

Princip zabrane dvostrukog suđenja i kažnjavanja u istoj kaznenoj stvari zagaraniran je međunarodnim pravom, a u bosanskohercegovačkom pravnom sistemu ima snagu načela ustavnog i zakonskog ranga. Evidentno je da je članom 14. stav 7. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima propisano da niko ne može biti odgovoran ili kažnjen zbog djela za koje je već bio oslobođen ili osuđen konačnom presudom u skladu sa zakonom i kaznenim postupkom svake zemlje. Nadalje, zabrana *ne bis in idem* predstavlja jednu od temeljnih i nederogabilnih procesnih garancija predviđenih EKLJP, u okviru člana 4. Protokola broj 7. uz Konvenciju. Njome se predviđa da niko ne može biti suđen ili kažnjen u krivičnom postupku u nadležnosti iste države za djelo zbog kojeg je pravosnažno oslobođen ili osuđen u skladu sa zakonom i kaznenim postupkom te države.

U referatu o tumačenju i primjeni zabrane *ne bis in idem* u predmetima ratnih zločina pred sudovima u Bosni i Hercegovini predložena su dva zaključka, o kojim je raspravljano na panelu za ujednačavanje sudske prakse, te je u suštini zaključeno:

1. **Da se element *idem* ocjenjuje na osnovu činjeničnog supstrata okončanog predmeta i predmeta u toku, i da je isti zadovoljen ako su oba predmeta zasnovana na identičnim ili bitno sličnim činjenicama, u svjetlu presude ESLJP u predmetu *Zolotukhin protiv Rusije*.**

Veliko vijeće ESLJP je u više navrata razmatralo pitanje primjene principa *ne bis in idem*, pa je u predmetu *Sergey Zolotukhin protiv Rusije* (predstavka br. 14939/03) zauzelo jasan stav s obzirom da je u pitanju bila povreda člana 4. Protokola broj 7. U konkretnom slučaju Vijeće je prvo ispitalo da li je prva kazna po svojoj prirodi krivična, obrazlažući da pravna kvalifikacija postupka prema domaćem zakonu, u tom slučaju „prekršajna“, ne može poslužiti kao mjerodavni kriterij. Tražeći odgovor na ovo pitanje Veliko vijeće se oslonulo na tri „Engelova kriterija“: (1) pravna kvalifikacija djela prema domaćem pravu, (2) sama priroda djela i (3) stepen težine kazne koja bi se mogla izreći dotičnoj osobi. Drugo i treće pravilo su postavljeni alternativno, dakle ne nužno kumulativno, iako kumulativni pristup može biti primjenjen kada odvojenom analizom svakog kriterija nije moguće doći do zaključka o postojanju krivične optužbe. U pogledu prirode djela (2) Veliko vijeće je istaklo da njegov cilj-garancija zaštite ljudskog dostojanstva i javnog reda, vrijednosti i interesa, kao i kažnjavanje i zastrašivanje, uobičajeno potpada pod zaštitu krivičnog prava. Smatralo je da upućivanje na „lakšu“ prirodu djela nije samo po sebi isključilo klasifikaciju „krivičnog“ u autonomnom smislu Konvencije, s obzirom da ništa u Konvecniji ne upućuje da bi karakterizacija jednog dijela kao krivičnog nužno tražila i postojanje određenog stepena težine.

U pogledu težine kazne (3), Veliko vijeće je istaklo da se ona utvrđuje prema najvišoj mogućoj kazni koju predviđa domaći zakon, što je u konkretnom slučaju kazna zatvora od 15 dana. Veliko vijeće je navelo da postoji pretpostavka o postojanju krivične prirode jednog djela kada zaprijećena kazna za to djelo uključuje gubitak slobode, koja bi se mogla samo iznimno oboriti, što ovdje nije bio slučaj. Veliko vijeće je zbog toga zaključilo da je prvo djelo za koje je podnosilac predstavke oglašen krivim po svojoj prirodi bilo krivično.

Veliko vijeće je dalje ispitalo da li su djela za koja je krivično gonjen bila ista (*idem*). Veliko vijeće je ispitalo svoju raniju sudsku praksu po ovom pitanju i istaklo da je u prošlosti usvojilo nekoliko različitih pristupa. U nekim slučajevima, kao što je *Gradinger*, fokusiralo se na pitanje da li se obje odluke temelje na istom ponašanju podnosioca predstavke. U drugima, kao što je *Oliveira*, Sud je također pošao od premise da je ponašanje optuženog isto, ali da isto ponašanje može obuhvatiti više krivičnih djela. U trećem pristupu, predstavljenom u predmetu *Franz Fischer*, Sud je stavio naglasak na pitanje da li kažnjiva djela koja proističu iz jednog kriminalnog ponašanja imaju iste „bitne elemente“, suprotno onom kada su samo „nominalno različita“.

Sud je ocijenio da postojanje više pristupa može biti izvor pravne nesigurnosti i da je potrebno razjašnjenje. Nakon preispitivanja opsega principa *ne bis in idem* u različitim međunarodnim instrumentima, Sud je zaključio da se član 4. Protokola broj 7. mora razumjeti tako da zabranjuje krivično gonjenje ili suđenje za drugo „djelo“ ukoliko proističe iz identičnih činjenica ili činjenica koje su bitno iste. Ova garancija postaje značajna kod početka novog krivičnog gonjenja, gdje prethodno oslobađanje ima snagu *res iudicata*.

Sud je utvrdio da su činjenična stanja koja se uobičajeno mogu naći u optužnici prikladna početna tačka za utvrđivanje pitanja da li su činjenice u oba postupka identične ili suštinski iste. Sud bi trebalo da se fokusira na one činjenice koje predstavljaju set konkretnih, faktičnih okolnosti koje uključuju istog optuženog i koje su neraskidivo vezane u vremenu i prostoru, čije se postojanje mora dokazati kako bi se obezbijedila optužba ili pokrenuo krivični postupak.

Dakle, postoji *idem* ako je riječ o identičnim činjenicama ili bitno sličnim činjenicama. Ukoliko je riječ o drugim činjenicama, drugim događajima, onda ne postoji *idem*, pa se prema tome može ponovo suditi.

2. U pogledu elementa bis je ukazano da karakter presuđene stvari mogu imati samo odluke u meritumu. Procesne odluke nemaju karakter presuđene stvari u krivičnom postupku.

Ovim je dat odgovor zbog eventualno nekih drugih situacija kao na primjer da li se može ponovo suditi u predmetima kada je tužitelj odustao od krivičnog gonjenja tokom istrage ili je obustavljen postupak u nekoj ranijoj fazi.

Ustavni sud BiH je u više predmeta (AP 1448/15, AP 4552/13, AP 3555/13) ukazao da je za primjenjivost člana 4. Protokola broj 7. uz Evropsku konvenciju potrebno da postoji prethodni krivični postupak okončan pravomoćnom presudom, da postoji drugi postupak i da postoji pravomoćna osuđujuća ili oslobađajuća presuda. Dakle, za primjenjivost nije dovoljno da odluka ima snagu *res iudicata*, već je potrebno da ona bude oslobađajuća ili osuđujuća.