

Dr. sc. Igor Martinović*

NAČELO NE BIS IN IDEM NAKON PRESUDE A. I B. PROTIV NORVEŠKE: MOGUĆNOST KAZNENOG PROGONA ZA DJELO O KOJEM JE VEĆ ODLUČENO U PREKRŠAJNOM POSTUPKU

U početnom dijelu rada analizira se poimanje načela ne bis in idem u praksi Europskog suda za ljudska prava prije presude A. i B. protiv Norveške, uz osobit osvrt na presude Maresti i Tomasović. Pojašnjavaju se kriteriji Engel i Zolotuhin. Na temelju ispitivanja teorijske održivosti kriterija Zolotuhin zaključuje se da je shvaćanje djela u toj odluci (idem factum) ispravno. Potom se opisuje judikatura Suda o elementu bis, pri čemu se naglašava da su jedno vrijeme postojala dva različita smjera njegova tumačenja. U nastavku se analizira sama presuda A. i B. protiv Norveške, a posebna se pozornost posvećuje kriteriju bliske povezanosti u naravi i vremenu, koji se u radu testira kroz prizmu hrvatskog pravnog sustava, sa zaključkom da je vođenje kaznenog postupka nakon pravomoćne prekršajne osude za isto djelo načelno moguće. U sljedećem se poglavlju daje osvrt na tzv. shvaćanje pro persona načela ne bis in idem, koje je danas odbačeno. Prikazuju se osnovne konture njemačkog prekršajnog postupka, a osobito mogućnost vođenja kaznenog postupka nakon pravomoćnosti prekršajnog naloga. U završnom dijelu rada analizira se domaća sudska praksa u tri različita stadija nakon presude Maresti. Na samom se kraju daju smjernice za postupanje de lege lata i prijedlozi de lege ferenda.

Ključne riječi: ne bis in idem, A. i B. protiv Norveške, bliska veza u naravi i vremenu

* Dr. sc. Igor Martinović, docent na Katedri za kazneno procesno pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci

1. UVOD

Malo je koja odluka Europskog suda za ljudska prava izazvala takvu buru u domaćoj stručnoj javnosti kao presuda u predmetu *Maresti protiv Hrvatske* od 25. VI. 2009. godine. U tom je predmetu RH osuđena za povredu čl. 4. Protokola 7 uz EKLJP jer su hrvatski sudovi počinitelja za isto djelo (*idem factum*) najprije osudili u prekršajnom postupku (prekršaj iz čl. 6. Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira), a potom i u kaznenom postupku (kazneno djelo teške tjelesne ozljede iz čl. 99. KZ/97). Sličnu je argumentaciju ESLJP ponovio u predmetu *Tomasović protiv Hrvatske* od 18. X. 2011. osuđujući RH za povredu čl. 4. Protokola 7 EKLJP-a jer su domaći sudovi počiniteljicu za istu radnju osudili prvo u prekršajnom postupku (prekršaj iz čl. 3. st. 1., kažnjiv temeljem čl. 54. st. 3. Zakona o suzbijanju zlouporabe opojnih droga), a zatim i u kaznenom postupku (kazneno djelo zlouporabe opojnih droga iz čl. 173. st. 1. KZ/97).¹ Ni u jednom od ta dva slučaja ESLJP nije smatrao relevantnim to što je navedeno postupanje bilo u skladu s tadašnjim zakonskim rješenjem i uvriježenom praksom, prema kojima se počinitelju za istu radnju moglo suditi i u prekršajnom i u kaznenom postupku, pri čemu se kazna izrečena za prekršaj uračunavala u kaznu izrečenu za kazneno djelo „ako opis tog djela odgovara prekršaju zbog kojeg je izrečena kazna“ (čl. 63. st. 2. KZ/97).

Nakon presude *Maresti* i *Tomasović* zakonodavac i praksa susreli su se s velikim poteškoćama. Istodobno podnošenje kaznene prijave za kazneno djelo i optužnog prijedloga za prekršaj postalo je problematično jer su se time riskirale ponovne presude ESLJP-a za povredu načela *ne bis in idem*. Ovlaštene je tužitelje u prekršajnom i kaznenom postupku zapala teška zadaća da unaprijed pravno označe počiniteljevu radnju ili kao kazneno djelo ili kao prekršaj, s ograničenim mogućnostima kasnijeg „predomišljanja“. Pogrešna preliminarna pravna ocjena mogla je dovesti do nekažnjavanja počinitelja za, ponekad i vrlo teško, kazneno djelo čija je obilježja ostvario. Osim tužitelja u delikatnoj su

¹ Te su presude već višekratno analizirane u domaćoj literaturi. V. Ivičević Karas, Povo-
dom presude Europskog suda za ljudska prava u predmetu *Maresti* protiv Hrvatske – analiza
mogućeg utjecaja na reformu prekršajnog prava u Republici Hrvatskoj, u: III. specijalističko
savjetovanje. Primjena prekršajnog zakona i ostalih propisa s područja prekršajnog prava u
Republici Hrvatskoj, 2009, str. 1-18; Novosel/Rašo/Burić, Razgraničenje kaznenih djela i pre-
kršaja u svjetlu presude Europskog suda za ljudska prava u predmetu *Maresti* protiv Hrvatske,
HLJKPP 2/2010, str. 785-812; Ivičević Karas/Kos, Primjena načela *ne bis in idem* u hrvatskom
kaznenom pravu, HLJKPP 2/2012, str. 555-584; Amicus Curiae, *Zabrana ne bis in idem* i
izbjegavanje sukoba kaznenih jurisdikcija u državama strankama Europske unije, Informator,
Male stranice, br. 6153 od 23. II. 2013., str. 1-8; Ivičević Karas, Načelo *ne bis in idem* u europs-
skom kaznenom pravu, HLJKPP 2/2014, str. 271-294; Josipović/Novak Hrgović, Načelo *ne bis*
in idem u kontekstu prekršajnog, kaznenog i upravnog prava, HLJKZP 2/2016, str. 469-507;
Novoselec/Martinović, Komentar Kaznenog zakona. I. knjiga: opći dio, 2019, str. 4-5.

se situaciji našli i prekršajni sudovi jer – i kada su bili svjesni da se radnjom počinitelja ostvaruju i obilježja kaznenog djela, a ne samo prekršaja – nije bilo jasno je li i kako je moguće osudu za prekršaj uobličiti na način koji neće prekludirati naknadno kažnjavanje počinitelja za kazneno djelo.

Kako bi se izbjeglo „dupliciranje“ prekršajnog i kaznenog postupka, nastojala se ojačati komunikacija između policije i državnog odvjetništva, pa je donesena Privremena uputa za postupanje državnih odvjetnika i policijskih službenika, koju su potpisali ravnatelj policije i glavni državni odvjetnik. Također je, pri donošenju KZ/11, izostavljena odredba o uračunavanju (čl. 63. st. 2. KZ/97). No sve su to bile vrlo paušalne mjere, pa je praksa bila primorana izravnim tumačenjem prakse ESLJP-a, pa i na temelju pravnog osjećaja, procijeniti kada je nakon prekršajnog progona moguć kazneni progon za isto djelo (*idem factum*), a kada je prema presudi *Maresti* takvo postupanje nedopušteno. No dok su se u domaćoj praksi, s više ili manje uspjeha, pokušavali uspostaviti mehanizmi sprečavanja „dupliciranja“ postupaka i definirati uvjeti pod kojima je ono ipak dopustivo, ESLJP je u presudi *A. i B. protiv Norveške* od 15. XI. 2016. dao drugačije tumačenje pojma „*bis*“ negoli u presudi *Maresti* i izrijekom priznao, pod određenim uvjetima, legitimitet uzastopnog vođenja „administrativnog“ i „pravog“ kaznenog postupka za isto djelo, ostavljajući time velik manevarski prostor nacionalnim zakonodavstvima i sudskoj praksi.

S obzirom na sve te faktore cilj ovoga rada nije samo prikazati presudu *A. i B. protiv Norveške* nego i osvrnuti se na širi kontekst vezan za doseg načela *ne bis in idem* u odnosu između prekršajnog i kaznenog postupka i, naposljetku, dati smjernice za postupanje državnih tijela kojim se neće riskirati povreda Konvencije, ali se neće dopuštati ni olaka ekskulpacija počinitelja kaznenih djela koji su „imali sreće“ da ovlaštenu tužitelj u prekršajnom postupku postavi pogrešnu preliminarnu kvalifikaciju djela. Daljnji je cilj rada dati konkretne prijedloge *de lege ferenda*, koji će biti prihvatljivi kako s aspekta prava okrivljenika tako i s aspekta kriminalnopolitičkih potreba otjelovljenih u načelu legaliteta kaznenog progona i zakonski propisanim svrhama kažnjavanja.

2. PRAKSA EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA PRIJE PRESUDE *A. I B. PROTIV NORVEŠKE* I NJEZIN TEORIJSKI KONTEKST

Pravna problematika kojom se ESLJP bavi u odlukama o dopuštenosti vođenja „pravog“ kaznenog postupka nakon „administrativnog“ (prekršajnog) može se sažeti na tri ključna pitanja: (1) je li sankcija izrečena u prekršajnom postupku kaznenopravne naravi; (2) jesu li djela za koja je podnositelj suđen u prekršajnom i kaznenom postupku ista djela (*idem*); (3) je li postojala dvostrukost postupaka (*bis*).

2.1. Mjerila *Engel*: je li sankcija izrečena u prekršajnom postupku kaznenopravne naravi?

U predmetu *Maresti* ESLJP je do zaključka da je kazna izrečena u prekršajnom postupku kaznenopravne naravi, tj. da je prekršajni postupak „kazneni postupak“ u smislu čl. 4. Protokola 7, došao primijenivši već uvriježena mjerila *Engel* (iz presude *Engel i dr. protiv Nizozemske* od 8. VI. 1976.). Sud je za početak istaknuo da pravno označavanje postupka prema nacionalnom pravu ne može biti jedino mjerilo relevantnosti za primjenu načela *ne bis in idem* na temelju čl. 4. st. 1. Protokola 7 (toč. 56.), da bi zatim razmotrio narav prekršaja za koje je okrivljenik osuđen naglašavajući da je „uključivanje djela o kojemu je riječ u Zakon o prekršajima protiv javnog reda i mira poslužilo kao jamstvo zaštite ljudskog dostojanstva i javnog reda, vrijednosti i interesa koji redovno spadaju u sferu zaštite kaznenog prava“ (toč. 59.). Naposljetku je Sud uzeo u obzir da je u konkretnom slučaju zakonom zapriječena, a u konačnici i stvarno izrečena, kazna zatvora, zbog čega postoji pretpostavka da ono što se okrivljeniku stavlja na teret predstavlja „optužbu za kazneno djelo“ u smislu Protokola 7 (toč. 60.). Iz toga je ESLJP zaključio da je u konkretnom slučaju prekršajni postupak koji je bio proveden protiv okrivljenika po svojoj naravi kazneni postupak. Da prekršajne osude Sud ne smatra osudama kaznene naravi samo u slučajevima kada je izrečena kazna zatvora, nego i kada je izrečena novčana kazna, slijedi iz presude *Tomasović*, gdje je ESLJP potvrdio kaznenopravnu narav novčane kazne od 1700 kuna; ni takva se kazna naime „ne može smatrati neznatnom“ (toč. 23.).

Za hrvatski pravni kontekst zaključak da je i prekršajni postupak u konvencijskom smislu kazneni postupak i nije naročita novost; već otprije se isticalo da je razlikovanje između kaznenih djela i prekršaja kvantitativne naravi,² a ne i strukturalne, kvalitativne naravi, iz čega proizlazi da temeljna procesna jamstva koja vrijede u kaznenom postupku moraju vrijediti i u prekršajnom postupku.³ Primjena mjerila *Engel* na prekršajni postupak potvrdila je, drugim riječima, ono što se i prije znalo: prekršajno pravo dio je kaznenog prava u širem smislu.⁴

² Tako npr. Novoselec, *Opći dio kaznenog prava*, 2007, str. 61; Bačić, *Kazneno pravo – opći dio*, 1998, str. 130.

³ Tako izrijekom i Novoselec, *Opći dio kaznenog prava*, 2007, str. 62.

⁴ *Ibid.*, str. 61.

2.2. Jesu li djela za koja je podnositelj suđen u prekršajnom i kaznenom postupku ista djela (*idem*)? Kriterij iz presude *Zolotuhin* i njegova teorijska održivost

U presudama *Maresti* i *Tomasović* ESLJP je pri ocjeni je li zadovoljen element *idem* primijenio kriterij koji je uspostavio u presudi *Sergej Zolotuhin* (engl. *Sergey Zolotukhin*, rus. Сергей Золотухин) protiv Rusije od 10. II. 2009. U presudi *Zolotuhin* ESLJP nije samo ujednačio svoju praksu nego je i izmijenio neka svoja ranija stajališta, što je izrijeком dao do znanja rekavši da je, doduše, „u interesu pravne izvjesnosti, predvidljivosti i jednakosti pred zakonom da sud bez valjanog razloga ne odstupa od presedana postavljenih u prethodnim predmetima“, ali i da bi se Sud izložio „riziku da postane preprekom reformi ili poboljšanju“ kada „ne bi održao dinamičan i evolutivan pristup“ (toč. 78.).⁵

Srž stajališta Suda o elementu *idem* sadržana je u toč. 81. i 82. presude *Zolotuhin*. Istaknuvši da je „pristup koji naglašava pravno označavanje dvaju djela previše restriktivan u odnosu na prava pojedinca“ (toč. 81.), Sud je naglasio da se čl. 4. Protokola 7 „mora tumačiti tako da zabranjuje kazneni progon ili suđenje za drugo ‘djelo’ ako ono proizlazi iz istih činjenica ili činjenica koje su u biti iste“ (*identical facts or facts which are substantially the same*) (toč. 82.). Prema tome zabrana dvostrukog suđenja odnosi se na svako ponovljeno suđenje za iste ili supstancijalno iste činjenice (*idem factum*), pa i kada je djelo u drugom postupku drugačije pravno označeno.

U predmetu *Maresti* Vlada RH tvrdila je da je konsektivno vođenje prekršajnog i kaznenog postupka bilo opravdano time što je počinitelj „ponašanjem tijekom incidenta od 15. lipnja 2006. godine ostvario obilježja dva različita djela“ i da je stoga „proglašen krivim u dva različita postupka od strane dva različita suda“ (toč. 53.). Teška tjelesna ozljeda ne može se „smatrati jednakim djelom kao i remećenje javnog reda i mira“ (toč. 54.). Takav je stav ranije prihvaćao i ESLJP, npr. u presudi *Oliveira protiv Švicarske* od 30. VII. 1998., u kojoj je naveo da čl. 4. Protokola 7 zabranjuje dvostruko suđenje za isti delikt (*the same offence*), no da to ne obuhvaća slučajeve kada se jednom radnjom (*single act*) ostvaruju obilježja različitih delikata.⁶ Nasuprot tome Sud je u predmetu *Maresti* primijenio kriterij *Zolotuhin* i došao do zaključka „da

⁵ Za razvoj prakse prije presude *Zolotuhin* v. Ivičević Karas/Kos, op. cit., str. 560-563; Esser, *Europäisches und Internationales Strafrecht*, 2018, str. 246.

⁶ ESLJP je za institut idealnog stjecaja u engleskoj inačici teksta upotrijebio francuski izraz *concoures idéal d'infractions*, što je i logično jer u anglosaksonskom pravu ne postoji odgovarajući naziv za (idealni ili realni) stjecaj. U jednom hrvatskom prijevodu KZ/97 na engleski jezik za stjecaj se koristi pomalo nezgrapna formulacija „concurrently adjudicated criminal offences“, no spretnijem se izrazu teško domisliti.

je podnositelj zahtjeva u odnosu na prekršaj i kazneno djelo proglašen krivim kao isti okrivljenik za isto ponašanje i u istom vremenskom okviru“ (toč. 63.), naglasivši da su „činjenice koje predstavljaju prekršaj za koji je podnositelj zahtjeva osuđen u biti iste kao i one koje predstavljaju kazneno djelo za koje je također osuđen“ (toč. 63.).

Iz teorijske perspektive način na koji je element *idem* shvaćen u presudi *Oliveira (idem delictum)* nedosljedan je i pogrešan, a ispravan je kriterij *Zolotuhin (idem factum)*. Kada bi se naime prihvatio kriterij *idem delictum*, i slučajevi idealnog stjecaja⁷ kaznenih djela morali bi se moći suditi u dvama konsektivnim kaznenim postupcima. Propusti li tužitelj u kaznenom postupku optužbom obuhvatiti cjelokupno nepravo određenog događaja, tj. propusti li uočiti idealni stjecaj, on bi prema gledištu *idem delictum* i nakon što predmet postane *res iudicata* mogao optužiti okrivljenika za kazneno djelo koje je počinio u okviru istog događaja.

Takva koncepcija mogla bi se prihvatiti kada bi se uzelo da je glavna svrha zabrane dvostrukog suđenja puka procesna ekonomičnost, tj. izbjegavanje višestrukog angažmana državnih tijela oko iste stvari. Međutim pravi *ratio* načela *ne bis in idem* nije procesna ekonomičnost, nego onemogućavanje svakodobne „reaktivacije“ kaznenog postupka protiv okrivljenika, čime se afirmiraju njegovi osobni interesi i pravna sigurnost u cjelini. Dopusti li država da se o određenom događaju ponovno raspravlja i nakon što je o tome definitivno odlučeno, ona ugrožava autoritet vlastitih odluka kao temeljnu premisu materijalne pravomoćnosti.⁸ Osim toga u državi u kojoj se pravomoćne odluke mogu u bilo koje vrijeme anulirati ponovnim pokretanjem kaznenog postupka okrivljenik nikada ne može biti siguran da se protiv njega neće ponoviti kazneni postupak i prisiljen je živjeti u stalnom strahu. To vrijedi kada se meritorno okončani postupak „reaktivira“ na temelju istog činjeničnog opisa i pravne

⁷ U nastavku se pod pojmom idealnog stjecaja misli na situacije kada se jednom radnjom u prirodnom smislu ostvaruju obilježja više kaznenih djela (idealni stjecaj „u prirodnom smislu“). S druge strane o idealnom će stjecaju biti riječ i kada se s više radnji u prirodnom smislu ostvaruju obilježja više kaznenih djela pod uvjetom da više radnji u prirodnom smislu tvori jedinstvenu radnju u pravnom smislu; u takvim je slučajevima teoretski moguće i da se u okviru idealnog stjecaja radi o više djela u procesnom smislu, no takve su situacije rjeđe, pa se na njih ne odnosi daljnje izlaganje. Takvi slučajevi idealnog stjecaja „u pravnom smislu“ ne predstavljaju jedinstveni povijesni događaj pa ne bi bili obuhvaćeni načelom *ne bis in idem*, zbog čega novi kazneni postupak ne bi bio sporan. Primjerice izradi li netko lažni novac pa ga potom pusti u optjecaj, čime počini prijevaru, radić će se o idealnom stjecaju (jer krivotvorenje predstavlja jedinstvenu radnju u pravnom smislu), no u takvu je slučaju, s obzirom da se ne radi o jedinstvenom povijesnom događaju, moguća osuda za prijevaru i nakon što osuda za krivotvorenje (izradu lažnog novca) postane pravomoćna. Slično i njemački Savezni ustavni sud (BVerfGE 56, 22).

⁸ O materijalnoj pravomoćnosti v. Tomičić, *Neprava obnova kaznenoga postupka*, 2011, str. 42 i dalje.

oznake djela, ali jednako tako i ako se to dogodi nakon što se u činjenični opis unesu stanovite preinake ili se novom pravnom kvalifikacijom adresiraju elementi neprava koji nisu bili obuhvaćeni prvim suđenjem. Kada bi, nakon pravomoćnosti meritorne kaznene presude, tužiteljeva preinaka činjeničnog opisa istog povijesnog događaja ili nova pravna oznaka bile dovoljne za novi kazneni postupak, institut pravomoćnosti izgubio bi smisao jer bi postupak, uz malo jurističke domišljatosti, u budućnosti uvijek mogao oživjeti.

Opisano narušavanje autoriteta meritornih pravomoćnih presuda podsjećalo bi na inkvizitorno „otpuštanje od suđenja“ (*absolutio ab instantia*),⁹ tj. na donošenje presude kojom se postupak samo prolongirao do trenutka prikupljanja novih dokaza, ali ne i trajno okončavao. Takve su presude bile sastavni dio inkvizitornih postupaka još u XIX. stoljeću, kada se u nekim vodećim europskim pravnim porecima u slučajevima „otpuštanja“ tražilo jamstvo okrivljenika da će se u svako vrijeme odazvati eventualnom sudskom pozivu i da neće napustiti boravište; u suprotnom bi ga se smještalo u radni zavod.¹⁰ Ta forma presude, premda „logički potpuno opravdana“ jer „iznosi vjerno stanje dokaznog pitanja na kraju kaznenog postupka“, ujedno je i neprihvatljiva jer „obziri prema okrivljeniku kao čovjeku, dakle razlozi humanosti“ nalažu odustajanje od nje.¹¹ Odricanje od *absolutio ab instantia* prožeto je dakle „smislom za individualne interese okrivljenika“,¹² a ne razlozima procesne ekonomičnosti, pa ne čudi što je Ustav zabranu dvostrukog suđenja smjestio među osobne slobode i prava. Da je smisao materijalne pravomoćnosti najuže vezan s pravima okrivljenika, pokazuje i sklonost fašističkih režima da se te ustanove odreknu ili joj umanje doseg; tako je u talijanskom ZKP-u iz 1930. postojala posebna vrsta oslobađajuće presude „zbog nedostatka dokaza“ (*sentenza di assoluzione per insufficienza di prove*), čija je izreka, umjesto eksplicitnog proglašenja okrivljenikove nedužnosti, sadržavala „formulu sumnje“ (*formula dubitativa*), zbog čega su je teoretičari kasnije uspoređivali s *absolutio ab instantia* i navodili da je upitna kako s aspekta presumpcije nedužnosti tako i s aspekta načela *in dubio pro reo*.¹³

S obzirom na navedeno jasno je da se doseg načela *ne bis in idem* ne može ograničiti samo na *idem delictum*, nego se mora prostirati na cjelokupni povijesni događaj (*idem factum*). Upravo iz tog rakursa valja promatrati okolnost da je ESLJP u presudi *Maresti* pri utvrđenju opstojnosti elementa *idem* ignori-

⁹ Tu vezu uočavaju i Tomičić/Kovačev, *Obnova kaznenog postupka na štetu oslobođene osobe u Engleskoj*, Pravni vjesnik 3-4/2012, str. 208.

¹⁰ Bayer, *Kazneno procesno pravo – odabrana poglavlja*, knjiga II., 1995, str. 97.

¹¹ *Ibid.*, str. 118.

¹² *Ibid.*, str. 119.

¹³ Pisani, *L'assoluzione per insufficienza di prove: prospettive storico-sistematiche*, *Il Foro Italiano* 5/1967, str. 77-78.

rao to što su se u predmetnom slučaju istom radnjom ostvarila obilježja dvaju kažnjivih djela koja se međusobno razlikuju i po zaštićenom pravnom dobru, i po propisanom kaznenom okviru, i po tijelima nadležnima za progon, i po sudovima koji su nadležni voditi postupak. Jesu li ta dva kažnjiva djela međusobno bila u odnosu (prividnog) idealnog stjecaja, za Sud je, pri utvrđivanju radi li se o istom djelu, bilo irelevantno. Takav zaključak podržava i njemačka pravna doktrina, u kojoj je općeprihvaćeno da se pojam *idem* odnosi na kazneno djelo u procesnom smislu,¹⁴ tj. na „jedinstveni povijesni događaj“ (*einheitlicher geschichtlicher Lebensvorgang*).¹⁵

Poimanje pojma „djelo“ kao jedinstvenog povijesnog događaja rezultira time da se isti događaj ne može progoniti u dvama konsektivnim kaznenim postupcima¹⁶ niti u razdvojenim kaznenim postupcima koji se simultano vode.¹⁷ Ovdje se međutim otvara pitanje može li se zaključak o nužnosti vođenja samo jednog kaznenog postupka za jedan povijesni događaj jednostavno protegnuti i na slučajeve kada se istom radnjom ostvaruju obilježja prekršaja i kaznenog djela. Očigledno se tu radi o bitno drugačijoj situaciji jer se u prekršajnom postupku ne može suditi za kazneno djelo niti se u kaznenom postupku može suditi za prekršaj. Drugim riječima, hrvatski pravni poredak ne predviđa „prohodnost“ između prekršajnog i kaznenog postupka, nego je ustrojen na zamisli da je konsektivno vođenje tih dvaju postupaka moguće, što prije presude *Maresti* nije ni bilo upitno.

U nastavku rada pokazat će se da takvo pravno uređenje nije nikakav unikat u komparativnom pravu niti je protivno ustavnim i konvencijskim pravima okrivljenika. No pitanje pod kojim je uvjetima dopušteno konsektivno vođenje prekršajnog i kaznenog postupka treba se razmatrati u okviru elementa *bis*, a ne elementa *idem*, jer se u suprotnom, shvaćanjem „istog djela“ kao *idem delictum*, otvara mogućnost zloupotreba i dovodi u pitanje pravna sigurnost.

¹⁴ U tom smislu Krapac (Kazneno procesno pravo. Prva knjiga: Institucije, 2015, str. 88.) definira kazneno djelo kao „vremenom, prostorom i sudionicima određeni događaj u stvarnosti, sastavljen od činjenica...“

¹⁵ Ocjena o jedinstvenosti povijesnog događaja vrši se na temelju prethodnih, „prirodnih“ kriterija (*nach natürlicher Auffassung zu beurteilender einheitlicher Lebensvorgang*, BVerfGE 56, 22).

¹⁶ Karlsruher Kommentar StPO-Engelhardt, § 264, r. br. 2.

¹⁷ Karlsruher Kommentar StPO-Fischer, § 4, r. br. 12. Neodređeno o tom pitanju Josipović/Novak Hrgović, s napomenom da su takvi slučajevi, „iako zamislivi, više teorijska mogućnost“, kao i da je sasvim „sigurno da se nikada neće dogoditi da se za ta dva kaznena djela sudi odvojeno jer je riječ o jednoj radnji i jednom okrivljeniku, ali teoretski bi bilo zamislivo da greškom bude učinjeno drukčije“ (bilj. 6, str. 471).

2.3. Dvostrukost postupaka (*bis*) kao sporni element analize

ESLJP je do presude *Zolotuhin* dopuštao uzastopno vođenje „administrativnog“ i „pravog“ kaznenog postupka pravdajući takvo postupanje nacionalnih pravosuđa shvaćanjem elementa *idem* kao *idem delictum*. Međutim u pojedinim se odlukama takvo postupanje nacionalnih vlasti odobravalno i s aspekta elementa *bis*. Već u odluci *Nilsson protiv Švedske* od 13. XII. 2005. Sud je inaugurirao kriterij dovoljno bliske povezanosti u naravi i vremenu (*sufficiently close connection in substance and in time*), koji je kasnije postao temeljna odrednica za ocjenu postoji li ponavljanje (*bis*) između dvaju postupaka ili je pak riječ o dopuštenom dualitetu (opširnije v. dolje, 3. 2.). Isti je kriterij Sud nastavio koristiti i u razdoblju nakon presude *Zolotuhin* u odlukama *Glantz protiv Finske* od 20. V. 2014., *Nykänen protiv Finske* od 20. V. 2014., *Lucky Dev protiv Švedske* od 27. XI. 2014., *Rinas protiv Finske* od 27. I. 2015., *Österlund protiv Finske* od 10. II. 2015. i *Boman protiv Finske* od 17. II. 2015.

Međutim u razdoblju između presuda *Zolotuhin protiv Rusije* i *A. i B. protiv Norveške* formirao se i manji rukavac prakse u kojem Sud, bez jasnog obrazloženja, nije primjenjivao taj kriterij. U njega spadaju presude *Maresti i Tomasović*, kao i *Muslija protiv Bosne i Hercegovine* od 14. I. 2014., *Grande Stevens i dr. protiv Italije* od 7. VII. 2014. i *Milenković protiv Srbije* od 1. III. 2016. U presudama *Maresti i Tomasović* Sud je potpuno zaobišao razmatranje „bliske povezanosti“ i umjesto toga se pri tumačenju elementa *bis* kratko pozvao na egzotične odluke *Zigarella protiv Italije* i *Falkner protiv Austrije*. U predmetu *Zigarella* Sud je pridao važnost pitanju je li do dupliciranja „administrativnog“ i „pravog“ kaznenog postupka došlo uz saznanje državnih tijela (*Maresti*, toč. 68.; *Tomasović*, toč. 31.). U predmetu *Falkner* Sud je ustvrdio da dvostrukost postupka ne postoji u slučaju u kojem su nacionalna upravna tijela izvan svoje nadležnosti pokrenula prekršajni postupak, da bi taj postupak kasnije obustavila i vratile okrivljeniku uplaćenu novčanu kaznu, nakon čega je on kazneno gonjen. U presudama *Maresti* (toč. 66.) i *Tomasović* (toč. 29.) Sud se na taj predmet pozvao tek kako bi potkrijepio tvrdnju da se čl. 4. Protokola 7 „nužno ne proteže na sve postupke pokrenute u odnosu na isto djelo“, što je još jedna općenita opaska koja ni za jedan od ta dva slučaja nije bila osobito važna. Tvrdnju o dupliciranju postupaka ESLJP je još škrtije potkrijepio u presudama *Muslija*, *Grande Stevens* i *Milenković*, pri čemu je odluku *Zigarella* uzgred spomenuo u presudi *Muslija*, dok se na odluku *Falkner* uopće nije osvrtao niti u jednoj od tih triju presuda.

Razdoblje selektivne primjene kriterija bliske povezanosti okončano je presudom *A. i B. protiv Norveške*, koja će se u nastavku detaljnije analizirati. U pokušaju da opravda dotadašnju nejednačenost svoje prakse ESLJP je ondje ustvrdio da u presudama *Tomasović* i *Muslija* „nije bio sklon“ primijeniti test bliske povezanosti u naravi i vremenu iz razloga što su prekršajni i kazneni

postupci u RH i BiH vođeni „bez da su svrhe i upotrijebljena sredstva bili komplementarni“ (toč. 129.). Nejasno ostaje kako je ESLJP naknadno došao do zaključka o izostanku komplementarnosti ako to pitanje u spornim presudama nije ni spomenuo, kao i što je to uzrokovalo „nesklonost“ Suda da primijeni kriterij koji je drugdje redovito primjenjivao. Je li pravi uzrok te nesklonosti nesnalaznje Suda u vlastitoj praksi ili drugačije tretiranje Splita i Kaknja u odnosu na Stockholm i Helsinki, ostaje spekulirati.

3. POIMANJE NAČELA *NE BIS IN IDEM* U PRESUDI *A. I B. PROTIV NORVEŠKE OD 15. XI. 2016.*

3.1. Činjenično stanje i pregled postupka

Podnositelji zahtjeva *A. i B.* ostvarili su u gospodarskom poslovanju dohodak od stjecanja i prijenosa dionica, koji nisu prijavili norveškim poreznim vlastima, zbog čega su ih one kazнено prijavile, da bi nakon provedene istrage bili optuženi za kazнено djelo utaje poreza. Unatoč tome porezne su vlasti počiniteljima izrekle i novčanu kaznu administrativnog karaktera. Nakon što su odluke poreznih vlasti postale pravomoćne, kazneni je postupak protiv podnositelja nastavljen, da bi u konačnici obojica bila osuđena na kaznu zatvora od jedne godine. Pri izricanju kazne zatvora sud je uzeo u obzir novčanu kaznu koju su izrekla porezna tijela.

Ocjena ESLJP-a se, kao i u presudi *Maresti*, može razdijeliti na tri osnovna pitanja: (1) je li sankcija izrečena u prvom (poreznom) postupku kaznenopravne naravi u smislu Konvencije; (2) jesu li djela za koja je podnositelj suđen ista djela (*idem*); (3) je li postojala dvostrukost postupaka (*bis*). Glede pitanja je li postupak koji su provele norveške porezne vlasti bio kaznenopravnog karaktera, ESLJP je ponovno primijenio kriterije *Engel* i zaključio da jest. Što se tiče pitanja radi li se o istom djelu (*idem*), primijenjeni su kriteriji iz predmeta *Zolotuhin*, pa je Sud ustanovio da *idem* postoji zbog bitne istovjetnosti činjeničnog stanja u oba postupcima. Dok je u kontekstu prvih dvaju pitanja Sud potvrdio svoju dotadašnju praksu, uspostavljenu u predmetima *Engel* i *Zolotuhin*, u pogledu pitanja je li postojala dvostrukost postupaka (*bis*) učinjen je bitan iskorak, pa će toj problematici biti posvećeno zasebno poglavlje.

3.2. Bliska povezanost u naravi i vremenu kao ključan kriterij za ocjenu dvostrukosti postupaka (*bis*)

Dok je u presudama *Maresti* (toč. 68.) i *Tomasović* (toč. 31.) pitanju postoji li *bis* Sud posvetio jedva polovinu stranice, a zaključak o „dupliciranju“ jednostavno izveo iz okolnosti da je kazneni sud znao za raniju prekršajnu osudu, u presudi *A. i B.* ovoj je problematici posvećeno puno više prostora. Sud se osvrnuo na svoju dotadašnju praksu ne priznajući izrijeckom da je ona bila neusklađena i dovela do različitih presuda u usporedivim predmetima, no dajući ipak do znanja da postoje stanovite skupine predmeta u kojima je Sud različito odlučivao, kao i da je praksu o ovom elementu potrebno ujednačiti. Sud je pritom na samom početku analize dotadašnje prakse naglasio da je i prije i poslije presude *Zolotuhin* „izricanje različitih sankcija od strane različitih tijela koje se odnose na isto ponašanje u određenoj mjeri dopušteno“ (toč. 112.). Nastavio je zaključkom da bi bilo „neprirodno gledati“ na takvu praksu kao na dupliciranje postupka. Sud je potom analizirao svoju dotadašnju praksu o elementu *bis*, pri čemu je predmete *Tomasović*, *Muslija* i *Grande Stevens* (čemu se još mogu pridodati i predmeti *Maresti* i *Milenković*) svrstao u treću skupinu, u kojoj je povreda načela *ne bis in idem* utvrđivana bez pozivanja na test dovoljno bliske povezanosti u naravi i vremenu iz predmeta *Nilsson* (toč. 115.).

Nakon analize i sistematizacije vlastite judikature Sud je konstatirao da je „izricanje sankcija kako na temelju upravnog prava tako i na temelju kaznenog prava za isto djelo raširena praksa u državama članicama“ (toč. 118.). Potom je naglasio da su „države ugovornice one koje u prvom redu biraju kako organizirati svoj pravni sustav“ (toč. 120.), kao i da države moraju biti u mogućnosti „izabrati komplementarne pravne odgovore na društveno neprihvatljivo ponašanje... putem različitih postupaka koji čine povezanu cjelinu, kako bi se riješili različiti aspekti određenog društvenog problema“ (toč. 121.). Usporedni i konsekutivni „administrativni“ i „pravi“ kazneni postupci za Sud nisu problematični ako su oni posljedica „integriranog sustava koji omogućava suzbijanje različitih aspekata nedjela na predvidljiv i razmjernan način koji tvori koherentnu-povezanu cjelinu, kako dotični pojedinac ne bi bio izložen nepravdi“ (toč. 122.). Dopušten je, drugim riječima, „pristup koji uključuje usporedne faze pravnog odgovora na nedjela od strane različitih tijela i u različite svrhe“ (toč. 123.). Sud je zaključio i da je vremenski odvojen nastup pravomoćnosti u „administrativnom“ i „pravom“ kaznenom postupku dopustiv jer bi u suprotnom okrivljenik mogao „iskoristiti načelo *ne bis in idem* kao sredstvo za manipulaciju i nekažnjavanje“ (toč. 127.), zbog čega „oba postupka slijede svoj tijek i postaju pravomoćni neovisno jedan o drugome“. Neodlučan je i redosljed kojim se vode postupci (toč. 128.). Sud potom još jednom izrijeckom postulira kao mjerodavan kriterij dovoljne međusobne povezanosti u naravi i vremenu naglašavajući da provođenje dvaju postupaka neće biti protivno načelu *ne bis*

in idem ako država pokaže „da su postupci bili kombinirani na cjelovit način, tako da tvore koherentnu povezanu cjelinu“ (toč. 130.). „Svrhe koje se nastoje ostvariti i načini na koje se one postižu“ u tim dvama postupcima „trebaju biti u naravi komplementarne i povezane u vremenu“, a „moguće posljedice takve organizacije pravnog postupanja prema spornom ponašanju trebaju biti razmjerne i predvidljive osobama koje su njima pogođene“ (toč. 130.).

Sud je u toč. 132. naveo „materijalne faktore“ koji će se koristiti prilikom određivanja postoji li dovoljno bliska veza u naravi i vremenu. Kada je riječ o bliskoj vezi u naravi, ti su faktori sljedeći: (1) jesu li se različitim postupcima nastojale ostvariti komplementarne svrhe i time obuhvatiti različiti aspekti spornog ponašanja; (2) je li dualitet postupaka predvidljiva posljedica istog ponašanja; (3) jesu li mjerodavni postupci vođeni na način kako bi se što više izbjeglo dupliciranje u prikupljanju i ocjeni dokaza, ponajprije primjerenom suradnjom između različitih nadležnih tijela kako bi se činjenice utvrđene u jednom postupku koristile i u drugom postupku; (4) iznad svega, je li kazna izrečena u postupku koji je prvi postao pravomoćno okončan uzeta u obzir u postupku koji je kasnije pravomoćno okončan. Kada je riječ o vremenskoj komponenti bliske povezanosti, Sud je naveo da „vremenska veza mora biti dovoljno bliska da bi se pojedinac zaštitio od neizvjesnosti, odgoda i prekomjernog odugovlačenja postupka“. „Što je slabija vremenska veza, to država snosi veći teret da objasni i opravda takve odgode“ (toč. 134.).

Iz cjelokupne dikcije presude, a i iz uvriježenog načina funkcioniranja suda u Strasbourgu, proizlazi da navedeni „materijalni faktori“ ne predstavljaju uvjete koji moraju biti kumulativno ispunjeni, nego svojevrsne indikatore koje će ESLJP uzimati u obzir prilikom ocjene pojedinačnih postupaka. „Holistički“ pristup, kakav njeguje Sud, znači da će ocjena o tome postoji li „bliska povezanost“ uvijek biti podložna stanovitom stupnju arbitrarnosti, no nakon što je Protokolom 15 izričito propisano načelo supsidijarnosti, izgledno je da će se i u ovom području više cijeliti *margin of appreciation* (sloboda procjene) svake pojedine države.

4. PRIMJENA KRITERIJA BLISKE POVEZANOSTI U NARAVI I VREMENU NA KONTEKST HRVATSKOG PRAVNOG SUSTAVA

Prvi „materijalni faktor“ za ocjenu bliske povezanosti u naravi jest pitanje nastoje li se vođenjem prekršajnog i kaznenog postupka ostvariti „komplementarne svrhe“ i obuhvatiti „različiti aspekti spornog ponašanja“. To u hrvatskom pravu u pravilu nije sporno jer se prekršajni i kazneni postupak koji se vode povodom istog povijesnog događaja upotpunjuju, tj. tek zajedno čine cjelinu. Njima se jedan te isti događaj sagledava kroz prizmu različitih kažnjivih djela

za čije su kažnjavanje nadležna različita tijela. Kada je zaštićeno pravno dobro različito, ali i kada je ono isto, kazneni progon nakon pravomoćne prekršajne osude ostvaruje „komplementarnu svrhu“ jer se cjelokupno nepravo u pravilu ne iscrpljuje u osudi za prekršaj. Iznimno je, doduše, moguće i da prekršajna osuda konzumira cjelokupno relevantno nepravo određenog događaja, a osobito kada je izrečena prekršajna sankcija stroga, pa bi u takvu slučaju kazneni postupak doista predstavljao nedopušteni *bis*, no takvi slučajevi ne dovode u pitanje načelni zaključak o zadovoljenosti prvog „materijalnog faktora“.

Sljedeći je indikator bliske veze u naravi predvidivost dualiteta postupaka kao posljedice jednog te istog ponašanja. Imajući u vidu dostupnost pravnih izvora, raširenu svijest građana o supostojanju prekršaja i kaznenih djela, hrvatsku pravnu tradiciju i zakonski proklamirano načelo legaliteta, koje nalaže tijelima kaznenog progona da poduzmu kazneni progon kad god postoji osnovana sumnja da je počinjeno kazneno djelo za koje se postupak pokreće po službenoj dužnosti, ne treba sumnjati da u tom segmentu bliska veza neće biti upitna.

Kada je riječ o trećem „materijalnom faktoru“, a to je izbjegavanje dupliranja prikupljanja i ocjene dokaza u dvama postupcima, hrvatski se pravni sustav na prvi pogled može učiniti problematičnim. Međutim „dupliciranje“ dokaznih radnji nije rezultat nedostatka suradnje nadležnih tijela, nego dosljedne provedbe načela neposrednosti i kontradiktornosti; s aspekta prava okrivljenika opravdano je i u prekršajnom i u kaznenom postupku npr. ispitati svjedoka o istom događaju. Uostalom, dokazivanje se u prekršajnom i kaznenom postupku i ne provodi sasvim odvojeno. Ako se primjerice provodi dokaz ispravom u prekršajnom i kaznenom postupku, dokazna će radnja u formalnom smislu biti ponovljena, ali to ne znači da se isprava pribavljena za potrebe prvog postupka neće moći ocjenjivati i u drugom postupku. Neupitna je i suradnja između tužitelja u prekršajnom i kaznenom postupku, osobito kada je policija tužitelj u prekršajnom, a državni odvjetnik u kaznenom postupku. Prema tome ni ovaj „materijalni faktor“ nije prepreka za vođenje prekršajnog i kaznenog postupka za isto djelo.

Posljednji i najvažniji faktor dopustivosti vođenja kaznenog postupka nakon pravomoćnosti prekršajnog jest uzimanje u obzir kazne izrečene u prekršajnom postupku. Odredba o uračunavanju poput nekadašnjeg čl. 63. st. 2. KZ/97, koja je bez razloga izostavljena iz KZ/11, značajno bi doprinijela ponovnom uspostavljanju odgovarajućih mehanizama uračunavanja kazne izrečene u prekršajnom postupku. Međutim i prema sadašnjem je, donekle okljaštrenom, zakonskom rješenju uračunavanje moguće, i to u okviru odmjeravanja kazne jer je sud dužan ocijeniti „sve okolnosti koje utječu da kazna po vrsti i mjeri bude lakša ili teža“ (čl. 47. st. 1. KZ-a), a među njih svakako ulazi i okolnost da je okrivljeniku već izrečena kazna u prekršajnom postupku za isto djelo. Europski sud i ne traži da se uračunavanje prekršajne sankcije zasebno propiše

zakonom niti da se provedeno uračunavanje izrijekom navede u izreci presude, nego jednostavno da se ranija kazna „uzme u obzir“, što je u hrvatskom pravnom sustavu i *de lege lata* nedvojbeno moguće.

Kriterij bliske povezanosti „u vremenu“ Europski sud za ljudska prava nije pobliže razradio. U svakom slučaju, ne traži se „da se dva postupka moraju voditi istodobno od početka do kraja“ (što prema čl. 10. Prekršajnog zakona nije ni moguće), nego „države članice trebaju imati otvorenu mogućnost da odaberu voditi postupke postupno u slučajevima kada je to motivirano interesima učinkovitosti i kvalitetnog rada sudbene vlasti“, pod uvjetom da okrivljenik „zbog toga ne trpi nerazmjernu štetu“. I kada je vremenska veza „slabija“, drugi je postupak dopušten ako je odgoda opravdana (toč. 134.). Iz rakursa takva pristupa naknadni kazneni progon počinitelja koji je već osuđen u prekršajnom postupku neće biti sporan ako bude poduzet u uobičajenom vremenskom intervalu, to više kada se uzme u obzir zastara kaznenog progona kao neprekoračivo ograničenje nakon kojeg okrivljenik može biti siguran da se protiv njega kazneni progon više neće poduzeti odnosno nastaviti. U kazuistici Suda o ovoj problematici valja istaknuti predmet *Jóhannesson i dr. protiv Islanda* od 18. VIII. 2017., u kojem je ocijenio da je povezanost u vremenu nedovoljna u slučaju u kojem su osude za porezni prekršaj postale pravomoćne početkom 2008., a za kazneno djelo početkom 2013., pri čemu je Sud uzeo u obzir što ta vremenska odgoda nije nastala zbog krivnje podnositelja zahtjeva (toč. 54.).

Zaključno, imajući u vidu značajke hrvatskog pravnog sustava, vođenje kaznenog postupka nakon što je za isto djelo počinitelj već osuđen u prekršajnom postupku dopustivo je na temelju kriterija bliske povezanosti i drugih kriterija upotrijebljenih u presudi *A. i B. protiv Norveške*, a samo iznimno može biti upitno. Da je taj kriterij bio primijenjen u predmetu *Maresti*, Sud bi morao utvrditi da nema povrede čl. 4. Protokola 7 ili bi, u najmanju ruku, morao navesti što je to što ga u konkretnom slučaju navodi na zaključak o nepostojanju bliske povezanosti. U oba bi slučaja praksa hrvatskih sudova posljednjih desetak godina izgledala bitno drugačije. No sada kada je rukavac prakse ESLJP-a kojem pripada presuda *Maresti* definitivno presušio, domaće kazneno pravosuđe može prihvatiti umjerenije i uravnoteženije poimanje načela *ne bis in idem*, koje omogućuje da se kazneni postupak provede na način koji respektira ne samo interes okrivljenika nego i interes žrtava i društva u cjelini. Hrvatskom je pravnom sustavu ovom odlukom ponovno prepušten velik manevarski prostor u uređivanju odnosa prekršajnog i kaznenog postupka, a hoće li i čime će naše zakonodavstvo, teorija i praksa taj prostor ispuniti, ovisi pretežno o domaćim akterima. Pritom ne treba zaboraviti da ZKP počiva na načelu legaliteta, čiji je smisao osigurati da će se „sa svakim počiniteljem kaznenog djela postupati na jednak način (...), bez diskriminacije. Tako se osigurava pravedna primjena odredaba materijalnog kaznenog prava u svim slučajevima poznatih počinite-

lja kaznenih djela.“¹⁸ S obzirom na to da „pravo na kažnjavanje, kao odraz državnog monopola sile, pripada državi“, ona je „dužna na sebe preuzeti brigu o zaštiti svojih građana i stvoriti propise koji omogućuju državni progon i osudu počinitelja“. ¹⁹ Uz apsolutizaciju načela *ne bis in idem* država tu svoju dužnost ne može ostvariti.

5. PREDSTAVLJA LI VOĐENJE KAZNENOG POSTUPKA NAKON PRAVOMOĆNOSTI PREKRŠAJNE PRESUDE POVREDU LJUDSKIH PRAVA OKRIVLJENIKA? PRISTUP „PRO PERSONA“ I NJEMAČKA PRAVNA TEORIJA

5.1. Izdvojeno mišljenja suca Pinto de Albuquerquea kao primjer pristupa „pro persona“ pristupa

Presuda *A. i B. protiv Norveške* donesena je većinom glasova od 16:1. Sudac Pinto de Albuquerque dao je izdvojeno mišljenje u kojem se zauzeo za tumačenje načela *ne bis in idem* na tragu presude *Grande Stevens i dr. protiv Italije*, koja pripada istoj skupini kao i presuda *Maretti*. To je mišljenje zanimljivo za daljnju diskusiju jer sublimira argumente u korist tumačenja „u prilog okrivljenika“, a pritom se poziva i na njemačku kaznenoprocесnu teoriju.

Pinto de Albuquerque svoje tumačenje zasniva na ocjeni dekriminalizacije kao „najdobrodošlijeg kaznenopravnog trenda u Europi“ (toč. 16. izdvojenog mišljenja). Transformacija kaznenih djela u prekršaje (ili slične oblike „administrativnog“ neprava) instrument je tog procesa, dok se u slučajevima spuštanja težih oblika socijalno neprihvatljivog ponašanja na razinu administrativnog neprava, uz zadržavanje strogih kazni, ali i uz manje proceduralnih jamstava prema okrivljenicima, radi o namjernom pogrešnom označavanju (*mislabeled*) punitivne strategije države (toč. 21. izdvojenog mišljenja).

Kada je riječ o elementu *bis*, u izdvojenom se mišljenju kriterij bliske veze u vremenu, na način kako je shvaćen u praksi ELJP-a, naziva arbitrarnim (toč. 46.), dok se u pogledu bliske povezanosti u naravi pozivanje Suda na potencijalno pogubne posljedice apsolutne zabrane dupliciranja postupka označava kao *argumentum ad terrorem*, kojem ne bi smjelo biti mjesta u pravnoj argumentaciji (toč. 48.). Stav je tog suca da se čl. 4. Protokola 7, kao nederogabilno pravo, ne bi smio promatrati kroz prizmu slobode procjene (*margin of appreciation*) država članica (toč. 49.). Tvrdi se i da model uračunavanja nije prihvatljiv jer se odnosi jedino na slučajeve kada je prvi postupak okončan osudom,

¹⁸ Krapac, op. cit., str. 99.

¹⁹ Karlsruher Kommentar StPO-Pfeiffer/Hannich, Einleitung, r. br. 1. Slično Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 2009, str. 2.

ali ne i one u kojima je okončan odbijajućom ili oslobađajućom odlukom (toč. 68.). Zabrana novog suđenja (*Sperrwirkung*) trebala bi se sastojati u „apsolutnoj zabrani ponovnog postupanja o istim činjenicama“, odnosno u tome da „okrivljenik ima pravo da ne bude ponovno uznemiravan za iste činjenice, što obuhvaća rizik novog progona bez obzira na različitu prirodu uključenih (pravosudnih i administrativnih) tijela“ (toč. 69.).

Pinto de Albuquerque svoja stajališta u toč. 79. i 80. sumira ocjenom da je odluka *A. i B. protiv Norveške* ograničila utjecaj odluke *Zolotuhin protiv Rusije* jer je „blagonaklon pristup“ ESLJP-a o tome da se *idem* odnosi na *idem factum* postao ograničen restriktivnim shvaćanjem elementa *bis*. Sud je time pokazao da je „nepovjerljiv prema okrivljenicima“ i „napustio fundamentalni princip europske pravne kulture da ista osoba ne može biti progona više od jedanput za iste činjenice (princip jedinstva represivne akcije ili *Einmaligkeit der Strafverfolgung*)“. Time se pristup „*pro persona*“ zamjenjuje pristupom „*pro auctoritate*“, koji otvara vrata „levijatanskoj punitivnoj politici“. Nasuprot tome sudac pruža potporu stajalištima koja je ESLJP iskazao u odluci *Grande Stevens*, odnosno Sud pravde EU-a u odluci *Fransson*,²⁰ uz žaljenje što će praksa ESLJP-a dovesti do ometanja „progresivne i uzajamne suradnje dvaju europskih sudova“.²¹

Izdvojeno mišljenje dobro oslikava svjetonazor „*pro persona*“, koji je doveo do odluke *Maresti*. On je obilježen sumnjom prema potencijalnim skrivenim, „levijatanskim“ motivima država da provode za istu stvar „administrativni“ kazneni postupak i kazneni postupak u užem smislu riječi. Argumentacija koja ističe da pravna tradicija europskih zemalja već odavno poznaje „dupliciranje“ prekršajnog i kaznenog progona naziva se pristupom „*pro auctoritate*“, no pritom se previđaju šire posljedice – za žrtvu i društvo u cjelini – koje su odluke „*pro persona*“ imale u onim državama u kojima je dualitet postupaka proglašavan neusuglašenim s načelom *ne bis in idem*, i to unatoč tome što je ondje bio zakonski reguliran, uvriježen u praksi i podržavan od strane pravne teorije. Kada se već koriste latinski izrazi, korektnije bi bilo pristup „*pro persona*“ nazivati „*pro reo*“, a umjesto termina „*pro auctoritate*“ koristiti naziv „*pro victima*“, pa bi se i na terminološkoj razini vidjelo da nema osnove za stajalište prema kojem bi „marestijevski“ pristup bio bliži ljudskim pravima negoli je to pristup koji se koristi u presudi *A. i B. protiv Norveške*.

²⁰ Opširnije o toj presudi Burić, *Ne bis in idem in European criminal law – moving in circles*, u zborniku radova „EU and Member States – Legal and Economic Issues“, 2019, str. 507-520.

²¹ Presuda *A. i B. protiv Norveške* doista i jest utjecala na praksu Suda pravde EU-a. *Ibid.*, str. 517-518.

5.2. Element *bis* u njemačkoj kaznenoprocenoj doktrini i praksi

Kao zagovornik pristupa „*pro persona*“, sudac Pinto de Albuquerque na više se mjesta u izdvojenom mišljenju pozvao na njemačku pravnu teoriju, služeći se pojmovima kao što su *Strafklageverbrauch*, *Einmaligkeit der Strafverfolgung*, *Sperrwirkung* i *Erledigungsprinzip*. Navedena četiri njemačka pojma blisko su povezana, a u mnogočemu i sinonimna. Oni predstavljaju parafraze načela *ne bis in idem*,²² pri čemu po učestalosti upotrebe prevladavaju pojmovi *Strafklageverbrauch* (iscrpljenost kaznene optužbe) i *Sperrwirkung* (učinak „zapreke“, tj. procesne smetnje). *Ne bis in idem* (odnosno iscrpljenost kaznene optužbe) svakako je najvažniji učinak materijalne pravomoćnosti, pri čemu je učinak materijalne pravomoćnosti, pa time i načela *ne bis in idem*, rezerviran samo za meritorne odluke (*Sachentscheidungen*) kaznenih sudova.²³

Iz navedenih temeljnih principa deducirana su u njemačkoj teoriji i praksi logična i teleološki opravdana rješenja za pojedinačne slučajeve, među kojima su i oni koji se tiču odnosa prekršajnog i kaznenog postupka, s kojima se ESLJP dugo vremena nije znao na odgovarajući način nositi. Kako je i u njemačkom pravu prihvaćeno da se načelo *ne bis in idem* odnosi na *idem factum*, što u praksi ESLJP-a nije sporno (*Zolotuhin*), pažnja će se posvetiti razmatranju elementa *bis*.²⁴

Što se tiče disciplinskih mjera (*disziplinare Ahndungen*) koje se izriču za ponašanje koje ujedno predstavlja i kazneno djelo, u praksi i literaturi postoji konsenzus da time ne dolazi do iscrpljenja kaznene optužbe; prema stajalištu Saveznog ustavnog suda ustavna zabrana ponovnog suđenja o istoj stvari vrijedi jedino kad je riječ o „pravim kriminalnim kaznama“ (*echte Kriminalstrafen*),²⁵ pri čemu „kriminalna kazna“ podrazumijeva socijalnoetičku ocjenu o nevrjednosti djela iza koje stoji autoritet države.²⁶

Kod prekršaja je situacija nešto složenija. U Njemačkoj je prekršajni nalog (*Bußgeldbescheid*) redoviti oblik odluke u prekršajnom postupku (§ 65. Zakona o prekršajima, u daljnjem tekstu: OWiG), a nadležna su ga izdavati upravna tijela (§ 35. st. 2. OWiG-a), koja provode postupak po službenoj dužnosti.²⁷ Nalog izdaju na temelju provedenog istraživanja (*Ermittlung*) pod uvjetom da ne postoje razlozi za obustavu postupka (*Einstellung des Verfahrens*) (§ 47. st.

²² Za sva četiri navedena pojma tako Eicker, *Zum Grundsatz ne bis in idem und seiner Bedeutung im geltenden Recht*, u knjizi *Transstaatliche Strafverfolgung*, 2004, str. 48.

²³ *Karlsruher Kommentar StPO-Pfeiffer/Hannich*, Einleitung, r. br. 170.

²⁴ Njemačka je doktrina minuciozno razradila i element *idem*, no zbog opsega ovog rada tome se neće posvećivati dodatan prostor. V. npr. *Karlsruher Kommentar StPO-Engelhardt*, § 264, r. br. 3-8.

²⁵ BVerfGE 43, 101.

²⁶ BVerfGE 8, 197.

²⁷ V. Mitsch, *Recht der Ordnungswidrigkeiten*, 2005, str. 264.

1. OWiG-a), s time da umjesto izdavanja prekršajnog naloga nekada postoji i mogućnost izdavanja upozorenja (*Verwarnung*) (§ 56. OWiG-a). O prigovoru (*Einspruch*) protiv prekršajnog naloga odlučuje sud (§ 68. st. 1. OWiG-a) presudom (*Urteil*) nakon provedene glavne rasprave, a iznimno rješenjem (*Beschluss*) bez provođenja glavne rasprave, ako se okrivljenik tome ne usprotivi (§ 72. st. 1. OWiG-a). O pravnim lijekovima protiv rješenja i presude odlučuje viši sud.

Osim u slučaju podnesenog prigovora protiv prekršajnog naloga, sud može biti u prilici odlučivati o prekršajima i u kaznenom postupku. Naime, kada god u kaznenom postupku ne postoje osnove za osudu počinitelja za kazneno djelo, ali postoje osnove za osudu za prekršaj, kazneni će sud osuditi okrivljenika za prekršaj. U takvim je slučajevima državni odvjetnik, kao tužitelj u kaznenom postupku, nadležan i za progon prekršaja (§ 40. OWiG-a).

Središnje pitanje u ovoj kratkoj usporedbi s njemačkim pravnim uređenjem jest kakav je učinak pravomoćne odluke o prekršaju u pogledu mogućnosti započinjanja ili nastavka suđenja za kazneno djelo počinjeno istom prilikom. Njemački Zakon o prekršajima takve situacije izričito regulira u članku pod naslovom „učinak pravomoćnosti“ (§ 84. OWiG-a). U st. 1. te odredbe propisuje se zabrana dvostrukog suđenja za prekršaj: pravomoćni prekršajni nalog ili odluka suda o djelu kao prekršaju ili kaznenom djelu priječi ponovni progon istog djela kao prekršaja. Međutim ta se odredba ne odnosi na mogućnost suđenja za kazneno djelo nakon što je o djelu pravomoćno odlučeno kao prekršaju. Na takve se situacije odnosi st. 2.: „Pravomoćna presuda o djelu kao prekršaju priječi i njegov progon kao kaznenog djela. S pravomoćnom presudom izjednačeno je rješenje iz § 72. i rješenje žalbenog suda.“ *A contrario*, pravomoćni prekršajni nalog ne priječi naknadni kazneni progon za isto djelo.²⁸

Zašto pak njemačko pravo pravi razliku između pravomoćne odluke upravnog tijela (prekršajnog naloga) i pravomoćne odluke suda (presude ili rješenja) o prekršaju u pogledu važenja načela *ne bis in idem*? Na prvi se pogled može učiniti da je to zato što je odluka upravnog tijela nižeg ranga važnosti ili je podložnija pogreškama negoli odluka suda, ali pravi je razlog tog različitog tretmana drugačiji. Radi se o tome da je sud, kada god je u prilici provoditi postupak koji može rezultirati osudom za prekršaj (bilo u postupku po prigovoru protiv prekršajnog naloga bilo u kaznenom postupku), ovlašten i dužan djelo označiti kao kazneno djelo ako iz činjeničnog stanja proizlazi da su ostvarena obilježja kaznenog djela. Drugim riječima, sud donosi presudu za prekršaj tek nakon što je određeni događaj razmotrio i kroz prizmu prekršajnog i kroz prizmu kaznenog zakonodavstva, a sve to zato što ima dužnost potpunog, iscrpnog (*erschöpfend*) razmatranja djela na koje se odnosi optužba.²⁹

²⁸ Ibid., str. 234.

²⁹ Schwacke, *Recht der Ordnungswidrigkeiten*, 2006, str. 160; *Karlsruher Kommentar St-PO-Engelhardt*, § 264., r. br. 12.

Cjelovito sagledavanje djela na temelju kaznenog i prekršajnog zakonodavstva samo se po sebi podrazumijeva kada sud okrivljenika sudi za prekršaj u kaznenom postupku jer takva osuda dolazi u obzir samo ako je prije toga sud razmotrio mogućnost osude za to djelo kao kazneno djelo. Međutim to vrijedi i u slučaju provođenja prekršajnog postupka povodom prigovora protiv prekršajnog naloga. Tada sud „nije vezan za ocjenu djela kao prekršaja“ (§ 81. st. 1. OWiG-a), nego može okrivljenika osuditi i za kazneno djelo, pri čemu je dužan prethodno ga obavijestiti o promjeni pravnog gledišta (*Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes*) kako bi mu omogućio odgovarajuću obranu. Takav se slučaj u njemačkom pravu naziva prelaskom (*Übergang*) iz prekršajnog u kazneni postupak. Zanimljivo, tada se kazneni postupak ne vodi na temelju optužnice državnog odvjetnika, nego funkciju optužnog akta u kaznenom postupku formalno preuzima prekršajni nalog upravnog tijela (*Bußgeldbescheid*), koji i inače ima svojstvo optužnog akta u prekršajnom postupku koji se vodi povodom prigovora. Takvim se postupanjem ipak ne narušava akuzatorno načelo,³⁰ koje vrijedi u kaznenom postupku, jer po podnošenju prigovora upravno tijelo upućuje taj prigovor sudu preko državnog odvjetnika (§ 69. st. 3. OWiG-a), koji njegovim zaprimanjem preuzima od upravnog tijela nadležnost za prekršajni progon (§ 69. st. 4. OWiG-a), a samim time i za kazneni progon koji uslijedi nakon prelaska iz prekršajnog u kazneni postupak. Prema tome monopol optužbe (*Anklagemonopol*) državnog odvjetnika sačuvan je i u takvim slučajevima.³¹

Iz navedenih odredaba njemačkog Zakona o prekršajima jasno se vidi zašto je tamošnji zakonodavac predvidio da pravomoćna presuda ili rješenje suda o prekršaju, ali ne i pravomoćni prekršajni nalog, priječe pokretanje kaznenog postupka. Riječ je o tome da do iskorištenja (ili iscrpljenja) kaznene optužbe (*Strafklageverbrauch*) dolazi jedino kada je sud bio u prilici o djelu odlučivati kao o kaznenom djelu, dok je u svim drugim slučajevima moguće pokrenuti kazneni postupak i nakon pravomoćne odluke o djelu kao prekršaju. *Strafklageverbrauch* nastupa pravomoćnošću meritorne presude „kaznenog suda“,³² pri čemu se pod kaznenim sudom podrazumijeva i sud koji je odlučivao o djelu kao prekršaju, a s obzirom na to da je u njemačkom pravu osuđujuća presuda za prekršaj moguća jedino ako se djelo ne može pravno označiti kao kazneno djelo.³³

Iz navedenoga se vidi da u području odnosa između prekršajnog i kaznenog postupka njemački i hrvatski pravni sustav sadrže brojne razlike. Međutim na

³⁰ Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar-Beulke, § 151., r. br. 7.

³¹ Ibid., § 152., r. br. 7.

³² Mitsch, op. cit., str. 232.

³³ Ibid., str. 235.

načelnoj se razini te razlike gube jer je misao o mogućnosti kaznenog progona nakon prekršajne osude prisutna, praktički oduvijek, u oba pravna sustava. Ni njemački sustav sasvim očito nije usklađen s onim, sada već presušenim, rukavcem prakse ESLJP-a koju predstavlja presuda *Maresti*, a koju zagovara sudac Pinto de Albuquerque u svojem izdvojenom mišljenju. Takav pravac tumačenja načela *ne bis in idem* njemačko prekršajno zakonodavstvo izrije-
kom otklanja. Ideja prema kojem bi osuda za prekršaj od strane tijela koje nije nadležno odlučivati o tom djelu kao kaznenom djelu dovela do prekluzije kaznenog progona njemačkom je zakonodavstvu, teoriji i praksi strana.

Teorijsko opravdanje vođenja kaznenog postupka nakon što je o istom djelu već pravomoćno odlučeno u prekršajnom postupku nalazi se u pravnoj figuri ograničene pravomoćnosti (*beschränkte Rechtskraft*). U kaznenom postupku punu materijalnu pravomoćnost imaju meritorne presude i one formalne presude koje su donesene zbog konačnih procesnih smetnji (npr. zastare),³⁴ dok ostale odluke imaju ograničenu pravomoćnost jer se postupak može obnoviti (tj. nastaviti) kada otpadne procesna smetnja. Drugim riječima, pojam ograničene pravomoćnosti predstavlja zajednički nazivnik za raznorodne slučajeve „u kojima (materijalna) pravomoćnost ima uži doseg negoli u slučajevima meritornih odluka koje su u rangu presude“.³⁵ U kategoriju ograničeno pravomoćnih spadaju i odluke o prekršajnom postupku koje donose upravna tijela,³⁶ a čija materijalna pravomoćnost ne sprečava naknadno vođenje kaznenog postupka za isto djelo.

U pogledu dosega načela *ne bis in idem* najvažnija je pouka njemačkog pravnog sustava sljedeća: *ne bis in idem* može i treba vrijediti samo kada je tijelo koje odlučuje o prekršaju imalo ovlast to djelo pravno označiti i kao kazneno djelo. S obzirom pak na to da u hrvatskom pravnom sustavu tijela koja vode prekršajni postupak nikada nisu ovlaštena djelo označiti kao kazneno djelo, nego jedino kao prekršaj, načelo *ne bis in idem* ne bi se u hrvatskom pravu smjelo tumačiti onako kako to sugerira presuda *Maresti*, nego na način koji, kad se ima u vidu i kriterij bliske povezanosti u naravi i vremenu razvijen u praksi ESLJP-a, omogućuje kaznenu osudu i nakon pravomoćne presude za isto to djelo (*idem factum*).

³⁴ Roxin/Schünemann, op. cit., str. 399.

³⁵ Löwe/Rosenberg-*Rieß*, Einl. Abschn. J, r. br. 76.

³⁶ Lemke/Mosbacher, Ordnungswidrigkeitengesetz: Kommentar, 2005, str. 479; Marxen/Tiemann, Die Wiederaufnahme in Strafsachen, 2014, str. 172.

6. PRAKSA HRVATSKIH SUDOVA NAKON PRESUDA *MARESTI PROTIV HRVATSKE I A. I B. PROTIV NORVEŠKE*: USPOREDNA ANALIZA

6.1. Početno razdoblje: radikalno shvaćanje načela *ne bis in idem* kao rezultat dosljednog pridržavanja kriterija iz presude *Maresti*

U prvoj se fazi nakon presude *Maresti* hrvatsko pravosuđe nastojalo dosljedno držati ondje primijenjenih kriterija. Primjer takve prakse jest u literaturi već obrađivana³⁷ presuda VSRH, Kzz-7/11. U tom je predmetu obustavljena istraga za pokušaj ubojstva zato što je okrivljenik već bio osuđen u prekršajnom postupku uvjetnom kaznom zatvora od deset dana jer je, nakon verbalno iskazane namjere ubojstva, zario žrtvi u trbuh dugačak nož. U presudi je Vrhovni sud pravilno primijenio kriterij *Engel* (zaključivši da je i prekršajni postupak „kaznena stvar“) i kriterij *Zolotuhin* (jer se radi „o činjenicama koje su u suštini iste, tj. radi se o skupu konkretnih činjeničnih okolnosti koje uključuju istog okrivljenika i oštećenika i koje su nerazdvojno povezane u vremenu i prostoru“). Elementom *bis*, tj. kriterijem bliske povezanosti postupaka u naravi i vremenu, Vrhovni se sud nije bavio, kao uostalom ni ESLJP u presudi *Maresti*.

Ista idejna pozicija očituje se i u odbijajućoj presudi VSRH, III Kr-214/09, u kojoj je taj sud smatrao da je povrijeđena zabrana dvostrukog suđenja kada je počinitelju suđeno za tešku tjelesnu ozljedu jer je udario brata lopatom u glavu i nanio mu frakturu lubanje, ozljedu moždane ovojnice itd., a s obzirom na to da je za taj događaj već osuđen na temelju čl. 4. tadašnjeg Zakona o zaštiti od nasilja u obitelji, za što mu je izrečena novčana kazna od 5000 kuna. U ocjeni da je povrijeđeno načelo *ne bis in idem* Vrhovni sud ograničio se na utvrđenje da je i prekršajni postupak, sukladno kriterijima *Engel*, jedan oblik kaznenog postupka, kao i da se u konkretnom predmetu presude odnose na isto djelo. Takav je način rezoniranja Vrhovni sud redovito primjenjivao izvodeći zaključak o povredi zabrane dvostrukog kažnjavanja već iz toga što se radi „o istim činjenicama, povezanim u vremenu i prostoru“ (npr. VSRH, I Kž-551/10) ili „istim događajima“ (npr. VSRH, III Kr-230/10; I Kž-403/10).

U prvih nekoliko godina nakon presude *Maresti* domaći sudovi obično nisu dovodili u pitanje okolnost da je prekršajni postupak, sukladno mjerilima *Engel*, jedan oblik kaznenog postupka, a sukladno kriteriju *Zolotuhin* smatrali su da pri ocjeni elementa *idem* treba uzimati u obzir istovjetnost povijesnog događaja (*idem factum*), bez obzira na pravnu kvalifikaciju tog događaja i bez obzira na to jesu li u činjeničnom opisu odluke o prekršaju opisane i okol-

³⁷ Opširnije Ivičević Karas/Kos, op. cit., str. 568-571.

nosti kojima se ostvaruju obilježja kaznenog djela ili je taj dio jedinstvenog povijesnog događaja izostavljen iz činjeničnog opisa.³⁸ Riječ je o ispravnim shvaćanjima kriterija *Engel* i *Zolotuhin*, koja su – s obzirom na to da u presudi *Maresti* nije primijenjen kriterij bliske povezanosti postupaka – dovela do zaključka da povreda zabrane dvostrukog suđenja postoji kad god „pravno egzistiraju dvije osuđujuće odluke o krivnji podnositelja sa zasebnim kaznama, a za činjenično isti događaj“ (U-III-507/2011).

Rezultat takva shvaćanja bile su brojne obustave postupaka i odbijajuće presude, a policija i državno odvjetništvo više obično ne bi ni inicirali kazneni postupak kada je za to djelo prekršajni postupak u tijeku ili je već dovršen. Osim već spominjanih negativnih kriminalnopolitičkih posljedica dosljedne primjene presude *Maresti*, pojavila se i jedna daljnja nelogičnost. U slučajevima donošenja odbijajućih prekršajnih presuda i rješenja o obustavi prekršajnog postupka zbog zastare kazneni se postupak protiv okrivljenika i dalje mogao voditi. To je rezultat ispravnog shvaćanja, prema kojem se načelo *ne bis in idem* odnosi samo na meritorne, a ne i na formalne odluke,³⁹ no kada se to ispravno tumačenje pridruži kriteriju iz presude *Maresti*, rezultat je sljedeći: okrivljeniku koji je ostvario obilježja i prekršaja i kaznenog djela više odgovara da bude osuđen u prekršajnom postupku (jer se tako prekludira njegova kaznenopravna odgovornost) negoli da optužba protiv njega bude odbijena (jer u tom slučaju *ne bis in idem* ne vrijedi).

Kao ni u samoj presudi *Maresti*, ni u praksi hrvatskih sudova koja se na nju nadovezivala nije se u prvo vrijeme valorizirala okolnost da je stvarna nadležnost za prekršaje i kaznena djela u hrvatskom pravu na taj način razgraničena da tijelima koja vode prekršajni postupak nije dopušteno suditi za kaznena djela niti je kaznenim sudovima dopušteno suditi za prekršaje. Na to su u nekim slučajevima bez uspjeha upirali privatni tužitelji u kaznenom postupku, izražavajući neslaganje sa stavom prakse da svaka meritorna odluka o prekršaju predstavlja zapreku za kazneni progon, pa i onda kada se kazneno djelo progona po privatnoj tužbi, a prekršajni se postupak vodio po prijedlogu tijela državne uprave (npr. ŽS u Osijeku, Kž-259/12).

³⁸ Primjerice Županijski sud u Puli (Kž-193/12) smatrao je da je za povredu načela *ne bis in idem* dovoljno to što se kazneni postupak i ranija osuda za prekršaj odnose na „isto ponašanje i u istom vremenskom okviru“, bez obzira na to što „u činjeničnom opisu prekršajnog naloga nisu sadržane i lake tjelesne ozljede“.

³⁹ To prihvaća i Ustavni sud pozivajući se na čl. 31. Ustava i čl. 4. Protokola 7 Konvencije, npr. U-III/3759/2009; U-III-2113/2010; U-III/2633/2011; U-III/4976/2013; U-III/4516/2013; U-III/3076/2015; U-III-6281/2016.

6.2. Druga faza: odmak od radikalnog shvaćanja i poteškoće u pronalazanju dosljednog konceptualnog okvira

I prije presude *A. i B. protiv Norveške* domaći su sudovi nastojali pronaći načine kako spriječiti radikalne posljedice do kojih je dovela dosljedna implementacija mjerila primijenjenih u presudi *Maresti*. Praksa je tako ušla u novi stadij, u kojem su se sudovi često pozivali na presudu *Maresti*, ali su joj davali specifična tumačenja koja se iz nje same ne mogu iščitati.

Dopuštenost „dupliciranja“ obrazlagana je različitim argumentima, a često i kombinacijom više njih. U praksi se često pojavljivala teza da se ne radi o istom djelu (*idem*) ako činjenični opis prekršaja ne uključuje okolnosti koje upućuju na kazneno djelo. Takav način promišljanja dobro oslikava odluka Ustavnog suda, koji smatra da se ne radi o istom djelu kada je to djelo „u prekršajnom i kaznenom postupku opisano na različit način“ iako su „činjenice nerazdvojno povezane u vremenu i prostoru“, i to zato što „teške tjelesne ozljede kao posljedica postupanja podnositelja (...) nisu sadržane u činjeničnom opisu prekršaja“ (U-III-5511/2012). Na tom je tragu i odluka u kojoj se navodi da istovjetnost djela izostaje kada se kazneni postupak vodi za prijetnju („ubit ću te“) izrečenu u okviru istog događaja za koji je okrivljenik osuđen u prekršajnom postupku (U-III/2893/2012), i to stoga što je djelo u prekršajnom i kaznenom postupku „opisano na različit način“. U tim odlukama očituje se poimanje elementa *idem* koje odstupa od kriterija *Zolotuhin*. Dok se u toj presudi ESLJP-a za ostvarenje elementa *idem* smatra dovoljnim da je riječ o istom povijesnom događaju, u citiranim se odlukama povrh toga traži i podudarnost činjeničnih opisa, pa se tako ne smatra da je riječ o istom djelu ako u činjeničnom opisu prekršaja nisu bile opisane okolnosti koje predstavljaju obilježja kaznenog djela, a kaznenom su optužbom obuhvaćene i te okolnosti.

„Zaobilaženje“ nepoželjnih posljedica presude *Maresti* pomoću nestandardnog tumačenja pojma djela nije teorijski prihvatljivo, a u praksi može dovesti do problema. Ako se slijedi ta logika, ne bi se radilo o istom djelu ni kada se počinitelju po drugi put sudi u kaznenom postupku: uz odgovarajuću prilagodbu činjeničnog opisa i drugačiju pravnu kvalifikaciju kazneni bi se postupak mogao iznova pokrenuti i izvan dopuštenih slučajeva obnove. Time bi načelo *ne bis in idem* izgubilo smisao. Nadalje, zamisao da važenje ovog načela ovisi o činjeničnom opisu djela sadržanom u određenom pravnom aktu stvara motivaciju na strani tijela koja pokreću i vode prekršajni postupak da činjenični opis djela prilagode tako da iz njega izostave okolnosti koje upućuju na kazneno djelo. Takvo prekrajanje činjeničnog opisa u optužnom prijedlogu može dovesti u pitanje ispravnost i potpunost utvrđenja činjeničnog stanja u prekršajnom postupku. Štoviše, kada bi se prihvatilo navedeno tumačenje, morao bi vrijediti i argument *a contrario*, što bi značilo da se kazneni postupak ne bi

smio voditi ako je činjenični opis pravomoćne odluke o prekršaju sadržavao navedeni „višak“. Besmislenost takve eventualne interpretacije uočava i Ustavni sud odbijajući tvrdnju podnositelja da je načelo *ne bis in idem* povrijeđeno samim time što je u činjeničnom opisu osuđujuće presude za prekršaj uzgred spomenuta i smrtna posljedica (U-III/2528/2011; slično i U-III/5283/2011, u kojem slučaju je „višak“ bila tjelesna ozljeda).

Sljedeći način „zaobilaženja“ presude *Maresti* u periodu prije presude *A. i B. protiv Norveške* sastojao se u isticanju da, i kada je riječ o istom povijesnom događaju, djela nisu istovjetna ako su njihovi zakonski opisi drugačiji. Taj se argument svodi na poimanje elementa *idem* kao *idem delictum*. Primjerice u odluci U-III/2528/2011 Ustavni je sud naveo da, „iako su činjenice u oba postupka bitno iste, teža posljedica (u konkretnom slučaju smrt jedne osobe) nije dio zakonskog opisa prekršaja za koji je podnositelj osuđen“, na temelju čega je ocijenio „da djelo za koje je podnositelj osuđen u kaznenom postupku nije isto kao i djelo za koje je podnositelj proglašen krivim u prekršajnom postupku.“ Slično je Ustavni sud obrazložio odbijanje ustavne tužbe kada je naveo da nema povrede zabrane dvostrukog suđenja jer „ne postoji činjenična i pravna istovjetnost djela stavljenih podnositelju na teret u prekršajnom i kaznenom postupku“, potkrepljujući tu tezu time što se „težina posljedica koje su podnositelju stavljene na teret u kaznenom postupku..., kao i propisane sankcije za to djelo, bitno... razlikuju od onih stavljenih podnositelju na teret u prvotnom, prekršajnom postupku“ (U-III/3812/2012).

Pojavljivali su se i (relativno rijetki) pokušaji mimoilaženja presude *Maresti* osebujnim tumačenjem mjerila *Engel*. Primjerice u jednoj se takvoj odluci (ŽS u Karlovcu, KŽ-24/16) navodi da „konkretni prekršajni postupak primjenom ‘mjerila Engel’ ne ulazi pod pojam kaznenog postupka u smislu članka 4. stavka 1. Protokola 7 uz Konvenciju“, i to zato što je pravomoćnom presudom prekršajnog suda okrivljenik bio proglašen krivim za prekršaj iz Zakona o suzbijanju zlorabe droga kojim se „štite ljudi u domeni njihova zdravlja“, ali „ne i za napad na službenu osobu“, koji je počinio istom prilikom i za njega bio osuđen u kaznenom postupku nakon pravomoćnosti prekršajne osude. Tu se okolnost da se radi o dvama različitim deliktima, odnosno o dvama različitim zaštićenim pravnim dobrima, dovela u vezu s mjerilima *Engel*, koja s tom problematikom nemaju puno doticaja.

Iz navedenih se primjera vidi da su hrvatski sudovi, u nastojanju da se oslobode skučenih gabarita presude *Maresti*, i prije presude *A. i B. protiv Norveške* iznalazili raznolike načine kako da opravdaju vođenje kaznenog postupka nakon pravomoćnosti meritorne odluke o prekršaju. To se obično postizalo na dva načina: (1) odstupanjem od poimanja elementa *idem* kao *idem factum*, tj. shvaćanjem tog elementa kao *idem delictum* ili (2) formalističkim shvaćanjem da se *idem factum* ne odnosi na cjelokupni događaj, nego samo na onaj

segment tog događaja koji je činjenično opisan u meritornoj odluci o prekršaju. Time su se, svjesno ili nesvjesno, iskrivljavala mjerila sadržana u presudi *Zolotuhin*, a u rjeđim slučajevima i mjerila *Engel*, dok se u element *bis* nije, u pravilu, znatnije ulazilo.

Postavlja se međutim pitanje jesu li hrvatskom pravosuđu u tom stadiju uopće bila na raspolaganju kakva druga tumačenja načela *ne bis in idem*, koja bi omogućavala da se formalno i sadržajno poštuje autoritet Europskog suda za ljudska prava, ali i da se kazneni postupci vode na način koji neće dovesti u pitanje legitimnost cijelog sustava kaznenog pravosuđa. U situaciji u kojoj je *ratio* presude *Maresti* potvrđen u presudi *Tomasović*, a i kada su zemlje u okruženju (Bosna i Hercegovina i Srbija) bile osuđene za povredu čl. 4. Protokola 7, teško da se mogao voditi „otvoreni rat“ s ESLJP-om, pa je određena fleksibilizacija kriterija upotrijebljenih u presudi *Maresti*, bez otvorene konfrontacije s tim sudom, bila razumljiv izlaz.

6.3. Recepcija presude *A. i B. protiv Norveške* u domaćoj praksi: ispravna tumačenja i nepotrebna odstupanja

Presudom *A. i B. protiv Norveške* ESLJP je prekinuo svoje lutanje u tumačenju elementa *bis* i napustio radikalni misaoni pravac, koji se odražavao u jednom manjem dijelu njegove prakse, uključujući i presudu *Maresti protiv Hrvatske*. Umjesto toga proglasio je mjerodavnim u pogledu mogućnosti „dupliciranja“ postupaka kriterij bliske povezanosti u naravi i vremenu, koji je u svojoj praksi često, ali ne uvijek, koristio i prije te presude. Domaća je sudska praksa relativno brzo uočila iznimnu važnost ove presude za hrvatski pravni kontekst, no recepcija ipak ne teče bez problema. To i ne čudi kada se ima u vidu dubok trag koji je u praksi ostavila presuda *Maresti* (v. gore, 6. 1.), kao i raznovrsna alternativna tumačenja koja su se u međuvremenu pojavila (v. gore, 6.2.).

Kao što je već rečeno, presuda *A. i B. protiv Norveške* uvažava mjerila *Engel* i *Zolotuhin*. Dok se mjerila *Engel* obično i u domaćoj praksi ispravno shvaćaju,⁴⁰ u pogledu kriterija *Zolotuhin* i dalje se katkad pojavljuju nejasnoće. Najčešće su one tek kategorijalne naravi: umjesto pod elementom *bis*, određeni se sadržaji analiziraju u okviru elementa *idem*, pa se do ispravnog rezultata stiže pogrešnim putem. Tako je npr. Vrhovni sud u pravu kada kaže da se ne radi o povredi zabrane dvostrukog suđenja kada je nakon prekršajne osude za

⁴⁰ Ipak se i u toj sferi ponekad pojavljuju nepravilna shvaćanja, poput tvrdnje da se „vođenje prekršajnih postupaka zbog financijskih prekršaja ne može smatrati ‘optužbom za kazneno djelo’ u smislu čl. 6. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i čl. 4. Protokola 7. uz navedenu Konvenciju (pravilo *ne bis in idem*)“ (VSRH, I Kž-241/17; slično I Kž-387/17).

remećenje javnog reda i mira protiv okrivljenika proveden i kazneni postupak za pokušaj ubojstva, a opravdana je i argumentacija takva stajališta time što su bitno drugačije „priroda protupravnog ponašanja“ i „količina nepravda“ prekršaja i kaznenog djela (VSRH, I KŽ-430/18); međutim ispravno bi bilo takvu argumentaciju isticati u okviru elementa *bis*, kroz kriterij „bliske povezanosti“, a ne u okviru elementa *idem*.

Pravilno je značenje presude *A. i B. protiv Norveške* shvaćeno u odluci U-III/5090/2016, u kojoj se razmatrao odnos između upravnog i kaznenog postupka. U njoj se ističe da presudom *A. i B.* nisu mijenjana utvrđenja iz presude *Zolotuhin*, nego je ESLJP „dodatno pojasnio što znači dvostruko suđenje ili kažnjavanje“, zbog čega „ta presuda predstavlja novu praksu i korak u razvoju konvencijskog prava zabrane dvostrukog suđenja i utvrđuje uvjete koji moraju biti ispunjeni da bi upravni, prekršajni i kazneni postupak bili dovoljno povezani u naravi i vremenu, te time u skladu sa zabranom dvostrukog suđenja odnosno kažnjavanja. Načela koja je iznio ESLJP u ovoj presudi primjenjiva su u svim postupcima u kojima je sporno je li došlo do suđenja ili kažnjavanja (*bis*) osobe za isto kazneno djelo (*idem*) za koje je ta osoba već bila pravomoćno oslobođena ili osuđena.“ Ustavni je sud svoj zaključak utemeljio na negiranju dupliciranja postupaka (*bis*) navodeći da je „podnositeljici u upravnom, odnosno kaznenom postupku suđeno u skladu s nadležnostima tih tijela i sudova i za djela različitih zakonskih opisa i pravne kvalifikacije“, pri čemu nije negirao da je riječ o istom djelu (*idem*), a s obzirom da to djelo „i u upravnom i u kaznenom postupku proizlazi iz identičnih činjenica i istog događaja“ (slično U-III/266/2015 u kontekstu odnosa između prekršajnog i kaznenog postupka). Temeljem toga Ustavni je sud ocijenio da je riječ o postupcima povezanim u naravi, pri čemu je drugi pokrenut četiri mjeseca nakon što je prvi pravomoćno okončan, pa postoji i povezanost u vremenu.

I kada se obrazloženje sudske odluke uobliči na način koji ne sliči izričaju kakav koristi ESLJP, ono nije sporno ako se pritom ne povrijede mjerila *Engel* i *Zolotuhin*, pri čemu naročito treba voditi računa da se pojam djela u procesnom smislu (jedinственог povijesnog događaja, *idem factum*) ne „iskrivi“ na neki od prije opisanih načina. Stoga ne griješi Ustavni sud kada, nakon pojašnjavanja značenja presude *A. i B.*, navodi: „iako se radi o istom događaju..., radi se o dvije različite kažnjive radnje s time da prekršajna odgovornost postoji i bez nanošenja tjelesne ozljede, a kazneno djelo se sastoji u tjelesnom ozljeđivanju druge osobe“ (U-III-3754/2015). U tom slučaju Ustavni sud kaže da prekršaj i kazneno djelo ne predstavljaju isti oblik kažnjive radnje, ali pritom ne negira da se radi o istom djelu, tj. ne dira u kriterij *Zolotuhin*. Isticanje da prekršaj i kazneno djelo nisu iste kažnjive radnje materija je koju ne treba izbjegavati pri obrazlaganju sudskih odluka; i ona je relevantna, ali u okviru elementa *bis*, jer upućuje na to da su svrhe prekršajnog i kaznenog postupka komplementarne.

7. POLAZIŠTA ZA POSTUPANJE *DE LEGE LATA*

Budući da se u praksi još uvijek pojavljuju dvojbe o dopustivosti dualiteta prekršajnog i kaznenog postupka, u nastavku će se u tri točke jezgrovito izložiti polazišta za praktično postupanje koje je, prema mišljenju autora ovog rada, teorijski ispravno i usklađeno s praksom Europskog suda za ljudska prava.

(1) Na temelju mjerila *Engel* prekršajni postupak u smislu Konvencije ima kaznenu narav.

(2) Na temelju kriterija *Zolutuhin* predmet prekršajnog i kaznenog postupka isto je djelo (*idem*) kad god je riječ o istom povijesnom događaju („iste činjenice ili činjenice koje su u biti iste“, *idem factum*; v. gore, 2. 2.), neovisno o tome kojim je riječima to djelo činjenično opisano i o tome u kojoj su mjeri zakonski opisi prekršaja i kaznenog djela različiti.

(3) Uz uvjet „bliske povezanosti u naravi i vremenu“ dopušteno je nakon pravomoćno okončanog prekršajnog postupka voditi i kazneni postupak za isto djelo. Time, prema stajalištu ESLJP-a izraženom u presudi *A. i B. protiv Norveške*, ne dolazi do ponavljanja postupaka (*bis*). Bliska povezanost prekršajnog i kaznenog postupka koji se vode za isto djelo u pravilu postoji jer se njima ostvaruju „komplementarne svrhe“ i obuhvaćaju „različiti aspekti spornog ponašanja“, a njihov je dualitet predvidiv (v. gore, 3. 2. i 4.). Pri odmjeravanju kazne (čl. 47. KZ-a) kazneni sud treba uzeti u obzir kaznu izrečenu u prekršajnom postupku, uz odgovarajuće navođenje u obrazloženju presude (čl. 459. st. 6. ZKP-a). Povezanost postupaka nije potrebno razmatrati ako je prekršajni postupak okončan formalnom odlukom (rješenjem o obustavi postupka ili odbijajućom presudom). Bliska povezanost prekršajnog i kaznenog postupka može, iznimno, i izostati (v. gore, 4.).

Iz navedenoga slijedi da je, iz perspektive prakse ESLJP-a i pravne teorije, u velikoj većini slučajeva vođenje kaznenog postupka dopušteno i nakon donošenja pravomoćne odluke o tom djelu kao prekršaju. To uvelike podsjeća na stanje prije presude *Maresti*, s time da se tada uračunavanje vršilo na formalan način (čl. 63. st. 2. KZ/97), a sada to treba činiti implicitno.

8. *DE LEGE FERENDA*: ILUZIJE I STVARNE MOGUĆNOSTI

Stručna se javnost nakon presude *Maresti* suočila s potrebom urgentnog rješavanja odnosa između prekršajnog i kaznenog postupka. To se pokušavalo postići ponajprije na materijalnopravnom planu tako da se na razini zakonskih opisa „razgraniče“ kaznena djela i prekršaji. Međutim, iz potpuno istih razloga iz kojih je nemoguće međusobno razgraničiti kaznena djela, tj. postići da se svakom pojedinom radnjom ostvaruju obilježja samo jednog kaznenog djela, nemoguće je – makar i uz silan trud zakonodavca – razgraničiti kaznena djela

s prekršajima. Ni najumješnijim formuliranjem zakonskih opisa ne može se izbjeći „preklapanje“, tj. prividni stjecaj između prekršaja i kaznenih djela. To je jasno već na prvi pogled kada se promotre zakonski opisi prekršaja protiv javnog reda i mira, npr. prekršaj iz čl. 6. Zakona protiv javnog reda i mira, koji čini tko se „na javnom mjestu tuče, svađa, viče ili na drugi način remeti javni red i mir“. Razgraničiti tako opisanu radnju sa svakim mogućim kaznenim djelom čija se obilježja mogu istodobno ostvariti nemoguća je misija. Dakako, sve to ne znači da se zakonski opisi prekršaja ne trebaju prilagođavati duhu vremena, uzimajući u obzir i odredbe kaznenog zakonodavstva, ali se na taj način ne može *a priori* onemogućiti dualitet prekršajnog i kaznenog postupka. To se pokazalo i pri donošenju KZ/11: iako je predlagatelj pokušao postići „jasnije razgraničenje kaznenih i prekršajnih djela“,⁴¹ tj. izbjeći „preklapanja prekršajnih i kaznenih odredaba“,⁴² problem odnosa između prekršajnog i kaznenog postupka nije se razriješio. Jednako je tako unaprijed na neuspjeh bila osuđena težnja da se izmjenom definicije nasilja u obitelji pri donošenju aktualnog Zakona o zaštiti od nasilja u obitelji osigura „da ne bude preklapanja između prekršaja propisanih ovim zakonom, s jedne, i... kaznenih djela počinjenih na štetu bliske osobe propisanih Kaznenim zakonom, s druge strane, a sve kako ne bi došlo do povrede načela *ne bis in idem*.“⁴³

S obzirom na to da je zamisao o potpunom razgraničavanju prekršaja i kaznenih djela neostvariva, rješenje *de lege ferenda* treba tražiti drugdje. Prije svega, poželjno bi bilo na odgovarajući način ozakoniti temeljni sastojak „bliske povezanosti u naravi i vremenu“, a to je uračunavanje kazne izrečene u prekršajnom postupku u kaznu izrečenu u kaznenom postupku. Odredbu o uračunavanju treba formulirati na način koji bi bio precizniji i dosljedniji od nekadašnjeg čl. 63. st. 2. KZ/97 („Kazna zatvora, novčana kazna ili globa za prekršaj uračunava se u kaznu za kazneno djelo ako opis tog djela odgovara prekršaju zbog kojeg je izrečena kazna“). Nejasan je dio te odredbe koji spominje „opis tog djela“ jer se isprva ne vidi misli li se na zakonski ili na činjenični opis, a daljnji je nedostatak što se u toj odredbi ne spominje mogućnost izricanja kazni u upravnom postupku. Primjerenija bi bila sljedeća formulacija: „Ako je počinitelju za isto djelo već izrečena kazna u prekršajnom ili kojem drugom postupku, ta se kazna uračunava u kaznu za kazneno djelo.“ Nomotehnički bi tu odredbu valjalo smjesti u čl. 54. st. 2. KZ-a.

Daljnji bi se zakonodavni zahvat mogao sastojati u davanju ovlasti i dužnosti kaznenom sudu da, u slučaju kada nisu ostvarene pretpostavke za osudu okrivljenika za kazneno djelo, osudi počinitelja za prekršaj. Osudom za prekršaj u kaznenom postupku ne bi se ugrožavala prava okrivljenika, a pri utvrđi-

⁴¹ Konačni prijedlog Kaznenog zakona, listopad 2011., str. 118.

⁴² Konačni prijedlog Kaznenog zakona, listopad 2011., str. 124.

⁴³ Konačni prijedlog Zakona o zaštiti od nasilja u obitelji, lipanj 2017., str. 13.

vanju odgovornosti za prekršaj primjenjivale bi se materijalnopravne odredbe Prekršajnog zakona.

Najdalekosežnija opcija *de lege ferenda* bila bi preurediti prekršajni postupak po uzoru na njemačko zakonodavstvo. Time bi se minimaliziralo dupliciranje procesnih radnji, što bi bilo povoljno i za okrivljenika i za sustav u cjelini. Naravno, ni takav sustav ne bi bio u skladu s tumačenjem načela *ne bis in idem* kakvo je primijenjeno u presudi *Maresti*, niti bi tome uopće trebalo težiti. To je tumačenje od početka bilo neprihvatljivo iz perspektive pravne teorije i kriminalne politike, a danas je s punim pravom odbačeno u praksi Europskog suda za ljudska prava, Suda pravde EU-a, Ustavnog suda i redovnih sudova.

LITERATURA

1. Amicus Curiae, Zabrana *ne bis in idem* i izbjegavanje sukoba kaznenih jurisdikcija u državama strankama Europske unije, Informator, Male stranice, br. 6153 od 23. II. 2013., str. 1-8.
2. Bačić, Kazneno pravo – opći dio, Zagreb, 1998.
3. Bayer, Kazneno procesno pravo – odabrana poglavlja, knjiga II., Zagreb, 1995.
4. Burić, *Ne bis in idem* in European criminal law – moving in circles, u: „EU and Member States – Legal and Economic Issues“, Osijek, 2019.
5. Eicker, Transstaatliche Strafverfolgung, Herbolzheim, 2004.
6. Esser, Europäisches und Internationales Strafrecht, 2. izdanje, München, 2018.
7. Hannich (ur.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. izdanje, München, 2008.
8. Ivičević Karas, Načelo *ne bis in idem* u europskom kaznenom pravu, HLJKPP 2/2014, str. 271-294.
9. Ivičević Karas, Povodom presude Europskog suda za ljudska prava u predmetu *Maresti* protiv Hrvatske – analiza mogućeg utjecaja na reformu prekršajnog prava u Republici Hrvatskoj, u: III. specijalističko savjetovanje. Primjena prekršajnog zakona i ostalih propisa s područja prekršajnog prava u Republici Hrvatskoj, 2009, str. 1-18.
10. Ivičević Karas/Kos, Primjena načela *ne bis in idem* u hrvatskom kaznenom pravu, HLJKPP 2/2012, str. 555-584.
11. Josipović/Novak Hrgović, Načelo *ne bis in idem* u kontekstu prekršajnog, kaznenog i upravnog prava, HLJKZP 2/2016, str. 469-507.
12. Krapac, Kazneno procesno pravo. Prva knjiga: Institucije, 7. izdanje, Zagreb, 2015.
13. Lemke/Mosbacher, Ordnungswidrigkeitengesetz: Kommentar, 2. izdanje, Heidelberg, 2005.
14. Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, 27. izdanje, Berlin, 2018.
15. Marxen/Tiemann, Die Wiederaufnahme in Strafsachen, 3. izdanje, Heidelberg, 2014.
16. Mitsch, Recht der Ordnungswidrigkeiten, Berlin/Heidelberg, 2005.
17. Novosel/Rašo/Burić, Razgraničenje kaznenih djela i prekršaja u svjetlu presude Europskog suda za ljudska prava u predmetu *Maresti* protiv Hrvatske, HLJKPP 2/2010, str. 785-812.
18. Novoselec, Opći dio kaznenog prava, 2. izdanje, Zagreb, 2007.
19. Novoselec/Martinović, Komentar Kaznenog zakona. I. knjiga: opći dio, Zagreb, 2019.
20. Pisani, L'assoluzione per insufficienza di prove: prospettive storico-sistematiche, Il Foro Italiano 5/1967, str. 67-80.

21. Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 26. izdanje, München, 2009.
22. Schwacke, Recht der Ordnungswidrigkeiten, Stuttgart, 2006.
23. Tomičić, Neprava obnova kaznenoga postupka, Osijek, 2011.
24. Tomičić/Kovačev, Obnova kaznenog postupka na štetu oslobođene osobe u Engleskoj, Pravni vjesnik 3-4/2012, str. 205-226.

Summary

THE *NON BIS IN IDEM* PRINCIPLE FOLLOWING THE *A. AND B. v. NORWAY*
JUDGMENT: THE POSSIBILITY OF CRIMINAL PROSECUTION
FOR AN OFFENCE FOR WHICH A DECISION HAS ALREADY BEEN RENDERED
IN MISDEMEANOUR PROCEEDINGS

The first section of the paper discusses the understanding of the *non bis in idem* principle in the case law of the European Court of Human Rights prior to the judgment *A and B v. Norway*, with particular reference to the *Maresti* and *Tomasović* cases. The *Engel* and *Zolotukhin* criteria are clarified. Based on an examination of the theoretical viability of the *Zolotukhin* criterion, it is concluded that the “*idem factum*” concept is correct. The Court’s case law on the “*bis*” element is described in the following section of the paper, while emphasising that two different interpretations have emerged. Further, the *A and B v. Norway* judgment is thoroughly analysed, with particular attention to the criterion of the close connection in substance and time, which is tested through the prism of the Croatian legal system. A conclusion is drawn that the conducting of criminal proceedings after a final misdemeanour conviction for the same act is possible in principle. The next chapter gives an overview of the so-called “pro persona” understanding of the principle of *non bis in idem*, which has recently been rejected. The basic outline of the German misdemeanour procedure and, in particular, the possibility of conducting criminal proceedings after a misdemeanour decision becomes final are presented and discussed. The last section of the paper analyses domestic case law at three different stages following the *Maresti* judgment. Finally, practical guidelines and legislative suggestions are given.

Keywords: *non bis in idem*, *A and B v. Norway*, close connection in substance and time