Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
YVESA BOTA,
predstavljeni 15. decembra 2015 [1]

Zadeva C-486/14

Kazenski postopek
proti
Piotru Kossowskemu

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (višje hanzeatsko deželno sodišče v Hamburgu, Nemčija))

„Predhodno odločanje — Območje svobode, varnosti in pravice — Sporazum h Konvenciji o izvajanju Schengenskega sporazuma — Člena 54 in 55(1)(a) — Listina Evropske unije o temeljnih pravicah — Člena 50 in 52(1) — Načelo ne bis in idem — Veljavnost pridržka pri uporabi načela ne bis in idem — Schengenski pravni red — Načelo vzajemnega priznavanja — Načelo medsebojnega zaupanja — Kazenski pregon v drugi državi članici zoper isto osebo zaradi kaznivega dejanja, ki temelji na istih dejstvih — Pojem ‚isto kaznivo dejanje‘ — Pojem ‚pravnomočna sodba‘ — Vsebinska preučitev — Pravica žrtev“

1. S to zadevo se prvič postavlja vprašanje veljavnosti pridržkov pri uporabi načela *ne bis in idem*, določenega v členu 55 Konvencije o izvajanju Schengenskega sporazuma [2] glede člena 50 Listine Evropske unije o temeljnih pravicah (v nadaljevanju: Listina).

2. Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (višje hanzeatsko deželno sodišče v Hamburgu) sprašuje, ali možnost, ki jo državam članicam daje člen 55(1)(a) KISS, da se to načelo ne uporablja, če so bila dejanja, na katera se nanaša tuja sodba, v celoti ali deloma storjena na njenem ozemlju, pomeni omejitev člena 50 Listine, ki je dovoljena s členom 52(1) Listine.

3. Sodišče ima torej s to zadevo priložnost pojasniti svojo sodno prakso v zvezi s pojmom „pravnomočna sodba“ v smislu členov 54 KISS in 50 Listine.

4. V teh sklepnih predlogih bom predstavil razloge, iz katerih trdim, da je treba pridržek iz člena 55(1)(a) KISS razglasiti za neveljaven. Nato bom pojasnil, zakaj menim, da je treba načelo *ne bis in idem* iz členov 54 KISS in 50 Listine razlagati tako, da sklepa o ustavitvi preiskave, ki ga je sprejelo državno tožilstvo in s katerim se je ustavila preiskava, ni mogoče opredeliti za „pravnomočno sodbo“ v smislu teh členov, ker je iz obrazložitve sklepa očitno, da zadevni sodni organi niso preučili bistvenih elementov pravnega položaja, kot je zaslišanje žrtve in priče.

1 — Jezik izvirnika: francoščina.

2 — Konvencija z dne 14. junija 1985 med vladami držav Gospodarske unije Beneluks, Zvezne republike Nemčije in Francoske republike o postopni odpravi kontrol na skupnih mejah, podpisana v Schengenu 19. junija 1990 (UL, posebna izdaja v slovenščini: poglavje 19, zvezek 2, str. 9, v nadaljevanju: KISS).

I – Pravni okvir

A – *Pravo Unije*

5. Načelo *ne bis in idem* je določeno v Listini. Člen 50 Listine določa:

„Nihče ne sme biti ponovno v kazenskem postopku ali kaznovan zaradi kaznivega dejanja, za katero je bil v Uniji v skladu z zakonom s pravnomočno sodbo že oproščen ali obsojen.“

6. Poleg tega člen 52(1) Listine določa, da „[k]akršno koli omejevanje uresničevanja pravic in svoboščin, ki jih priznava ta listina, mora biti predpisano z zakonom in spoštovati bistveno vsebino teh pravic in svoboščin. Ob upoštevanju načela sorazmernosti so omejitve dovoljene samo, če so potrebne in če dejansko ustrezajo ciljem splošnega interesa, ki jih priznava Unija, ali če so potrebne zaradi zaščite pravic in svoboščin drugih.“

7. Člen 54 KISS določa, da se „[o]seba, proti kateri je bil sodni postopek v eni pogodbenici pravnomočno končan, za ista dejanja ne sme preganjati v drugi pogodbenici, pod pogojem, da je bila izrečena kazen tudi izvršena, da je v postopku izvrševanja ali je po zakonodaji pogodbenice, ki jo je izrekla, ni več mogoče izvršiti“.

8. Člen 55 KISS določa:

„1. Pogodbenica lahko pri ratifikaciji, sprejetju ali potrditvi te konvencije izjavi, da je člen 54 ne zavezuje v enem ali več od naslednjih primerov:

(a) če so bila dejanja, na katera se nanaša tuja sodba, v celoti ali deloma storjena na njenem ozemlju; v zadnjem primeru ta izjema ne velja, če so bila ta dejanja storjena deloma na ozemlju države članice, v kateri je bila izrečena sodba;

[…]

4. Izjeme, ki so bile predmet izjave iz odstavka 1, pa ne veljajo, če je zadevna pogodbenica v zvezi z istimi dejanji zaprosila drugo pogodbenico za sodni pregon ali odobrila izročitev zadevne osebe.“

9. Zvezna republika Nemčija je v skladu s to določbo v zvezi s členom 54 KISS podala ta pridržek:

„Zvezne republike Nemčije člen 54 KISS ne zavezuje

(a) če so bila dejanja, na katera se nanaša tuja sodba, v celoti ali deloma storjena na njenem ozemlju.“ [3]

10. S Protokolom o vključitvi schengenskega pravnega reda v okvir Evropske unije, ki je bil z Amsterdamsko pogodbo priložen Pogodbi o Evropski uniji in Pogodbi o ustanovitvi Evropske skupnosti,[4] je bila KISS vključena v pravo Unije.

3 — BGBl. 1994 II, str. 631.

4 — UL 1997, C 340, str. 93 (v nadaljevanju: schengenski protokol).

B – *Poljsko pravo*

11. Člen 282 poljskega kazenskega zakonika (ustawa – Kodeks Karny) z dne 6. junija 1997[5] določa, da kdor z namenom pridobitve premoženjske koristi s silo ali grožnjo napada na življenje ali telo ali z neposrednim napadom na premoženje koga prisili, da razpolaga s svojim ali tujim premoženjem ali opusti gospodarsko dejavnost, se kaznuje z zaporom od enega do desetih let.

12. Člen 327(2) poljskega zakona o kazenskem postopku (ustawa – Kodeks postępowania karnego) z dne 6. junija 1997[6] določa, da se pravnomočno ustavljen postopek zoper osebo, zoper katero se je vodila preiskava kot osumljenca, lahko na zahtevo državnega tožilstva ponovno uvede samo, če se izve za nova dejstva o bistvenih elementih.

13. Člen 328(1) zakona o kazenskem postopku določa, da lahko državni tožilec razveljavi pravnomočni sklep o ustavitvi preiskave zoper osebo, zoper katero se je vodila preiskava kot osumljenca, če ugotovi, da ustavitev preiskave ni bila utemeljena. Člen 328(2) tega zakona določa, da lahko po poteku šestih mesecev od pravnomočne ustavitve preiskave državni tožilec sklep ali njegovo obrazložitev razveljavi ali spremeni samo v korist osumljenca.

II – Spor o glavni stvari in vprašanji za predhodno odločanje

14. V sporu o glavni stvari je Staatsanwaltschaft Hamburg (državno tožilstvo v Hamburgu) uvedlo preiskavo zoper P. Kossowskega, ker na bi ta 2. oktobra 2005 v Hamburgu (Nemčija) nad žrtvijo zagrešil kaznivo dejanje, ki se po nemškem kazenskem pravu opredeljuje kot izsiljevanje, izenačeno s kvalificiranim ropom. Tako je z grožnjami žrtev prisilil, da je podpisala pogodbo o prodaji svojega osebnega vozila in ga odpeljala na bencinsko črpalko, od koder je P. Kossowski z vozilom pobegnil.

15. Poljski organi so 20. oktobra 2005 pri nadzoru cestnega prometa v Kołobrzegu (Poljska) ustavili navedeno vozilo, ki ga je vozil P. Kossowski, in ga prijeli zaradi izvršitve kazni zapora, ki mu je bila izrečena na Poljskem v drugi zadevi. Po opravljenem zbiranju informacij v zvezi z vozilom je okrožno državno tožilstvo v Kołobrzegu (Prokuratura Rejonowa w Kołobrzegu) uvedlo tudi preiskavo zoper P. Kossowskega zaradi suma storitve kaznivega dejanja izsiljevanja, izenačenega s kvalificiranim ropom, ki naj bi ga zagrešil v Hamburgu 2. oktobra 2005. Nesporno je torej, da se ta postopek in postopek, ki ga vodi državno tožilstvo v Hamburgu, nanašata na ista dejanja.

16. Okrajno državno tožilstvo v Koszalinu (Prokuratura Okręgowa w Koszalinie, Poljska) je v okviru medsebojne pravne pomoči državno tožilstvo v Hamburgu zaprosilo za predložitev kopij preiskovalnega spisa. To je najprej zahtevalo pojasnila glede načrtovanih nadaljnjih dejavnosti poljskih organov, nato pa mu avgusta 2006 poslalo kopijo spisa.

17. Okrožno državno tožilstvo v Kołobrzegu je s sklepom z dne 22. decembra 2008 postopek proti P. Kossowskemu zaradi neobstoja zadostnega suma ustavilo. Sklep o ustavitvi preiskave je bil obrazložen s tem, da ta ni želel dati izjave, da žrtve in priče, ki naj bi živeli v Nemčiji, v okviru preiskave ni bilo mogoče zaslišati ter da deloma netočnih in nasprotujočih si navedb žrtve ni bilo mogoče preveriti.

18. Državno tožilstvo v Hamburgu je 24. julija 2009 izdalo evropski nalog za prijetje zoper P. Kossowskega, Zvezna republika Nemčija pa je Republiko Poljsko z dopisom z dne 4. septembra 2009 zaprosila za izročitev obdolženca.

5 — Dz. U. iz leta 1997, št. 88, člen 553.

6 — Dz. U. iz leta 1997, št. 89, člen 555, v nadaljevanju: zakon o kazenskem postopku.

19. Sąd Okręgowy w Koszalinie (okrajno sodišče v Koszalinu, Poljska) je s sklepom z dne 17. septembra 2009 zavrnilo izvršitev evropskega naloga, ker je sklep okrožnega državnega tožilstva v Kołobrzegu, s katerim je bil postopek končan, na podlagi člena 607p(1), točka 2, zakona o kazenskem postopku pravnomočen.

20. P. Kossowski, ki je bil v Nemčiji še vedno iskan, je bil 7. februarja 2014 prijet v Berlinu (Nemčija). Državno tožilstvo v Hamburgu je 17. marca 2014 zoper njega vložilo obtožnico za dejanja, storjena 2. oktobra 2005.

21. Landgericht Hamburg (deželno sodišče v Hamburgu, Nemčija) je s sklepom z dne 18. junija 2014 zavrnilo uvedbo kazenskega postopka proti P. Kossowskemu z obrazložitvijo, da je bil s sklepom okrožnega državnega tožilstva v Kołobrzegu postopek v smislu člena 54 KISS ustavljen. Landgericht Hamburg (deželno sodišče v Hamburgu) je že 4. aprila 2014 razveljavilo evropski nalog za prijetje P. Kossowskega, ki je bil zatem iz pripora izpuščen na prostost.

22. Državno tožilstvo v Hamburgu je vložilo pritožbo zoper sklep Landgericht Hamburg pri Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (višje hanzeatsko deželno sodišče v Hamburgu), ki je zaradi dvomov o razlagi prava Unije v obravnavani zadevi prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ti vprašanji:

„1. Ali s strani pogodbenic izjavljeni pridržki pri ratifikaciji KISS na podlagi člena 55(1)(a) KISS – in sicer s strani Zvezne republike Nemčije pri deponiranju listine o ratifikaciji podan pridržek glede točke (a), da je člen 54 KISS ne zavezuje, če so bila dejanja, na katera se nanaša tuja sodba, v celoti ali deloma storjena na njenem ozemlju […] – po prenosu schengenskega pravnega reda v pravo Unije s Schengenskim protokolom k Amsterdamski pogodbi, ohranjenim v veljavi s Schengenskim protokolom k Lizbonski pogodbi, veljajo še naprej? Ali gre pri teh izjemah za sorazmerne omejitve člena 50 Listine v smislu člena 52(1) Listine?

2. Če je odgovor na navedeno vprašanje nikalen: Ali je treba načelo *ne bis in idem* iz člena 54 KISS in člena 50 Listine razlagati tako, da nasprotuje kazenskemu pregonu obdolženca v državi članici – tukaj v Zvezni republiki Nemčiji – zoper katerega je državno tožilstvo kazenski postopek v drugi državi članici – tukaj Republiki Poljski – brez izvedenega pregona in brez podrobne preiskave ustavilo iz dejanskih razlogov, zaradi pomanjkanja zadostnega suma, in se lahko ponovno uvede samo, če se izve za nova dejstva o bistvenih elementih, ki doslej niso bila znana, ne da bi takšna nova dejstva konkretno obstajala?“

III – Analiza

23. Predložitveno sodišče s prvim vprašanjem v bistvu sprašuje, ali po prenosu schengenskega pravnega reda v pravo Unije in ob upoštevanju člena 50 Listine pridržek iz člena 55(1)(a) KISS še velja.

24. Če tak pridržek ne bi več veljal, predložitveno sodišče v bistvu sprašuje, ali je treba načelo *ne bis in idem* iz členov 54 KISS in 50 Listine razlagati tako, da je sklep o ustavitvi preiskave, ki ga je sprejelo državno tožilstvo in s katerim se je ustavila preiskava, mogoče opredeliti kot „pravnomočno sodbo“ v smislu teh členov, če je bil sprejet, ne da bi bili žrtev in priča zaslišani v tem postopku.

A – *Veljavnost člena 55(1)(a) KISS*

25. Najprej je treba ovreči predpostavko, ki jo je v pisnih stališčih[7] in na obravnavi zagovarjala Evropska komisija, da bi bila lahko preučitev prvega vprašanja predložitvenega sodišča nepotrebna. Komisija opozarja, da člen 55(4) KISS določa, da „[i]zjeme, ki so bile predmet izjave iz odstavka 1, ne veljajo, če je zadevna pogodbenica v zvezi z istimi dejanji zaprosila drugo pogodbenico za sodni pregon ali odobrila izročitev zadevne osebe“. Vendar pa Komisija meni, da dejstvo, da so nemški sodni organi sodelovali s poljskimi sodnimi organi, jim poslali kopijo preiskovalnega spisa in niso oporekali morebitnemu kazenskemu postopku na Poljskem, smiselno pomeni zahtevo po pregonu v smislu te določbe.

26. S to analizo se ne strinjam.

27. Najprej je treba pojasniti, da gre v nacionalni zakonodaji pri krajevni pristojnosti sodišč v kazenskih zadevah navadno za procesno predpostavko javnega reda. Iz krajevne pristojnosti nujno izhaja veljavna nacionalna zakonodaja, ker v kazenskem pravu ni teorije osebnega statusa. Teritorialnost kazenskega prava je namreč eden od izrazov suverenosti držav članic. Zato se mi zdi, da izbira med nemškim in poljskim kazenskim pravom načeloma ne more biti rezultat implicitnega mehanizma, kot je to predlagala Komisija. Zdi se mi, da lahko ta izbira izhaja le iz izrecne zahteve sodišča ene države članice in izrecnega sprejetja druge države članice.

28. Nato se zdi, da v spisu, ki ga je predložitveno sodišče poslalo Sodišču, nič ne kaže na to, da je bila taka zahteva kakor koli izražena. Nasprotno, državno tožilstvo v Hamburgu v pisnih stališčih pojasnjuje, da od okrajnega državnega tožilstva v Koszalinu ni zahtevalo, naj ponovno začne pregon. Če dodamo, da se okrajno državno tožilstvo v Koszalinu izrecno sklicuje na preiskovalna dejanja, ki bi jih bilo treba opraviti, da bi lahko zadevo predložili sodišču, pa niso bila opravljena, je v tem treba videti dokaz, da se nikoli ni štelo, da je pristojno za pregon. V nasprotnem primeru bi lahko zlahka zaprosilo pristojne nemške sodne organe, naj opravijo manjkajoča zaslišanja.

29. Treba je tudi upoštevati, da je državno tožilstvo v Hamburgu, ko je predalo preiskovalni spis, izrecno zahtevalo, naj ga poljski sodni organi obveščajo o načrtovanih nadaljnjih ukrepih.[8]

30. Nazadnje je treba poudariti, da je državno tožilstvo v Hamburgu poslalo samo kopijo preiskovalnega spisa, in ne izvirnika, ki ga je zadržalo. To ravnanje tožilstva v Hamburgu je namreč v skladu s prakso temeljne previdnosti, ki se je organi pregona običajno držijo in ki pomeni, da se pregon sproži le na podlagi izvirnika preiskovalnega spisa, na katerem temelji. To pravilo, ki izhaja iz prakse, pomeni način preprečevanja dvojnega pregona in je torej oblika ravnanja, s katero se poskuša čim bolj preprečiti kršitev načela *ne bis in idem*, katerega osnovni namen je preprečiti dvojni pregon, katerega posledica je dvojna kazen.

31. Zaradi vseh teh razlogov menim, da ni mogoče šteti, da se je državno tožilstvo v Hamburgu izreklo za nepristojno.

32. Zdaj je treba preučiti veljavnost pridržka iz člena 55(1)(a) KISS po prenosu schengenskega pravnega reda v pravo Unije ter ob upoštevanju členov 50 in 52(1) Listine. O tej zadnji točki naj pojasnim, da ta pridržek pomeni omejitev načela *ne bis in idem* v smislu člena 52(1) Listine, ker so v pojasnilih k tej listini v zvezi z njenim členom 50 med določbami, na katere se nanaša horizontalna klavzula iz člena 52(1) Listine, izrecno navedeni členi od 54 do 58 KISS.

7 — Točka 69.

8 — Glej točko 16 teh sklepnih predlogov.

33. V zvezi s prvo točko, ki jo je obravnavalo predložitveno sodišče, in sicer posledicah prenosa schengenskega prava v pravo Unije na veljavnost člena 55(1)(a) KISS, menim, da ta prenos kot tak načeloma ni povzročil neveljavnosti te določbe.

34. KISS je bil namreč prenesen v pravo Unije s Schengenskim protokolom na podlagi „schengenskega pravnega reda“, kot je določeno v Prilogi k temu protokolu. Iz člena 2 Sklepa Sveta 1999/436/ES[9] in Priloge A k temu sklepu izhaja, da je Svet Evropske unije določil člena 34 in 31 PEU kot pravni temelj členov od 54 do 58 KISS, s čimer je vključen tudi člen 55 te konvencije.

35. Čeprav ni sporno, da je pridržek iz člena 55(1)(a) KISS del schengenskega pravnega reda in je postal sestavni del prava Unije, ostaja vprašanje, ali je vsebina te določbe združljiva s sedanjim stanjem prava Unije, kot izhaja, prvič, iz sodne prakse Sodišča, in drugič, iz pogojev Listine, ker sta bili obe sprejeti po pripravi KISS in njenem prenosu na podlagi schengenskega pravnega reda. V prvem odstavku preambule Schengenskega protokola je namreč pojasnjeno, da je njegov cilj „zlasti omogočiti Evropski uniji, da se hitreje razvije v območje svobode, varnosti in pravice“. Torej je očitno, da ker je schengenski pravni red prenesen s tem namenom, ga ni mogoče uporabljati proti temu območju. Zato moramo v trenutno predloženem primeru raziskati, ali navedeni pridržek ovira vzpostavljanje navedenega območja, in če je treba, predlagati, naj se odpravi ali naj se, če je mogoče, razlaga v smislu, ki je v skladu z voljo zakonodajalca Unije.

36. Glavni, že zgodaj priznani zgodovinski temelj načela *ne bis in idem* je posameznika zavarovati pred samovoljnim ravnanjem, zaradi katerega bi bila ista oseba večkrat obsojena za ista dejanja po različnih opredelitvah.

37. Prve sklice na to načelo najdemo v rimskem pravu, v katerem je bilo izraženo v interdiktu pretorja in se je ohranilo kot izraz: *bis de eadem re ne sit actio*. Nesporno je, da je navedeno načelo ena od temeljnih pravic državljanov v razmerju do sodišč. Postalo je bistveno načelo kazenskega prava.

38. Ob ohranjanju tega vidika varovanja osebnih svoboščin je načelo *ne bis in idem* v okviru območja svobode, varnosti in pravice dobilo tudi nov namen, in sicer zagotavljanje svobode gibanja.

39. Zaradi te nove razsežnosti je njegova uporaba v okviru Unije nujno postala nadnacionalna. Zato se je pojavila tudi potreba po povezovanju različnih kazenskopravnih sistemov držav članic, celote zakonodaj, ki so si nesporno zelo podobne, a tudi različne, zlasti s postopkovnega vidika. Da bi odpravili težave zaradi različnosti sistemov, ki niso bili predmet usklajevanja ali približevanja, in čemur države članice na področju kazenskega prava na splošno niso preveč naklonjene, je Sodišče uporabilo načelo vzajemnega priznavanja.

40. V skladu s sklepi zasedanja Evropskega sveta v Tampereju 15. in 16. oktobra 1999 je to načelo vzajemnega priznavanja temeljni kamen pravosodnega sodelovanja. V Lizbonski pogodbi je to načelo določeno kot temelj pravosodnega sodelovanja na področju kazenskih zadev v Uniji.[10]

9 — Sklep Sveta z dne 20. maja 1999 o določitvi pravne podlage za vsako določbo ali sklep, ki sestavlja schengenski pravni red, skladno z ustreznimi določbami Pogodbe o ustanovitvi Evropske skupnosti in Pogodbe o Evropski uniji (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 19, zvezek 1, str. 152–164).

10 — Glej člen 82(1) PDEU. Glej tudi člen 67 PDEU.

41. Kot je Sodišče poudarilo v sodbi Gözütok in Brügge,[11] „[n]ačelo *ne bis in idem*, kot je določeno v členu 54 KISS in se uporablja za postopke odstopa od kazenskega pregona, ne predvideva posredovanja sodišča ali sodne odločbe, ampak *nujno zahteva*, da obstaja medsebojno zaupanje med zadevnimi nacionalnimi kazenskimi sistemi držav članic in da vsak med njimi sprejema uporabo kazenskega prava, ki je v veljavi v drugi državi članici, kot tudi tako izvrševanje svojega nacionalnega prava, ki lahko pripelje do drugačne rešitve“.[12]

42. Poudarjam izraz „nujno zahteva“, ker menim, da je zelo pomemben. Če upoštevamo, da je Sodišče v zgoraj navedenih vrsticah poudarilo, da načelo *ne bis in idem* niti v Pogodbi EU niti v KISS ni pogojeno s predhodnim usklajevanjem ali približevanjem zakonodaj, to pomeni, da to načelo, ki je postalo temeljno kot pogoj konkretne uporabe svobode gibanja, od držav članic dejansko zahteva, da si zaupajo. Razlike v nacionalnih zakonodajah torej ne morejo biti ovira navedenemu načelu.[13]

43. Zakonodajalec Unije je želel z uporabo načela vzajemnega priznavanja premagati skoraj nepremostljive težave, ki so nastale zlasti zaradi neuspelih poskusov predhodnega približevanja nacionalnih zakonodaj. To je imelo posledice na sodno prakso Sodišča. Uporabljeno formulo je torej treba razumeti, kot da vzajemno priznavanje ni pogoj za medsebojno zaupanje, ampak njegova posledica,[14] ki je državam članicam naložena z uporabo tega načela. Z drugimi besedami, uporaba načela vzajemnega priznavanja od držav članic zahteva, da si zaupajo ne glede na razlike v nacionalnih zakonodajah.

44. Moč tako izraženega načela je utemeljena z izzivom, ki ga vzpostavitev območja svobode, varnosti in pravice pomeni za vzpostavitev Unije. To območje nastane kot dodatni okvir enotnega območja gibanja in gospodarske dejavnosti, ker mu zagotavlja pravni okvir, ki vsebuje osebne pravice državljanov Unije. V tem se nedvomno povezuje s pojmom državljanstva Unije, h kateremu prispeva konkretni okvir.

45. Veljavnost pridržka iz člena 55(1)(a) KISS, ki ga je podala Zvezna republika Nemčija, je torej treba zdaj presojati z vidika tega oblikovanja sodne prakse. Ali bi bilo treba zaradi posebnega učinka, ki ga ustvarja načelo vzajemnega priznavanja, ta pridržek odpraviti?

46. Čeprav, kot je bilo navedeno zgoraj, ta pridržek zaradi prenosa schengenskega pravnega reda v pravo Unije še ni zastarel, se vseeno ne more uporabljati proti njemu.

47. Zdi se mi, da je sklicevanje nemške vlade na pojem uporabnosti in nujnosti na obravnavi ustrezen vidik.

48. Nesporno je namreč, da je namen pridržka iz člena 55(1)(a) KISS izničiti načelo *ne bis in idem*. Ob upoštevanju zgoraj navedenih premislekov o povezavi med tem načelom in načelom vzajemnega priznavanja ter temeljnega pomena slednjega za vzpostavitev območja svobode, varnosti in pravice že ta ugotovitev zadostuje za sklep, da je treba ta pridržek razglasiti za neveljaven.

49. Izjema od te trditve je mogoča le, če je utemeljena z nujnostjo podelitve polnega učinka navedenemu pridržku v smislu višjega interesa, ki naj ne bi bil v nasprotju z vzpostavitvijo območja svobode, varnosti in pravice.

50. Zato bom v tem smislu na podlagi trditev nemške vlade preučil možnost za obstoj morebitne uporabnosti ali nujnosti tega pridržka.

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

12 — Točka 33. Moj poudarek.

13 — Opozoriti je treba, da je PDEU pravna podlaga za približevanje zakonodaj z edinim ciljem omogočiti vzajemno priznavanje.

14 — Drugače bi se prejšnje težave, ki jih želimo preprečiti, neizogibno znova pojavile.

51. V zvezi s tem menim, da sklicevanje na pojem uporabnosti ali nujnosti privede do sklepa, da je pridržek iz člena 55(1)(a) KISS nepotreben ravno zaradi učinka pravilne uporabe sodne prakse Sodišča v skladu z določbami Listine, kar bom pojasnil v nadaljevanju.

52. Izrazi, ki jih je Sodišče uporabilo za opredelitev vsebinskih pogojev izvajanja načela *ne bis in idem*, nas ne smejo zavesti in zlasti ne smejo biti vzeti iz konteksta trenutnega dokončnega stanja te sodne prakse ter besedila Listine, ki se očitno uporablja v tej zadevi.

53. V besedilu KISS je uporabljen pojem „ista dejanja“. V Listini pa je uporabljen pojem „isto kaznivo dejanje“. Očitno je treba upoštevati drugi pojem, katerega pomen je vsebovan v sodni praksi Sodišča, ki se je oblikovala glede izvedbenih pravil načela *ne bis in idem*.

54. Sodišče je pojmu „ista dejanja“ določilo pojmovanje, ki ni popolnoma materialno, ampak nasprotno, pravno. Sodišče je v sodbi Mantello [15] ta pojem priznalo kot „samostojen pojem prava Unije“. Pri Sodišču in tudi v Listini istovetnost dejanj iz KISS ni nič drugega kot istovetnost kaznivih dejanj, ki se ne presoja glede na posebno opredelitev posamezne nacionalne zakonodaje, ampak glede na bistvo obravnavanih kaznivih dejanj.

55. Tako je Sodišče pogoje istovetnosti dejanj pojasnilo kot dejanja, ki so v bistvu ista (torej brez upoštevanja izrazov nacionalnih zakonodaj) in so časovno, prostorsko in glede „predmeta“ neločljivo povezana. [16] Sodišče je s tem dalo klasično opredelitev pojma kaznivega dejanja s sklicevanjem na istovetnost dejanja po pomenu, katerega bistvo je kazenski naklep storilca dejanja. Dejanja namreč ni mogoče posebej kazensko opredeliti, da bi se razlikovalo od vseh drugih opredelitev, če je ločeno od svojega namena, to je naklepa. Med nenaklepno povzročeno poškodbo in drugo naklepno povzročeno poškodbo ni razlika v stopnji, ampak v naravi, četudi bi druga imela manj resne posledice kot prva.

56. Poudarjam izraz „predmet“, ker kaj je predmet dejanja drugega kot njegov namen, to je namera, s katero je bilo dejanje storjeno. Če je predmet dejanja storilcu omogočiti, da se naklepno polasti lastnine drugega, in če želi to storiti, je torej kriv tatvine in je to dejanje storil z naklepno prilastitvijo tuje lastnine.

57. Sodišče se z upoštevanjem predmeta dejanja pri opredelitvi vsebinske identitete dejanskega stanja v smislu načela *ne bis in idem* sklicuje na klasičen pojem kaznivega dejanja ter se „usklajuje“ z izrazom iz Listine, še preden je ta začela veljati. Sodišče je v svoji sodni praksi včasih izrecno uporabilo pojem namera kot sestavni del opredelitve istih dejanj [17].

58. Čas je, da se vrnem na primer, ki ga je nemška vlada predstavila na obravnavi.

59. Ta vlada je predstavila primer, pri katerem je tuji državljan v Nemčiji zagrešil kaznivo dejanje nasilja s poveličevanjem nacizma in bil v državi izvora obsojen za ta dejanja nasilja po zakonu, ki v opredelitvi ne pozna posebne okoliščine poveličevanja nacizma. Nemška vlada trdi, da je treba v tem primeru uporabiti pridržek iz člena 55(1)(a) KISS. S tem se ne strinjam.

60. V kazenskem pravu je namera v klasičnem pomenu besede opredeljena kot težnja k cilju. V tem smislu se razlikuje od motiva, ki je razlog, zaradi katerega je storilec zagrešil kaznivo dejanje. Motiv navadno ni odvisen od stopnje opredelitve, ker se ne upošteva pri pravni opredelitvi kaznivega materialnega dejanja. Tatvina iz nuje ali pohlepa je še vedno tatvina. Predmet materialnega dejanja je

15 — C-261/09, EU:C:2010:683.

16 — Glej sodbi Kraaijenbrink (C-367/05, EU:C:2007:444, točki 26 in 27 ter navedena sodba praksa) in Mantello (C-261/09, EU:C:2010:683, točka 39 in navedena sodna praksa).

17 — V tem smislu je treba opozoriti, da se je Sodišče v sodbi Kretzinger (C-288/05, EU:C:2007:441) za označitev istovetnosti dejanj sklicevalo na namero.

prilastitev tuje stvari. Storilec to dejanje stori z namero prilastitve te stvari. Motiv te goljufive prisvojitve je na primer nuja ali finančna korist. Kaznivo dejanje je v obeh primerih enako, in sicer tatvina, sodnik pa ju bo razlikoval, tako da bo upošteval motiv za individualizacijo izrečene kazni ali po potrebi za oprostitev storilca.

61. Mogoče pa je, da država članica meni, da neko dejanje, storjeno iz posebnega motiva, tukaj iz poveličevanja nacizma, posebej krši javni red in zato na podlagi tega motiva, ki spodbuja dejanje, a tudi konkretizira njegovo izvršitev, določi, da gre za element posebnega kaznivega dejanja, ki se ustrezno kaznuje. To je popolnoma dovoljeno in zakonito, saj gre za njen javni red in torej vrednote njenega naroda. Vendar pa bo v njeni posebni inkriminaciji v nacionalni zakonodaji poveličevanje nacizma eden od materialnih elementov kaznivega dejanja.

62. Na tej stopnji je treba poudariti, da ta razlaga ni v nasprotju z jasnim stališčem Sodišča, da je treba upoštevati le vsebinsko identiteto dejanskega stanja neodvisno od opredelitev in zaščitenih interesov. Z vprašanjem, ki smo ga ravnokar preučili, ne želimo izvedeti, katere interese je treba varovati, ampak preučiti, ali glede na uporabljene opredelitve obstajata kaznivi dejanji, ki sta v bistvu isti ali ne.

63. Ker če ne gre za isto kaznivo dejanje, kot je treba ta izraz razumeti s sočasno uporabo Listine in sodne prakse Sodišča, položaj, ki ga obravnavamo, ne spada na področje načela *ne bis in idem*.

64. Vprašanje glede opredelitev Sodišča, ali razlika v opredelitvi zajema vsebinsko razliko ali ne, je v pristojnosti prvostopenjskega, to je nacionalnega sodišča, razen če to v primeru dvomov glede pojma, ki je, kot smo videli, samostojni pojem prava Unije, Sodišču postavi vprašanje.

65. Moj ugovor zoper to je, da se lahko konkretno izvajanje izkaže za težavno. Kako ravnati v primeru sklicevanja na različna kazniva dejanja, če je bila prva obsodba že izrečena v drugi državi članici? Kaj pa, če je bila poleg tega zaporna kazen že izvršena?

66. Načela, ki sem jih navedel, pripeljejo do tega, da je dovoljen drugi sodni pregon, saj zaradi zatrjevane razlike ni mogoče uporabljati načela *ne bis in idem*. Vendar pa je vseeno treba priznati, da čeprav se obravnavani kaznivi dejanji v bistvu razlikujeta, sta delno vseeno enaki. Seveda bi bilo sporno kar tako sprejeti kopičenje obsodb, ki so bile pravnomočno izrečene v obeh državah članicah. Preprosta rešitev, ki se izvaja v več nacionalnih zakonodajah, je, da se izvrši le najstrožja od obeh obsodb. Zdi se mi, da je glede načel edino ta rešitev sprejemljiva za vključevanje najrazličnejših mogočih konkretnih položajev. Kako bi drugače ravnali, če bi bilo eno od kaznivih dejanj že sankcionirano v drugi državi in je bila zaporna kazen že izvršena? Če je glede na to prakso kazen za prvo kaznivo dejanje strožja, obsojencu ne bo mogoče naložiti nobene „dodatne obsodbe“. Če se izkaže za blažjo, bo obsojenec obsojen le za preostanek med izvršeno kaznijo in kaznijo, ki je izrečena po tem.

67. Zdi se mi, da iz zgoraj navedenega izhaja, da pridržek iz člena 55(1)(a) KISS v obravnavani zadevi in v vseh drugih zadevah dejansko ni več potreben. Ker sodna praksa Sodišča in Listina omogočata, da je zagotovljeno upoštevanje vsebinske razlike med kazenskimi dejanji, bi dovoljenje državi članici, da v drugačnih okoliščinah izključi načelo *ne bis in idem*, pomenilo načelu odvzeti vsakršen pomen in postaviti pod vprašaj sistem, na katerem temelji območje svobode, varnosti in pravice.

68. Na podlagi vseh zgornjih premislekov menim, da pridržek iz člena 55(1)(a) KISS ne upošteva bistvene vsebine načela *ne bis in idem*, kot je določeno v členu 50 Listine, in ga je zato treba razglasiti za neveljaven.

B – *Pojem „pravnomočna sodba“*

69. Predložitveno sodišče z drugim vprašanjem v bistvu sprašuje, ali je treba načelo *ne bis in idem* iz členov 54 KISS in 50 Listine razlagati tako, da je sklep o ustavitvi postopka, ki ga je sprejelo državno tožilstvo in s katerim se je ustavil preiskovalni postopek, mogoče opredeliti za „pravnomočno sodbo“ v smislu teh členov, če je bil sprejet, ne da bi bili žrtev in priča zaslišani v tem postopku.

70. Sodišče je že večkrat imelo priložnost odločiti o pojmu pravnomočna sodba. Tako iz sodne prakse izhaja, da so bistveni elementi, ki jih je treba preveriti, da bi ugotovili, ali je mogoče zadevno odločbo opredeliti za „pravnomočno“, ti. Odločba mora biti izdana po vsebinski presoji zadeve, v nacionalnem pravnem redu pa mora biti ustavljen kazenski pregon zoper storilca kaznivega dejanja.[18]

71. Sodišče meni, da je treba za sklep o ustavitvi preiskave, ki je bil izdan po preiskavi, v kateri so bili zbrani in preučeni različni dokazi, šteti, da je bil predmet vsebinske presoje, če vsebuje pravnomočno odločitev glede nezadostnosti teh dokazov in izključuje vsakršno možnost, da bi se zadeva ponovno obravnavala na podlagi istih dokazov[19].

72. Komisija meni, da je v obravnavanem primeru treba uporabiti to sodno prakso.[20] S tem stališčem se ne strinjam.

73. Iz sklepa o ustavitvi preiskave v postopku v glavni stvari izhaja, da je bil sprejet, ker P. Kossowski ni želel dati izjave, ker žrtve in priče, ki naj bi živeli v Nemčiji, v okviru preiskave ni bilo mogoče zaslišati ter ker deloma netočnih in nasprotujočih si navedb žrtve ni bilo mogoče preveriti.

74. Bistvo načela *ne bis in idem* je vzajemno priznavanje sodnih odločb, ki temelji na medsebojnem zaupanju med državami članicami. Vendar ali to državam članicam prepoveduje, da preverijo, ali so pogoji uporabe načela *ne bis in idem* dejansko izpolnjeni in zlasti ali gre za odločbo o vsebini?

75. Pojem „vsebina spora“ bi lahko vzbujal predstavo poglobljene in kritične preučitve zadevnega postopka. Država članica, ki bi ta pregled opravila, bi na neki način „presojala“ postopek druge države članice, preden bi se odločila, ali jo sprejme ali ne. To bi pomenilo presojo, ali je mogoče priznati sodno odločbo sodišča zunaj območja pristojnosti države, v kateri se zahteva njena izvršitev, kar pa je nesprejemljivo, ker bi načelu vzajemnega priznavanja odvzelo vsakršen pomen ter odkrito nasprotovalo območju svobode, varnosti in pravice.

76. Vendar pa bi to, da se od sodnih organov neke države članice zahteva, da slepo izvršujejo vse odločbe brez kakršne koli pravice vpogleda, pomenilo spreminjati vzajemno priznavanje v primerih, v katerih se objektivno očitno postavljajo vprašanja.

77. Popolnoma nekoristno bi bilo, da Sodišče določi pogoje veljavnosti uveljavljanja načela *ne bis in idem*, če njihovega obstoja ni mogoče objektivno ugotoviti. Tej skrbi za preglednost sodnih odločb, ki so eden od elementov pravne države, namreč ustreza nujnost obrazložitve sodnih odločb. V območju svobode, varnosti in pravice je ta preglednost nepogrešljiv element dialoga med sodniki in tožilci.

78. Če torej iz obrazložitve, ki mora biti nujno v odločbi, katere upoštevanje se izpodbija, nesporno izhaja, da pogoji, ki jih je določilo Sodišče, niso izpolnjeni, je sodišče, ki ga v obravnavanem primeru zadeva uporaba načela *ne bis in idem*, upravičeno, da tega načela ne uporablja, ob dvomu pa Sodišču postavi vprašanje.

18 — Glej sodbo M (C-398/12, EU:C:2014:1057, točki 28 in 31 ter navedena sodna praksa).

19 — Prav tam (točka 30).

20 — Glej točke 50 in naslednje teh sklepnih predlogov.

79. Že z branjem elementov, navedenih v poljski odločbi, se izkaže, da vsebina zadeve nedvomno ni bila obravnavana. V tej odločbi je namreč navedeno, da obdolženec ni sodeloval in ni dal izjave, da se zdi, da je soočenje potrebno, ker so bile navedbe žrtve netočne, vendar pa tega ni bilo in priča ni bila zaslišana, ker naj bi ti osebi živeli v Nemčiji, v tem smislu pa ni bilo zaprošeno za noben ukrep medsebojne pravne pomoči. Zato je očitno, da poljski organi niso preučili elementov, ki so bistveni za pravni položaj, ki ga obravnavajo nemški in poljski sodni organi.

80. Čeprav je vzpostavitev območja svobode, varnosti in pravice odvisna od vzajemnega priznavanja sodnih odločb in torej nujnega medsebojnega zaupanja med državami članicami, to ne more biti v škodo jamstvu spoštovanja temeljnih pravic in zlasti pravic žrtve. Uporaba načela *ne bis in idem* v nobenem primeru ne sme privesti do priznavanja odločb, ki so v očitnem nasprotju s temeljnimi pravicami.

81. Očitno je, da v postopku v glavni stvari žrtvi niso bile zagotovljene pravice, zlasti pravica do zaslišanja, pravica do prejemanja informacij in pravica do odškodnine. [21]

82. Iz obrazložitve sklepa o ustavitvi postopka v glavni stvari izhaja, da žrtev ni bila zaslišana. Poleg tega ji je bila odločba, da se pregon ne izvede, izročena s popolnoma nezadostnim rokom za odziv, to je sedemdnevnim rokom, ki ji nikakor ne omogoča, da bi jo lahko glede na to, da prebiva v drugi državi, kot je država stalnega prebivališča, po potrebi prevedla ali se posvetovala s svetovalcem ter nato morebiti vložila tožbo, pri kateri se je treba glede na dejansko stanje primera seznaniti s postopkovnimi dokumenti, kar je bilo v tem primeru očitno popolnoma nemogoče.

83. Čeprav je kazensko pravo namenjeno sankcioniranju kršitve javnega reda, žrtvi tudi omogoča, da prejme odškodnino za škodo, nastalo kot posledica dejanj, ki so materialni element kaznivega dejanja. To je dodatni razlog, da sklepam, da tokrat glede temeljne pravice žrtev odločba poljskih organov ne more imeti učinka, ki ji ga daje načelo *ne bis in idem*, zaradi katerega bi bila tej žrtvi odvzeta pravica do kakršne koli odškodnine.

84. Zato menim, da je treba načelo *ne bis in idem* iz členov 54 KISS in 50 Listine razlagati tako, da sklepa o ustavitvi preiskave, ki ga je sprejelo državno tožilstvo in s katerim se je ustavila preiskava, ni mogoče opredeliti za „pravnomočno sodbo“ v smislu teh členov, ker iz obrazložitve sklepa očitno izhaja, da zadevni sodni organi niso preučili elementov, bistvenih za pravni položaj, kot je zaslišanje žrtve in priče.

IV – Predlog

85. Glede na vse navedene ugotovitve Sodišču predlagam, naj Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (višje hanzeatsko deželno sodišče v Hamburgu) odgovori:

1. Pridržek iz člena 55(1)(a) Konvencije o izvajanju Schengenskega sporazuma z dne 14. junija 1985 med vladami držav Gospodarske unije Beneluks, Zvezne republike Nemčije in Francoske republike o postopni odpravi kontrol na skupnih mejah, podpisane 19. junija 1990 v Schengnu, ne upošteva bistvene vsebine načela *ne bis in idem*, kot je določeno v členu 50 Listine Evropske unije o temeljnih pravicah, in ga je zato treba razglasiti za neveljaven.

2. Načelo *ne bis in idem* iz členov 54 KISS in 50 Listine je treba razlagati tako, da sklepa o ustavitvi preiskave, ki ga je sprejelo državno tožilstvo in s katerim se je preiskava ustavila, ni mogoče opredeliti za „pravnomočno sodbo“ v smislu teh členov, ker iz obrazložitve sklepa očitno izhaja, da zadevni sodni organi niso preučili elementov, ki so bistveni za pravni položaj, kot je zaslišanje žrtve in priče.

21 — Glej člene 3, 4 in 9 Okvirnega sklepa Sveta 2001/220/PNZ z dne 15. marca 2001 o položaju žrtve v kazenskem postopku (UL L 82, str. 1).