



Zbornik sudske prakse

STAJALIŠTE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
NIILA JÄÄSKINENA
od 2. svibnja 2014.¹

Predmet C-129/14 PPU

Zoran Spasic

[zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Oberlandesgericht Nürnberg (Njemačka)]

„Hitni prethodni postupak – Policijska i pravosudna suradnja u kaznenim stvarima – Načelo ne bis in idem – Schengenska pravna stečevina – Članak 54. Konvencije o provedbi Schengenskog sporazuma – Članak 50. i članak 52. stavak 1. Povelje Europske unije o temeljnim pravima – Članak 4. Protokola br. 7 uz Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda – Osuda za isto djelo – Uvjet izvršenja kazne – Kazna koja se sastoji od dvaju elemenata“

Sadržaj

I – Uvod	2
II – Pravni okvir	3
A – EKLJP	3
B – Pravo Unije	4
1. Povelja	4
2. Schengenska pravna stečevina u pravu Unije	4
a) Schengenski sporazum	4
b) CISA	4
c) Protokol o schengenskoj pravnoj stečevini	5
III – Glavni postupak, prethodna pitanja i postupak pred Sudom	5
IV – Analiza	7
A – Uvodna razmatranja	7

¹ – Izvorni jezik: francuski

1. Nadležnost Suda	7
2. Izazovi u predmetu	8
B – Prvo pitanje: odnos između članka 54. CISA-e i članka 50. Povelje	9
1. Načelo <i>ne bis in idem</i>	9
2. Uvjet izvršenja kazne iz članka 54. CISA-e i njegova primjena putem povezanih instrumenata	10
3. Članak 4. Protokola br. 7	11
4. Članak 50. Povelje i njegov odnos s člankom 4. Protokola br. 7	13
5. Ulazi li uvjet izvršenja kazne iz članka 54. CISA-e u sukob s člankom 50. Povelje?	13
6. Čini li uvjet izvršenja kazne ograničenje ili odstupanje u smislu članka 52. stavka 1. Povelje?	14
– Postojanje zadiranja koje čini povredu temeljnog prava	14
– Opravdanost zadiranja s obzirom na uvjete iz članka 52. stavka 1. Povelje	16
– Opravdanost s osnove testa proporcionalnosti	17
C – Drugo pitanje: tumačenje uvjeta izvršenja kazne u smislu članka 54. CISA-e	20
V – Zaključak	22

I – Uvod

1. Predmetni postupak posljedica je žalbe protiv odluke o održavanju učinaka uhiđenog naloga koji su nadležna njemačka tijela izdala protiv Z. Spasica, srpskog državljanina, koji se na temelju tog naloga² trenutačno nalazi u pritvoru u Njemačkoj. Z. Spasic osuđen je u Italiji za kazneno djelo prijevare koje je predmet navedenog naloga.

2. Svojim prethodnim pitanjima Oberlandesgericht Nürnberg (Njemačka) pred Sud iznosi potpuno novu problematiku u području pravosudne suradnje u kaznenim stvarima. Sud je pozvan razjasniti odnos između članka 50. Povelje Europske unije o temeljnim pravima (u daljnjem tekstu: Povelja), u kojem je utvrđeno pravo da se ne bude dva puta suđen ili kažnjen za isto kazneno djelo (načelo *ne bis in idem*), i članka 54. Konvencije o provedbi Schengenskog sporazuma (u daljnjem tekstu: CISA)³, koji se odnosi na primjenu tog načela.

2 — Valja napomenuti da su nadležna njemačka tijela izdala više uhiđenih naloga, nacionalnih i europskih, koji su naknadno i ispravljani. Detalji su opisani u činjeničnom okviru.

3 — 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 (SL 2000, L 239, str. 19.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 9., str. 12.)

3. Konkretno, sud koji je uputio zahtjev želi znati može li se primjena uvjeta navedenog u članku 54. CISA-e, prema kojem se zabrana kaznenih progona za isto djelo primjenjuje samo uz uvjet da je „kazna i izvršena, trenutačno je u postupku izvršenja ili se prema zakonima države koja ju je izrekla više ne može izvršiti“ (u daljnjem tekstu: „uvjet izvršenja kazne“)⁴, smatrati ograničenjem članka 50. Povelje koje je opravdano u smislu njezina članka 52. stavka 1. To će pitanje Sud navesti na razjašnjavanje opsega primjene načela *ne bis in idem* u prekograničnom kontekstu, uzimajući u obzir postojeće stanje u procesu uspostavljanja prostora slobode, sigurnosti i pravde. Sud je također zamoljen protumačiti uvjet izvršenja kazne u smislu članka 54. CISA-e kada se ona sastoji od dvaju neovisnih elemenata.

4. S obzirom na to da članak 50. Povelje odgovara članku 4. Protokola br. 7 uz Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda⁵, predmetni zahtjev za prethodnu odluku podrazumijeva utvrđivanje učinaka navedenog protokola u svrhu tumačenja načela *ne bis in idem*.

5. U tom pogledu, odmah na početku ističem da uvjet izvršenja kazne predviđen u članku 54. CISA-e ovlašćuje nadležna tijela države članice B da započnu ili nastave kazneni progon bez obzira na postojanje konačne odluke u državi članici A koja se odnosi na istu osobu i na isto kazneno djelo. U nacionalnom bi kontekstu takav postupak bio zabranjen bilo na temelju članka 4. Protokola br. 7, kako je protumačen u presudama Europskog suda za ljudska prava (ESLJP) Zolotoukhine protiv Rusije⁶ i Muslija protiv Bosne i Hercegovine⁷, bilo na temelju članka 50. Povelje koji, prema objašnjenjima koja se na nju odnose, ima jednako značenje i opseg primjene kao i odgovarajuće pravo iz Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, potpisane u Rimu 4. studenoga 1950. (u daljnjem tekstu: EKLJP), pod pretpostavkom primjene načela *ne bis in idem* unutar jedne države članice. Slijedom navedenog, a s obzirom na zahtjeve koji proizlaze iz Povelje, također valja odrediti granice diskrecijskih ovlasti nadležnih nacionalnih tijela države članice B⁸.

II – Pravni okvir

A – EKLJP

6. U članku 4. Protokola br. 7, naslovljenom „Pravo da se ne bude dva puta suđen ili kažnjen“, predviđeno je sljedeće:

„1. Nikome se ne može ponovno suditi niti ga se može kazniti u kaznenom postupku iste države za kazneno djelo za koje je već pravomoćno oslobođen ili osuđen u skladu sa zakonom i kaznenim postupkom te države.

2. Odredbe prethodnoga stavka ne sprječavaju ponovno razmatranje slučaja u skladu sa zakonom i kaznenim postupkom dotične države ako postoje dokazi o novim ili novootkrivenim činjenicama, ili ako je u prethodnom postupku došlo do bitnih povreda koje su mogle utjecati na rješenje slučaja.

3. Ovaj se članak ne može derogirati na temelju članka 15. [EKLJP-a]⁹.“

4 — Vidjeti presudu Kretzinger (C-288/05, EU:C:2007:441, t. 39.).

5 — Potpisan u Strasbourgu 22. studenoga 1984., kako je izmijenjen Protokolom br. 11, računajući od njegova stupanja na snagu 1. prosinca 1998. (u daljnjem tekstu: Protokol br. 7)

6 — ESLJP, Zolotoukhine protiv Rusije, 10. veljače 2009., br. 14939/03, § 80. do 84.

7 — ESLJP, Muslija protiv Bosne i Hercegovine, 14. siječnja 2014., br. 32042/11, § 37. koji se odnosi na dupliciranje postupka

8 — Čini se da nadležna njemačka tijela raspolažu diskrecijskim ovlastima u pogledu progona za kaznena djela počinjena izvan područja na koje se primjenjuje Kazneni zakon. Vidjeti članak 153.b (t. 153.c) njemačkog Zakona o kaznenom postupku (Strafprozeßordnung).

9 — Sukladno točki 26. Izvješća s objašnjenjima uz Protokol br. 7, „u [članku 4.] utvrđeno je načelo prema kojem sudovi iste države članice ne mogu voditi kazneni postupak protiv osobe ili kazniti je za kazneno djelo za koje je već pravomoćno oslobođena ili osuđena (*non bis in idem*)“: <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/117.htm>.

B – Pravo Unije

1. Povelja

7. Članak 50. Povelje, naslovljen „Pravo da se ne bude dva puta suđen ili kažnjen za isto kazneno djelo“, glasi kako slijedi:

„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.“

8. U članku 52. Povelje, naslovljenom „Opseg i tumačenje prava i načela“, određeno je:

„1. Svako 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. [...] [10].

3. U onoj mjeri u kojoj ova Povelja sadrži prava koja odgovaraju pravima zajamčenima Konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, značenje i opseg primjene tih prava jednaki su onima iz spomenute Konvencije. Ova odredba ne sprječava pravo Unije da pruži širu zaštitu.

[...]

7. Sudovi Unije i država članica uzimaju u obzir objašnjenja sastavljena kao smjernice za tumačenje ove Povelje.“

2. Schengenska pravna stečevina u pravu Unije

a) Schengenski sporazum

9. Dana 14. lipnja 1985. vlade država Gospodarske unije Beneluksa, Savezne Republike Njemačke i Francuske Republike potpisale su u Schengenu Sporazum o postupnom ukidanju kontrola na zajedničkim granicama¹¹.

b) CISA

10. CISA, koju su 19. lipnja 1990. sklopile iste stranke i koja je stupila na snagu 26. ožujka 1995., u svom članku 54., smještenom u poglavlju III., naslovljenom „Primjena načela *ne bis in idem*“, predviđa sljedeće:

„Protiv osobe protiv koje je sudski postupak pravomoćno okončan u jednoj ugovornoj stranci ne može se voditi postupak u drugoj ugovornoj stranci za ista djela pod uvjetom da je izrečena kazna i izvršena, trenutačno je u postupku izvršenja ili se više, prema zakonima ugovorne stranke koja ju je izrekla, ne može izvršiti.“

10 — Iz objašnjenja koja se odnose na članak 50. Povelje proizlazi da se da se pravilo *ne bis in idem* primjenjuje ne samo među različitim sudovima iste države članice nego i među sudovima više država članica, što odgovara pravnoj stečevini Unije. Navodi se da se pravilo o zabrani kumulacije odnosi na kumulaciju dviju kazni jednake vrste odnosno kazni izrečenih na kaznenom sudu. Izuzetno ograničene iznimke iz članka 54. do 58. CISA-e, članka 7. Konvencije o zaštiti financijskih interesa Europskih zajednica i članka 10. Konvencije o borbi protiv korupcije, u kojima se državama članicama dopušta odstupanje od pravila *ne bis in idem*, obuhvaćene su horizontalnom klauzulom o ograničenjima navedenom u članku 52. stavku 1. U pogledu situacija iz članka 4. Protokola br. 7, to jest primjene načela unutar iste države članice, zajamčeno pravo ima jednako značenje i opseg primjene kao i odgovarajuće pravo u EKLJP-u.

11 — (SL 2000, L 239, str. 13.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 9., str. 6.)

11. U članku 55. CISA-e predviđeni su slučajevi u kojima ugovorna stranka može izjaviti da je članak 54. ne obvezuje. U članku 56. sadržano je pravilo prema kojem se svako razdoblje lišavanja slobode u jednoj ugovornoj stranci ubraja u kaznu eventualno izrečenu u drugoj ugovornoj stranci. U mjeri u kojoj to nacionalno zakonodavstvo dopušta, uzimaju se u obzir i kazne koje ne uključuju lišavanje slobode. Članak 57. tiče se razmjene relevantnih informacija između nadležnih tijela. U skladu s člankom 58., gornje odredbe ne isključuju primjenu širih nacionalnih odredaba o načelu *ne bis in idem* u odnosu na sudske odluke koje se donose u inozemstvu.

c) Protokol o schengenskoj pravnoj stečevini

12. Protokolom (br. 2) o uključivanju schengenske pravne stečevine u okvir Europske unije koji je priložen Ugovoru o Europskoj uniji i Ugovoru o osnivanju Europske zajednice (u daljnjem tekstu: Protokol o schengenskoj pravnoj stečevini)¹² taj je pravni sustav, koji uključuje i CISA-u¹³, uključen u pravo Unije pod nazivom „schengenska pravna stečevina“.

13. Članak 2. stavak 1. navedenog protokola glasi kako slijedi:

„Od dana stupanja na snagu Ugovora iz Amsterdama schengenska pravna stečevina, uključujući i ranije donesene odluke izvršnog odbora ustanovljenog schengenskim sporazumima, odmah se primjenjuje na trinaest država članica navedenih u članku 1. [¹⁴], ne dovodeći time u pitanje stavak 2. ovog članka. [...]

[...] Vijeće [...] utvrđuje, u skladu s odgovarajućim odredbama Ugovorâ, pravnu osnovu za svaku odredbu ili odluku koje čine schengensku pravnu stečevinu.

U odnosu na te odredbe i odluke te u skladu s pravnom osnovom koju je utvrdilo Vijeće, Sud Europskih zajednica izvršava ovlasti koje su mu dodijeljene mjerodavnim odredbama Ugovorâ. [...]

[...]

Sve dok gore navedene mjere nisu poduzete i ne dovodeći time u pitanje članak 5. stavak 2., odredbe ili odluke koje čine schengensku pravnu stečevinu smatraju se aktima koji se temelje na glavi VI. Ugovora o Europskoj uniji.“

14. Schengenska pravna stečevina uključena je u Ugovor o FEU-u Protokolom (br. 19)¹⁵. U člancima 9. i 10. Protokola (br. 36) o prijelaznim odredbama priloženog Ugovoru o FEU-u¹⁶ uređuje se pitanje pravnih učinaka akata institucija, tijela ureda i agencija Unije donesenih na temelju Ugovora o EU-u prije stupanja na snagu Ugovora iz Lisabona.

III – Glavni postupak, prethodna pitanja i postupak pred Sudom

15. Optuženik u glavnom postupku Z. Spasic srpski je državljanin kojeg kazneno goni Staatsanwaltschaft Regensburg (Njemačka) zbog kaznenog djela prijevare koje je u sastavu zločinačkog udruženja počinio 20. ožujka 2009. u Milanu. Žrtva tog kaznenog djela Wolfgang Soller, njemački državljanin, predao je Z. Spasicu iznos od 40.000 eura u manjim apoenima u zamjenu za novčanice od 500 eura, za koje se poslije pokazalo da su lažne.

12 — (SL 1997, C 340, str. 93.)

13 — Vidjeti prilog Protokolu o schengenskoj pravnoj stečevini, t. 2.

14 — Kraljevina Belgija, Kraljevina Danska, Savezna Republika Njemačka, Helenska Republika, Kraljevina Španjolska, Francuska Republika, Talijanska Republika, Veliko Vojvodstvo Luksemburg, Kraljevina Nizozemska, Republika Austrija, Portugalska Republika, Republika Finska i Kraljevina Švedska

15 — SL 2008, C 115, str. 290.

16 — SL 2008, C 115, str. 322.

16. Nakon što je 27. kolovoza 2009. Staatsanwaltschaft Innsbruck (Austrija) protiv njega izdao europski uhidbeni nalog zbog niza istovrsnih kaznenih djela počinjenih 2008. u Austriji i Njemačkoj, Z. Spasic uhićen je u Mađarskoj 8. listopada 2009. i potom predan nadležnim austrijskim tijelima. U Austriji je osuđen presudom od 26. kolovoza 2010. koja je postala pravomoćna.

17. Dana 25. veljače 2010. Amtsgericht Regensburg (Njemačka) izdao je nacionalni uhidbeni nalog zbog kaznenog djela prijevare počinjenog u Milanu, koji je Staatsanwaltschaftu Regensburg poslužio kao osnova za izdavanje europskog uhidbenog naloga 5. ožujka 2010. Dana 20. studenoga 2013. Amtsgericht Regensburg izdao je protiv Z. Spasica novi, prošireni nacionalni uhidbeni nalog čija se točka I. odnosila na kazneno djelo prijevare počinjeno 20. ožujka 2009. u Milanu.

18. Presudom od 18. lipnja 2012. Tribunale ordinario di Milano (Italija) osudio je Z. Spasica u odsutnosti za kazneno djelo počinjeno 20. ožujka 2009. u Milanu na kaznu zatvora u trajanju od jedne godine i na novčanu kaznu od 800 eura. U tom pogledu primjećujem da je presuda Tribunale di Milano postala pravomoćna 7. srpnja 2012., tako da se kazneni progon započeo u Njemačkoj jedno vrijeme odvijao istodobno s postupkom vođenim u Italiji.

19. Z. Spasic nalazi se u pritvoru u Njemačkoj od 6. prosinca 2013., kada su ga nadležna austrijska tijela, izvršavajući europski uhidbeni nalog od 5. ožujka 2010., predala njemačkima¹⁷. Z. Spasic u Austriji je započeo izdržavanje kazne zatvora u trajanju od osam godina. S obzirom na njegovo izručenje nadležnim njemačkim tijelima, izvršenje kazne izrečene u Austriji privremeno je obustavljeno. Iz spisa, međutim, jasno ne proizlazi je li povratak Z. Spasica u Austriju predviđen prije ili nakon što odsluži kaznu eventualno izrečenu u Njemačkoj.

20. Optuženik je pred Amtsgerichtom Regensburg osporavao odluku o produljenju pritvora, u bitnome iznoseći tvrdnju o tome da ga se zbog načela *ne bis in idem* ne može kazneno goniti u Njemačkoj za kazneno djelo počinjeno u Milanu jer mu je za isto djelo Tribunale ordinario di Milano već izrekao pravomoćnu i izvršnu presudu.

21. Nakon što je njegov zahtjev odbijen, Z. Spasic podnio je Landgerichtu Regensburg dokaz o tome da je 23. siječnja 2014. uplatio iznos od 800 eura, čime je izvršena novčana kazna izrečena presudom Tribunale di Milano.

22. Odlukom od 28. siječnja 2014. Landgericht Regensburg potvrdio je odluku Amtsgerichta Regensburg, precizirajući da naknadno produljenje pritvora može temeljiti isključivo na činjenicama opisanim u točki I. uhidbenog naloga od 20. studenoga 2013., te je u preostalom dijelu žalbu odbio.

23. Pred sudom koji je uputio zahtjev, kojem se potom obratio, Z. Spasic u bitnome je istaknuo to da uvjet izvršenja kazne predviđen u odredbi članka 54. CISA-a ne može valjano ograničiti opseg primjene članka 50. Povelje i da ga se mora pustiti na slobodu nakon izvršenja koje predstavlja plaćanje novčane kazne od 800 eura.

24. U tim je okolnostima Oberlandesgericht Nürnberg odlučio prekinuti postupak i uputiti Sudu sljedeća prethodna pitanja:

„1) Je li članak 54. Konvencije o provedbi Schengenskog sporazuma u skladu s člankom 50. Povelje Europske unije o temeljnim pravima, s obzirom na to da primjenu načela *ne bis in idem* uvjetuje time da je kazna koja je izrečena ujedno i izvršena, trenutačno se izvršava ili se prema zakonima države koja ju je izrekla više ne može izvršiti?

17 — Sukladno članku 121. njemačkog Zakona o kaznenom postupku, naslovljenom „Pritvor u trajanju duljem od šest mjeseci“: „[d]o donošenja presude kojom se izriče kazna zatvora [...] pritvor zbog istog kaznenog djela može trajati dulje od šest mjeseci samo ako zbog osobite težine ili iznimne širine istrage odnosno nekog drugog važnog razloga donošenje presude još nije moguće te je nastavak pritvora opravdan [...]“.

2) Je li navedeni uvjet iz članka 54. Konvencije o provedbi Schengenskog sporazuma također ispunjen ako je izvršen samo jedan dio kazne (u predmetnom slučaju novčana kazna) izrečene u državi u kojoj je presuda donesena, a koja se sastoji od dvaju samostalnih dijelova (u predmetnom slučaju od kazne zatvora i novčane kazne)?“

25. U odluci kojom je uputio prethodna pitanja nacionalni sud zahtijevao je primjenu hitnog prethodnog postupka sukladno članku 107. Poslovnika Suda. Kao što to proizlazi iz spisa, optuženikov pritvor sukladno njemačkom pravu ne može trajati dulje od šest mjeseci, osim ako za to postoji poseban razlog. Očito je, dakle, da navedeno trajanje ovisi o tumačenju prava Unije.

26. Nadležno je vijeće 31. ožujka 2014. odlučilo u predmetnom slučaju primijeniti hitni prethodni postupak. Sukladno članku 113. stavku 2. Poslovnika, predmet je dodijeljen velikom vijeću.

27. Pisana očitovanja podnijeli su zastupnici Z. Spasica, Savezne Republike Njemačke, Vijeća i Europske komisije. Uz Francusku i Talijansku Republiku, navedeni su saslušani na raspravi održanoj 28. travnja 2014.

IV – Analiza

A – Uvodna razmatranja

1. Nadležnost Suda

28. Odmah na početku ističem da je Sud nadležan za davanje odgovora na prvo pitanje na temelju članka 267. UFEU-a, a na drugo na temelju članka 35. UEU-a¹⁸.

29. CISA, na temelju Protokola o schengenskoj pravnoj stečevini, uživa istovrstan status kao i odluke, okvirne odluke ili konvencije u smislu članka 34. UEU-a, što je osobito važno u pogledu drugog pitanja. Nadležnost Suda da odgovori na to pitanje temelji se, prema tome, na članku 35 UEU-a¹⁹ u vezi s člankom 2. Priloga A Odluci Vijeća 1999/436/EZ²⁰, što je potvrđeno u iznimno bogatoj sudskoj praksi koja se odnosi na članak 54. CISA-e.

30. Kada je riječ o prvom pitanju, točno je da je na temelju nekadašnjeg članka K.7 proizišlog iz Ugovora iz Amsterdama (kasnije članak 35. UEU-a) nadležnost Suda isključena u području ispitivanja valjanosti konvencija, kako u okviru prethodnog postupka tako i pri nadzoru zakonitosti. Prvo se pitanje, međutim, odnosi *expressis verbis* na moguću nesukladnost jedne odredbe CISA-e s Poveljom, a ne na nevaljanost CISA-e. U tom pogledu ističem da je u članku 134. CISA-e određeno da se njezine odredbe primjenjuju samo u onoj mjeri u kojoj su u skladu s pravom Zajednice²¹.

18 — Čini mi se da navod Vijeća o nedavnom usvajanju Direktive o Europskom istražnom nalogu, kojom bi trebale biti zamijenjene odgovarajuće odredbe CISA-e, ne može izmijeniti taj zaključak. Vidjeti Direktivu Europskog parlamenta i Vijeća o Europskom istražnom nalogu u kaznenim stvarima, koja je u postupku objave u Službenom listu Europske unije (vidjeti dokument PE-CONSE 122/13).

19 — Iz Obavijesti o stupanju na snagu Ugovora iz Amsterdama koja je objavljena u Službenom listu Europskih zajednica od 1. svibnja 1999. (SL 114, str. 56.) proizlazi da je Savezna Republika Njemačka na temelju članka 35. stavka 2. UEU-a dala izjavu kojom prihvaća nadležnost Suda da u prethodnom postupku odlučuje u skladu s člankom 35. stavkom 3. točkom (b) UEU-a. Valja podsjetiti da je članak 35. UEU-a primjenjiv *ratione temporis* još pet godina nakon stupanja na snagu Ugovora iz Lisabona, to jest do 1. prosinca 2014.

20 — Odluka 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 schengensku pravnu stečevinu (SL L 176, str. 17.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 8., str. 19.).

21 — Za potrebe analize vidjeti Van Raepenbusch, S., „Le traité d’Amsterdam et la Cour de justice“, *Bulletin de la Cour*, rujan 1997., br. 51.

31. Budući da je CISA nakon svog „uključivanja u pravo Zajednice“ nedvojbeno dio tog prava, ne može izbjeći nadzoru sukladnosti s Poveljom. Sud, naime, na temelju svoje isključive nadležnosti u skladu s člankom 19. UFEU-a osigurava poštovanje prava pri tumačenju i primjeni Ugovorâ²². Ovlast Suda da tumači primarno pravo treba smatrati neupitnom u pogledu CISA-e, s obzirom na to da je riječ o aktu *sui generis* prava Unije koji se u hijerarhiji pravnih propisa nalazi na istoj razini sa sekundarnim pravom.

32. U svakom slučaju, iz sudske prakse proizlazi da je Sud nadležan u svjetlu Povelje ispitivati akt sekundarnog prava koji je izravno primjenjiv²³.

2. Izazovi u predmetu

33. Primjena schengenske pravne stečevine koja se odnosi na načelo *ne bis in idem*, a čiji je dio članak 54. CISA-e, unutar Unije teži jačanju europske integracije i osobito tomu da Uniji omogući bržu preobrazbu u područje slobode, sigurnosti i pravde, čije je održavanje i razvijanje njezin cilj. Taj se ambiciozni cilj još i danas suočava s problemom sporova o nadležnosti u kaznenim stvarima, kakav u predmetnom slučaju postoji između Talijanske Republike kao *locus delicti* i Savezne Republike Njemačke, čije državljanstvo ima žrtva²⁴.

34. Kako je istaknula nezavisna odvjetnica E. Sharpston u svojem mišljenju u predmetu M, „[t]renutačno ne raspoložemo pravilima usuglašenima na razini Unije u pogledu određivanja nadležnosti u kaznenim predmetima. Primjena načela *ne bis in idem* rješava problem na ograničen, a ponekad i na arbitraran način. To, međutim, ne može biti zadovoljavajuća alternativa rješavanju takvih sporova sukladno zajedničkom skupu kriterija“²⁵.

35. Izvorište načela *ne bis in idem* na transnacionalnoj razini okolnost je da, u mjeri u kojoj kazneno djelo sadržava elemente koji ga povezuju s više pravnih poredaka, postoji opasnost da svaki od njih ustraje na svojoj nadležnosti, stvarajući tako mogućnost gomilanja državnih represija²⁶. Ovaj se predmet, međutim, ne odnosi na pitanja vezana uz problem primjene načela *ne bis in idem* koja su u novije vrijeme bila predmet intenzivnih rasprava u pravosudnim i akademskim krugovima na europskoj i nacionalnoj razini, osobito u slučaju kaznenih i upravnih postupaka koji se tiču istog djela. U okviru tih rasprava postavljeno je pitanje na koji način odrediti pojam istovjetnosti kaznenog djela te pojam „pravomoćne osude“ kada postupci nisu okončani sudskom odlukom.

36. Ovaj predmet u potpunosti ulazi u područje primjene članka 54. CISA-e. Nedvojbeno je, naime, da se kazneni progoni u Italiji i Njemačkoj odnose na iste činjenice²⁷ i, *mutatis mutandis*, na kazneno djelo prijevare. Kaznenopravni karakter dvaju postupaka ne može se dovesti u pitanje²⁸, a još manje pravosudna narav presude Tribunale ordinario di Milano od 18. lipnja 2002.²⁹ te njezina pravomoćnost koja je nastupila 7. srpnja 2012.

22 — U pogledu razgraničenja nadležnosti između prvog i trećeg stupa vidjeti presudu Komisija/Vijeće (C-170/96, EU:C:1998:219).

23 — Presuda McB. (C-400/10 PPU, EU:C:2010:582, t. 52.)

24 — Kako proizlazi iz zahtjeva za prethodnu odluku, optuženik je, sukladno članku 7. stavku 1. njemačkog Kaznenog zakona (Strafgesetzbuch), pod kaznenom nadležnošću Savezne Republike Njemačke zbog državljanstva žrtve.

25 — C-398/12, EU:C:2014:65, t. 51. U pogledu pokušaja rješavanja problema, nezavisni odvjetnik u bilješci upućuje na *Zelenu knjigu o sporovima o nadležnosti i načelu ne bis in idem u kaznenim postupcima* koju je usvojila Komisija [COM (2005) 696 final].

26 — Da Cunha Rodrigues, J. N., „À propos du principe ‘Ne bis in idem’ – Un regard sur la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes“, *Une communauté de droit*, Festschrift für Gil Carlo Rodriguez Iglesias, Berlin, 2003., str. 165.

27 — Presude Van Esbroeck (C-436/04, EU:C:2006:165, t. 27. i 36.); Van Straaten (C-150/05, EU:C:2006:614, t. 41., 47. i 48.) i Mantello (C-261/09, EU:C:2010:683, t. 39.)

28 — Presuda Van Straaten (EU:C:2006:614, t. 55) i, *a contrario*, presuda Miraglia (C-469/03, EU:C:2005:156, t. 29. i 30.)

29 — Vidjeti u tom smislu presude Gasparini i dr. (C-467/04, EU:C:2006:610, t. 33.) i Van Esbroeck (EU:C:2006:165, t. 21.).

37. Drugim riječima, u ovom se predmetu pojavljuju i element *bis* i element *idem*. Uvjet izvršenja kazne iz članka 54. CISA-e, u vezi s temeljnim pravom utvrđenim u članku 50. Povelje, u stvarnosti je ono što se nalazi u središtu predmetnog zahtjeva za prethodnu odluku.

38. U tom je pogledu očito da se uvjet izvršenja kazne iz članka 54. CISA-e ne nalazi u članku 50. Povelje. Pritom ističem da u sudskoj praksi Suda još nije konačno određen opseg primjene potonje odredbe.

39. Naime, načelo *ne bis in idem* primjenjuje se i izvan „klasičnog“ kaznenog prava³⁰, pri čemu je najčešći primjer pravo tržišnog natjecanja, u okviru kojeg je primjena navedenog načela podvrgnuta trostrukom uvjetu istovjetnosti činjenica, jedinstva počinitelja i jedinstva zaštićenog pravnog interesa³¹. Iz navedenog proizlazi da istog gospodarskog subjekta za isto djelo mogu istodobno goniti i kazniti nadležna nacionalna tijela i Komisija s obzirom na to da dva postupka teže različitim ciljevima³².

40. S druge strane, načelo *ne bis in idem* primjenjuje se u području nadzora i kažnjavanja nepravilnosti počinjenih unutar prava Unije³³, na što je Sud podsjetio u vezi s kumulativnom primjenom administrativnih kazni³⁴.

41. Slijedom navedenog, od početka smatram da analizu opsega primjene načela *ne bis in idem* u svjetlu Povelje u ovom predmetu treba ograničiti samo na područje *klasičnog kaznenog prava*, isključujući tako pitanja vezana uz administrativne kazne, sa svim posljedicama i posebnostima koje to područje kaznenog prava može uključivati.

42. Naposljetku, znajući da je tekst članka 50. Povelje istovjetan tekstu članka 4. Protokola br. 7, uz jedinu razliku u njihovoj teritorijalnoj primjeni, najprije je potrebno analizirati učinke sudske prakse Europskog suda za ljudska prava u tom području.

B – Prvo pitanje: odnos između članka 54. CISA-e i članka 50. Povelje

1. Načelo *ne bis in idem*

43. Načelo *ne bis in idem*, koje je Sud ocijenio „općim načelom pravičnosti“³⁵, univerzalno je priznato u nacionalnim pravnim porecima. Međunarodno javno pravo, međutim, ne nameće to načelo državama i ne smatra ga uključenim u koncept pravičnog suđenja utvrđen u članku 6. EKLJP-a³⁶.

30 — Autonomnu narav pojma „optužbe u kaznenoj stvari“ ESLJP je utvrdio u presudi Engel protiv Nizozemske od 8. lipnja 1976., br. 5100/71. Pod izrazom „klasično“ podrazumijevam represivno kazneno pravo kojim se izražava ozbiljna društvena i moralna osuda čina o kojemu je riječ i koje je kao takvo određeno mjerodavnim pravom. Vidjeti također presudu Bonda (C-489/10, EU:C:2012:319, t. 37. i prateće točke).

31 — To načelo, dakle, zabranjuje da se radi zaštite istog pravnog interesa osoba više puta kazni za isto nezakonito postupanje. Vidjeti presudu Aalborg Portland i dr./Komisija (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P i C-219/00 P, EU:C:2004:6, t. 338.).

32 — Vidjeti presude Wilhelm i dr. (14/68, EU:C:1969:4, t. 11.); Tréfileurope/Komisija (T-141/89, EU:T:1995:62, t. 191.) i Sotralentz/Komisija (T-149/89, EU:T:1995:69, t. 29.). K tome, očuvanje nenarušenog tržišnog natjecanja na području Unije ili u Europskom gospodarskom prostoru smatra se različitim ciljem u odnosu na zaštitu koja se tiče tržišta treće zemlje. Komisija, dakle, nije dužna slijediti načelo zabrane dvostrukog kažnjavanja i voditi računa o onim kaznama koje su prije izrečene. U pogledu primjene načela *ne bis in idem* vidjeti presudu Archer Daniels Midland i Archer Daniels Midland Ingredients/Komisija (T-224/00, EU:T:2003:195, t. 90 do 93.) koja također sadrži analizu opsega primjene članka 50. Povelje, koji nije moguće primijeniti u slučaju povrede prava tržišnog natjecanja koja je svjetskih razmjera.

33 — Vidjeti preambulu Uredbe Vijeća (EZ, Euratom) br. 2988/95 od 18. prosinca 1995. o zaštiti financijskih interesa Europskih zajednica (SL L 312, str. 1.).

34 — Vidjeti presudu Beneo-Orafti (C-150/10, EU:C:2011:507, t. 68. i prateće točke).

35 — Presuda Wilhelm i dr. (EU:C:1969:4, t. 11.)

36 — ESLJP, X protiv Savezne Republike Njemačke, 16. svibnja 1977., br. 7680/76; X protiv Belgije, 16. svibnja 1977., br. 7697/76 i Gestra protiv Italije, 16. siječnja 1995., br. 21072/92

44. Primjenjivost načela *ne bis in idem*³⁷ u pravu Unije Sud je priznao 1996. u presudi Gutmann/Komisija³⁸. Kako je Sud nakon toga ocijenio, „načelo *ne bis in idem*, također utvrđeno u članku 4. Protokola br. 7 [...], temeljno je načelo prava Zajednice čije poštovanje osiguravaju sudovi“³⁹. Ono je, dakle, izvor iznimno bogate sudske prakse, osobito u područjima prava tržišnog natjecanja i suradnje u kaznenim stvarima kao i u području zaštite financijskih interesa Unije, što se, prema mojem mišljenju, protivi zaključku o postojanju jedinstvenog i dosljednog poimanja načela *ne bis in idem* u svim područjima prava Unije. Naposljetku, u članku 50. Povelje tom se načelu priznaje karakter temeljnog prava.

45. Ne ulazeći u detalje, valja podsjetiti da maksima *ne bis in idem* obuhvaća dva različita pravna aspekta odnosno ideje⁴⁰. S jedne je strane riječ o zabrani drugog postupka u istoj stvari koja se tiče iste osobe (*Erledigungsprinzip*, to jest načelo iscrpljenja postupaka) i, s druge strane, o načelu uračunavanja (*Anrechnungsprinzip*), koje podrazumijeva da se u novoj odluci mora uzeti u obzir prethodna osuda za isto kazneno djelo izrečena u drugoj državi tako da se druga osuda ublaži⁴¹. Kako je to objasnio nezavisni odvjetnik R.-J. Colomer, prvi se aspekt temelji na zahtjevima pravne sigurnosti, dok drugi u većoj mjeri odražava zahtjeve pravičnosti, čiji su instrument pravila o proporcionalnosti⁴².

46. Nedvojbeno je da, s obzirom na svoj tekst, članak 54. CISA-e zahvaća samo prvi aspekt, to jest zabranu dvostrukog progona, dok tekst članka 50. Povelje i tekst članka 4. Protokola br. 7 obuhvaćaju oba aspekta.

2. Uvjet izvršenja kazne iz članka 54. CISA-e i njegova primjena putem povezanih instrumenata

47. Članak 54. CISA-e prva je odredba kojom se *ne bis in idem* uspostavlja kao obvezujuće pravilo primjenjivo u prekograničnim odnosima kaznenog prava⁴³. Odredba koja je u bitnome istovjetna onoj članka 54. CISA-e nalazi se u Konvenciji o primjeni načela *ne bis in idem* koja, međutim, nije stupila na snagu⁴⁴. K tome, uvjet izvršenja kazne prekograničnog opsega primjene imao je svoje prethodnike i u europskim konvencijama o izručenju⁴⁵.

48. Razlozi zbog kojih su autori CISA-e podvrgnuli primjenjivost načela *ne bis in idem* uvjetu da je kazna „izvršena, trenutačno u postupku izvršenja ili se više ne može izvršiti“ čine mi se očitima. Kako su to istaknule njemačka vlada i Komisija, tim se uvjetom želi osigurati da osoba o kojoj je riječ bude *za predmetno kazneno djelo kažnjena barem jedanput*; drugim riječima, tom se odredbom želi *izbjeci nekažnjavanje*. Cilj sprečavanja nekažnjavanja jasno proizlazi iz sudske prakse Suda, osobito iz presuda Miraglia⁴⁶ i Kretzinger⁴⁷.

37 — Ističem da se često, kao na primjer u objašnjenjima koja se odnose na Povelju, to načelo naziva *non bis in idem*. Prema van Boeckelu, riječ je o inačici izraza *ne bis in idem* koja bi bila pravilnija prema gramatičkim pravilima latinskog jezika. Vidjeti van Boeckel, Blas, *The Ne Bis In Idem Principle in EU Law*, Kluwer Law International BV, Alphen an den Rijn, 2010., str. 31.

38 — 18/65 i 35/65, EU:C:1966:24

39 — Vidjeti presude Limburgse Vinyl Maatschappij i dr./Komisija (C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P do C-252/99 P i C-254/99 P, EU:C:2002:582, t. 59.) i Showa Denko/Komisija (C-289/04 P, EU:C:2006:431, t. 50.).

40 — Ta su načela utjelovljena u latinskim izrazima *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa* i *nemo debet bis puniri pro uno delicto*.

41 — Komunikacija Komisije upućena Vijeću i Europskom parlamentu o uzajamnom priznavanju pravomoćnih odluka u kaznenim stvarima [COM(2000) 495 final]

42 — Mišljenje Gözütok i Brügge (C-187/01, EU:C:2002:516, t. 49. i 50.).

43 — U stvarnosti, usporedivim iako malo poznatim tekstom uspostavljena je prva zabrana dvostrukih progona i dvostrukih kazni na razini Zajednice: Rezolucija Europskog parlamenta od 12. travnja 1989. o usvajanju Deklaracije o temeljnim pravima i slobodama (vidjeti osobito članke 20. i 25. navedene deklaracije koji se odnose na načelo *ne bis in idem*) (SL 1989, C 120, str. 51.).

44 — Konvencija sklopljena 25. svibnja 1987. između država članica i Europskih zajednica, koju Sud spominje u presudi Gözütok i Brügge (C-187/01 i C-385/01, EU:C:2003:87, t. 46.)

45 — Vidjeti članak 2. Dodatnog protokola od 15. listopada 1975. uz Konvenciju Vijeća Europe o izručenju od 13. prosinca 1957. kojim je izmijenjen članak 9. navedene konvencije. Vidjeti također članak 35. Europske konvencije o prijenosu postupaka u kaznenim stvarima od 15. svibnja 1972.

46 — Presuda Miraglia (EU:C:2005:156, t. 33. i 34.)

47 — Presuda Kretzinger (EU:C:2007:441, t. 51.)

49. Načelo *ne bis in idem* s pridruženim uvjetom izvršenja kazne naknadno je ugrađeno u Okvirnu odluku 2002/584/PUP⁴⁸ i jedan je od razloga za obvezno neizvršavanje navedenog naloga⁴⁹. Prije donošenja navedene okvirne odluke osobe kojima su izrečene kaznenopravne sankcije mogle su bez teškoća izbjeći njihovo izvršenje odlazeći iz jedne države članice u drugu, a osobito vraćajući se u onu državu članicu koje su državljani. Okvirna odluka i drugi naknadno doneseni pravni akti Unije povećali su učinkovitost kaznenih progona u prekograničnim situacijama i olakšali izvršenje kaznenih presuda⁵⁰.

50. K tome, uvjet izvršenja kazne sastavljen prema istom modelu kao u članku 54. CISA-e nalazi se u članku 7. Konvencije o zaštiti financijskih interesa Europskih zajednica⁵¹ te u članku 10. Konvencije o borbi protiv korupcije u kojoj sudjeluju službenici Europskih zajednica ili službenici država članica Europske unije⁵².

51. Suprotno tomu, u mnogim aktima sekundarnog prava, među ostalim u članku 9. Okvirne odluke 2008/909/PUP⁵³, govori se o načelu *ne bis in idem* kao o jednom od razloga za neizvršavanje kaznene presude bez pridruživanja uvjeta izvršenja kazne tom načelu⁵⁴.

52. U potpunosti prihvaćajući da iznenadna pojava učinkovitijeg sustava suradnje u kaznenim stvarima u pravu Unije ne može sama po sebi utjecati na tumačenje uvjeta izvršenja kazne predviđenog u članku 54. CISA-e, takav razvoj mora imati učinka na ocjenu o sukladnosti navedenog članka s člankom 50. Povelje te na ocjenu njegove proporcionalnosti u smislu članka 52. stavka 1. Povelje. Naime, kako je Komisija ustvrdila u svojoj gore navedenoj Zelenoj knjizi⁵⁵, „[t]aj je uvjet bio opravdan u klasičnom sustavu uzajamne pravne pomoći u okviru kojeg se izvršenje kazne u drugim državama članicama ponekad moglo pokazati teškim. Moguće je zapitati se o daljnjoj opravdanosti tog uvjeta u prostoru slobode, sigurnosti i pravde u kojem se prekogranično izvršenje provodi putem instrumenata EU-a o uzajamnom priznavanju⁵⁶.

3. Članak 4. Protokola br. 7

53. Suprotno od članka 54. CISA-e, članak 4. Protokola br. 7 ne primjenjuje se na prekogranične odnose, nego je njegovo područje primjene strogo ograničeno na unutarne situacije jedne države. Kako sam već istaknuo, taj članak ne sadrži uvjet izvršenja kazne istovrstan onomu koji je predviđen u članku 54. CISA-e, nego, naprotiv, obuhvaća kako zabranu dvostrukih progona tako i zabranu dvostrukog kažnjavanja.

48 — Okvirna odluka Vijeća od 13. lipnja 2002. o europskom uhidbenom nalogu i postupcima predaje između država članica (SL L 190, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 3., str. 83.)

49 — U vezi s tumačenjem razloga za neizvršavanje europskog uhidbenog naloga vidjeti osobito presude Kozłowski (C-66/08, EU:C:2008:437) i Wolzenburg (C-123/08, EU:C:2009:616).

50 — Vidjeti u tom pogledu mjere navedene u bilj. br. 85 do 87 ovog mišljenja.

51 — Akt Vijeća od 26. srpnja 1995. o sastavljanju Konvencije o zaštiti financijskih interesa Europskih zajednica (SL C 316, str. 48.)

52 — Akt Vijeća od 26. svibnja 1997. o sastavljanju na temelju članka K.3 stavka 2. točke (c) Ugovora o Europskoj uniji Konvencije o borbi protiv korupcije u kojoj sudjeluju službenici Europskih zajednica ili službenici država članica Europske unije (SL C 195, str. 1.)

53 — Okvirna odluka Vijeća od 27. studenoga 2008. o primjeni načela uzajamnog priznavanja presuda u kaznenim predmetima kojima se izriču kazne zatvora ili mjere koje uključuju oduzimanje slobode s ciljem njihova izvršavanja u Europskoj uniji (SL L 327, str. 27) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 11., str. 111.)

54 — Vidjeti bilj. br. 87 ovog mišljenja.

55 — *Zelena knjiga o sporovima o nadležnosti i načelu ne bis in idem u kaznenim postupcima*

56 — *Ibidem* (t. 3.)

54. Protokol br. 7, usvojen 22. studenoga 1984., ratificirale su 43 članice Vijeća Europe, uključujući sve države članice Europske unije osim Savezne Republike Njemačke, Kraljevine Nizozemske i Ujedinjene Kraljevine Velike Britanije i Sjeverne Irske. Kako proizlazi iz nacrtu sporazuma o pristupanju Unije EKLJP-u, taj protokol ne nalazi se među instrumentima za koje je predviđeno pristupanje Unije⁵⁷. To što se navedeni protokol ne spominje u zahtjevu za prethodnu odluku može se, dakle, objasniti činjenicom da ga Savezna Republika Njemačka nije ratificirala⁵⁸. Tijekom njegova potpisivanja, međutim, dala je određene izjave⁵⁹.

55. Prema članku 4. stavku 1. Protokola br. 7, nikomu se ne može dvaput suditi niti ga se može dvaput kazniti u kaznenom postupku. U skladu sa stavkom 2. navedenog članka, ponovno razmatranje slučaja u skladu sa zakonom i kaznenim postupkom dotične države moguće je, međutim, ako postoje dokazi o novim ili novootkrivenim činjenicama ili ako je u prethodnom postupku došlo do bitnih povreda koje su mogle utjecati na rješenje slučaja. Članak 4. stavak 3. Protokola br. 7 zabranjuje derogiranje navedenog članka na temelju članka 15. EKLJP-a, koji dopušta da se u vrijeme rata ili drugog izvanrednog stanja koje ugrožava opstanak naroda poduzmu mjere kojima se derogiraju obveze iz EKLJP-a.

56. Ukratko, člankom 4. Protokola br. 7 jamči se *zaštita koja je, ako ne apsolutna, i dalje veća od one općenito predviđene odredbama EKLJP-a*.

57. Odredba članka 4. Protokola br. 7 izvor je bogate i raznolike sudske prakse Europskog suda za ljudska prava za koju mi se čini da joj nedostaje preciznosti u pogledu određenja pojmova kaznenog progona i kaznenopravne sankcije te osobito u pogledu tumačenja pojma kaznenog djela.

58. Kada je riječ o posljednjem pitanju, u presudi Zolotoukhine protiv Rusije ESLJP je protumačio da se pojam kaznenog djela odnosi na „skup nerazdruživo vremenski i prostorno povezanih konkretnih činjeničnih okolnosti koje uključuju istog počinitelja“⁶⁰. Time se ESLJP približio sudskoj praksi Suda u pogledu članka 54. CISA-e i „istovjetnosti materijalnih činjenica“, koja je jedino relevantno mjerilo za primjenu navedenog članka⁶¹.

59. Sudska praksa Europskog suda za ljudska prava jednoglasno potvrđuje da načelo *ne bis in idem* obuhvaća ne samo slučaj dvostruke osude nego i onaj dvostrukog progona⁶². Članak 4. Protokola br. 7 ima za cilj zabraniti ponovno otvaranje kaznenog postupka koji je pravomoćno zaključen. Odluka se smatra pravomoćnom „ako je stekla snagu presuđene stvari“. Takav je slučaj kada je neopoziva, to jest kada se protiv nje ne mogu podnijeti redovna pravna sredstva ili su stranke ta sredstva iscrpile ili se njima nisu koristile u za to propisanom roku⁶³.

57 — Vidjeti članak 1. nacrtu Sporazuma o pristupanju:

[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accession/Meeting_reports/47_1\(2013\)008rev2_FR.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accession/Meeting_reports/47_1(2013)008rev2_FR.pdf)

58 — Čini se da je izostanak ratifikacije povezan s člankom 1. Protokola br. 7. Vidjeti izvješće Bundestaga, str. 3.: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/17/129/1712996.pdf>

59 — Izjava dana tijekom potpisivanja 19. ožujka 1985. dostupna je na internetskoj stranici Vijeća Europe: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeDeclarations.asp?CL=FRE&NT=117&VL=0>

60 — ESLJP, Zolotoukhine protiv Rusije, 10. veljače 2009., br. 14939/03, § 84.

61 — U tom je okviru protumačeno da navedeni pojam uključuje samo materijalne činjenice, obuhvaćajući skup konkretnih činjeničnih okolnosti koje su uzajamno nerazdruživo povezane, neovisno o pravnoj kvalifikaciji tih činjenica ili o zaštićenom pravnom interesu (vidjeti presude van Esbroeck, EU:C:2006:165, t. 27., 32., 36. i 42.; Gasparini i dr., EU:C:2006:610, t. 54.; van Straaten, EU:C:2006:614, t. 41., 47. i 48. te Kraaijenbrink, C-367/05, EU:C:2007:444, t. 26.). Također valja istaknuti da je pojam „istog kaznenog djela“ koji se nalazi i u Okvornoj odluci 2002/584/PUP o Europskom uhidbenom nalogu Sud protumačio kao autonomni pojam prava Unije (vidjeti presudu Mantello, EU:C:2010:683, t. 38.).

62 — U tom pogledu ističem terminološku nedosljednost u verziji na francuskom jeziku između naslova članka 50. Povelje, koji govori o „droit de ne pas être jugé ou puni pénalement“, i teksta tog članka, prema kojem „nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement“.

63 — Vidjeti osobito ESLJP, Nikitine protiv Rusije, 20. srpnja 2004., br. 50178/99, § 37.; Horciag protiv Rumunjske, 15. ožujka 2005., br. 70982/01; Muslija protiv Bosne i Hercegovine, 14. siječnja 2014., br. 32042/11 te Zigarella protiv Italije, 3. listopada 2002., br. 48154/99.

60. K tome, iz nedavno donesene presude u predmetu Muslija protiv Bosne i Hercegovine proizlazi da članak 4. Protokola br. 7 zabranjuje nastavak usporednih postupaka nakon što je jedan od njih pravomoćno zaključen. *U takvom slučaju moraju se okončati drugi postupci*⁶⁴.

4. Članak 50. Povelje i njegov odnos s člankom 4. Protokola br. 7

61. Kao što sam to već istaknuo, tekst članka 50. Povelje istovjetan je tekstu članka 4. Protokola br. 7, uz jedinu razliku u pogledu teritorijalne primjene načela *ne bis in idem*, koje u slučaju Povelje obuhvaća cijelu Uniju⁶⁵, dok članak 4. Protokola br. 7 obuhvaća područje jedne države.

62. Nedvojbeno je da Povelju treba tumačiti u skladu s odgovarajućim odredbama EKLJP-a. Postavlja se, međutim, pitanje mjerodavnosti takvog pristupa kada odredba EKLJP-a ne obvezuje sve države članice. U tom su pogledu već iznesena različita stajališta o tome treba li pri tumačenju načela *ne bis in idem* u potpunosti uvažiti sudsku praksu Europskog suda za ljudska prava⁶⁶.

63. Mišljenja sam da to što pojedine države članice nisu ratificirale Protokol br. 7 ne može utjecati na tumačenje članka 50. Povelje jer ta okolnost ne može izmijeniti opseg primjene navedene odredbe. Suprotno tumačenje značilo bi priznati državama članicama ovlast da jednostrano tumače sadržaj sustava temeljnih prava Unije. Takva se mogućnost mora isključiti u svjetlu načela autonomnosti prava Unije i, s tim u vezi, zadaće Suda da osigura njegovo dosljedno tumačenje.

64. Slijedom navedenog, valja pristupiti dosljednom tumačenju članka 50., u vezi s člankom 4. Protokola br. 7, polazeći od istovjetnosti smisla tih dviju odredaba s obzirom na potpuno jednake izraze koje sadrže.

5. Ulazi li uvjet izvršenja kazne iz članka 54. CISA-e u sukob s člankom 50. Povelje?

65. Imajući u vidu složenost predmetne problematike, predlažem sljedeću analizu odnosa između članka 54. CISA-e i članka 50. Povelje. Prije svega, namjeravam se zapitati o mogućoj međusobnoj nesukladnosti tih odredaba. Potom, ako se takva nesukladnost ne može utvrditi, predlažem da se ustanovi je li riječ o zadiranju u ostvarivanje temeljnog prava da se ne bude ponovno suđen ili kažnjen za isto kazneno djelo. U tom okviru valjat će ispitati je li uvjet izvršenja kazne iz članka 54. CISA-e prikladan za takvo zadiranje. Naposljetku će biti potrebno ispitati uvjete iz članka 52. Povelje, osobito obuhvaćajući uvjet poštovanja biti temeljnog prava o kojem je riječ te ispitivanje proporcionalnosti zadiranja koje proizlazi iz članka 54. CISA-e, s obzirom na članak 50. Povelje.

66. Nedvojbeno je da uvjet izvršenja kazne predviđen u članku 54. CISA-e podvrgava primjenu načela *ne bis in idem* dodatnim uvjetima kojih nema u članku 50. Povelje i koji ne odgovaraju odstupanjima koja prihvaća članak 4. stavak 2. Protokola br. 7.

67. K tome, čini mi se da primjena tog uvjeta dovodi do rezultata koji nije materijalno sukladan gore navedenoj sudskoj praksi Europskog suda za ljudska prava, koja je, međutim, i dalje primjenjiva i ograničena samo na unutarne situacije jedne države. Naime, uvjet izvršenja kazne predviđen u članku 54. CISA-e kao takav ne sprečava da se započne ili nastavi kazneni progon zbog istog djela čak i kada je kaznena presuda u drugoj državi članici postala pravomoćna.

64 — “Thus the two proceedings were conducted concurrently. At the time the minor-offences conviction became final and required the force of res iudicata, the criminal proceedings were pending before the first-instance court. In these circumstances, the Court considers that the Municipal Court should have terminated the criminal proceedings following the delivery of a ‘final’ decision in the first proceedings”, (gore navedena presuda Muslija protiv Bosne i Hercegovine, § 37.).

65 — Sukladno objašnjenjima članka 52. Povelje, članak 50. odgovara članku 4. Protokola br. 7, ali je njegov opseg primjene na razini Unije proširen između država članica.

66 — Vidjeti mišljenje nezavisne odvjetnice Kokott u predmetu Bonda (C-489/10, EU:C:2011:845, t. 43.) i mišljenje nezavisnog odvjetnika Cruza Villalóna u predmetu Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2012:340, t. 109.).

68. Međutim, hipoteza o nesukladnosti s EKLJP-om koju je podržao samo zastupnik Z. Spasica zamisliva je u četirima situacijama koje su obuhvaćene izrazom „u Uniji“ iz članka 50. Povelje. Riječ je o sljedećim situacijama: dvostrukom kaznenom progonu koji provode nadležna tijela Unije, dvostrukom kaznenom progonu koji provode nadležna nacionalna tijela i nadležna tijela Unije, dvostrukom kaznenom progonu na nacionalnoj razini i dvostrukom prekograničnom progonu. Imajući u vidu da su samo posljednja dva slučaja relevantna u području suradnje u kaznenim stvarima kakva postoji prema trenutačnom stanju prava Unije, raspravu valja ograničiti na te slučajeve.

69. Mišljenja sam da osobito visok stupanj zaštite podijeljen člankom 4. Protokola br. 7, prema kojem nije moguće biti ponovno gonjen za isto djelo, te razvoj prostora slobode, sigurnosti i pravde u kojem se prekogranično izvršenje provodi putem instrumenata prava Unije o uzajamnom priznavanju navode na strogu primjenu članka 50. Povelje. Iz toga na prvi pogled proizlazi nesukladnost uvjeta izvršenja kazne predviđenog u članku 54. CISA-e s Poveljom.

70. Takav bi zaključak, međutim, mogao biti proturječan objašnjenjima koja se odnose na Povelju, a koja u pogledu primjene načela *ne bis in idem*, čini se, uspostavljaju razliku između nacionalnih i prekograničnih situacija.

71. Naime, prema navedenim objašnjenjima, „[u] pogledu situacija iz članka 4. Protokola [br.] 7, [to jest] primjen[e] načela unutar iste države članice, zajamčeno pravo ima jednako značenje i opseg primjene kao i odgovarajuće pravo u EKLJP-u“. Članak 50., prema tome, odgovara članku 4. Protokola br. 7, ali je „njegov opseg primjene proširen na razinu Europske unije između sudova država članica“. Navedeno, čini se, podrazumijeva da u prekograničnim situacijama smisao i opseg primjene članka 50. Povelje mogu odstupati od EKLJP-a. Međutim, izgleda da su autori objašnjenja ponajprije smatrali da pravna stečevina Unije koja se u njima navodi ograničava ostvarivanje temeljnog prava iz članka 50. Povelje, u skladu s njezinim člankom 52. stavkom 1.

72. K tome, nedovoljno precizan tekst članka 50. Povelje ne omogućuje izvođenje jednoznačnih i dosljednih zaključaka u različitim situacijama u kojima se navedeno načelo može primijeniti, kako izvan područja klasičnog kaznenog prava tako i unutar njega, kao što je slučaj s manje jasnim situacijama poput one u ovom predmetu.

73. Zbog svih tih razloga mislim da Sud ne može uvjet izvršenja kazne kao takav proglasiti nesukladnim s Poveljom.

6. Čini li uvjet izvršenja kazne ograničenje ili odstupanje u smislu članka 52. stavka 1. Povelje?

– Postojanje zadiranja koje čini povredu temeljnog prava

74. Ako prihvatimo gore izloženo tumačenje objašnjenja koja se odnose na Povelju, čini mi se nemogućim zanijekati postojanje bilo kakvog sukoba između uvjeta izvršenja kazne i članka 50. Povelje. Ograničenje temeljnog prava ili odstupanje od njega može se zamisliti samo ako pravilo o kojemu je riječ zadire u to temeljno pravo⁶⁷.

67 — Vidjeti noviju presudu Digital Rights Ireland (C-293/12 i C-594/12, EU:C:2014:238, t. 32. i prateće točke).

75. Pozivajući se na sudsku praksu njemačkih visokih sudova⁶⁸ te u svjetlu objašnjenja Povelje u njihovoj ažuriranoj verziji iz 2007.⁶⁹, sud koji je podnio zahtjev ističe da je članak 54. CISA-e ograničavajuća odredba u smislu članka 52. stavka 1. Povelje. Prema sudu koji je uputio zahtjev, izraz „[i]zuzetno ograničene iznimke u navedenim konvencijama koje državama članicama dopuštaju odstupanje od pravila *ne bis in idem*“ iz navedenih objašnjenja odnosi se na konvencije⁷⁰ koje sadržavaju načelo *ne bis in idem* sastavljeno prema modelu iz CISA-e ili na njihove odredbe o odstupanjima, uključujući i članke 54. do 58. CISA-e.

76. Točno je da, sukladno članku 6. stavku 1. podstavku 3. UFEU-a i članku 52. stavku 7. Povelje⁷¹, Sud mora na odgovarajući način razmotriti ta objašnjenja. To *a contrario* podrazumijeva da ona ne obvezuju Sud pri tumačenju Povelje. Nadalje, mišljenja sam da u slučajevima u kojima navedena objašnjenja upućuju na pravnu stečevinu Unije u dijelu koji se odnosi na sekundarno pravo nije isključena mogućnost osporavanja sukladnosti te stečevine s Poveljom, uzimajući u obzir razvoj sudske prakse Europskog suda za ljudska prava i Suda te razvoj prava Unije.

77. Ne želeći time zauzeti stav o pitanju položaja članka 55. do 58. CISA-e u odnosu na članak 52. stavak 1. Povelje, čini mi se da se nekima od tih odredaba jasno ograničava temeljno pravo uspostavljeno načelom *ne bis in idem*.

78. Suprotno tome, takvo je svojstvo manje jasno u pogledu članka 54. CISA-e. Naime, uvjet izvršenja kazne predviđen navedenom odredbom ima za cilj odrediti ili precizirati područje primjene pravila *ne bis in idem* u prekograničnom okviru, a ne uvesti ograničenje za navedeno pravilo ili odstupanje od njega. Točno je da je Komisija u svojem pisanom očitovanju ocijenila uvjet izvršenja kazne kao uvjet za primjenu članka 54. CISA-e, a ne kao njegovu iznimku. Ta unutarnja ocjena odredbe CISA-e ne utječe na pitanje odnosa između njezina članka 54. uzetog u cijelosti i članka 50. Povelje, u svjetlu članka 52. potonje.

79. U tom pogledu valja postaviti pitanje ovisi li svojstvo ograničenja kao takvog o subjektivnoj ili objektivnoj ocjeni.

80. U prvom slučaju pravilo čini ograničenje u smislu članka 52. stavka 1. Povelje samo ako je doneseno kao takvo. Navedeno zahtijeva da je zakonodavac pravilo donio radi ograničavanja temeljnog prava o kojemu je riječ te da je prilikom njegova donošenja vodio računa o proporcionalnosti u smislu druge rečenice navedenog članka, što bi uvjet izvršenja kazne predviđen u članku 54. CISA-e moglo isključiti iz područja primjene članka 52.

81. Smatram, međutim, da ograničenje navedeno u članku 52. stavku 1. Povelje treba shvaćati kao objektivni pojam. Tako bi svaka odredba prava Unije ili nacionalnog prava kojom se primjenjuje pravo Unije koja bi pravno ili činjenično mogla ograničiti ostvarivanje prava i sloboda utvrđenih Poveljom mogla biti predmet ocjene sukladnosti s Poveljom i, prema tome, prikladnosti da čini ograničenje u smislu članka 52. Povelje. K tome, nadzor sukladnosti odredaba prava Unije s temeljnim pravima utvrđenima u Povelji, koja je postala pravno obvezujuća tek 2009., obvezan je u odnosu na prije donesene odredbe⁷².

82. Slijedom navedenog, primjena uvjeta izvršenja kazne predviđenog u članku 54. CISA-e može činiti ograničenje temeljnog prava određenog u članku 50. Povelje u smislu njezina članka 52. stavka 1.

68 — Bundesgerichtshof i Bundesverfassungsgericht

69 — SL 2007, C 303, str. 17. Nije, međutim, bilo nikakvih izmjena u odnosu na članak 50. Povelje.

70 — Vidjeti bilj. br. 10.

71 — Vidjeti presudu Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, t. 20.).

72 — Među primjerima ocjene u svjetlu Povelje mjera sekundarnog prava usvojenih prije stupanja na snagu Ugovora iz Lisabona vidjeti presude Association belge des Consommateurs Test-Achats i dr. (C-236/09, EU:C:2011:100); Volker und Markus Schecke i Eifert (C-92/09 i C-93/09, EU:C:2010:662) i Digital Rights Ireland (EU:C:2014:238).

– Opravdanost zadiranja s obzirom na uvjete iz članka 52. stavka 1. Povelje

83. Prije svega valja podsjetiti da Sud, uz određene iznimke⁷³, priznaje da temeljna prava nisu apsolutni zahtjevi, nego ih je moguće ograničiti uz uvjet da to doista odgovara ciljevima od općeg interesa koje slijedi predmetna mjera i da, s obzirom na željeni cilj, to ne predstavlja prekomjerno i neprihvatljivo uplitanje kojim se nanosi šteta samoj biti tako zajamčenih prava⁷⁴. Sud stoga u svojoj sudskoj praksi nastoji postići primjerenu ravnotežu između, s jedne strane, različitih prava i interesa i, s druge strane, temeljnih prava i ekonomskih sloboda⁷⁵, pri čemu uzima u obzir i ciljeve koji se žele postići ograničavanjem temeljnog prava⁷⁶.

84. Europski sud za ljudska prava primjenjuje sličan pristup⁷⁷, prihvaćajući da su određena prava podložna ograničavanju pod uvjetom da primijenjena ograničenja ne utječu na samu bit prava. K tome, takva su ograničenja u skladu s predmetnom odredbom EKLJP-a samo ako slijede legitiman cilj i ako postoji razuman odnos proporcionalnosti između primijenjenih sredstava i cilja koji se želi ostvariti⁷⁸. Osobito kada je riječ o utvrđivanju zadiranja u odnosu na slobode definirane EKLJP-om, utvrđenje o zadiranju ne uključuje povredu Konvencije, nego je potrebno ispitati ispunjava li takvo zadiranje uvjet formalne zakonitosti (predviđeno je zakonom), uvjet materijalne zakonitosti (slijedi legitimne ciljeve u odnosu na predmetnu odredbu) te uvjet nužnosti u demokratskom društvu⁷⁹.

85. Podsjećam da se prvom rečenicom članka 52. stavka 1. Povelje dopuštaju ograničenja temeljnih prava utvrđenih Poveljom pod uvjetom da su predviđena zakonom i da poštuju bit prava i sloboda o kojima je riječ. Drugom rečenicom navedenog članka ta se ograničenja podvrgavaju kriteriju proporcionalnosti⁸⁰.

86. Nema sumnje da u predmetnom slučaju uvjet izvršenja kazne zadovoljava kriterij prema kojem mora biti predviđen zakonom.

87. Što se tiče *poštovanja biti* temeljnog prava o kojemu je riječ, smatram, iako ne bez oklijevanja, da uvjet izvršenja kazne zadovoljava i taj kriterij.

88. U slučaju načela *ne bis in idem* doista je teško utvrditi njegovu bit. Čini se, međutim, da je praćenjem razvoja međunarodne i nacionalne zaštite tog temeljnog prava moguće odrediti njegovu „čvrstu jezgru“. Bit tog temeljnog prava mogla bi se shvatiti tako da uključuje (i) zabranu kaznenog progona nakon objave pravomoćne presude (ii) klasične kaznenopravne naravi (iii) kojeg započinja nadležna tijela iste države (iv) ako je riječ o istovjetnim činjenicama (v) koje su jednako pravno kvalificirane s obzirom na dobro zaštićeno mjerodavnim nacionalnim pravom, (vi) osim ako je u prvom postupku počinjena teška povreda ili (vii) postoje novi dokazi. To temeljno pravo nije, međutim, primjenjivo na osobito teška kaznena djela poput genocida.

73 — Vidjeti u tom smislu presudu Schmidberger (C-112/00, EU:C:2003:333, t. 80.) u vezi s pravom na život i zabranom mučenja te nečovječnog i ponižavajućeg postupanja ili kazne.

74 — Vidjeti presude Wachauf (5/88, EU:C:1989:321, t. 18.); Dokter i dr. (C-28/05, EU:C:2006:408, t. 75. i navedenu sudsku praksu) te G. i R. (C-383/13 PPU, EU:C:2013:533, t. 33.).

75 — Vidjeti, među mnogim drugima, presude Promusicae (C-275/06, EU:C:2008:54); Scarlet Extended (C-70/10, EU:C:2011:771); Bonnier Audio i dr. (C-461/10, EU:C:2012:219); Trade Agency (C-619/10, EU:C:2012:531); Deutsches Weintor (C-544/10, EU:C:2012:526); Schmidberger (EU:C:2003:333) i Komisija/Njemačka (C-271/08, EU:C:2010:426).

76 — Presude Volker und Markus Schecke i Eifert (EU:C:2010:662, t. 67. do 71.) i Schwarz (C-291/12, EU:C:2013:670, t. 36. do 38.)

77 — Tri vrste prava u smislu EKLJP-a mogu se izričito ograničiti: prava iz članka 15. EKLJP-a i prava apsolutne naravi, kao u slučaju prava iz članka 3. EKLJP-a. Vidjeti Peers, S., Prechal, S., *The EU Charter of Fundamental Rights, A Commentary*, Hart Publishing 2014., str. 1462.

78 — O pravu pristupa sudovima vidjeti presudu ESLJP-a Fogarty protiv Ujedinjenog Kraljevstva, 21. studenoga 2001., br. 37112/97.

79 — Klasičan primjer vidljiv je u presudi ESLJP-a Silver protiv Ujedinjenog Kraljevstva, 25. ožujka 1983., br. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75 i 7136/75

80 — 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.

89. Zadiranje se, prema tome, može prihvatiti izvan područja klasičnog kaznenog prava u slučajevima idealnog stjecaja povreda te u prekograničnim situacijama. Posljednji slučaj osobito je onaj iz članka 54. CISA-e koji zabranjuje nove kaznene progone za isto djelo samo ako je osoba o kojoj je riječ već osuđena pravomoćnom presudom u drugoj državi članici. Upravo je takav slučaj Z. Spasica.

90. Slijedom navedenog, predlažem da se utvrdi da se člankom 54. CISA-e, koji odražava načelo *ne bis in idem* u prekograničnom okviru, poštuje bit tog načela kao temeljnog prava.

– Opravdanost s osnove testa proporcionalnosti

91. U tim uvjetima potrebno je ispitati proporcionalnost utvrđenog zadiranja. U tom pogledu valja podsjetiti da načelo proporcionalnosti zahtijeva, prema ustaljenoj sudskoj praksi Suda, da su akti institucija Unije prikladni za ostvarivanje legitimnih ciljeva koji se njima žele postići i da ne prelaze ono što je prikladno i nužno za ostvarivanje tih ciljeva⁸¹.

92. Što se tiče *cilja u općem interesu* koji je u temelju ograničenja o kojemu je riječ u predmetnom slučaju, temeljno pravo iz članka 50. Povelje da se ne bude ponovno kazнено gonjen ili kažnjen za isto kazнено djelo ograničeno je člankom 54. CISA-e u ime cilja koji je prihvatila Unija, a koji se sastoji u tome da se izbjegne nekažnjavanje u kontekstu uspostavljanja prostora slobode, sigurnosti i pravde bez unutarnjih granica u smislu članka 3. stavka 2. UFEU-a, na kojem je osigurano slobodno kretanje osoba.

93. Što se tiče pitanja je li primjena uvjeta izvršenja kazne *prikladna* za ostvarenje cilja koji se sastoji u sprečavanju nekažnjavanja, prije svega se valja zapitati je li opravdano to što su nadležna njemačka tijela izvršavala nadležnost za kazneni progon Z. Spasica nakon što ga je pravomoćnom presudom osudio Tribunale di Milano. U tom pogledu čine mi se mogućima dvije hipoteze.

94. Ako je povod za kazneni progon bila želja da se Z. Spasicu izrekne druga kazna koja će biti teža od one izrečene u presudi Tribunale di Milano od 18. lipnja 2012. koja je bila smanjena nakon optuženikove nagodbe s državnim odvjetništvom, s ciljem da se žrtvi koja je njemački državljanin osigura snažnija zaštita, treba ustvrditi da pravo Unije primjenu načela *ne bis in idem* ne uvjetuje usklađivanjem ili približavanjem kaznenih zakonodavstava država članica. Stoga se zahtijeva da postoji uzajamno povjerenje između država članica u pogledu njihovih kaznenopravnih sustava i to da svaka država članica prihvati primjenu kaznenog prava koje je na snazi u drugim državama članicama, čak i ako bi primjena vlastitog nacionalnog prava vodila k drukčijem rješenju⁸². U svjetlu načela proporcionalnosti taj povod, prema tome, ne bi bio prihvatljiv kao opravdanje za uvjet izvršenja kazne.

95. Ako je, suprotno tomu, povod za primjenu uvjeta izvršenja kazne predviđenog u članku 54. CISA-e bio strah da će Z. Spasic, ako ne bude kazнено gonjen u Njemačkoj, ostati nekažnjen za kazнено djelo koje je počinio u Milanu, zadiranje u temeljno pravo iz članka 50. Povelje u načelu je prikladno za ostvarivanje cilja koji se sastoji u sprečavanju nekažnjavanja.

96. Posljednja hipoteza, međutim, također dovodi u sumnju zahtjev za uzajamnim povjerenjem između država članica u pogledu njihovih kaznenopravnih sustava. U tom pogledu primjećujem da je 5. siječnja 2013. državno odvjetništvo pri Tribunale di Milano donijelo odluku kojom nalaže osuđenikovo zatvaranje radi odsluženja zatvorske kazne u Italiji⁸³. Talijanska Republika, međutim, u tu svrhu još nije izdala europski uhidbeni nalog.

81 — Vidjeti u tom smislu presude Afton Chemical (C-343/09, EU:C:2010:419, t. 45.); Volker und Markus Schecke i Eifert (EU:C:2010:662, t. 74.); Nelson i dr. (C-581/10 i C-629/10, EU:C:2012:657, t. 71.); Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28, t. 50.); Schaible (C-101/12, EU:C:2013:661, t. 29.) i Digital Rights (EU:C:2014:23, t. 46.).

82 — Vidjeti u tom smislu presude Gözütok i Brügge (EU:C:2003:87, t. 33.); Van Esbroeck (EU:C:2006:165, t. 28. do 30., 35., 36., 38. i 42.) i Bourquain (C-297/07, EU:C:2008:708, t. 35., 37. i 40.).

83 — Revoca di Decreto di Sospensione di ordine di esecuzione per la carcerazione ex art. 656 c. 8 cpp.

97. Navedeno me vodi prema ispitivanju nužnosti primjene uvjeta izvršenja kazne, u smislu članka 52. stavka 1. Povelje.

98. Prema mojem mišljenju, imperativ koji se sastoji u sprečavanju nekažnjavanja ne zahtijeva opću primjenu uvjeta izvršenja kazne kako ga predviđa članak 54. CISA-e jer se kriterij nužnosti prema trenutačnom stanju prava Unije i dalje ne može smatrati sustavno zadovoljenim.

99. Naime, pitanje koje postavlja Komisija u gore navedenoj Zelenoj knjizi u pogledu opravdanosti uvjeta izvršenja kazne u kontekstu prekograničnog izvršenja zasnovanog na instrumentima koji se temelje na uzajamnom priznavanju⁸⁴ doista je sve više relevantno.

100. U ovom trenutku pravo Unije nudi instrumente sekundarnog prava koji su manje nametljivi⁸⁵, a državama članicama omogućavaju izvršenje kaznenopravnih sankcija u slučajevima u kojima se osuđenik nalazi u drugoj državi članici te razmjenu informacija o tim sankcijama⁸⁶. K tome, više akata sekundarnog prava u području suradnje u kaznenim stvarima poziva se na načelo *ne bis in idem* kojemu nije pridružen uvjet izvršenja kazne⁸⁷.

101. U tom kontekstu sustavno izlaganje već pravomoćno osuđenih osoba u kaznenom postupku riziku novog kaznenog progona u drugoj državi članici prelazi granice onoga što je prikladno i nužno za ostvarivanje željenog cilja.

102. K tome, u potpunosti prihvaćajući da je načelo prema kojem „svaka kazna treba biti izvršena“ element vladavine prava⁸⁸, smatram da države članice raspolazu diskrecijskim pravom u pogledu mjera koje treba poduzeti kako bi se izvršile presude nacionalnih sudova. U slučajevima koji ulaze u područje primjene članka 54. CISA-e moguće je da prva država članica još ne želi ili ne može izvršiti presudu, primjerice kada nacionalno zakonodavstvo zahtijeva poseban postupak za određivanje *in concreto* načina izvršenja zbog nedostatnih kapaciteta zatvorskih ustanova, zbog toga što dotična osoba izvršava

84 — *Zelena knjiga o sporovima o nadležnosti i načelu ne bis in idem u kaznenim postupcima*

85 — Vidjeti Okvirnu odluku 2008/909 o primjeni načela uzajamnog priznavanja presuda u kaznenim predmetima, Okvirnu odluku Vijeća 2008/675/PUP od 24. srpnja 2008. o poštovanju presuda između država članica Europske unije u novom kaznenom postupku (SL L 220 str. 32.), povezane instrumente poput Akta Vijeća od 29. svibnja 2000. o sastavljanju, sukladno članku 34. Ugovora o Europskoj uniji, Konvencije o uzajamnoj pravnoj pomoći u kaznenim stvarima između država članica Europske unije (SL C 197, str. 1.) i Okvirnu odluku Vijeća 2009/315/PUP od 26. veljače 2009. o organizaciji i sadržaju razmjene informacija iz kaznene evidencije između država članica (SL L 93, str. 23.).

86 — Odluka Vijeća 2009/316/PUP od 6. travnja 2009. o uspostavi Europskog informacijskog sustava kaznene evidencije (ECRIS) na temelju članka 11. Okvirne odluke 2009/315/PUP (SL L 93, str. 33.).

87 — Vidjeti članak 1. Okvirne odluke Vijeća 2009/948/PUP od 30. studenoga 2009. o sprečavanju i rješavanju sporova o izvršavanju nadležnosti u kaznenim postupcima (SL L 328, str. 42.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 6., str. 250.), članke 4. i 7. Okvirne odluke Vijeća 2005/214/PUP od 24. veljače 2005. o primjeni načela uzajamnog priznavanja na novčane kazne (SL L 76, str. 16.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 11., str. 69.), članak 7. stavak 1. točku (c) Okvirne odluke Vijeća 2003/577/PUP od 22. srpnja 2003. o izvršavanju odluka o zamrzavanju imovine i osiguranju dokaza u Europskoj uniji (SL L 196, str. 45.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 8., str. 59.), članak 8. stavak 2. točku (a) Okvirne odluke Vijeća 2006/783/PUP od 6. listopada 2006. o primjeni načela međusobnog priznavanja naloga za oduzimanje (SL L 328, str. 59.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 7., str. 54.), članak 9. stavak 1. točku (c) Okvirne odluke 2008/909 i članak 11. stavak 1. točku (c) Okvirne odluke Vijeća 2008/947/PUP od 27. studenoga 2008. o primjeni načela uzajamnog priznavanja presuda i uvjetnih odluka s ciljem nadzora uvjetnih mjera i alternativnih sankcija (SL L 337, str. 102.). Vidjeti također izmjene i dopune sadržane u Okvirnoj odluci Vijeća 2009/299/PUP od 26. veljače 2009. o izmjenama i dopunama okvirnih odluka 2002/584/PUP, 2005/214/PUP, 2006/783/PUP, 2008/909/PUP i 2008/947/PUP radi jačanja postupovnih prava osoba i promicanja primjene načela uzajamnog priznavanja odluka donesenih povodom suđenja u odsutnosti (SL L 81, str. 24.).

88 — Kako je to izrazio Cesare Beccaria, „izvjesnost kazne, makar i umjerene, uvijek će stvoriti snažniji dojam od straha od užasne kazne ako je taj strah pomiješan s nadom u nekažnjavanje“, *Des délits et des peines*, Livorno, 1764.

drugu kaznu u drugoj državi članici ili zbog pojedinačne nagodbe koja uključuje odgodu izvršenja iz obiteljskih razloga ili razloga koji se odnose na osuđenikovo zdravlje. Pravo Unije ne može, dakle, nametnuti državi članici, primjerice, obvezu izdavanja europskog uhidbenog naloga radi sprečavanja nekažnjavanja⁸⁹.

103. Zbog svih tih razloga, opća primjena uvjeta izvršenja kazne ne zadovoljava kriterij proporcionalnosti i ne može se smatrati opravdanim zadiranjem u pravo da se ne bude ponovno kazneno gonjen ili suđen u smislu članka 52. Povelje.

104. U tom pogledu treba ustvrditi da su, sukladno sudskoj praksi, države članice obvezne ne samo tumačiti nego i primjenjivati akt sekundarnog prava na način sukladan temeljnim pravima⁹⁰. Ta obveza može podrazumijevati i dužnost da se akt o kojem je riječ ne primijeni u svim slučajevima koji proizlaze iz njegova teksta⁹¹.

105. Doista, prema trenutačnom stanju prava Unije, i dalje postoji ograničen broj slučajeva u kojima se primjena uvjeta izvršenja kazne iz članka 54. CISA-e treba smatrati nužnom za ostvarivanje željenog cilja.

106. Takav je, kao prvo, slučaj koji pripada području primjene članka 4. stavka 2. Protokola br. 7, kako ga tumači Europski sud za ljudska prava. Čini mi se očitim da odstupanje koje je sukladno EKLJP-u primjenjivo na nacionalne situacije može biti primijenjeno u prekograničnim slučajevima koji se na temelju Povelje pridružuju području primjene temeljnog prava *ne bis in idem*.

107. Kao drugo, prema mojem mišljenju, kaznena djela počinitelje kojih su države obvezne kažnjavati na temelju općeg međunarodnog prava, poput zločina protiv čovječnosti, genocida i ratnih zločina, trebala bi se ponovno kazneno goniti ako bi načelo *ne bis in idem* dovelo do njihova nekažnjavanja⁹². Odluka Vijeća o istrazi i progonu počinitelja genocida, zločina protiv čovječnosti i ratnih zločina također odražava potrebu za strogim pristupom u tom pogledu⁹³.

108. Kao treće, da bi se izbjeglo nekažnjavanje, novi sudski postupci i nova kazna također su nužni u slučaju postojanja trajne zapreke uzajamnoj pravnoj pomoći u području izvršenja odluka. Navedeno odgovara situaciji u kojoj, bez obzira na to jesu li primijenjeni manje nametljivi instrumenti kojima raspoložu nadležna tijela dviju zainteresiranih država članica, postoji opasnost neostvarivanja Unijina cilja koji se sastoji u sprečavanju nekažnjavanja.

89 — U tom pogledu ističem instrumente iz Okvirne odluke 2008/909, Okvirne odluke Vijeća 2009/829/PUP od 23. listopada 2009. o primjeni načela uzajamnog priznavanja odluka o mjerama nadzora među državama članicama Europske unije kao alternative privremenom pritvoru (SL L 294, str. 20.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 6., str. 226.) i Okvirne odluke 2008/947/PUP od 27. studenoga 2008. o primjeni načela uzajamnog priznavanja presuda i uvjetnih odluka s ciljem nadzora uvjetnih mjera i alternativnih sankcija (SL L 337, str. 102.).

90 — Vidjeti u tom smislu presudu N. S. i dr. (C-411/10 i C-493/10, EU:C:2011:865, t. 77. i 99.).

91 — Presuda N. S. i dr. (EU:C:2011:865, t. 105. i 106.)

92 — U tom pogledu u pravnoj teoriji van Bockel (op. cit., str. 235.) podržava potrebu za postojanjem mogućnosti primjene uvjeta izvršenja kazne predviđenog u članku 54. CISA-e na slučajeve ratnih zločinaca osuđenih u odsutnosti, kada izrečene kazne nisu ni na koji način izvršene.

93 — Odluka Vijeća 2003/335/PUP od 8. svibnja 2003. o istrazi i progonu počinitelja genocida, zločina protiv čovječnosti i ratnih zločina (SL L 118, str. 12.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 3., str. 136.)

109. K tome, Komisija s pravom podsjeća na obveze propisane člancima 10. do 12. Okvirne odluke 2009/948, prema kojima su nadležna tijela dviju zainteresiranih država članica koja istodobno ustraju na nadležnosti za pokretanje kaznenih postupaka obvezna pokrenuti izravna savjetovanja s ciljem izbjegavanja štetnih posljedica usporednih postupaka. Točno je da ta obveza formalno prestaje nakon donošenja pravomoćne presude u jednoj ili drugoj državi članici. Smatram, međutim, da članak 57. stavak 1. CISA-e protumačen u skladu s načelom lojalnosti i u duhu zaštite temeljnih prava može biti izvor takve obveze⁹⁴.

110. S obzirom na sve prethodno navedeno, predlažem Sudu da na prvo prethodno pitanje odgovori na način da prema trenutačnom stanju prava Unije primjena uvjeta izvršenja kazne predviđenog u članku 54. CISA-e predstavlja, u smislu članka 52. Povelje, proporcionalno i stoga opravdano zadiranje u temeljno pravo iz njezina članka 50. da se ne bude dva puta gonjen ili kažnjen za isto kazneno djelo, u slučajevima koji ulaze u područje primjene članka 4. stavka 2. Protokola br. 7, ako su države članice obvezne na temelju međunarodnog prava kažnjavati određena djela te ako su mjere koje su primjenjive na temelju prava Unije nedostatne da bi se spriječilo nekažnjavanje. Na nacionalnom je sudu da utvrdi je li u predmetnom slučaju ispunjen taj uvjet.

C – Drugo pitanje: tumačenje uvjeta izvršenja kazne u smislu članka 54. CISA-e

111. Svojim drugim pitanjem sud koji je uputio zahtjev u biti pita treba li u smislu članka 54. CISA-e smatrati da je kazna koju je izrekao sud jedne države ugovornice „izvršena“ ili je „trenutačno u postupku izvršenja“ ili se „više ne može izvršiti“ kada je optuženik sukladno pravu države ugovornice osuđen na kaznu koja se sastoji od dvaju elemenata, to jest od zatvorske i novčane kazne, od kojih je samo potonja izvršena.

112. S obzirom na to da je izvršio plaćanje novčane kazne u iznosu od 800 eura, Z. Spasic ističe da nakon takvog djelomičnog izvršenja treba smatrati da je kazna „izvršena“ odnosno „trenutačno u postupku izvršenja“ u smislu članka 54. CISA-e. Napominjem da Komisija u svojem očitovanju dijeli takav stav, uzimajući u obzir djelomično izvršenje kazne te činjenicu da je optuženikov pritvor u drugoj državi članici u praksi objektivno onemogućio neposredno izvršenje drugog elementa kazne. Stoga se, prema Komisijinu mišljenju, nije nametala potreba za drugim kaznenim postupkom radi sprečavanja nekažnjavanja.

113. U pogledu naravi presude koju je donio Tribunale di Milano napominjem da iz spisa predmeta proizlazi da je navedena presuda donesena „u odsutnosti“ optuženika. Doista, talijanski sud jasno ističe da se tijekom postupka Z. Spasic nalazio u zatvoru u Austriji. K tome, iz navedene presude također proizlazi da je optuženik sklopio nagodbu s državnim odvjetništvom radi smanjenja kazne na temelju članka 444. talijanskog Kaznenog zakona. Navedeno ne predstavlja klasičan primjer presude zbog ogluhe. Članak 54. CISA-e čini mi se, međutim, potpuno primjenjivim na predmetni slučaj jer je jedini prethodni uvjet za primjenu te odredbe to da je u državi ugovornici donesena pravomoćna presuda⁹⁵.

94 — Kriterij „ako smatraju potrebnim“ iz navedene odredbe obuhvaća, prema mojem mišljenju, situacije u kojima nadležna tijela države članice B već posjeduju relevantne informacije koje potvrđuju da je osoba koja se kazneno goni već pravomoćno osuđena u drugoj državi članici za isto kazneno djelo. Bilo bi cinično dopustiti tim tijelima mogućnost da ne zatraže relevantne informacije iako „opravdano smatraju da se optužba odnosi na ista djela za koja je sudski postupak već pravomoćno okončan“ u drugoj državi članici.

95 — Presuda Bourquain (EU:C:2008:708, t. 37.)

114. Nadalje podsjećam da načelo *ne bis in idem* navedeno u članku 54. CISA-e ima dvije temeljne svrhe. S jedne strane, nije riječ o pukom postupovnom pravilu nego o temeljnom jamstvu za građane u pravnim sustavima utemeljenima na priznavanju ukupnosti prava i sloboda koje pojedinac uživa pred djelovanjem javnih tijela. Navedena odredba predstavlja, dakle, ograničenje pri izvršavanju ovlasti progona i sankcioniranja kažnjivih djela⁹⁶. S druge strane, ona služi tomu da zajamči pravnu sigurnost poštovanjem pravomoćnih odluka javnih tijela u uvjetima u kojima nije došlo do usklađivanja ili približavanja kaznenih zakonodavstava država članica⁹⁷.

115. Problem izostanka usklađenosti čini mi se važnim pri davanju odgovara na ovo pitanje, imajući u vidu različitost sustava kažnjavanja u nacionalnim pravima. Prema tome, pri tumačenju članka 54. CISA-e u svakom slučaju treba imati u vidu vrstu izrečene kazne i osobitosti sustava kažnjavanja države članice u kojoj je ona izrečena⁹⁸.

116. U predmetnom je slučaju riječ o osudi za jedno kazneno djelo. Na temelju članka 640. talijanskog Kaznenog zakona talijanski sud izriče dvije kazne koje se u talijanskom kaznenom pravu smatraju „glavnim kaznama“, zatvorsku i novčanu⁹⁹. Kako je to tijekom rasprave potvrdio agent talijanske vlade, u smislu talijanskog prava nije, prema tome, riječ o jednoj glavnoj i jednoj sporednoj kazni.

117. Što se tiče triju oblika uvjeta izvršenja kazne u smislu članka 54. CISA-e, valja ustvrditi sljedeće.

118. Kao prvo, što se tiče uvjeta „izvršene“ kazne, čini se da je jasno da, u uvjetima izricanja dviju kazni za isto kazneno djelo, što je slučaj s talijanskom presudom u predmetnom slučaju, izvršenje jedne od njih ne može dovesti do zaključka o ispunjenju navedenog uvjeta. Nema dvojbe da plaćanje novčane kazne od 800 eura u predmetnom slučaju treba smatrati „izvršenom kaznom“. Međutim, što se tiče zatvorske kazne, nema nikakve sumnje da je optuženik još nije „izvršio“.

119. Drukčije tumačenje lišilo bi smisla načelo *ne bis in idem* navedeno u članku 54. CISA-e u odnosu na njegove dvije gore navedene svrhe. Kao što je to Sud naveo u predmetu Gözütok i Brügge, tumačenje navedenog članka treba zajamčiti korisnu primjenu tog načela¹⁰⁰.

120. U svakom slučaju, osobito kada je riječ o zatvorskoj kazni, nema dvojbe da kazna izrečena optuženiku može biti izmijenjena tijekom izvršenja: smanjenje trajanja, privremeni izlasci, prijevremeni otpust, uvjetni otpust. Zatvorska kazna treba se smatrati „izvršenom“ u slučaju uvjetnog otpusta jer je postupak izvršenja zadovoljio uvjet pravomoćnosti i sveobuhvatnosti. Ne traži se, dakle, da je kazna na koju je zainteresirani osuđen u cijelosti odslužena. U takvom slučaju nova kazna ne može biti izrečena ako nije počinjen novi prekršaj ili kazneno djelo¹⁰¹.

121. Kao drugo, čini mi se da u predmetnom slučaju nije ispunjen ni uvjet prema kojem kazna treba biti „trenutačno u postupku izvršenja“.

122. Budući da Z. Spasic nije bio zadržan u talijanskom pritvoru radi izvršenja presude Tribunale di Milano, nema nikakve razumne sumnje da navedeni uvjet u pogledu zatvorske kazne nije ispunjen.

96 — Vidjeti mišljenje Gözütok i Brügge (EU:C:2002:516, t. 114.).

97 — Presuda van Esbroeck (EU:C:2006:165, t. 28. do 30., 35., 36., 38. i 42.)

98 — U tom pogledu podsjećam da je Sud u presudi Gözütok i Brügge (EU:C:2003:87, t. 29.) ocijenio da „kaznu“ *sui generis* čine obveze naložene optuženiku po nagodbi koju je predložilo nizozemsko državno odvjetništvo.

99 — Vidjeti članak 17. talijanskog Kaznenog zakona.

100 — EU:C:2003:87, t. 35.

101 — Primjerice kršenjem uvjetnog otpusta

123. Ističem da iz presude Tribunale di Milano od 18. lipnja 2012. jasno proizlazi da suspenzija izvršenja nije zatražena do njezina donošenja ta da u predmetnom slučaju, što je na raspravi potvrdio agent talijanske vlade, suspenzija po službenoj dužnosti više nije moguća sukladno talijanskom pravu¹⁰². Podsjećam da je Sud već ocijenio da zatvorska kazna čije je izvršenje suspendirano, kada se njome kažnjava nezakonito ponašanje osuđene osobe, predstavlja kaznu u smislu članka 54. CISA-e. Za navedenu kaznu treba smatrati da je „trenutačno u postupku izvršenja“ od trenutka kada je osuda postala izvršna te tijekom razdoblja suspenzije izvršenja. Nakon završetka razdoblja suspenzije kaznu treba smatrati „izvršenom“ u smislu iste odredbe¹⁰³.

124. Naposljetku, pred nama se očito ne nalazi slučaj u kojem kazna „više ne može biti izvršena“ prema zakonima države u kojoj je izrečena. Iz odluke državnog odvjetništva pri Tribunale di Milano od 5. siječnja 2013. proizlazi da nadležna talijanska tijela smatraju zatvorsku kaznu izvršnom.

125. Slijedom navedenog, predlažem da se na drugo prethodno pitanje odgovori na način da uvjet iz članka 54. CISA-e nije ispunjen kada je optuženik sukladno pravu države ugovornice osuđen na kaznu koja se sastoji od dvaju neovisnih elemenata – zatvorske i novčane kazne – pri čemu je samo novčana kazna izvršena, dok ona druga nije ni izvršena niti je trenutačno u postupku izvršenja, ali se još može izvršiti prema zakonima države članice u kojoj je izrečena.

V – Zaključak

126. Iz tih razloga predlažem Sudu da na pitanja koja je uputio Oberlandesgericht Nürnberg odgovori kako slijedi:

- 1) Prema trenutačnom stanju prava Unije, primjena uvjeta izvršenja kazne predviđenog u članku 54. 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 predstavlja, u smislu članka 52. Povelje Europske unije o temeljnim pravima, proporcionalno i stoga opravdano zadiranje u temeljno pravo iz njezina članka 50. da se ne bude dva puta gonjen ili kažnjen za isto kazneno djelo
 - u slučajevima koji ulaze u područje primjene članka 4. stavka 2. Protokola br. 7 uz Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, potpisanog u Strasbourgu 22. studenoga 1984., kako je izmijenjen Protokolom br. 11, računajući od njegova stupanja na snagu 1. prosinca 1998.,
 - ako su države članice obvezne na temelju međunarodnog prava kažnjavati određena djela te
 - ako su mjere primjenjive na temelju prava Unije nedostatne da bi se spriječilo nekažnjavanje.

Na sudu koji je uputio zahtjev je da utvrdi je li u predmetnom slučaju ispunjen taj uvjet.

- 2) Uvjet iz članka 54. Konvencije o provedbi Schengenskog sporazuma nije ispunjen kada je optuženik sukladno pravu države ugovornice osuđen na kaznu koja se sastoji od dvaju neovisnih elemenata – zatvorske i novčane kazne – pri čemu je samo novčana kazna izvršena, dok ona druga nije ni izvršena niti je trenutačno u postupku izvršenja, ali se još može izvršiti prema zakonima države članice u kojoj je izrečena.

102 — Kako to proizlazi iz objašnjenja koje je na raspravi dao agent talijanske vlade, takva suspenzija po službenoj dužnosti određena je nakon presude Tribunale di Milano i opozvana gore navedenom odlukom od 5. siječnja 2013. (*Revoca di Decreto di Sospensione di ordine di esecuzione per la carcerazione ex art. 656 c. 8 cpp*).

103 — Presuda Kretzinger (EU:C:2007:441, t. 42.)