Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
YVESA BOTA
od 15. prosinca 2015.[1]

Predmet C-486/14

Kazneni postupak
protiv
Piotra Kossowskog

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (Visoki zemaljski sud u Hamburgu, Njemačka))

„Zahtjev za prethodnu odluku – Područje slobode, sigurnosti i pravde – Konvencija o provedbi Schengenskog sporazuma – Članak 54. i članak 55. stavak 1. točka (a) – Povelja Europske unije o temeljnim pravima – Članak 50. i članak 52. stavak 1. – Načelo ne bis in idem – Valjanost rezerve od primjene načela ne bis in idem – Schengenska pravna stečevina – Načelo uzajamnog priznavanja – Uzajamno povjerenje – Kazneni progon u drugoj državi članici protiv iste osobe i zbog istih djela – Pojam ‚iste povrede' – Pojam ‚pravomoćne presude' – Ispitivanje merituma – Prava žrtava"

1. U ovom se predmetu prvi put postavlja pitanje o valjanosti rezervi kod primjene načela *ne bis in idem* predviđenih člankom 55. Konvencije o provedbi Schengenskog sporazuma[2] uzimajući u obzir članak 50. Povelje Europske unije o temeljnim pravima (u daljnjem tekstu: Povelja).

2. Konkretno, Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (Visoki zemaljski sud u Hamburgu) pita predstavlja li mogućnost pružena državama članicama, utvrđena u članku 55. stavku 1. točki (a) CISA-e da ne primjenjuju to načelo ako su se djela na koja se strana presuda odnosi dogodila u cijelosti ili djelomično na njihovu državnom području, ograničenje članka 50. Povelje dopušteno njezinim člankom 52. stavkom 1.

3. Ovaj predmet također je prilika za Sud da pojasni svoju sudsku praksu u vezi s pojmom „pravomoćna presuda" u smislu članka 54. CISA-e i članka 50. Povelje.

4. U ovom mišljenju iznijet ću razloge zbog kojih smatram da rezerva predviđena člankom 55. stavkom 1. točkom (a) CISA-e treba biti proglašena nevaljanom. Nakon toga ću objasniti zašto smatram da načelo *ne bis in idem* iz članka 54. CISA-e i članka 50. Povelje valja tumačiti u smislu da se rješenje o obustavi postupka koje je izdalo javno tužiteljstvo i kojim je okončan istražni postupak ne može smatrati „pravomoćnom presudom" u smislu tih članaka kada iz njegova obrazloženja očito proizlazi da dotična pravosudna tijela nisu ispitala elemente koji čine samu bit pravne situacije, kao što su saslušanje žrtve i saslušanje svjedoka.

1 — Izvorni jezik: francuski

2 — Konvencija o provedbi Schengenskog sporazuma od 14. lipnja 1985. između vlada država Gospodarske unije Beneluksa, Savezne Republike Njemačke i Francuske Republike o postupnom ukidanju kontrola na zajedničkim granicama, potpisana 19. lipnja 1990. u Schengenu (SL 2000., L 239, str. 19.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 9., str. 12., u daljnjem tekstu: CISA).

I – Pravni okvir

A – *Pravo Unije*

5. Načelo *ne bis in idem* utvrđeno je u Povelji. U članku 50. Povelje predviđeno je sljedeće:

„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."

6. Nadalje, u članku 52. stavku 1. Povelje navodi se da „[s]vako ograničenje pri ostvarivanju prava i sloboda priznatih ovom Poveljom mora biti predviđeno zakonom i mora poštovati bit tih prava i sloboda. Podložno načelu proporcionalnosti, ograničenja su moguća samo ako su potrebna i ako zaista odgovaraju ciljevima od općeg interesa koje priznaje Unija ili potrebi zaštite prava i sloboda drugih osoba".

7. Člankom 54. CISA-e predviđeno je da „[p]rotiv 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".

8. Članak 55. CISA-e glasi:

„1. Ugovorna stranka može prilikom ratificiranja, prihvaćanja ili potvrđivanja ove Konvencije izjaviti da je ne obvezuje članak 54. u jednom od sljedećih slučajeva:

(a) ako su se djela na koji se strana presuda odnosi dogodila u cijelosti ili djelomično na njezinom državnom području; u potonjem slučaju, međutim, ovo izuzeće ne vrijedi ako su se djela dijelom dogodila na državnom području ugovorne stranke u kojoj je presuda donesena;

[...]

4. Izuzeća, koja su bila predmetom izjave iz stavka 1. se ne primjenjuju, ako je dotična ugovorna stranka u vezi s istim djelima zatražila od druge ugovorne stranke da pokrene sudski postupak ili je odobrila izručenje dotične osobe."

9. U skladu s tom odredbom Savezna Republika Njemačka izrazila je sljedeću rezervu u pogledu članka 54.:

„Saveznu Republiku Njemačku ne obvezuje članak 54. Konvencije

(a) ako su se djela na koji se strana presuda odnosi dogodila u cijelosti ili djelomično na njezinom državnom području" [3].

10. CISA je ugrađena u pravo Unije protokolom o uvođenju schengenske pravne stečevine u okvir Europske unije koji je Ugovorom iz Amsterdama priložen Ugovoru o Europskoj uniji i Ugovoru o osnivanju Europske zajednice [4].

3 — BGBl. 1994. II, str. 631.

4 — SL 1997., C 340, str. 93., u daljnjem tekstu: Schengenski protokol.

B – *Poljsko pravo*

11. Člankom 282. poljskog Kaznenog zakonika (ustawa – Kodeks karny) od 6. lipnja 1997.[5] predviđeno je da se svatko tko u svrhu stjecanja novčane koristi upotrebljava silu ili tko pod prijetnjom narušavanja fizičkog integriteta ili života ili nasilnim napadom na imovinu prisili drugu osobu da raspolaže svojom ili tuđom imovinom ili da prestane s obavljanjem gospodarske djelatnosti kažnjava kaznom zatvora u trajanju od jedne do deset godina.

12. U članku 327. stavku 2. poljskog Zakonika o kaznenom postupku (ustawa – Kodeks postępowania karnego) od 6. lipnja 1997.[6] navodi se da pravomoćno okončan istražni postupak rješenjem javnog tužiteljstva može biti preotvoren protiv osobe protiv koje je vođen istražni postupak u svojstvu osumnjičenika samo kada se pojave bitne činjenice ili dokazi koji nisu bili poznati tijekom ranijeg postupka.

13. U skladu s člankom 328. stavkom 1. Zakonika o kaznenom postupku javno tužiteljstvo može ukinuti pravomoćnu odluku o okončanju istražnog postupka protiv osobe protiv koje je vođen istražni postupak u svojstvu osumnjičenika kada utvrdi da okončanje istražnog postupka nije bilo osnovano. Na temelju članka 328. stavka 2. toga Zakonika, nakon isteka roka od šest mjeseci od dana o pravomoćne odluke o okončanju istražnog postupka, javno tužiteljstvo može ukinuti ili preinačiti odluku ili njezino obrazloženje isključivo u korist osumnjičenika.

II – Glavni postupak i prethodna pitanja

14. U glavnom postupku Staatsanwaltschaft Hamburg (Javno tužiteljstvo u Hamburgu) pokrenuo je istražni postupak protiv P. Kossowskog, u okviru kojega mu se stavlja na teret da je 2. listopada 2005. u Hamburgu (Njemačka) nad žrtvom počinio radnje koje su prema njemačkom kaznenom pravu podvedene pod kazneno djelo kvalificiranog oblika iznude. Nakon što je zaprijetio žrtvi i prisilio je da potpiše kupoprodajni ugovor koji se odnosio na njezino osobno vozilo te da ga odveze do benzinske postaje, P. Kossowski je s tim vozilom pobjegao.

15. Poljska tijela su 20. listopada 2005. tijekom nadzora prometa u Kołobrzegu (Poljska) zaustavila to vozilo kojim je upravljao P. Kossowski i uhitila ga radi izvršavanja kazne zatvora na koju je bio osuđen u Poljskoj u drugom predmetu. Nakon provođenja izvida u vezi s vozilom Regionalno tužiteljstvo u Kołobrzegu (Prokuratura Rejonowa w Kołobrzegu) također je pokrenulo istražni postupak protiv P. Kossowskog u vezi s optužbom da je radnjama koje je izvršio 2. listopada 2005. u Hamburgu počinio kvalificirani oblik iznude. Nesporno je dakle da se taj postupak i postupak koji je vodilo Javno tužiteljstvo u Hamburgu odnose na ista djela.

16. U okviru uzajamne pravne pomoći Okružno tužiteljstvo u Koszalinu (Prokuratura Okręgowa w Koszalinie, Poljska) zatražilo je od Javnog tužiteljstva u Hamburgu da mu dostavi presliku spisa istrage. Nakon što je zatražilo da ga se obavještava o daljnjim planiranim koracima poljskih tijela, Javno tužiteljstvo u Hamburgu dostavilo je presliku spisa u kolovozu 2006.

17. Odlukom od 22. prosinca 2008. Regionalno tužiteljstvo u Kołobrzegu obustavilo je kazneni postupak koji se vodio protiv P. Kossowskog zbog nepostojanja osnovane sumnje. Rješenje o obustavi postupka obrazloženo je činjenicom da je potonji odbio dati izjavu, da žrtva i svjedok po čuvenju, koji su imali boravište u Njemačkoj, nisu mogu biti saslušani tijekom istražnog postupka te da se nisu mogli provjeriti djelomično neprecizni i proturječni navodi žrtve.

5 — Dz. U. iz 1997., br. 88., članak 553.

6 — Dz. U. iz 1997., br. 89., članak 555., u daljnjem tekstu: Zakonik o kaznenom postupku.

18. Javno tužiteljstvo u Hamburgu je 24. srpnja 2009. izdalo europski uhidbeni nalog protiv P. Kossowskog, a dopisom od 4. rujna 2009. Savezna Republika Njemačka zatražila je od Republike Poljske njegovo izručenje.

19. Odlukom Sąd Okręgowy w Koszalinie (Okružni sud u Koszalinu, Poljska) od 17. rujna 2009. odbijeno je izvršenje europskog uhidbenog naloga jer je odluka Regionalnog tužiteljstva u Kołobrzegu o obustavi kaznenog postupka postala pravomoćna u smislu članka 607.p stavka 1. točke 2. Zakonika o kaznenom postupku.

20. P. Kossowski, koji je i dalje bio tražen u Njemačkoj, uhićen je 7. veljače 2014. u Berlinu (Njemačka). Javno tužiteljstvo u Hamburgu je 17. ožujka 2014. podignulo optužnicu protiv njega zbog djela počinjenih 2. listopada 2005.

21. Odlukom od 18. lipnja 2014. Landgericht Hamburg (Zemaljski sud u Hamburgu, Njemačka) odbio je pokrenuti sudski postupak protiv P. Kossowskog zbog činjenice da je odlukom Regionalnog tužiteljstva u Kołobrzegu okončan sudski postupak u smislu članka 54. CISA-e. Landgericht Hamburg (Zemaljski sud u Hamburgu) već je obustavio postupak izvršenja europskog uhidbenog naloga izdanog protiv P. Kossowskog 4. travnja 2014. pa je on pušten iz pritvora u kojem je bio smješten.

22. Javno tužiteljstvo u Hamburgu uložilo je prigovor protiv odluke Landgerichta Hamburg (Zemaljski sud u Hamburgu) pred Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (Visoki zemaljski sud u Hamburgu) koji je, izražavajući sumnje po pitanju tumačenja prava Unije relevantnog u ovom predmetu, odlučio prekinuti postupak i Sudu uputiti sljedeća prethodna pitanja:

„1. Vrijede li i dalje nakon uključivanja schengenske pravne stečevine u pravni okvir Unije Schengenskim protokolom, održanim na snazi Schengenskim protokolom uz Ugovor iz Lisabona, rezerve koje su ugovorne stranke izrazile prilikom ratificiranja CISA-e u skladu s člankom 55. stavkom 1. točkom (a) CISA-e – osobito rezerva u vezi s točkom (a) koju je Savezna Republika Njemačka izrazila prilikom deponiranja instrumenta o ratifikaciji da je ne obvezuje članak 54. CISA-e „ako su se djela na koja se strana presuda odnosi dogodila u cijelosti ili djelomično na njezinom državnom području […]”? Je li kod ovih iznimaka riječ o proporcionalnim ograničenjima članka 50. Povelje u smislu članka 52. stavka 1. Povelje?

2. U slučaju negativnog odgovora: treba li načelo *ne bis in idem* sadržano u članku 54. CISA-e i članku 50. Povelje tumačiti na način da se ono protivi kaznenom progonu okrivljenika u državi članici – ovdje Njemačkoj – kad je kazneni postupak protiv te osobe u drugoj državi članici – ovdje Poljskoj – tužiteljstvo obustavilo a da nisu izvršene obveze koje su izrečene kao sankcije i bez temeljite istrage, iz činjeničnih razloga, zbog nepostojanja osnovane sumnje, te može biti ponovno otvoren samo u slučaju saznanja bitnih, dotad nepoznatih okolnosti, a da u ovom slučaju ne postoje takve nove okolnosti?”

III – Moja analiza

23. Sud koji je uputio zahtjev prvim pitanjem u biti pita je li još uvijek valjana rezerva predviđena člankom 55. stavkom 1. točkom (a) CISA-e, s obzirom na članak 50. Povelje te nakon uključivanja schengenske pravne stečevine u pravo Unije.

24. U slučaju da ta rezerva ne vrijedi, sud koji je uputio zahtjev u biti pita treba li načelo *ne bis in idem* sadržano u članku 54. CISA-e i članku 50. Povelje tumačiti na način da se rješenje o obustavi postupka koje je izdalo javno tužiteljstvo i kojim je okončan istražni postupak može smatrati „pravomoćnom presudom” u smislu tih članaka ako je doneseno a da tijekom postupka nisu saslušani ni žrtva ni svjedok.

A – *Valjanost članka 55. stavka 1. točke (a) CISA-e*

25. Ponajprije valja odbiti pretpostavku koju je u svojim pisanim očitovanjima[7] i tijekom rasprave zastupala Europska komisija, a prema kojoj bi ispitivanje prvog pitanja koje je postavio sud koji je uputio zahtjev moglo biti suvišno. Komisija podsjeća da je člankom 55. stavkom 4. CISA-e predviđeno da se „[i]zuzeća, koja su bila predmetom izjave iz stavka 1. [...] ne primjenjuju, ako je dotična ugovorna stranka u vezi s istim djelima zatražila od druge ugovorne stranke da pokrene sudski postupak ili je odobrila izručenje dotične osobe". Međutim, prema mišljenju Komisiju, činjenica da su njemačka pravosudna tijela surađivala s poljskim pravosudnim vlastima, da su im dostavila presliku svojeg istražnog spisa i da se nisu protivila mogućem poljskom kaznenom postupku neizravno predstavlja zahtjev za progon u smislu navedene odredbe.

26. Ne slažem se s tom analizom.

27. Prvo valja utvrditi da je mjesna nadležnost sudova u kaznenim stvarima u nacionalnim zakonodavstvima uobičajeno kogentne naravi. Budući da u kaznenom pravu ne postoji teorija osobnog statusa, iz mjesne nadležnosti nužno proizlazi primjenjivi nacionalni zakon. Naime, teritorijalnost kaznenog prava jedan je od izraza suverenosti država članica. Prema tome, načelno nam se čini da izbor između njemačkog kaznenog prava i poljskog kaznenog prava ne može biti rezultat djelovanja implicitnog mehanizma, kako tvrdi Komisija. Čini nam se da taj rezultat može proizlaziti jedino iz zahtjeva koji je izričito dao sud jedne države članice te koji je izričito prihvatio sud druge države članice.

28. Nadalje, čini se da u spisu koji je sud koji je uputio zahtjev dostavio Sudu ništa ne ukazuje na to da je takav zahtjev upućen, neovisno o obliku koji je mogao poprimiti. Naprotiv, Javno tužiteljstvo u Hamburgu u svojim pisanim očitovanjima pojašnjava da od Okružnog tužiteljstva u Koszalinu nije zatražilo da preuzme progon. Ako tomu dodam da se u svojem odgovoru Okružno tužiteljstvo u Koszalinu izričito poziva na istražne radnje koje je trebalo poduzeti radi podnošenja tužbe sudu, a koje nisu poduzete, to treba shvatiti kao dokaz da se ono nikada nije smatralo nadležnim za provedbu progona. U suprotnom bi trebalo samo zatražiti od nadležnih njemačkih pravosudnih tijela da saslušaju osobe čiji su iskazi nedostajali.

29. Također valja smatrati da je Javno tužiteljstvo u Hamburgu, dostavivši presliku istražnog spisa, izričito zatražilo da ga se obavještava o daljnjim planiranim koracima poljskih pravosudnih tijela[8].

30. Konačno, valja istaknuti da je Javno tužiteljstvo u Hamburgu dostavilo tek presliku istražnog spisa, ali ne i izvornik, koji je zadržalo. Takvo je postupanje Javnog tužiteljstva u Hamburgu u skladu sa sudskom praksom primjene osnovnog opreza, koju obično primjenjuju tijela koja provode progon, a koja počiva na načelu da se progon provodi samo na temelju izvornika istražnog spisa na kojemu se zasniva. To pravilo, koje proizlazi iz prakse, služi sprečavanju dvostrukog progona te stoga predstavlja oblik postupanja suda da se spriječi, u najvećoj mogućoj mjeri, povreda načela *ne bis in idem*, a čija je temeljna svrha sprječavanje dvostrukih progona koji dovode do dvostrukih osuda.

31. Zbog svih navedenih razloga smatram da se ne može zaključiti da je Javno tužiteljstvo u Hamburgu predalo svoju nadležnost.

7 — Točka 69.

8 — Vidjeti točku 16. ovog mišljenja.

32. Sada valja ispitati valjanost rezerve predviđene člankom 55. stavkom 1. točkom (a) CISA-e nakon uključivanja schengenske pravne stečevine u pravo Unije i s obzirom na članak 50. i članak 52. stavak 1. Povelje. Kada je riječ o posljednjoj točki, pojašnjavam da ta rezerva predstavlja ograničenje načela *ne bis in idem* u smislu članka 52. stavka 1. Povelje jer se u Objašnjenjima koja se odnose na Povelju, što se tiče njezina članka 50., među odredbama obuhvaćenima horizontalnom klauzulom članka 52. stavka 1. Povelje, izričito spominju članci od 54. do 58. CISA-e.

33. Kada je riječ o prvoj točki koju navodi sud koji je uputio zahtjev, odnosno posljedicama uključivanja schengenske pravne stečevine na valjanost članka 55. stavka 1. točke (a) CISA-e, smatramo da, *a priori*, tim uključivanjem kao takvim navedena odredba nije postala nevaljana.

34. Naime, CISA je uključena u pravo Unije Schengenskim protokolom na temelju „schengenske pravne stečevine", kako je definirana u prilogu tom protokolu. Iz članka 2. Odluke 1999/436/EZ[9] i Priloga A toj odluci proizlazi da je Vijeće Europske unije utvrdilo članke 34. i 31. UEU-a kao pravne osnove članaka 54. do 58. CISA-e, uključujući dakle i članak 55. CISA-e.

35. Iako nije sporno da rezerva iz članka 55. stavka 1. točke (a) CISA-e čini dio schengenske pravne stečevine te da je ona postala sastavnim dijelom prava Unije, i dalje ostaje pitanje o tome je li sadržaj te odredbe u skladu s trenutačnim stanjem prava Unije, kako proizlazi, s jedne strane, iz sudske prakse Suda i, s druge strane, iz uvjeta Povelje, jer su oboje doneseni nakon izrade CISA-e i njegova uključivanja na temelju schengenske pravne stečevine. Naime, u prvoj alineji preambule Schengenskog protokola utvrđeno je da se njime želi „osobito omogućiti Europskoj uniji da se brže razvije u područje slobode, sigurnosti i pravde". Stoga je jasno da se schengenska pravna stečevina, koja je uključena u taj cilj, ne može primijeniti na način suprotan načelima tog područja. Stoga u ovom podnesenom slučaju moramo istražiti predstavlja li istaknuta rezerva prepreku uspostavi tog područja te, ako je to potrebno, predložiti ili njezino izuzimanje iz primjene ili njezino tumačenje, ako je moguće, u smislu koji bi bio u skladu s voljom zakonodavca Unije.

36. Glavni povijesni temelj načela *ne bis in idem*, prepoznat vrlo rano, jest zaštita pojedinca od arbitrarnosti, koja se sastojala od toga da se istoj osobi moglo suditi nekoliko puta za isto djelo po različitim kvalifikacijama.

37. To se načelo prvi put spominje u rimskom pravu, u kojemu mu je zabranom pretora dan izričit oblik u kojem se zadržalo: *bis de eadem re ne sit actio*. Nesporno je da je navedeno načelo jedno od temeljnih prava građana pred sudskom vlasti. Ono je postalo temeljno načelo kaznenog prava.

38. Iako je zadržalo taj temeljni aspekt obrane pojedinačnih sloboda, načelo *ne bis in idem* također je, u okviru područja slobode, sigurnosti i pravde, dobilo još jednu svrhu, a to je osiguranje slobode kretanja.

39. Tom je novom dimenzijom načelo nužno steklo prekograničnu primjenu unutar Unije. Zato se pojavila potreba za međusobnim povezivanjem različitih kaznenih sustava država članica, skupa zakonodavstava obilježenih nespornim sličnostima, ali i nespornim razlikama, osobito postupovne naravi. Kako bi se nadvladale poteškoće koje proizlaze iz različitosti sustava za koje nije provedeno usklađivanje ili približavanje, a kojima, uostalom, države članice općenito nisu sklone u području kaznenog prava, Sud je primijenio načelo uzajamnog priznavanja.

9 — Odluka Vijeća od 20. svibnja 1999. o utvrđivanju, u skladu s odgovarajućim odredbama Ugovora o osnivanju Europske zajednice i Ugovora o Europskoj uniji, pravne osnove za svaku od odredaba ili odluka koje čine pravnu stečevinu (SL L 176, str. 17.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 8., str. 19.).

40. Naime, države članice, okupljene na zasjedanju Europskog vijeća u Tampereu 15. i 16. listopada 1999., prihvatile su to načelo kao kamen temeljac pravosudne suradnje. Ugovorom iz Lisabona to je načelo utvrđeno kao temelj pravosudne suradnje unutar Unije u kaznenim stvarima [10].

41. Sud je u svojoj presudi Gözütok i Brügge [11] naveo da, „neovisno o tome primjenjuje li se u postupcima obustave progona uz intervenciju suda ili na sudske odluke, načelo *ne bis in idem*, utvrđeno u članku 54. CISA-e, *nužno podrazumijeva* da postoji uzajamno povjerenje država članica u njihove odgovarajuće kaznenopravne sustave i da one prihvaćaju primjenu kaznenog prava koje je na snazi u drugim državama članicama, čak i ako bi provedba vlastitog nacionalnog prava dovela do drukčijeg rješenja” [12].

42. Naglašavam izraz „nužno podrazumijeva” jer smatram da ima posebno značenje. Naime, ako uzmemo u obzir da je Sud u prethodnim recima istaknuo da niti u UEU-u niti u CISA-i ne postoji ništa čime bi se primjena načela *ne bis in idem* podredila prethodnom usklađivanju ili približavanju zakonodavstava, to znači da se primjenom tog načela, koje je postalo temeljnim uvjetom stvarne primjene slobode kretanja, državama članicama zapravo nalaže da si ukazuju uzajamno povjerenje. Stoga razlike u zakonodavstvima ne mogu predstavljati prepreku primjeni navedenog načela [13].

43. Upotrebom načela uzajamnog priznavanja zakonodavac Unije želio je nadići gotovo nepremostive poteškoće koje su osobito nastale zbog neuspješnih pokušaja prethodnog približavanja nacionalnih zakonodavstava. To je imalo posljedice za sudsku praksu Suda. Stoga korištenu formulu valja shvatiti na način da podrazumijeva da uzajamno povjerenje ne prethodi primjeni uzajamnog priznavanja, nego je posljedica [14] koja je državama članicama nametnuta primjenom tog načela. Drugim riječima, primjenom načela uzajamnog priznavanja državama članicama nameće se obveza ukazivanja uzajamnog povjerenja neovisno o razlikama među njihovim odgovarajućim nacionalnim zakonodavstvima.

44. Snaga tako izraženog načela opravdana je izazovom koji predstavlja uspostava područja slobode, sigurnosti i pravde za uspostavu Unije. Naime, to područje nastaje kao dodatna dimenzija jedinstvenog prostora kretanja i gospodarske djelatnosti jer se njime jamči pravni okvir koji sadržava pojedinačna prava građana Unije. Na taj se način nesporno povezuje s pojmom građanstva Unije, kojemu doprinosi davanjem konkretne dimenzije.

45. Stoga danas valja razmatrati valjanost rezerve koju je izjavila Savezna Republika Njemačka i koja je sadržana u članku 55. stavku 1. točki (a) CISA-e s obzirom na takav razvoj sudske prakse. Treba li posebna snaga pridana načelu uzajamnog priznavanja dovesti do njezina izuzimanja iz primjene?

46. Iako, kako sam prethodno naveo, ta rezerva nije zastarjela samim uključivanjem schengenske pravne stečevine u pravo Unije, ona se ipak ne može primjenjivati protiv njega.

47. Čini mi se da je pozivanje njemačke vlade tijekom rasprave na pojam korisnosti ili potrebe prikladan pristup.

10 — Vidjeti članak 82. stavak 1. UFEU-a. Vidjeti također članak 67. UFEU-a.

11 — C-187/01 i C-385/01, EU:C:2003:87.

12 — Točka 33. Moje isticanje.

13 — Osim toga, napominjemo da UFEU predstavlja pravnu osnovu za približavanje zakonodavstva radi olakšavanja primjene uzajamnog priznavanja.

14 — U protivnom bi se neizbježno ponovno javile prethodne poteškoće koje se nastoje izbjeći.

48. Naime, ne postoji nikakva sumnja u to da primjena rezerve predviđene člankom 55. stavkom 1. točkom (a) CISA-e dovodi do lišavanja načela *ne bis in idem* njegova sadržaja. S obzirom na prethodno navedena razmatranja koja se odnose na vezu između tog načela i načela uzajamnog priznavanja te na temeljnu važnost potonjeg za uspostavu područja slobode, sigurnosti i pravde, to je razmatranje dostatno kako bi se zaključilo da tu rezervu treba proglasiti nevaljanom.

49. Međutim, iznimka od navedene tvrdnje moguća je isključivo ako je opravdana potrebom pridavanja korisnog učinka toj rezervi u smislu višeg interesa koji ne bi bio u suprotnosti s razvojem područja slobode, sigurnosti i pravde.

50. Stoga ću u tom smislu, na temelju argumentacije njemačke vlade, proučiti mogućnost postojanja korisnog učinka ili nužnosti te rezerve.

51. U tom pogledu smatram da pozivanje na pojam korisnosti ili nužnosti dovodi do zaključka da je rezerva predviđena člankom 55. stavkom 1. točkom (a) CISA-e beskorisna upravo zbog učinka pravilne primjene sudske prakse Suda, u skladu s odredbama Povelje, a što ću izložiti u nastavku.

52. Izrazi kojima se koristi Sud za definiranje materijalnih uvjeta provedbe načela *ne bis in idem* ne smiju nas dovesti u zabludu, a napose ne smiju biti izvučeni iz konteksta trenutačnog stanja dovršenosti sudske prakse ili teksta Povelje, koji je očito primjenjiv u tom smislu.

53. U tekstu CISA-e upotrebljava se pojam „ista djela”, dok se u Povelji upotrebljava izraz „isto kazneno djelo”. Očito je da valja uzeti u obzir potonji izraz, čije je značenje sadržano u sudskoj praksi Suda razvijenoj prilikom njegove uspostave pravila za primjenu načela *ne bis in idem*.

54. Sud za pojam „ista djela” nije razvio poimanje koje je samo materijalno, nego, upravo suprotno, pravno. U svojoj je presudi Mantello [15] taj pojam priznao kao „autonomni pojam prava Unije”. Prema shvaćanju Suda i prema tekstu Povelje, istovjetnost djela navedenih u CISA-i predstavlja tek sličnost kaznenih djela koja se ne ocjenjuje s obzirom na kvalifikacije svojstvene za svako nacionalno zakonodavstvo, nego s obzirom na samu bit predmetnih kaznenih djela.

55. Tako je Sud definirao uvjete istovjetnosti djela navodeći da je riječ o djelima koja su u biti ista (dakle bez obzira na izraze koji se za njih upotrebljavaju u nacionalnim zakonodavstvima) te koja su međusobno neraskidivo povezana vremenski, prostorno i s obzirom na „predmet” [16]. Na taj je način Sud, u tom obliku, dao klasičnu definiciju pojma kaznenog djela pozivajući se na istovjetnost djela s obzirom na značenje, odnosno bit, koje počinjenom djelu daje kriminalna namjera njegova počinitelja. Naime, djelu se ne može pripisati određena kaznena kvalifikacija, na način da bi se razlikovalo od svih drugih djela, ako mu se oduzme njegova svrha, odnosno namjera. Razlika između nenamjerno i namjerno nanesene ozljede nije stupanj, nego narav, čak i ako je ova druga prouzročila manje ozbiljne posljedice od prve.

56. Naglašavam izraz „predmet”, jer što je predmet djela ako ne njegov cilj, njegova svrha, odnosno namjera s kojom je počinjeno? Ako je predmet djela omogućiti počinitelju da namjerno prisvoji imovinu druge osobe, ako je to ono što želi učiniti, tada je kriv za krađu i djelo je počinjeno s namjerom ostvarenja tog prisvajanja.

15 — C-261/09, EU:C:2010:683.

16 — Vidjeti presude Kraaijenbrink (C-367/05, EU:C:2007:444, t. 26. i 27. i navedenu sudsku praksu) i Mantello (C-261/09, EU:C:2010:683, t. 39. i navedenu sudsku praksu).

57. Uzimanjem u obzir predmeta djela u svojoj definiciji materijalne istovjetnosti djela u smislu načela *ne bis in idem*, Sud se poziva na klasični pojam kaznenog djela i „usklađuje se" s izrazom iz Povelje, čak i prije njezina stupanja na snagu. Osim toga, Sud je u svojoj sudskoj praksi povremeno izričito upotrijebio pojam namjere kao sastavni element definicije pojma istih djela [17].

58. Sad se valja vratiti na primjer koji je dala njemačka vlada tijekom rasprave.

59. Ta je vlada razmatrala situaciju u kojoj je pojedinac sa stranim državljanstvom koji je u Njemačkoj počinio kazneno djelo nasilja potaknutog veličanjem nacizma u svojoj državi porijekla bio osuđen za ta djela nasilja primjenom zakona koji, u svojoj kvalifikaciji, ne poznaje posebne okolnosti veličanja nacizma. Kako tvrdi njemačka vlada, u tom slučaju valja primijeniti rezervu predviđenu člankom 55. stavkom 1. točkom (a) CISA-e. Ne slažem se s time.

60. U kaznenom se pravu namjera u klasičnom smislu tog izraza općenito definira kao volja usmjerena prema određenom cilju. U tom se smislu razlikuje od motiva, koji je razlog zbog kojeg je počinitelj počinio kazneno djelo. Motiv je općenito neovisan o stupnju kvalifikacije u smislu da se ne uzima u obzir za pravnu definiciju kažnjivog materijalnog djela. Neovisno o tome krade li osoba iz nužde ili iz pohlepe, krađa je počinjena. Predmet materijalnog djela sastoji se u prisvajanju imovine druge osobe. Počinitelj to djelo čini s tom namjerom. Primjerice, motiv nezakonitog prisvajanja može biti potreba ili stjecanje koristi. Kazneno je djelo istovjetno u oba slučaja, ono predstavlja krađu, a sud će napraviti razliku uzimanjem u obzir motiva za individualizaciju kazne koju će izreći ili, po potrebi, za oslobađanje počinitelja krivnje.

61. Međutim, moguće je da država članica smatra da djelo počinjeno s posebnim motivom, kao što je u ovom slučaju veličanje nacizma, na osobit način krši njezin javni red i da zato, na osnovi tog motiva, koji je potaknuo na djelo i ostvario se u njegovu počinjenju, odluči da je riječ o elementu kaznenog djela za koje se izriče prikladna kazna. To je sasvim dopušteno i legitimno jer je riječ o javnom poretku te države, a prema tome i o vrijednostima te nacije. Međutim, u njezinom se nacionalnom zakonodavstvu veličanje nacizma mora smatrati jednim od obilježja materijalnog elementa kaznenog djela.

62. U ovoj fazi valja naglasiti da to tumačenje nije protivno jasnom stajalištu Suda, koji navodi da u obzir treba uzimati samo materijalnu istovjetnost djelâ, neovisno o kvalifikacijama i zaštićenim interesima. Naime, pitanje koje smo upravo istražili ne odnosi se na to koje interese treba zaštititi, nego se njime nastoji saznati je li riječ, neovisno o korištenim kvalifikacijama, o dvama kaznenim djelima koja su u biti ista ili ne.

63. Međutim, ako nije riječ o istom kaznenom djelu, jer se taj izraz mora shvatiti s istodobnom primjenom Povelje i sudske prakse Suda, ispitana situacija nije obuhvaćena područjem primjene načela *ne bis in idem*.

64. Pitanje je li razlikom u kvalifikaciji obuhvaćena razlika u sadržaju u smislu definicija Suda u nadležnosti je prvostupanjskog, odnosno nacionalnog suda, osim ako u slučaju sumnje Sudu postavi pitanje o pojmu koji, kako smo vidjeli, predstavlja autonomni pojam prava Unije.

65. Ne slažem se s time da se konkretna provedba može pokazati izvorom poteškoća. Kako postupiti u slučaju pozivanja na različita kaznena djela iako je prva osuda već izrečena u drugoj državi članici? Nadalje, kako postupiti ako je kazna već izvršena?

17 — U tom pogledu valja primijetiti da Sud u svojoj presudi Kretzinger (C-288/05, EU:C:2007:441) upućuje na namjeru kako bi karakterizirao istovjetnost materijalnih djela.

66. Načela koja sam navela dovode me do proglašenja drugog progona dopuštenim jer navedena razlika sprečava primjenu načela *ne bis in idem*. Međutim, treba priznati da su predmetna kaznena djela, iako se općenito razlikuju, djelomično istovjetna. Svakako bi bilo upitno prihvatiti jednostavni zbroj pravomoćno izrečenih osuda u dvjema državama članicama. Jednostavno rješenje koje se primjenjuje u nekoliko nacionalnih zakonodavstava jest provedba strože od dviju osuda. Čini mi se da se jedino tim rješenjem omogućuje da se na prihvatljiv način, s obzirom na načela, obuhvate sve moguće konkretne situacije. Kako bi se inače postupalo ako je jedno od kaznenih djela već sankcionirano u jednoj državi članici te ako je kazna već izvršena? Prema toj praksi, ako je prva izvršena kazna stroža, osuđeniku se ne može izreći nikakva „dodatna osuda". Ako se pokaže blažom, osuđenik će odslužiti samo preostalu razliku između već izvršene kazne i kasnije izrečene kazne.

67. Čini mi se da iz prethodno navedenog proizlazi da rezerva predviđena člankom 55. stavkom 1. točkom (a) CISA-e nije potrebna, ni u ovom predmetu ni u bilo kojem drugom. Naime, budući da sudska praksa Suda i Povelja omogućuju osiguranje poštovanja bitne razlike između kaznenih djela, dopuštanje državi članici da isključi primjenu načela *ne bis in idem* u različitim okolnostima rezultiralo bi lišavanjem navedenog načela njegova sadržaja u potpunosti i dovelo bi u pitanje sustav na kojemu se temelji područje slobode, sigurnosti i pravde.

68. S obzirom na sva prethodna razmatranja, smatram da se rezervom predviđenom člankom 55. stavkom 1. točkom (a) CISA-e ne poštuje osnovni sadržaj načela *ne bis in idem*, kako je utvrđen u članku 50. Povelje, te da je stoga treba proglasiti nevaljanim.

B – *Pojam „pravomoćne presude"*

69. Sud koji je uputio zahtjev drugim pitanjem u biti pita treba li načelo *ne bis in idem* sadržano u članku 54. CISA-e i članku 50. Povelje tumačiti tako da se rješenje o obustavi postupka koje je izdalo javno tužiteljstvo i kojim je okončan istražni postupak dokaza može smatrati „pravomoćnom presudom" u smislu tih članaka ako je doneseno a da tijekom postupka nisu saslušani ni žrtva ni svjedok.

70. Sud je u nekoliko navrata imao priliku izjasniti se o pojmu pravomoćne presude. Tako iz sudske prakse proizlazi da su bitni elementi koje treba ispitati prilikom određivanja može li se odluka o kojoj je riječ smatrati „pravomoćnom" sljedeći: odluka mora biti donesena nakon ocjene merituma predmeta i u nacionalnom pravnom poretku okončati kazneni progon pokrenut protiv počinitelja kaznenog djela [18].

71. Kako tvrdi Sud, rješenje o obustavi koje je doneseno nakon istražnog postupka tijekom kojeg su prikupljena i ispitana različita dokazna sredstva treba smatrati utemeljenim na razmatranju koje se ticalo merituma s obzirom na to da ono predstavlja pravomoćnu odluku o nedostatnosti tih dokaza i isključuje svaku mogućnost da predmet bude ponovno otvoren na osnovi istog spleta indicija [19].

72. Prema mišljenju Komisije, tu sudsku praksu valja primijeniti na slučaj koji nam je dan na razmatranje [20]. Ne slažem se s tim stajalištem.

73. Iz rješenja o obustavi o kojem je riječ u glavnom postupku proizlazi da je ono doneseno zato što je P. Kossowski odbio dati izjavu i zato što su žrtva i svjedok po čuvenju imali boravište u Njemačkoj pa nisu mogli biti saslušani tijekom istražnog postupka, a djelomično neprecizni i proturječni navodi žrtve nisu se mogli provjeriti.

18 — Vidjeti presudu M (C-398/12, EU:C:2014:1057, t. 28. i 31. i navedenu sudsku praksu).

19 — *Ibidem* (t. 30.).

20 — Vidjeti točku 50. i sljedeće Komisijina očitovanja.

74. Sama bit načela *ne bis in idem* leži u uzajamnom priznavanju odluka pravosudnih tijela, koje se temelji na uzajamnom povjerenju među državama članicama. Međutim, je li time državama članicama zabranjeno da provjere jesu li uvjeti za primjenu načela *ne bis in idem* doista ispunjeni, a osobito je li riječ o odluci o meritumu?

75. Pojam „meritum spora" može upućivati na dubinsko ispitivanje i kritiku predmetnog postupka. Država članica koja provodi to ispitivanje na određeni bi način „presuđivala" o postupku druge države članice prije nego što odluči hoće li ga priznati ili ne. Time bi se ponovno donijela odluka o izvršenju, što bi bilo neprihvatljivo jer bi se time lišilo smisla načelo uzajamnog priznavanja i izravno povrijedila sâma ideja područja slobode, sigurnosti i pravde.

76. Međutim, prisiljavanje pravosudnih tijela države članice da slijepo provode svaku odluku bez ikakvog prava na nadzor nedvojbeno bi moglo izmijeniti uzajamno priznavanje u slučajevima u kojima se objektivno očito pojavljuju pitanja.

77. Naime, bilo bi potpuno beskorisno da Sud određuje uvjete valjanosti primjene načela *ne bis in idem* ako nije moguće objektivno utvrditi njihovo postojanje. Osim toga, nužnost obrazlaganja sudskih odluka odgovara tom nastojanju da se osigura transparentnost sudskih odluka, koja predstavlja jedno od elemenata vladavine prava. U području slobode, sigurnosti i pravde ta je transparentnost neophodan čimbenik za dijalog sudaca i državnih odvjetnika.

78. Ako dakle iz obrazloženja – koje je neophodan element odluke čije se uzimanje u obzir osporava – proizlazi da je nesporno da uvjeti koje je utvrdio Sud nisu ispunjeni, sud na koji se odnosi primjena načela *ne bis in idem* ima pravo ne primijeniti to načelo i u slučaju sumnje postaviti pitanje Sudu, što predstavlja potrebnu pažnju ispoštovanu u ovom slučaju.

79. Jednostavnim tumačenjem elemenata navedenih u poljskoj odluci pokazuje se da meritum predmeta bez sumnje nije razmatran. Naime, u toj se odluci spominje da optuženik nije sudjelovao i da se nije izjasnio, da nije provedeno suočavanje koje se činilo potrebnim jer su u iskazu žrtve utvrđene nepreciznosti, te da svjedok nije saslušan, među ostalim zato što su te osobe živjele u Njemačkoj, a u tom smislu nije zatražena nikakva pravna pomoć. Stoga se čini očitim da poljska pravosudna tijela nisu ispitala elemente koji čine samu bit pravne situacije u kojoj su suprotstavljena njemačka i poljska pravosudna tijela.

80. Osim toga, ako se provedba stvarnog područja slobode, sigurnosti i pravde postiže uzajamnim priznavanjem sudskih odluka i, dakle, nužnim uzajamnim povjerenjem među državama članicama, to ne može ugrožavati jamstvo da će biti poštovana temeljna prava, a osobito prava žrtve. Primjena načela *ne bis in idem* ni u kojem slučaju ne smije dovesti do priznavanja odluka koje su očito protivne temeljnim pravima.

81. U glavnom je postupku očito da nisu zajamčena prava žrtve, osobito pravo na saslušanje, pravo na informacije i pravo na naknadu štete [21].

82. Naime, iz obrazloženja rješenja o obustavi o kojem je riječ u glavnom postupku proizlazi da žrtva nije saslušana. Nadalje, odluka o obustavi kaznenog progona žrtvi je dostavljena s rokom za odaziv od sedam dana, koji je u potpunosti nedostatan da u državi članici u kojoj ne prebiva ima dovoljno vremena da, po potrebi, ishodi prijevod i dobije pravni savjet te da nakon toga eventualno podnese tužbu koja, kada je riječ o činjenicama u ovom slučaju, zahtijeva upoznavanje s postupovnim dokumentima, što je očito bilo u potpunosti nemoguće.

21 — Vidjeti članke 3., 4. i 9. Okvirne odluke Vijeća 2001/220/PUP od 15. ožujka 2001. o položaju žrtava u kaznenom postupku (SL L 82, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19. svezak 3., str. 53.).

83. Osim toga, iako se kaznenim pravom nastoje sankcionirati povrede javnog poretka, njime se također želi omogućiti žrtvi da ostvari naknadu štete proizašle iz počinjenja radnji koje čine materijalni element kaznenog djela. To je dodatni razlog zbog kojega smatram da, u ovom slučaju, s obzirom na temeljno pravo žrtava, poljska odluka ne može imati učinak koji joj je dodijeljen načelom *ne bis in idem*, zbog kojeg bi žrtvi bila oduzeto svako pravo na naknadu štete.

84. Prema tome, smatram da načelo *ne bis in idem* iz članka 54. CISA-e i članka 50. Povelje valja tumačiti na način da se rješenje o obustavi postupka koje je izdalo javno tužiteljstvo te kojim je okončan istražni postupak ne može smatrati „pravomoćnom presudom" u smislu tih članaka kada iz njezina obrazloženja očigledno proizlazi da dotična pravosudna tijela nisu ispitala elemente koji čine sâmu bit pravne situacije, kao što su saslušanje žrtve i saslušanje svjedoka.

IV – Zaključak

85. S obzirom na sva prethodna razmatranja, predlažem Sudu da Hanseatisches Oberlandesgerichtu Hamburg (Visoki zemaljski sud u Hamburgu) odgovori kako slijedi:

1. Rezervom predviđenom člankom 55. stavkom 1. točkom (a) Konvencije o provedbi Schengenskog sporazuma od 14. lipnja 1985. između vlada država Gospodarske unije Beneluksa, Savezne Republike Njemačke i Francuske Republike o postupnom ukidanju kontrola na zajedničkim granicama potpisane 19. lipnja 1990. u Schengenu ne poštuje se bit načela *ne bis in idem*, kako je utvrđena u članku 50. Povelje Europske unije o temeljnim pravima, zbog čega je treba proglasiti nevaljanom.

2. Načelo *ne bis in idem* iz članka 54. te konvencije i članka 50. Povelje valja tumačiti na način da se rješenje o obustavi postupka koje je izdalo javno tužiteljstvo i kojim je okončan istražni postupak ne može smatrati „pravomoćnom presudom" u smislu tih članaka kada iz njezina obrazloženja očigledno proizlazi da dotična pravosudna tijela nisu ispitala elemente koji čine samu bit pravne situacije, kao što su saslušanje žrtve i saslušanje svjedoka.