to:

- jesu li oba postupka „krivična“ po svojoj prirodi;
- da li su djela zbog kojih se osoba krivično goni ista (*idem*);
- da li je postojala dvostrukost (dualnost) postupka (*bis*)?

⁵² Član 178. stav 1. ZKP BiH: “Presuda postaje pravosnažna kad se više ne može pobijati žalbom ili kad žalba nije dopuštena.”

⁵³ Član 298. stav 1. tačka c) ZKP BiH, član 313. tačka c) ZKP FBiH, član 312. tačka v) ZKP RS, član 298. tačka c) ZKP BDBiH.

⁵⁴ Član 327. i 328. ZKP BiH. Ovo odstupanje je moguće, između ostalog, ukoliko se dokaže da je presuda zasnovana na lažnoj ispravi ili na lažnom iskazu, ili ako se iznesu nove činjenice ili se podnesu novi dokazi koji i pored dužne pažnje i opreza nisu mogli biti predstavljeni na glavnom pretresu. Slične izuzetke predviđa i EKLJP jer propisuje da se može otvoriti ponovno razmatranje određenog predmeta ako postoje dokazi o novim ili novootkrivenim činjenicama ili ako je u prethodnom postupku došlo do bitnih povreda koje su mogle uticati na rješenje slučaja. Vidi Član 4. stav 2. Protokola broj 7. EKLJP.

⁵⁵ O evoluciji prakse ESLJP vidi E. Ivičević Karas, D. Kos, *Primjena načela ne bis in idem u hrvatskom kaznenom pravu*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Vol. 19, br. 2, 2012, str. 560-566. Vidi dalje, ESLJP, *Zolothukin*; ESLJP, *Gradinger protiv Austrije*, br. 15963/90, presuda od 23. oktobra 1995. godine; ESLJP, *Fischer protiv Austrije*, br. 37950/97, presuda od 29 maja 2001. godine; ESLJP, *Oliveira protiv Švicarske*, br. 84/1997/868/1080 od 30. jula 1998. godine. ESLJP, *Maresti protiv Hrvatske*, br. 55759/07, presuda od 23. jula 2009. godine.

48. S obzirom na centralno pitanje ovog mišljenja, nije potrebno upuštati se u dalju analizu o primjeni načela *ne bis in idem* u predmetima koji nemaju međunarodnu dimenziju. Ipak vrijedi navesti predmet *Muslija protiv BiH* koji je bitno uticao na ustavnosudsku praksu i praksu sudova u BiH.⁵⁶ Naime, u ovom predmetu ESLJP je utvrdio povredu člana 4. Protokola 7. zbog toga što je podnosilac predstavke pred sudovima u BiH osuđen u dva različita postupka, prvo u prekršajnom a zatim u krivičnom, za kažnjiva djela koja proizilaze iz istih materijalnih činjenica.⁵⁷

49. Dalje, kada su u pitanju predmeti ratnih zločina, isto tako vrijedi spomenuti predmet *Rizvanović i dr.*, u kojem je Sud BiH, nakon više od dvije godine suđenja, odbio optužbu nakon što je utvrđeno da su optuženi 1996. godine pravosnažno oslobođeni istih optužbi za koje im se dvadeset i pet godina kasnije sudilo pred Sudom BiH.⁵⁸

⁵⁶ Nakon te presude, odlukom Vijeća ministara BiH uspostavljena je radna grupa s ciljem izrade Akcionog plana sprovođenja generalnih mjera po presudi ESLJP u predmetu *Muslija protiv BiH*. Cilj Akcionog plana bio je izbjegavanje dvostrukog suđenja za isti kriminani događaj ali i sprječavanje situacija u kojima počinio krivičnog djela ostaju nekažnjeni zbog činjenice da *res iudicata* iz prekršajnog postupka predstavlja prepreku za vođenje krivičnog postupka, što je dotad bio čest slučaj. Akcioni plan za izvršenje opštih mjera po presudi *Muslija protiv BiH*, Usvojen na 21. sjednici Vijeća ministara BiH, održanoj 02.09.2015. godine, dostupan na https://www.vijece-ministara.goprotivba/home_right_docs/info/default.aspx?id=22091&langTag=bs-BA.

⁵⁷ Adnan Muslija je najprije proglašen odgovornim u prekršajnom postupku zbog fizičkog napada na suprugu u prisustvu maloljetne djece, gdje su te radnje prema Zakonu o javnom redu i miru kvalifikovane kao prekršaj protiv javnog reda i mira učestvovanjem u tuči, zlostavljanjem ili fizičkim napadom na drugog, zbog čega je osuđen na novčanu kaznu. Za isti događaj, protiv Muslije je podignuta optužnica, te je u krivičnom postupku proglašen krivim zbog krivičnog djela teška tjelesna povreda, te je osuđen na kaznu zatvora u trajanju od tri mjeseca.

⁵⁸ Sud BiH, *Admir Rizvanović i dr.*, presuda, br. S1 1 K 044201 22 Kri, 25. oktobar 2022. godine, pismeni otporak od 5 decembra 2022. godine. Naime, kao pripadnici Armije Republike BiH Admir Rizvanović, Smail Omerović i Jasmin Huskanović, teretili su se za ubistvo i mučenje 11 zarobljenih pripadnika VRS tokom marta 1993. godine, u selu Boderište, te su optuženi za krivično djelo ratni zločin protiv ratnih zarobljenika iz člana 175. tačke (a) i (b) KZ BiH, u vezi sa članom 29. istog zakona. Tokom postupka pred Sudom BiH, odbrana je istakla prigovor *res iudicata*, navodeći da su u posjedu dokumentacije iz koje nesumnjivo proizilazi da su Rizvanović, Omerović i Huskanović predmetnom optužnicom Tužilaštva BiH optuženi za radnje za koje su ranije pravosnažno oslobođeni od strane nadležnih sudova Brčko Distrikta, i to presudom Osnovnog suda u Brčkom br. K-68/94, 5. juli 1995. godine, koja je u oslobađajućem dijelu potvrđena Rješenjem Višeg suda u Bijeljini br. KZ-112/95, 7. februar 1996. godine. Usporedbom činjeničnog supstrata pravomoćne presude Osnovnog suda u Brčkom, kojom su optuženi oslobođeni optužbe da su izvršavajući naređenje komande 108. motorizovane brigade, mučenjem i nanošenjem velikih patnji u vidu povreda tjelesnog integriteta, ubili 15 zarobljenih pripadnika VRS, sudsko vijeće je utvrdilo da se radi o identičnom krivičnopravnom događaju opisanom u predmetnoj optužnici Tužilaštva BiH. Primjenivši stadarde ustanovljene u predmetu *Zolothukin*, koji zabranjuju ponovni krivični progon ukoliko je kažnjivo djelo utemeljeno na identičnim ili bitno istim činjenicama kao i djelo za koje je već izrečena pravosnažna osuđujuća ili oslobađajuća presuda, sudsko vijeće je zaključilo da se u slučaju optuženih Rizvanovića, Omerovića i Huskanovića radi o istom krivičnopravnom događaju kako po vremenu, tako i po mjestu i načinu izvršenja, a nesporno je utvrđeno i da se radi o istim oštećenim licima, sa gotovo istim opisom pretrpljenih povreda, zbog čega je optužba odbijena. U ovom kontekstu dalje vidjeti Pravno shvatanje usvojeno na Panelu za ujednačavanje sudske prakse iz krivične oblasti (Teslić, 2018. godine), na kojem su učestvovali predstavnici Suda BiH, Vrhovnog suda Federacije BiH, Vrhovnog suda Republike Srpske i Apelacionog suda Brčko Distrikta (<https://csd.pravosudje.ba/vstvfo/B/142/article/81096>).

50. Predmet *Rizvanović i dr.* predstavlja vjeran prikaz efikasne zabrane dvostrukog suđenja i kažnjavanja u okviru nacionalne jurisdikcije, na način da se nikome ne može ponovno suditi, odnosno da se niko ne može ponovno kazniti u krivičnom postupku **iste države** za krivično djelo za koje je već pravosnažno oslobođen ili osuđen u skladu sa zakonom i krivičnim postupkom **te države**. Koliko je poznato autorima, u BiH nije došlo do pitanja kršenja načela *ne bis in idem* u slučaju postajanja ranije presude u odsustvu u drugoj državi, a čak ni unutar BiH.

V. Pravosnažna presuda u odsustvu, *ne bis in idem*, i (ne)mogućnost prenosa predmeta ili podnošenje krivične prijave, analiza kroz primjer predmeta Klapuh

51. U ovom dijelu, vraćajući se na primjer predmeta Klapuh u kojem, kako je već navedeno, izručenje Crnoj Gori niti izvršenje kazne u BiH nije moguće, mišljenje će analizirati druge mogućnosti privođenja ovog predmeta kraju - eventualni prenos istog pravosudnim organima BiH, ili postupanje na osnovu krivične prijave u BiH. Analiza će se fokusirati na informacije koje su poznate vezano za ovaj predmet ali samo u svrhu ispitivanja navedene pravne problematike i ne smije biti shvaćena kao odgovor na daljnje postupke u tom predmetu, jer će isti zavisiti od mnogo faktora. Isto, kao što je već rečeno, cilj ovog mišljenja je da razjasni postavljeno pravno pitanje i u širem kontekstu, jer je moguće da će se pojaviti i u drugim predmetima ili državama, tako da predstojeću analizu treba shvatiti i u tom smislu.

1. PRENOS PREDMETA

52. **Evropska konvencija o prenošenju postupka u krivičnim stvarima (1972, „EKPPKS“)**,⁵⁹ uređuje prenošenje krivičnih predmeta između država ugovornica, što znači i u slučaju Crne Gore i BiH.⁶⁰ Član 8. EKPPKS sadrži iscrpnu listu slučajeva u kojim jedna država može da zatraži od druge države da preuzme krivični predmet. Važno je u potpunosti citirati ovu odredbu jer se u mnogome odnosi na trenutno raspoložive informacije o predmetu Klapuh:

⁵⁹ Službeni glasnik BiH – Dodatak međunarodni ugovori 4/2005.

⁶⁰ Vidi, npr. član 6. EKPPKS.

„Član 8.

1. Države ugovornice mogu jedna od druge da zatraže preuzimanje postupka u bilo kojem od sljedećih slučajeva:

- a) ako se sumnja da lice u pitanju ima stalni boravak u zamoljenoj državi,
- b) ukoliko je osumnjičeno lice državljanin zamoljene države ili je ona njegova država porijekla,
- c) ukoliko osumnjičeno lice u zamoljenoj državi izdržava ili treba da izdržava kaznu koja podrazumijeva lišavanje slobode,
- d) ukoliko se postupak za isto ili druga krivična djela pokreće protiv osumnjičenog lica u zamoljenoj državi,
- e) ukoliko se smatra da je prenošenje postupka poželjan u interesu istine a posebno ukoliko se glavni dokazni materijal nalazi u zamoljenoj državi,
- f) ukoliko se smatra da bi izvršenje presude u zamoljenoj državi, ako bi ona bila izrečena, vjerovatno poboljšalo izgleda za društvenu rehabilitaciju osuđenog lica,
- g) ukoliko se smatra da se ne može obezbijediti prisustvo osumnjičenog lica za saslušanje u toku postupka u državi moliteljici dok njegovo lično prisustvo na saslušanjima u toku postupka u zamoljenoj državi može da bude obezbijeđeno,
- h) ukoliko se smatra da država u pitanju ne bi mogla da izvrši presudu ukoliko bi ista bila donijeta, čak i kada bi mogla da pribjegne ekstradiciji, dok bi zamoljena država to mogla.

2. Kada je protiv osumnjičenog lica donijeta konačna presuda u jednoj državi ugovornici, ona može da zatraži prenošenje postupka u jednom ili više slučajeva iz stava 1. ovog člana, samo ukoliko ona sama ne bi mogla da obavi izvršenje presude, čak i ako bi mogla da pribjegne ekstradiciji, i ako druga država ugovornica u principu ne prihvata izvršenje kazne izrečene od strane suda druge zemlje, ili pak odbija izvršenje takve presude.“

53. Vrlo je izgledno da je, na osnovu raspoloživih informacija o predmetu Klapuh, više tačaka stava 1. citirane odredbe direktno primjenjivo na taj predmet ukoliko bi Crna Gora zatražila od BiH da ga preuzme. To potvrđuje i obrazloženje ovih odredaba koje sadrži Komentar na EKPPKS koji je izdalo Vijeće Evrope.⁶¹ Tako su tačke (a) i (b) primjenjive ukoliko Kovač i Vuković imaju prebivalište u BiH ili ukoliko su njeni državljani, ili je BiH država njihovog porijekla. Tačka (d) je primjenjiva ukoliko već postoji krivični postupak u BiH za isto ili druga krivična

⁶¹ Vijeće Evrope, *Explanatory Report to the European Convention on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters*, Strasbourg, 15. maj 1972, „Komentar na EKPPKS“ (<https://rm.coe.int/16800c9312>). Ovaj komentar je nezvanično preveden na srpski jezik koji je dostupan na stranici Vijeća Evrope, vidi <https://rm.coe.int/16806ed4c2>. Reference na ovaj komentar u daljem tekstu se odnose na ovaj nezvanični prevod.

djela protiv relevantnih lica (Kovač i Vuković), a takvu informaciju mogu imati nadležni organi BiH.

54. Tačke (e) i (f) sadrže uglavnom subjektivne elemente ali s obzirom da su ubijeni članovi porodice Klapuh bili državljani BiH, te da je njihovo ubistvo usko povezano sa oružanim sukobom u BiH, vrlo je moguće da će nadležni organ odlučiti da je u interesu istine da postupak bude prenesen u Bosnu i Hercegovinu. Isto se može reći i po pitanju rehabilitacije ukoliko bi u BiH došlo do presude, ako Kovač i Vuković (a možda i neke druge osobe ukoliko istraga tako otkrije) imaju ustaljen život u BiH.⁶²

55. Tačka (g) je od posebne važnosti za tematiku ovog mišljenja, a to je očigledno i iz samog teksta odredbe i komentara na nju, imajući u vidu da Kovač i Vuković (najvjerovatnije) ne mogu biti izručeni Crnoj Gori. Tako Komentar na EKPPKS navodi:

„Ova odredba odražava opšte načelo po kome presude izrečene u odsustvu treba izbeći i ponovo ukazuje na potrebu da se svakome ko je optužen za krivično delo jemči pravično suđenje uz zaštitu prava na odbranu. U takvim okolnostima, država koja je nadležna za gonjenje, ali ne može da jemči prisustvo optuženog na ročištu pred nadležnim sudom, ima pravo da zatraži od države u kojoj optuženi ima prebivalište da ona bude ta koja će ga krivično goniti.“⁶³

56. Isto važi i za tačku (h), jer je upravo činjenica da osobe kojima je pravosnažno presuđeno za ubistvo porodice Klapuh nisu dostupne pravosudnim organima Crne Gore. Komentar na EKPPKS pojašnjava da je svrha ove odredbe da osigura da izrečena kazna ne ostane mrtvo slovo na papiru zbog nemogućnosti izvršenja koja bi mogla nastupiti zato što se osumnjičeno lice nalazi na teritoriji druge države.⁶⁴

⁶² U vezi ove dvije tačke, Komentar na EKPPKS, str. 21 kaže: „Ove odredbe odnose se na situacije u kojima razmatranje činjenica u državi molilji dovodi do toga da ta država zaključi kako bi se ciljevi pravde delotvornije i lakše ostvarili ako bi se postupak vodio u drugoj državi. Na ovaj zaključak može uticati i postojanje dokaza u drugoj državi, prisustvo krunskih svedoka ili veštaka koji su pozvani da daju mišljenje o ličnosti optuženog i njegovom prethodnom ponašanju i dosijeu, veća dostupnost relevantnih dokumenata ili potreba da se obide mesto na kome se delo dogodilo ili, pak ponovo, bolje mogućnosti za rehabilitaciju optuženog u slučaju da on bude osuđen.“

⁶³ Komentar na EKPPKS, str. 21.

⁶⁴ Ibid.

57. Ipak, stav 2. člana 8. EKPPKS je najrelevantnija odredba za predmet Klapuh jer pokriva scenarije u kojima je **već donijeta konačna presuda u jednoj od država ugovornica EKPPKS**, kao što je i slučaj u predmetu Klapuh, a omogućava i prenošenje predmeta u kojima je već izrečena pravosnažna presuda. Svrha ove odredbe, prema Komentaru na EKPPKS, je „da se spreči da osumnjičeno lice izbegne kaznu za delo koje je počinilo samo zbog toga što država molilja nije u stanju da izvrši kaznu izrečenu na njenoj teritoriji, ili da isposluje da druga država izvrši tu kaznu.“⁶⁵ Dakle, na osnovu teksta ovog stava i Komentara na EKPPKS, ista je primjenjiva ukoliko država moliteljica nije u mogućnosti da obavi izvršenje presude, čak i ako bi zatražila izručenje, te ako druga država ugovornica u principu ne prihvata izvršenje kazne izrečene od strane suda druge zemlje, ili pak odbija izvršenje takve presude.

58. S obzirom na svrhu EKPPKS,⁶⁶ pogotovo člana 8. stava 2., da se izbjegne nekažnjivost lica protiv kojeg je već izrečena konačna osuđujuća presuda, činjenica da ovaj stav govori o „osumnjičenom licu“ se mora shvatiti široko. Kao takav, termin „osumnjičeno lice“ treba tumačiti na način koji obuhvata jednu te istu osobu koja se može smatrati osuđenom u kontekstu pravnog sistema u kojem joj je već presuđeno, ili osumnjičenom u kontekstu pravnog sistema u koji će postupak biti prenijet i gdje će se, moguće, obaviti novi postupak.

59. Važno je napomenuti da navedene tačke i stavovi iz člana 8. EKPPKS nisu kumulativni nego alternativni, te je dovoljno da samo jedna od njih bude ispunjena. Dakle, ukoliko dođe do zahtjeva, nema potrebe da se razmatraju svi osnovi po kojima bi prenošenje bilo moguće. Naravno, konačna odluka o pitanju prenošenja predmet Klapuh iz Crne Gore u Bosnu i Hercegovinu bi bila, ukoliko dođe do zahtjeva za isti, na nadležnom organu BiH na osnovu svih raspoloživih informacija i ukoliko je udovoljeno svim procesnim i materijalnim uslovima, te ukoliko ne postoje neki osnovi po kojima bi zahtjev mogao biti odbijen (vidi ispod).

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Vidi član 31. stav 1. Bečke konvencije o pravu međunarodnih ugovora (1969) koji određuje da se ugovor mora tumačiti u dobroj vjeri, prema uobičajenom smislu izraza iz ugovora u njihovu kontekstu i u svjetlu predmeta i svrhe ugovora.

60. Dakle, iako bi jedan ili više uslova za prenošenje iz člana 8. EKPPKS bilo ispunjeno, EKPPKS u članovima 10. i 11. daje osnove zamoljenoj državi da po prijemu zahtjeva ne preduzme akcije ili odbije prihvatanje zahtjeva u cjelini ili djelomično.⁶⁷ Jedan od tih osnova je, na primjer, da li „osumnjičeno lice“ ima državljanstvo BiH te da li je zahtjev za prenošenje urađen u skladu sa procedurama koje predviđa EKPPKS. S obzirom na centralno pitanje ovog mišljenja, vrijedi dati poseban osvrt na jedan od osnova za nepreuzimanje predmeta, i to onaj eksplicitno spomenut u članu 10. tačka (b) koji referiše na član 35. EKPPKS, koji sadrži načelo *ne bis in idem*.

61. Član 35. stav 1. EKPPKS daje iscrpnu listu uslova na osnovu kojih za isto djelo nije moguće ponovno krivično gonjenje, kažnjavanje, niti podvrgavanje izvršavanju sankcija prema licu u odnosu na kojeg je donijeta konačna i izvršna presuda. Nijedna od tih akcija nije moguća ukoliko je sankcija izrečena u takvoj presudi: (i) u potpunosti izvršena ili u toku; ili (ii) u potpunosti, ili u neizvršenom dijelu podliježe oslobađanju ili amnestiji; ili (iii) ne može više da bude izvršena

67 Član 10. EKPPKS glasi: „Zamoljena država po prijemu zahtjeva neće preduzimati akcije ukoliko:

- (a) zahtjev nije sačinjen u skladu sa odredbama člana 6. stava 1. i člana 7. stava 1.;
- (b) je pokretanje postupka suprotno odredbama iz člana 35.; [član 35 se odnosi na načelo *ne bis in idem*]
- (c) je onog datuma na zahtjevu vremenski rok za krivični postupak već istekao u državi moliteljici prema propisima te države.“

Član 11 glasi: „Izuzev u slučajevima predviđenim u članu 10., zamoljena država ne može da odbije prihvatanje zahtjeva u cjelini ili djelomično, izuzev u bilo kojem pojedinačnom ili većem broju slijedećih slučajeva, naime, ukoliko:

- (a) smatra neopravdanim osnov na kome se zasniva zahtjev iz člana 8.,
- (b) **osumnjičeno lice nema stalni boravak u zamoljenoj državi,**
- (c) **osumnjičeno lice nije državljanin zamoljene države i nije imalo stalni boravak na teritoriji te države u vrijeme kada je krivično delo učinjeno,**
- (d) je djelo za koje se postupak traži krivično djelo političke prirode ili čisto vojne ili fiskalne prirode,
- (e) smatra da postoje značajni osnovi i da se vjeruje da je zahtjev motivisan razlozima rase, vjeroispovjesti, nacionalnosti ili političkog ubjeđenja,
- (f) po njenom zakonu u vrijeme prijema zahtjeva postupak već nije bio moguć zbog zastarijevanja, član 26. stav 2. se neće primenjivati,
- (g) se njegova nadležnost isključivo bazira na članu 2., i ako u vrijeme prijema zahtjeva postupak ne bi bio moguć zbog zastarijevanja na osnovu njenog zakona, produžavanje vremenskog roka za šest mjeseci prema uslovima iz člana 23. bi se uzeli u obzir,
- (h) je krivično djelo učinjeno izvan teritorije države moliteljice,
- (i) bi postupak bio suprotan osnovnim međunarodnim obavezama zamoljene države,
- (j) bi postupak bio suprotan osnovnim principima pravnog sistema zamoljene države,
- (k) **je država moliteljica prekršila proceduru predviđenu ovom konvencijom.“**

zbog zastarijevanja.⁶⁸ Kazna koja je izrečena u Crnoj Gori (s iznimkom za kaznu izrečenu protiv Vidoja Golubovića) nije izvršena niti spada u jednu od navedenih kategorija,⁶⁹ ova odredba ne bi trebala biti prepreka, kada je u pitanju načelo *ne bis in idem*, za krivično gonjenje u BiH okrivljenih u predmetu Klapuh.⁷⁰ Na ovo treba dodati i gore razmatrane odredbe EKLJP i presude ESLJP o ograničenosti načela *ne bis in idem* na nacionalne jurisdikcije zasebno.

62. Međutim, EKPPKS sadrži druge odredbe koje su vrlo vjerovatno od velike važnosti i koje moguće trebaju biti ispoštovane ukoliko bi došlo do zahtjeva za prenošenje predmeta Klapuh BiH. Na primjer, odredbe o samom postupku prenošenja koje također daju mogućnost usvajanja dodatnih aranžmana koji možda postoje između nadležnih organa BiH i Crne Gore i koji mogu biti relevantni u slučaju zahtjeva za prenos (vidi dio III EKPPKS), te eventualno obavještenje

68 U cjelosti, ova odredba glasi: „1. Lice u odnosu na koje je konačna i izvršna krivična presuda donijeta, [„za isto djelo“ -vidi engleski original] ne može biti gonjeno, kažnjavano, niti podvrgnuto izvršenju sankcija u drugoj državi ugovornici:

(a) ukoliko je oslobođeno;

(b) ukoliko je izrečena sankcija,

(i) u potpunosti izvršena ili u toku, ili

(ii) u potpunosti, ili neizvršeni dio podliježe oslobađanju ili amnestiji, ili

(iii) ne može više da bude izvršena zbog zastarijevanja,

(c) ukoliko je sud osudio učinioca krivičnog djela ali nije izrekao sankcije.

2. Bez obzira na to, država ugovornica neće, izuzev ukoliko sama nije zatražila postupak, biti obavezna da poštuje efekat *ne bis in idem* ukoliko djelo koje je prouzrokovalo donošenje presude direktno protiv lica ili institucije bilo koje vrste koja ima javni status u toj državi, ili ukoliko je lice protiv kojeg je presuda donijeta imalo lično javni status u toj državi.

3. Dalje, država ugovornica u kojoj je krivično djelo učinjeno ili se takvim smatra prema zakonu te države, neće biti obavezna da poštuje efekte *ne bis in idem*, izuzev ako ona sama nije zatražila postupak.“ Vidi i Komentar na EKPPKS, str. 40. Nažalost čini se da je verzija objavljena u Službenom glasniku BiH izostavila riječi “for the same act” iz engleskog originala u prvom stavu.

69 Npr. nije poznato da li su osuđeni amnestirani.

70 Ovdje vrijedi napomenuti da član 37. EKPPKS određuje da konvencija „ne sprječava da se uz inostrane krivične presude primjene i šire nacionalne odredbe koje se odnose na efekte *ne bis in idem*.“ Nije baš jasno kako i da li bi ova odredba imala efekta na eventualno prenošenje predmeta Klapuh, pogotovo uzimajući u obzir svrhu nekih odredaba EKPPKS koje daju osnov za prenošenje predmeta, naime da bi se izbjeglo nekažnjavanje, te i EKLJP i jurisprudenciju ESLJP vezano za ograničenost načela *ne bis in idem* na nacionalne jurisdikcije.

„osumnjičenog lica“ o zahtjevu za prenošenje (član 17. EKPPKS).⁷¹ Ovdje je iznimno važno napomenuti da nepoštovanje procedura predviđenih konvencijom od strane države moliteljice može dovesti do osnova za odbijanje zahtjeva za prenošenje.⁷² Isto tako dio IV EKPPKS uređuje izbjegavanje „pluraliteta“ krivičnog postupka, ukoliko bi već postajao krivični postupak u BiH za isto krivično djelo (ovo je od važnosti i za eventualno postojanje ili podnošenje krivične prijave vezano za predmet Klapuh u BiH).

63. U okviru ovog mišljenja, te imajući u vidu ograničenost dostupnih informacija, nije moguće dati definitivan odgovor o primjenjivosti ovih odredaba na eventualno prenošenje predmeta Klapuh iz Crne Gore u Bosnu i Hercegovinu kao i na druge elemente koji bi mogli biti relevantni. Međutim, iz navedenog se može zaključiti da EKPPKS **daje mogućnost takvog prenošenja predmeta**, ukoliko se zadovolje svi proceduralni i materijalni zahtjevi, **te da načelo *ne bis in idem* nije prepreka prenošenju** s obzirom da izrečena kazna u Crnoj Gori od 20 godina zatvora nikad nije izvršena, ni u potpunosti ni djelomično.

64. U kontekstu mogućnosti preuzimanja krivičnog gonjenja, kada je u pitanju predmet Klapuh, vrijedi pomenuti i Ugovor između Crne Gore i Bosne i Hercegovine o pravnoj pomoći u građanskim i krivičnim stvarima.⁷³ Odredbom člana 42. pomenutog Ugovora propisano je: „Ako je državljanin jedne države ugovornice ili lice koje na njenoj teritoriji ima prebivalište učinilo krivično djelo na teritoriji druge države ugovornice, koje je propisano kao krivično djelo u objema državama

⁷¹ Ovaj član glasi „Ukoliko se nadležnost zamoljene države zasniva **isključivo na članu 2.**, ona obavještava osumnjičeno lice o zahtjevu u pogledu postupka kako bi mu omogućila da izloži svoje mišljenje o predmetu u pitanju prije nego što ona donese odluku u pogledu zahtjeva.“ Komentar na EKPPKS u vezi ove odredbe kaže: „Zahtev da vlasti zamoljene države obaveste osumnjičeno lice o zahtevu koji se odnosi na postupak protiv njega nastao je iz namere da to osumnjičeno lice ostvari svoje pravo da bude saslušano ili da, u svakom slučaju, iznese argumentaciju za koju ono smatra da je relevantna, pre no što odluka bude doneta. S jedne strane, ova odredba je podstaknuta potrebom da se poštuje pravo pojedinca na odbranu, budući da ta odluka - čak i onda kada je u delokrugu nekog administrativnog organa - u znatnoj meri utiče na ishod krivičnog postupka; s druge strane, ovde na delu imamo potrebu da informacije koje dostavi država molilja budu dopunjene i, tamo gde je to primereeno, osporene iskazom lica o kome se tu najneposrednije radi, kako bi se u najvećoj mogućoj meri otklonila opasnost donošenja odluke utemeljene na pogrešnim dokazima, što bi u nekoj docnijoj fazi moglo da dovede do povlačenja pristanka (videti član 12 stav 2 tačka b). **Smatralo se da nije neophodno da se isti zahtev postavi za situacije u kojima zamoljena država ima izvornu nadležnost.**“ Da li je ova odredba primjenjiva u eventualnom zahtjevu za prenošenje predmeta Klapuh zahtjeva dodatnu pravnu analizu i istragu prakse po ovom pitanju te je van opsega ovog mišljenja.

⁷² Član 11. tačka (k).

⁷³ “Službeni glasnik BiH” – Međunarodni ugovori broj: 7/11, stupio na snagu 7. januara 2011. godine. U daljem tekstu „Ugovor CG i BiH o pravnoj pomoći“).

ugovornicama, država ugovornica u kojoj je djelo učinjeno može zamoliti drugu državu ugovornicu da preuzme krivično gonjenje.”⁷⁴ Prema stavu 2. člana 42. ovog Ugovora, okolnosti koje će se cijeliti prilikom donošenja odluke o ustupanju su: mogućnost obezbjeđenja prisustva okrivljenog; mogućnost izvršenja presude ukoliko ista bude donesena; u kojoj državi će biti ostvarena bolja rehabilitacija lica ukoliko bude osuđeno; mjesto gdje se nalazi glavni ili veći dio dokaznog materijala; da li se okrivljeni u zamoljenoj državi nalazi na izdržavanju kazne ili treba da izdržava kaznu koja podrazumijeva lišenje slobode; mogućnost obezbjeđenja imovinsko-pravnih zahtjeva i drugi interesi oštećenog.⁷⁵ Specifično kada su u pitanju krivična djela protiv čovječnosti i međunarodnog humanitarnog prava, ovaj Ugovor određuje da će se posebno cijeliti državljanstvo i prebivalište osumnjičenog, okrivljenog ili optuženog, što bi u predmetu Klapuh moglo biti od iznimne važnosti.⁷⁶

2. KRIVIČNA PRIJAVA U BIH

65. Autorima nije poznato da li je u BiH podnesena krivična prijava vezana za predmet Klapuh. Ako nije, za to postoji osnov propisan u članu 214. stav 1. ZKP BiH, koji propisuje pravo građanina na prijavljivanje krivičnog djela, dok član 214. stav 2. ZKP BiH konstituiše obavezu prijavljivanja krivičnih djela od strane građana, gdje u tom slučaju zakonodavac koristi termin „svako“.

66. Kada je u pitanju prijavljivanje krivičnih djela od strane građana, shodno navedenoj zakonskoj odredbi, građaninu se ne može uskratiti pravo na prijavljivanje krivičnog djela. Međutim, ne može se ni konstituirati njegova obaveza na prijavljivanje krivičnog djela osim u slučajevima iz stava 2. navedenog člana, kada i neprijavljivanje krivičnog djela predstavlja krivično djelo.

67. U slučaju podnošenja krivične prijave u konkretnom slučaju, tužilaštvo bi bilo u obavezi provjeriti navode iste, te potom donijeti tužilačku odluku, u smislu naredbe o nesprovođenju istrage, ili naredbu o sprovođenju istrage ili eventualno naredbu o obustavi istrage.

74 Član 42. stav 1., Ugovora CG i BiH o pravnoj pomoći.

75 Član 42. stav 2., Ugovora CG i BiH o pravnoj pomoći.

76 Član 42. stav 6(3), Ugovora CG i BiH o pravnoj pomoći.

VI. Zaključak

68. Fokus ovog mišljenja je odgovor na pitanje da li je načelo *ne bis in idem* prepreka ponovnom suđenju u jednoj državi za činjenice/krivično djelo za koje je već donesena presuda u odsustvu u drugoj državi. Ovo pitanje je od konkretnog značaja za predmet ubistva porodice Klapuh imajući u vidu da su optuženi za ovaj zločin u Crnoj Gori pravosnažno oglašeni krivim u odsustvu, a isključene su mogućnosti preuzimanja izvršenja izrečene kazne zatvora od strane BiH, ili izručenja okrivljenih Crnoj Gori.

69. Analizom relevantnih međunarodnopravnih konvencija, uključujući praksu ESLJP te određenih nacionalnih sudova, jasno je da je zaštita načela *ne bis in idem* ograničena, odnosno važi samo unutar jedne nacionalne, državne jurisdikcije (izuzevši trend koji postoji unutar Evropske unije da se ta zaštita proširi unutar unije).

70. Dakle, bez obzira na izniman značaj koji u okviru procesnih garancija krivičnog postupka uživa načelo zabrane dvostrukog suđenja i kažnjavanja za djelo za koje je već donesena pravosnažna meritorna odluka, neophodno je naglasiti da se radi o konceptu „nacionalnog” *ne bis in idem*, koji se primjenjuje unutar jurisdikcije jedne države. Kao takvo, načelo *ne bis in idem* ne isključuje mogućnost ponovnog suđenja i kažnjavanja za krivično djelo za koje je već pravosnažno presuđeno, bilo to u odsustvu ili ne, u stranoj državi.

71. Na osnovu gore navedenog, jasno je da načelo *ne bis in idem* nije prepreka za krivični postupak u BiH protiv osoba koje su osuđene za zločin protiv porodice Klapuh u Crnoj Gori.

72. S obzirom na nemogućnost izvršenja kazne u BiH ili izručenja okrivljenih Crnoj Gori, u mišljenju je dalje razmotrena mogućnost prenošenja predmeta Klapuh iz Crne Gore u BiH u svrhu pokretanja krivičnog postupka i eventualnog novog suđenja u BiH. Između ostalog, na osnovu člana 8. stav 2. Evropske konvencije o

prenošenju postupka u krivičnim stvarima, takva mogućnost itekako postoji, ako se zadovolje svi proceduralni i materijalni zahtjevi.

73. Ukoliko bi došlo do prenošenja predmeta, nadležni organi BiH će odlučiti o sljedećim koracima u skladu sa zakonom. Isto važi u slučaju postojanja ili podnošenja krivične prijave u BiH vezano za predmet Klapuh, koja bi također mogla biti osnov za novo suđenje.

74. Vjerovatno je da bi se isto pitanje moglo pojaviti i u drugim predmetima i vezano za druge države, ne samo u zapadnobalkanskom regionu. Kao takvo, vrijedi pratiti ishod u predmetu Klapuh gdje i 32 godine nakon izvršenog zločina odgovorni za ubistvo Hasana, Feride i Sene Klapuh nisu odslužili ni jedan dan zatvorske kazne za taj zločin.

* * *