



# Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA  
MACIEJA SZPUNARJA,  
predstavljeni 20. oktobra 2022<sup>1</sup>

**Zadeva C-365/21**

**MR**

**ob udeležbi**

**Generalstaatsanwaltschaft Bamberg**

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Oberlandesgericht Bamberg (višje deželno sodišče v Bambergu, Nemčija))

„Konvencija o izvajanju schengenskega sporazuma – Člen 54 – Pridržek v zvezi z uporabo načela *ne bis in idem* – Člen 55 – Kaznivo dejanje proti državni varnosti ali drugim enako temeljnim interesom – Nacionalne izjave – Združljivost s členoma 50 in 52 Listine Evropske unije o temeljnih pravicah“

## I. Uvod

1. Sodišče se je nešteto krat srečalo z vprašanji glede načela *ne bis in idem* iz člena 54 Konvencije o izvajanju schengenskega sporazuma (v nadaljevanju: KISS),<sup>2</sup> vendar le enkrat z vprašanjem združljivosti izjav na podlagi člena 55 KISS, s katerimi se omejuje to načelo. V tem edinem primeru Sodišču ni bilo treba odgovoriti na vprašanje v zvezi s tem, ker mu zaradi odgovora na drugo vprašanje v tej isti zadevi ni bilo treba odločiti o veljavnosti izjave.<sup>3</sup> V tej zadevi ima Sodišče priložnost, da razjasni to vprašanje.

<sup>1</sup> Jezik izvornika: angleščina.

<sup>2</sup> 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 (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 19, zvezek 2, str. 9).

<sup>3</sup> Glej sodbo z dne 29. junija 2016, Kossowski (C-486/14, EU:C:2016:483, točka 55).

## II. Pravni okvir

### A. Pravo Unije

#### 1. KISS

2. Naslov III KISS „Policija in varnost“ vključuje med drugim poglavje 3, naslovljeno „Uporaba načelka *ne bis in idem*“, v katerem sta člena 54 in 55 te konvencije. V členu 54 KISS je določeno:

„Oseba, proti kateri je bil sodni postopek v eni pogodbenici pravnomočno končan, se 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.“

3. 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;
- (b) če dejanja, na katera se nanaša tuja sodba, predstavljajo kaznivo dejanje proti državni varnosti ali drugim enako temeljnim interesom te pogodbenice;
- (c) če so dejanja, na katera se nanaša tuja sodba, storili uradniki te pogodbenice kot kršitev svojih delovnih dolžnosti.

2. Pogodbenica, ki poda izjavo glede izjeme iz odstavka 1(b), navede vrste kaznivih dejanj, za katera se ta izjema lahko uporablja.

3. Pogodbenica lahko kadarkoli izjavo umakne za eno ali več izjem iz odstavka 1.

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.“

4. Člen 56 KISS določa:

„Če se v pogodbenici proti osebi, proti kateri je bil sodni postopek za ista dejanja pravnomočno končan v drugi pogodbenici, sproži nov postopek, se vsako obdobje odvzema prostosti v drugi pogodbenici zaradi teh dejanj odšteje od izrečene kazni. Upoštevajo se tudi kazni brez odvzema prostosti v obsegu, ki ga dovoljuje nacionalna zakonodaja.“

5. KISS je bila z Amsterdamsko pogodbo v pravo Unije vključena s Protokolom o vključitvi schengenskega pravnega reda v okvir Evropske unije, ki je priloga k Pogodbi o Evropski uniji in Pogodbi o ustanovitvi Evropske skupnosti.<sup>4</sup> Protokol (št. 19) o schengenskem pravnem redu, vključenem v okvir Evropske unije, je bil nato priložen k Lizbonski pogodbi (v nadaljevanju: Protokol (št. 19)).<sup>5</sup>

6. Člen 7 Protokola (št. 19) določa:<sup>6</sup>

„Za namene pogajanj glede sprejema novih držav članic v Evropsko unijo se schengenski pravni red in nadaljnji ukrepi, ki jih sprejmejo institucije v okviru področja njegove uporabe, štejejo za pravni red, ki ga morajo vse države kandidatke za sprejem prevzeti v celoti.“

## **2. Okvirni sklep 2008/841/PNZ**

7. V skladu s členom 2 Okvirnega Sklepa Sveta 2008/841/PNZ z dne 24. oktobra 2008 o boju proti organiziranemu kriminalu,<sup>7</sup> naslovljenim „Kazniva dejanja v zvezi s sodelovanjem v hudodelski združbi“, „[v]saka država članica sprejme potrebne ukrepe, s katerimi zagotovi, da se eno ali obe naslednji vrsti ravnanj, povezani s hudodelsko združbo, obravnavata kot kaznivi dejanji: (a) ravnanje vsake osebe, ki namerno in poznavajoč bodisi cilj in splošno kaznivo dejavnost hudodelske združbe bodisi namen združbe, da bo zagrešila zadevna kazniva dejanja, dejavno sodeluje pri organizaciji kaznivih dejavnosti združbe, vključno z zagotavljanjem informacij ali materialnih sredstev, pridobivanjem novih članov in vseh vrst financiranja njenih dejavnosti, vedoč, da bo to sodelovanje prispevalo k izvršitvi kaznivih dejavnosti združbe; (b) ravnanje vsake osebe, ki pripelje do dogovora z eno ali več osebami o izvajanju dejavnosti, ki bi, če bi se izvršila, privedla do storitve kaznivega dejanja iz člena 1, tudi če ta oseba ne sodeluje pri dejanski izvršitvi dejavnosti“.

## **B. Nemško pravo**

8. Zvezna republika Nemčija je ob ratifikaciji KISS v skladu s členom 55(1)(b) KISS izrekla „pridržek“<sup>8</sup> v zvezi s členom 54 KISS (BGBl. 1994 II, str. 631), v katerem je med drugim določila, da Zvezne republike Nemčije člen 54 KISS ne zavezuje, če dejanja, na katera se nanaša tuja sodba, pomenijo kaznivo dejanje iz člena 129 Strafgesetzbuch (nemški kazenski zakonik, v nadaljevanju: StGB).

9. Člen 129 StGB, naslovljen „Ustanavljanje hudodelskih združb“, v različici, ki se uporablja v postopku v glavni stvari, določa:

„1. S kaznijo zapora do pet let ali denarno kaznijo se kaznuje, kdor ustanovi združbo ali kot član sodeluje v združbi, katere namen ali dejavnost je storitev kaznivih dejanj, za katera je zagrožena najvišja kazen zapora najmanj dveh let. S kaznijo zapora do treh let ali denarno kaznijo se kaznuje, kdor podpira tako združbo ali zanjo novači člane ali podpornike.

<sup>4</sup> UL 1997, C 340, str. 93.

<sup>5</sup> UL 2010, C 83, str. 290.

<sup>6</sup> Ki dobesedno ponovi določbe protokola, priloženega k Amsterdamski pogodbi.

<sup>7</sup> UL 2008, L 300, str. 42.

<sup>8</sup> V nemščini: Vorbehalt.

2. Združba je organizirana skupina več kot dveh oseb, ki je namenjena uresničevanju višjega skupnega interesa in ki je ustanovljena za daljši čas, za katero ni nujno, da imajo njeni člani določene vloge, da je njeno članstvo stalno in da ima oblikovano strukturo.

[...]

5. V posebej hudih primerih iz odstavka 1, prvi stavek, je zagrožena kazen zapora od šest mesecev do petih let. Za še posebej hud primer gre običajno, kadar je storilec eden od vodij združbe ali oseb, ki so v ozadju združbe. [...].“

### III. Dejansko stanje, postopek in vprašanja za predhodno odločanje

10. Generalstaatsanwaltschaft Bamberg – Zentralstelle Cybercrime Bayern (državno tožilstvo v Bambergu – enota za kibernetško kriminaliteto, Bavarska, Nemčija) vodi, med drugim, predkazenski postopek zaradi suma ustanovitve hudodelske združbe in naložbene goljufije, med drugim zoper osebo MR, ki je izraelski državljan.

11. Preiskovalni sodnik pri Amtsgericht Bamberg (okrajno sodišče v Bambergu, Nemčija) je 8. decembra 2020 zoper osebo MR odredil pripor (nacionalni nalog za prijetje). Kot priporni razlog je navedel begosumnost. Preiskovalni sodnik pri Amtsgericht Bamberg (okrajno sodišče v Bambergu) je menil, da obstaja utemeljen sum storitve kaznivega dejanja ustanovitve hudodelske združbe v realnem steku s kaznivim dejanjem poslovne goljufije in goljufije, storjene v okviru hudodelske združbe, v smislu člena 129(1), (5), prvi in drugi stavek, člena 263(1), (3), drugi stavek, točka 1, in (5), člena 25(2) in člena 53 StGB. To sodišče je 11. decembra 2020 na podlagi nacionalnega naloga za prijetje izdalo evropski nalog za prijetje.

12. Oseba MR je bila že prej s pravnomočno sodbo Landesgericht Wien (deželno sodišče na Dunaju, Avstrija) z dne 1. septembra 2020 obsojena na kazen zapora štirih let zaradi velike poslovne goljufije in pranja denarja. Od takrat je kazen zapora štirih let, ki ji je bila izrečena s to sodbo, delno prestala. Oseba MR je bila z učinkom od 29. januarja 2021 pogojno odpuščena za preostanek njene kazni zapora.

13. Vendar je bila oseba MR na isti dan s sklepom Landesgericht Wien (deželno sodišče na Dunaju) z dne 29. januarja 2021 na podlagi evropskega naloga za prijetje, ki ga je izdal preiskovalni sodnik pri Amtsgericht Bamberg (okrajno sodišče v Bambergu), pridržana v Avstriji zaradi predaje. Oseba MR je bila v priporu do 18. maja 2021. Od takrat je bila v centru za pridržanje pred odstranitvijo (v Izrael). Po neuradnih informacijah naj bi že prispela v Izrael.

14. Oseba MR je zoper nacionalni nalog za prijetje in evropski nalog za prijetje, izdan na podlagi nacionalnega naloga, vložila pritožbi. Landgericht Bamberg (deželno sodišče v Bambergu, Nemčija) je s sklepom z dne 8. marca 2021 zavrnilo pritožbi kot neutemeljeni. Omenjeno sodišče je navedlo, da je bila oseba MR obsojena samo za kazniva dejanja goljufije, storjena v škodo oškodovancev v Avstriji. Zdaj naj bi bila oseba MR preganjana zaradi kaznivih dejanj goljufije, storjenih v škodo oškodovancev v Nemčiji. Ker naj se ti pritožbi ne bi nanašali na iste oškodovance, ne pomenijo istega kaznivega dejanja v smislu člena 54 KISS in člena 50 Listine Evropske unije o temeljnih pravicah (v nadaljevanju: Listina). Podredno se je Landgericht Bamberg (deželno sodišče v Bambergu) sklicevalo na člen 55(1)(b) KISS, saj je bila v tej zadevi oseba MR preganjana zaradi kaznivega dejanja na podlagi člena 129 StGB, Zvezna republika Nemčija pa naj bi v zvezi s tem pri ratifikaciji KISS podala ustrezno izjavo o pridržku.

15. Oseba MR se je nato pritožila zoper sklep Landgericht Bamberg (deželno sodišče v Bambergu). Navedeno pritožbo obravnava predložitveno sodišče, ki je v okviru odločanja o njej vložilo predlog za sprejetje predhodne odločbe.

16. Predložitveno sodišče se sprašuje, ali obstajajo ovire za pregon na podlagi prava Unije. Če obstajajo, bi bilo treba nacionalni nalog za prijetje razveljaviti, s tem pa tudi evropski nalog za prijetje ne bi imel več podlage.

17. Za odgovor na vprašanje, ali obstajajo ovire za pregon, je odločilno, ali se oseba MR z nemškim nacionalnim oziroma evropskim nalogom za prijetje preganja zaradi kaznivega dejanja, za katero so jo preganjali in jo obsodili že avstrijski organi.

18. To je odvisno od dejanskega stanja, na katerem temelji nemški nacionalni nalog za prijetje, in dejanskega stanja, na katerem temelji sodba Landesgericht Wien (deželno sodišče na Dunaju).

19. Obdolžencu MR se v nacionalnem nalogu za prijetje očita, da je skupaj z drugimi sotorilci kaznivega dejanja oblikoval in vzdrževal strukturo tako imenovanih kibernetičnih trgovskih podjetij, v okviru katere so tako imenovani posredniki, ki so bili zaradi pridobivanja strank in skrbi zanje zaposleni v njej („Conversion agents“ in „Retention agents“), v skladu z načrtom kaznivega dejanja iz klicnih centrov iz tujine, med drugim Bolgarije, dobrovernim vlagateljem (strankam) v več evropskih državah, med drugim Nemčiji in Avstriji, ponujali dobičkonosne denarne naložbe. Na ta način so agenti vlagatelje spodbujali k vplačilom, ki so se pobirala neposredno kot premoženjske koristi, pridobljene s kaznivim dejanjem. Vlagatelj se je pri tem z uporabo posebne programske opreme lažno prikazalo, da je imela naložba izgubo. Dobiček iz premoženjske koristi, pridobljene s kaznivim dejanjem, so – po odbitku materialnih in kadrovske stroškov za klicne centre in osebe, zaposlene v njih (vključno z agenti) – prejeli oseba MR in sotorilci kaznivega dejanja po zapletenih poteh, da bi se prikriji denarni tokovi. Naloga osebe MR je bila, da je skupaj s sotorilci kaznivega dejanja organizirala posel, ki je bil potreben za posamezne goljufije agentov v škodo posameznih oškodovancev. Oseba MR je imela torej izključno funkcijo menedžerja, medtem ko so bili za agente v klicnih centrih, ki so odvisno od maternega jezika oškodovancev delali na skupnih oddelkih (agenti za Nemčijo in Avstrijo na tako imenovanem „German Desk“), odgovorni vodje oddelkov. Predložitveno sodišče ugotavlja, da se dejanja, ki se očitajo osebi MR in ki so bila podlaga za nemški nacionalni nalog za prijetje ter obsodbo Landesgericht Wien (deželno sodišče na Dunaju), v tem smislu ujemajo.

20. Predložitveno sodišče pojasnjuje, da na podlagi nemškega prava ni ovir za pregon. Poleg tega je navedlo, da se ne strinja s stališčem Landgericht Bamberg (deželno sodišče v Bambergu), ki meni, da je možnost, da bi šlo za isto kaznivo dejanje, nujno izključena, ker gre za različne oškodovance (nemški nacionalni nalog za prijetje se nanaša na premoženjsko škodo, ki je nastala v Nemčiji, in oškodovance, ki so Nemci, medtem ko se sodba Landesgericht Wien (deželno sodišče na Dunaju) nanaša na škodo, ki je nastala v Avstriji, in avstrijske oškodovance). Poleg tega je predložitveno sodišče drugače kot Landgericht Bamberg (deželno sodišče v Bambergu) v dvomih glede tega, ali ovire za pregon morda niso podane na podlagi prava Unije.

21. Ker na podlagi nacionalnega prava ni ovir za pregon, je odločilno izključno, ali postopkovno oviro pomeni načelo *ne bis in idem* iz člena 54 KISS in člena 50 Listine. Če bi se izkazalo, da taka ovira obstaja, bi bilo treba poleg tega pojasniti, ali bi bil člen 54 KISS v tem primeru še vedno upošteven. Ta člen se ne bi uporabil, če člen 55 KISS in izjava, ki jo je Zvezna republika Nemčija pri ratifikaciji KISS podala na njegovi podlagi, ostajata veljavna.

22. Poleg tega predložitveno sodišče prosi za usmeritev, ali je izjava, ki jo je podala Zvezna republika Nemčija pri ratifikaciji KISS v zvezi s členom 129 StGB, skladna s členom 55(1)(b) KISS v tem smislu (torej če gre izključno za kazniva dejanja zoper premoženje in se poleg tega ne uresničujejo nobeni politični, ideološki, verski ali svetovnonazorski cilji).

23. V teh okoliščinah je Oberlandesgericht Bamberg (višje deželno sodišče v Bambergu, Nemčija) s sklepom z dne 4. junija 2021, ki je v tajništvo Sodišča prispel 11. junija 2021, prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ti vprašanji:

„1. Ali je člen 55 [KISS] skladen s členom 50 [Listine] in ali še velja v delu, v katerem dopušča izjemo od prepovedi ponovnega sojenja o isti stvari, v skladu s katero lahko pogodbenica pri ratifikaciji, sprejetju ali potrditvi te konvencije izjavi, da je člen 54 KISS ne zavezuje, če dejanja, na katera se nanaša tuja sodba, pomenijo kaznivo dejanje proti državni varnosti ali drugim enako temeljnim interesom te pogodbenice?

2. Če je odgovor na prvo vprašanje pritrdilen:

Ali člena 54 in 55 KISS ter člena 50 in 52 Listine nasprotujejo razlagi izjave, ki jo je Zvezna republika Nemčija podala pri ratifikaciji KISS glede člena 129 [StGB], ki jo zagovarjajo nemška sodišča, da ta izjava zajema tudi hudodelske združbe, kakršna je obravnavana, ki se ukvarjajo izključno s kaznivimi dejanji zoper premoženje in poleg tega ne uresničujejo nobenih političnih, ideoloških, verskih ali svetovnonazorskih ciljev ter tudi ne želijo z nepoštenimi sredstvi vplivati na politiko, medije, javno upravo, pravosodje ali gospodarstvo?“

24. Pisna stališča so predložile oseba MR, avstrijska, francoska in nemška vlada ter Evropska komisija. Te stranke in Generalstaatsanwaltschaft Bamberg so na obravnavi 7. julija 2022 podali ustne navedbe.

## IV. Analiza

### A. Prvo vprašanje

25. Predložitveno sodišče s prvim vprašanjem v bistvu sprašuje, ali je izjava na podlagi člena 55(1)(b) KISS združljiva s členom 50 in členom 52(1) Listine.

26. To zahteva kratko klasifikacijo in kategorizacijo člena 54 in člena 55(1)(b) KISS v pravni okvir Unije.

#### 1. Člen 54 KISS

27. Člen 54 KISS določa načelo *ne bis in idem* v KISS s tem, ko določa, da se oseba, proti kateri je bil sodni postopek v eni pogodbenici<sup>9</sup> 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.

<sup>9</sup> KISS uporablja izraz „pogodbenica“ namesto „država članica“, ker ima medvladni izvor.

28. Načelo *ne bis in idem* pomeni temeljno pravico, ki jo pozna vsak pravni red, ki temelji na načelu pravne države. Od njegovega nastanka je bil njegov namen ščititi posameznike pred nepredvidljivostjo, da bi se jim sodilo večkrat za isto dejanje, a le drugače opisano.<sup>10</sup> Na območju svobode, varnosti in pravice, za katero je značilna odprava notranjih meja, ima „dodatni namen“<sup>11</sup> zagotavljati svobodo gibanja. V širšem smislu prav tako spada pod načelo medsebojnega zaupanja med državami članicami: če so organi države članice A obsodili ali oprostili osebo v kazenskem postopku, potem bi morali organi države članice B zaupati izidu tega postopka in ne bi smeli več imeti možnosti začeti postopek. V takem primeru, kot je običajno na drugih področjih prava Unije, območje svobode, varnosti in pravice posega v načelo teritorialnosti, ki je neločljivo povezano z vsakim nacionalnim kazenskim pravosodnim sistemom.

29. Sodišče je skladno s tem v prvi zadevi v zvezi z *ne bis in idem* na podlagi KISS, ki je bil slučajno prvi primer v zvezi z razlago KISS,<sup>12</sup> odločilo, da ne glede na to, ali se načelo *ne bis in idem*, zagotovljeno v členu 54 KISS, uporabi za postopke, zaradi česar je prepovedan nadaljnji kazenski pregon (ne glede na to, ali je vpleteno sodišče), ali za sodne odločbe, to nujno pomeni, da države članice medsebojno zaupajo v njihove kazenskopravne sisteme in da vsaka od njih prizna kazensko pravo, ki velja v drugih državah članicah, tudi če bi bil izid drugačen, če bi uporabila svoje nacionalno pravo.<sup>13</sup>

30. V zvezi z združljivostjo člena 54 KISS z Listino je Sodišče v sodbi Spasic<sup>14</sup> odločilo, da čeprav je treba šteti, da določba, kakršna je člen 54 KISS, spoštuje bistveno vsebino načela *ne bis in idem*, zagotovljenega v členu 50 Listine,<sup>15</sup> je treba vprašanje, ali je omejitev, ki jo pomeni pogoj izvršitve iz člena 54 KISS, sorazmerna, presojati v skladu s členom 52(1) Listine. Sodišče je ugotovilo, da je omejitev sorazmerna.<sup>16</sup>

31. Podobno nezavezujoča, a vendar informativna<sup>17</sup> pojasnila k Listini v zvezi s členom 50 izrecno omenjajo člen 54 KISS med določbami, ki so določene s horizontalno klavzulo člena 52(1) Listine.<sup>18</sup>

<sup>10</sup> Glej sklepne predloge generalnega pravobranilca Y. Bota v zadevi Kossowski (C-486/14, EU:C:2015:812, točka 36).

<sup>11</sup> Glej sklepne predloge generalnega pravobranilca Y. Bota v zadevi Kossowski (C-486/14, EU:C:2015:812, točka 38).

<sup>12</sup> Pristojnost Sodišča je temeljila na nekdanjem členu 35(4) PEU. Glej tudi sklepne predloge generalnega pravobranilca D. Ruiz-Jaraboja Colomerja v zadevah Gözütok in Brügge (C-187/01 in C-385/01, EU:C:2002:516, točka 2).

<sup>13</sup> Glej sodbo z dne 11. februarja 2003, Gözütok in Brügge (C-187/01 in C-385/01, EU:C:2003:87, točka 33).

<sup>14</sup> Glej sodbo z dne 27. maja 2014 (C-129/14 PPU, EU:C:2014:586).

<sup>15</sup> Glej sodbo z dne 27. maja 2014, Spasic (C-129/14 PPU, EU:C:2014:586, točka 59).

<sup>16</sup> Glej sodbo z dne 27. maja 2014, Spasic (C-129/14 PPU, EU:C:2014:586, točka 59 in naslednje).

<sup>17</sup> V skladu s tretjim pododstavkom člena 6(1) PEU in členom 52(7) Listine so bila pojasnila pripravljena kot vodilo za razlago Listine in jih morajo ustrezno upoštevati sodišča Evropske unije in sodišča držav članic.

<sup>18</sup> Glej pojasnilo k členu 50 – Pravica, da se za isto kaznivo dejanje kazensko ne preganja ali kaznuje dvakrat, ki je v Pojasnilih k Listini o temeljnih pravicah (UL 2007, C 303, str. 17): „V skladu s členom 50 se pravilo ‚*non bis in idem*‘ ne uporablja zgolj v okviru sodne pristojnosti ene države, temveč tudi v okviru sodne pristojnosti več držav članic. To ustreza pravnemu redu Unije; glej člene 54 do 58 [KISS] in sodbo Sodišča z dne 11. februarja 2003 [Gözütok in Brügge (C-187/01 in C-385/01, EU:C:2003:87)], člen 7 Konvencije o varstvu finančnih interesov Skupnosti in člen 10 Konvencije o boju proti korupciji. Zelo omejene izjeme v navedenih konvencijah, ki državam članicam omogočajo izjemo od pravila ‚*non bis in idem*‘, so določene s horizontalno klavzulo člena 52(1) Listine o omejitvah. Kar zadeva primere iz 4. člena Protokola št. 7 EKČP, tj. uporabo načela v isti državi članici, ima zagotovljena pravica enak pomen in obseg kot ustrezna pravica v [Evropski konvenciji o človekovih pravicah (EKČP)].“

## 2. Člen 55(1)(b) KISS – izjave o izjemah od *ne bis in idem*

### a) Splošni preudarki

32. Člen 55(1) KISS določa vrsto izjem od načela *ne bis in idem*, tako da pogodbenicam omogoča, da izjavijo, da jih pod določenimi pogoji člen 54 KISS ne zavezuje. Ta določba tako določa, da lahko pogodbenica 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; (b) če dejanja, na katera se nanaša tuja sodba, predstavljajo kaznivo dejanje proti državni varnosti ali drugim enako temeljnim interesom te pogodbenice; in (c) če so dejanja, na katera se nanaša tuja sodba, storili uradniki te pogodbenice kot kršitev svojih delovnih dolžnosti.

33. V skladu s členom 139(1) KISS se listine o ratifikaciji, sprejetju ali potrditvi deponirajo pri vladi Velikega vojvodstva Luksemburg, ki o tem obvesti vse pogodbenice.

34. Po vključitvi schengenskega pravnega reda v pravni red Unije z Amsterdamsko pogodbo je KISS akt prava Unije.

35. Najprej je treba poudariti, da je treba glede pravne narave takih izjav ugotoviti, da se ne smejo šteti za „pridrške“ v smislu člena 2(1)(d) Dunajske konvencije o pravu mednarodnih pogodb.<sup>19</sup> To je posledica ne samo dejstva, da se zaradi vključitve schengenskega pravnega reda v pravni red Unije KISS šteje za akt Unije, ki *per definitionem* ne pusti nobenega prostora za „pridrške“ na podlagi Dunajske konvencije, ampak tudi posledica člena 137 KISS, ki dopušča „pridrške“ samo v okviru člena 60 KISS.<sup>20</sup> Posledično je treba uporabljati izraz „izjava“, in ne izraza „pridrške“. <sup>21</sup> Tako izjavo bi bilo treba analizirati zgolj z vidika prava Unije in ni primerno, da se v tem okviru uporablja splošno mednarodno javno pravo.

### b) Združljivost s členom 50 in členom 52(1) Listine

36. Tedaj se pojavi vprašanje – in tu predložitveno sodišče prosi za smernice – ali je zlasti izjava na podlagi člena 55(1)(b) KISS združljiva z Listino, in sicer s členom 50 in členom 52(1) Listine. Taka izjema spada na področje uporabe Listine<sup>22</sup>, kakor izrecno določa KISS, ki je akt (zdaj) prava Unije in ki državam članicam dovoljuje, da omejijo temeljno pravico ter od njih zahteva, da tako omejitev sporočijo.

<sup>19</sup> Sestavljena na Dunaju 23. maja 1969. Začela veljati 27. januarja 1980. Zbirka pogodb Združenih narodov, zv. 1155, str. 331. V skladu s to določbo „pridrške“ pomeni enostransko izjavo ne glede na to, kako je sestavljena ali poimenovana, ki jo da država ob podpisu, ratifikaciji, sprejetju ali odobritvi mednarodne pogodbe ali ob pristopu k njej in s katero želi izključiti ali spremeniti pravni učinek posameznih določb mednarodne pogodbe pri njihovi uporabi zanjo.

<sup>20</sup> V skladu s členom 60 KISS se v odnosih med dvema pogodbenicama, od katerih ena ni pogodbenica Evropske konvencije o izročitvi z dne 13. septembra 1957, določbe te konvencije uporabljajo ob upoštevanju pridrzkov in izjav ob ratifikaciji te konvencije, ali za pogodbenice, ki niso pogodbenice Konvencije, ob ratifikaciji, potrditvi ali sprejetju te konvencije.

<sup>21</sup> Pripomniti je treba, da se Nemčija v aktu, sprejetem na podlagi člena 55(1)(b) KISS, sklicuje na „pridrške“ („Vorbehalt“) namesto na „izjavo“.

<sup>22</sup> Glej člen 51(1) Listine.



37. Sodišče se do zdaj še ni izreklo o vprašanju združljivosti izjem iz člena 55 KISS s hierarhično višjim pravom. V zadevi Kossowski<sup>23</sup> ni hotelo odločiti o vprašanju, ali izjave, podane v skladu s členom 55(1)(a) KISS, torej izjave, da držav članic ne zavezuje člen 54 KISS, če so bila dejanja, na katera se nanaša tuja sodba, v celoti ali deloma storjena na njenem ozemlju,<sup>24</sup> veljajo še naprej po vključitvi schengenskega pravnega reda v pravni red Unije, saj v navedeni zadevi ni bilo več treba odgovoriti na vprašanje glede na odgovor Sodišča na drugo vprašanje. Kljub temu je generalni pravobranilec Y. Bot po temeljiti analizi ugotovil, da izjema iz člena 55(1)(a) „ne upošteva bistvene vsebine načela *ne bis in idem*, kot je določeno v členu 50 Listine“.<sup>25</sup> K tem sklepnim predlogom generalnega pravobranilca Y. Bota se bom vrnil spodaj.<sup>26</sup>

38. Izjeme od načela, določenega v členu 50 Listine, so načeloma mogoče, če izpolnjujejo zahteve iz člena 52(1) Listine.<sup>27</sup> Torej je treba, tako kot v zgoraj omenjeni sodbi Spasic, ugotoviti, ali izjema iz člena 55(1)(b) KISS prestane preizkus iz člena 52(1) Listine.

39. V skladu s členom 52(1) Listine mora biti kakršno koli omejevanje uresničevanja pravic in svoboščin, ki jih priznava ta listina, 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.

#### 1) Omejevanje

40. Izjava na podlagi člena 55(1)(b) KISS je nedvomno omejevanje temeljne pravice *ne bis in idem* glede na to, da je sam namen te določbe, da omeji to temeljno pravico pod določenimi pogoji.

#### 2) Predpisano z zakonom

41. Ker je možnost podajanja izjav in torej določanja omejitev načela *ne bis in idem* navedena v členu 55(1)(b) KISS, ki ga tu preučujem, bi bilo mogoče na prvi pogled domnevati, da je predpisana z zakonom, kakor zahteva člen 52(1) Listine.

42. Kljub temu naj navedem, da pravni položaj ni tako enostaven, kot bi se lahko zdel na prvi pogled. Dejansko je vprašanje, ali člen 55(1)(b) KISS sploh še velja, neločljivo povezano z vprašanjem, ali veljajo izjave, ki so bile podane na tej podlagi. Povedano drugače, če se ni mogoče sklicevati na izjavo, potem celoten mehanizem, vzpostavljen s členom 55(1)(b) KISS, ne velja več.

43. Kot je avstrijska vlada pravilno poudarila v svojem pisnem stališču, da bi se preizkus, ali je omejitev predpisana z zakonom, prestal, mora biti zakon najprej ustrezno dostopen, kar pomeni, da mora imeti zadevna oseba okoliščinam primeren napotek glede pravnih pravil, ki se uporabijo

<sup>23</sup> Glej sodbo z dne 29. junija 2016 (C-486/14, EU:C:2016:483).

<sup>24</sup> V tem zadnjem primeru (torej če so bila dejanja, na katera se nanaša tuja sodba, v celoti ali deloma storjena na njenem ozemlju) ta izjema ne velja, če so bila ta dejanja storjena deloma na ozemlju pogodbenice, v kateri je bila izrečena sodba.

<sup>25</sup> Glej sklepne predloge v zadevi Kossowski (C-486/14, EU:C:2015:812, točka 68).

<sup>26</sup> Glej točko 55 teh sklepnih predlogov.

<sup>27</sup> V tem smislu se ne strinjam z argumentom osebe MR, da pravice iz člena 50 Listine sploh ni mogoče omejiti.

v danem primeru, in mora biti sposobna predvideti posledice določenega dejanja ter, drugič, pravila morajo biti dovolj natančno napisana, da zadevni osebi omogočijo uravnavanje svojega ravnanja.<sup>28</sup>

44. Zdi se, da člen 55(1)(b) KISS na prvi pogled izpolnjuje zgoraj navedena merila: jasno je napisan in vsak lahko ugotovi, da države članice lahko določijo izjeme od načela *ne bis in idem*, da zaščitijo nacionalno varnost ali druge enako bistvene interese. Vendar se zdi, da sodišča v nekaterih državah članicah (Italiji<sup>29</sup> in Grčiji<sup>30</sup>) dvomijo glede veljavnosti izjav svojih držav članic na podlagi člena 55(1)(b) KISS. To utemeljujejo s tem, da izjave ne veljajo več, ker se člena 55(1)(b) KISS ne bi smelo več uporabljati.

45. Glede izjav držav članic na podlagi te določbe se izriše drugačna slika.

46. Naj uvodoma pripomnim, da je po vključitvi KISS v pravni red Unije težko razumeti, kako je mogoče še vedno ohraniti člen 139 KISS, v skladu s katerim se listine o ratifikaciji, sprejetju ali potrditvi deponirajo pri vladi Velikega vojvodstva Luksemburg, ki o tem obvesti vse pogodbenice. Objava izjem od temeljne pravice, ki jo zagotavlja Listina, v primeru, kjer možnost določanja izjem predpisuje akt prava Unije, ne more biti prepuščena vladi države članice, temveč mora biti izvedena na ravni Unije, po možnosti v Uradnem listu. Dejstvo, da izjav ni objavila Evropska unija (bodisi v Uradnem listu bodisi drugod), dejansko otežuje natančno določanje, katere pogodbenice so podale take izjave.

47. Ni popolnoma nobene dostopnosti niti predvidljivosti, kakor to zahteva Evropsko sodišče za človekove pravice, glede obstoja in, odvisno od primera, objave izjem, ki jih sprejmejo države članice. Razlog za to je, da ni jasno niti za države članice niti za imetnike temeljnih pravic, ali člen 55(1)(b) KISS še velja.

48. Zanesljivo lahko rečemo, da je osem držav članic<sup>31</sup> (takrat: pogodbenic) (Danska, Nemčija, Grčija, Francija, Italija, Avstrija, Finska in Švedska) podalo izjave v skladu s členom 55(1) KISS, preden je bil schengenski pravni red vključen v pravni red Unije.<sup>32</sup> Kljub temu francoska izjava nikoli ni prišla do depozitarja (luksemburške vlade).<sup>33</sup> Dalje, nobenega dokaza ni, da je Italija obvestila depozitarja. Poleg tega se zdi, da nobena država članica ni podala izjave po vključitvi

<sup>28</sup> Glej v tem smislu sodbi ESČP z dne 26. aprila 1979, *The Sunday Times* proti Združenemu kraljestvu (CE:ECHR:1979:0426JUD000653874), točka 49, in z dne 29. marca 2010, *Medvedyev in drugi* proti Franciji (CE:ECHR:2010:0329JUD000339403), točka 93 in naslednje.

<sup>29</sup> V sodbi z dne 6. julija 2011 (Walz, RG 12396/927) je Tribunale di Milano (sodišče v Milanu, Italija) razsodilo, da izjava Italije ne velja od trenutka, ko je bila KISS z Amsterdamsko pogodbo vključena v pravo Unije. Sodišče meni, da v obsegu, v katerem se ta vključitev ni nanašala na izjave držav članic, je treba za te izjave šteti, da ne učinkujejo več, razen če se izrecno obnovijo. Dalje poudarja, da je treba v Evropski uniji, kjer je cilj razviti območje svobode, varnosti in pravice, kjer je zagotovljeno svobodno gibanje oseb, načelo *ne bis in idem* uporabljati še posebej široko, da se prepreči, da bi bila oseba, ki uresničuje svojo pravico do prostega gibanja, preganjana za ista dejanja na ozemlju več držav članic, zaradi česar izjeme od načela *ne bis in idem*, kakršne so v členu 55(1) KISS, niso več dopustne.

<sup>30</sup> V sodbi 1/2011 z dne 9. junija 2011 je redni kazenski senat Areios Pagos (kasacijsko sodišče, Grčija) ugotovil, da izjava Grčije skupaj z izjavami drugih držav članic ne velja več. Omejitev, določena v grški izjavi, ni bila nujna omejitev iz člena 52(1) Listine niti ni dejansko izpolnjevala ciljev splošnega interesa: glede na enakost vrednot in pravnih kultur držav članic kazenski pregon in naložitev kazenske sankcije za to kaznivo dejanje nista nujna in ju ni mogoče šteti za cilj splošnega interesa, ki ga priznava Evropska unija.

<sup>31</sup> Poleg teh držav članic so izjave podale Norveška, Lihtenštajn in Švica ter Združeno kraljestvo.

<sup>32</sup> To izhaja iz povezanega branja razpoložljivih virov. Glej Göllly, S., „*NE BIS IN IDEM*“. *Das unionsrechtliche Doppelverfolgungsverbot*, Dunaj, 2017, str. 102–151, zlasti str. 113; Schomburg, W., Wahl, T., v Schomburg, W., Lagodny, O., Gleß, S., Hackner, T., *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, 6. izd., München 2020, SDÜ člen 55, točka 1a; Delovni dokument služb Komisije, Priloga k Zeleni knjigi o navzkrižju pristojnosti in načelu *ne bis in idem* v kazenskih postopkih (COM(2005) 696 final), SEC(2005) 1767, Bruselj, 23. december 2005, str. 47; dopis predsedstva Sveta odboru iz člena 36, „Izjave države članic v skladu s členom 55 Schengenske konvencije“ Bruselj 1. junija 2006, 10061/06 (COPEN 61, COMIX 514, str.2).

<sup>33</sup> Francija je to priznala na obravnavi pred Sodiščem.

schengenskega pravnega v pravni red Unije.<sup>34</sup> Pridružitvene pogodbe iz let 2003, 2005 in 2012 so tako določale, da so določbe Protokola (št. 19) in akti, ki temeljijo na njem ali so z njim sicer povezani, zavezujoči in da v novi državi članici veljajo od datuma pridružitve.<sup>35</sup> Vendar ni nobenih navedb o možnosti teh držav članic, da podajo izjave, roku za to in obveznostih, da jih deponirajo pri depozitarju ali jih objavijo. To ustvarja precejšnjo negotovost.

49. Glede na to, da nobena izjava ni bila objavljena na ravni Unije, menim, da zahteva po dostopnosti ni izpolnjena. Od posameznikov, na katere se take izjave potencialno nanašajo, ni razumno pričakovati, da se bodo informirali na ravni vsake države, kot je namigovala francoska vlada na obravnavi.

50. Glede na ozadje, ki sem ga ravnokar opisal, z veliko težavo štejem izjave, ki jih je podalo osem držav članic, za veljavno pravo. Celotni položaj se zdi preveč nejasen in zmeden, da bi nudil gotovost glede pravne podlage omejitve.<sup>36</sup>

51. Posledično menim, da izjave, podane na podlagi člena 55(1)(b) KISS, niso v skladu z zahtevo iz člena 52(1) Listine, da mora biti omejitev predpisana z zakonom. Ker so te izjave, kakor je bilo prikazano zgoraj, neločljivo povezane s členom 55(1)(b) KISS, to vpliva na celotni mehanizem te določbe in ga nacionalna sodišča ne smejo več uporabljati.

### 3) *Bistvena vsebina ne bis in idem*

52. V zvezi z vprašanjem, ali člen 55(1)(b) „spošt[uje] bistveno vsebino“ temeljne pravice *ne bis in idem*, je treba poudariti, da je Sodišče v zvezi z izvajanjem pogoja iz člena 54 KISS odločilo, da ta pogoj „ne omaja načela *ne bis in idem*“.<sup>37</sup> Vendar izjema iz člena 55(1)(b) KISS tako kot druge izjeme, določene s členom 55(1) KISS, omaja to načelo glede na to, da lahko država članica izjavi, da je to načelo v določenih okoliščinah sploh ne zavezuje. Kot trdi oseba MR v pisnem stališču, v nasprotju s pogojem izvršitve iz člena 54 KISS, katerega namen je preprečiti izogibanje kazni, izjema, določena v členu 55(1)(b) KISS, omogoča ponoven kazenski pregon, obsodbo in izvršitev kazenske sankcije kljub obsodbi, ki je postala pravnomočna in je bila izvršena. To je popolnoma v nasprotju s samim namenom načela *ne bis in idem*.<sup>38</sup>

53. Poleg tega bi želel napotiti na generalnega pravobranilca Y. Bota, ki je v zvezi s tem poudaril poseben pomen območja svobode, varnosti in pravice kot dodatnega okvira notranjega trga, ki zajema „pravni okvir, ki vsebuje osebne pravice državljanov Unije“<sup>39</sup>, in se torej povezuje s pojmom državljanstva Unije, h kateremu prispeva „konkretni okvir“.<sup>40</sup> Prav tako je poudaril temeljni pomen načela vzajemnega priznavanja (in medsebojnega zaupanja) v zvezi z načelom *ne*

<sup>34</sup> Člen 8 Protokola o vključitvi schengenskega pravnega reda v okvir Evropske unije, priložen k Amsterdamski pogodbi, v bistvu določa, da morajo vse države kandidatke za sprejem prevzeti schengenski pravni red v celoti.

<sup>35</sup> Glej kot primer člen 3 Akta o pogojih pristopa Češke republike, Republike Estonije, Republike Ciper, Republike Latvije, Republike Litve, Republike Madžarske, Republike Malte, Republike Poljske, Republike Slovenije in Slovaške republike in prilagoditvah pogodb, na katerih temelji Evropska unija (UL 2003, L 236, str. 33).

<sup>36</sup> Če bi se poleg tega ohranila izjema iz člena 55(1)(b) KISS, bi se znašli v položaju, ki je hujši od uporabe prava Unije *à la carte*: pripeljalo bi do tega, da bi se države članice, ki so pristopile k Evropski uniji pozneje od drugih, dejansko prikrajšalo za „privilegije“.

<sup>37</sup> Glej sodbo z dne 27. maja 2014, Spasic (C-129/14 PPU, EU:C:2014:586, točka 58).

<sup>38</sup> Gre za očitno drugačen položaj kot v sodbi z dne 22. marca 2022, bpost (C-117/20, EU:C:2022:202, točka 43), kjer je Sodišče odločilo, da je možnost kumulacije postopkov pregona in sankcij v skladu z bistveno vsebino člena 50 Listine, če nacionalna ureditev ne omogoča pregona in sankcioniranja istega dejanskega stanja zaradi iste kršitve ali za uresničevanje istega cilja, temveč določa le možnost kumulacije postopkov pregona in sankcij na podlagi različnih ureditev.

<sup>39</sup> Glej sklepe predloge generalnega pravobranilca Y. Bota v zadevi Kossowski (C-486/14, EU:C:2015:812, točka 44).

<sup>40</sup> Prav tam.

*bis in idem*.<sup>41</sup> V bistvu je trdil, da je v skladu s sodno prakso Sodišča glede člena 54 KISS že mogoče upoštevati precejšen razpon med kaznivimi dejanji; vsaka dodatna uporaba pridržka teritorialnosti ne bi dovolj upoštevala načela *ne bis in idem*.

54. Moram priznati, da ne samo, da sem naklonjen temu razlogovanju, ampak tudi menim, da ga je mogoče prenesti na položaj člena 55(1)(b) KISS. Izjeme, ki jih vsebujeta točki (a) in (b) člena 55(1) KISS, se nanašajo na načelo teritorialnosti, ki je temelj kazenskega prava: medtem ko želi država v primeru iz točke (a) obdržati kazensko pristojnost, če je bilo dejanje storjeno na njenem ozemlju, želi v primeru iz točke (b) ohraniti kazensko pristojnost v primeru kaznivih dejanj proti državni varnosti in drugim enako temeljnim interesom, ki so ji pomembni. Zato se razlogovanje generalnega pravobranilca Y. Bota v zadevi Kossowski smiselno uporabi v tej zadevi.

55. Območje svobode, varnosti in pravice je napredovalo od sprejetja KISS. Zlasti s postopnim razvojem načel medsebojnega zaupanja in priznavanja ter začetkom veljavnosti Listine se mi zdijo izjeme iz člena 55(1) KISS odveč. Prav tako bi želel spomniti, da je bilo načelo medsebojnega zaupanja odločilno za ugotovitev Sodišča, da osnutek pristopnega sporazuma k EKČP ni bil združljiv s Pogodbami.<sup>42</sup> Glede na to bi bilo težko utemeljiti ohranjanje izjem, kakršna je obravnavana, ki je očitno v nasprotju s tem načelom.<sup>43</sup>

#### 4) Predlog

56. Iz zgoraj navedenih razlogov menim, da izjave ne veljajo več. Niso predpisane z zakonom, poleg tega pa člen 55(1)(b) KISS ne spoštuje bistvene vsebine načela *ne bis in idem*. Izjave bi bilo treba dati na stran.

57. Zato Sodišču predlagam, naj na prvo vprašanje odgovori, da izjave, podane na podlagi člena 55(1)(b) KISS, niso združljive s členom 50 in členom 52(1) Listine. Določbe, na katere se sklicujejo te izjave, se ne smejo uporabiti v sodnem postopku.

### B. Drugo vprašanje

58. Zaradi moje analize prvega vprašanja drugega vprašanja ni treba več preučiti. Presoja, ki sledi, je torej podana zaradi celovitosti, če bi Sodišče prišlo do drugačne ugotovitve v zvezi s prvim vprašanjem.

59. Z drugim vprašanjem želi predložitveno sodišče v bistvu ugotoviti, ali člena 54 in 55 KISS ter člena 50 in 52 Listine nasprotujejo razlagi, v skladu s katero izjava, podana na podlagi člena 55(1)(b) KISS, zajema tudi hudodelske združbe, ki se ukvarjajo izključno s kaznivimi dejanji zoper premoženje in poleg tega ne uresničujejo nobenih političnih, ideoloških, verskih ali svetovnonazorskih ciljev ter tudi ne želijo z nepoštenimi sredstvi vplivati na politiko, medije, javno upravo, pravosodje ali gospodarstvo.

<sup>41</sup> Glej sklepane predloge generalnega pravobranilca Y. Bota v zadevi Kossowski (C-486/14, EU:C:2015:812, točka 43).

<sup>42</sup> Glej mnenje 2/13 (Pristop Unije k EKČP) z dne 18. decembra 2014 (EU:C:2014:2454, točke 168, od 191 do 194 in 258).

<sup>43</sup> Podobno je bilo poudarjeno tudi v pravni teoriji, da so bile namreč omejitve načela *ne bis in idem*, določene s členom 55 KISS, nadomeščene z razvojem kazenskega sodelovanja med državami članicami, zaradi česar bi bilo treba prednost dati svobodi zadevnega posameznika, ne pa državi, ki se sklicuje na izjemo. Glej v tem smislu Schomburg, W., Wahl, T., *op. cit.*, SDŮ člen 55, točka 11, kjer je prav tako očitno in pronicljivo navedeno, da vzajemno priznavanje ni enosmeren pojem, ki naj bi zadovoljil *ibido puniendi* držav članic, ampak deluje tudi v korist posameznika.

60. V zvezi s tem naj pripomnim, da so izraz „državna varnost“ v členu 55(1)(b) KISS izbrale pogodbenice. Isti izraz se pojavi v členu 4(2) PEU, kjer je navedeno, da Unija spoštuje temeljne državne funkcije držav članic, zlasti zagotavljanje ozemelske celovitosti, vzdrževanje javnega reda in varovanje nacionalne varnosti. V tej isti določbi je nato opredeljeno, da zlasti nacionalna varnost ostaja v izključni pristojnosti vsake države članice.<sup>44</sup>

61. Sodišče je skrbno ločevalo take izjeme zaradi „nacionalne varnosti“ od običajnih izjem zaradi „javne varnosti“, utemeljene z javnim redom (*ordre public*), ki so razširjene predvsem na področju notranjega trga.<sup>45</sup> Razsodilo je, da nacionalna varnost ustreza prvobitnemu interesu, ki je zaščititi bistvene funkcije države in temeljne interese družbe, ter vključuje preprečevanje in kaznovanje dejavnosti, ki lahko resno destabilizirajo temeljne ustavne, politične, gospodarske ali družbene strukture države ter zlasti neposredno ogrozijo družbo, prebivalstvo ali državo kot tako, kot so zlasti teroristična dejanja.<sup>46</sup> Cilj zaščite nacionalne varnosti presega cilje boja proti kriminalu na splošno, tudi hudemu, in cilje zaščite javne varnosti. Grožnje nacionalni varnosti se namreč po naravi in posebni resnosti razlikujejo od splošnega tveganja, da se pojavijo napetosti ali nemiri, tudi hudi, ki bi ogrozili javno varnost. S ciljem zaščite nacionalne varnosti je torej mogoče utemeljiti ukrepe, ki pomenijo večji poseg v temeljne pravice od tistega, ki bi ga bilo mogoče utemeljiti z navedenimi drugimi cilji.<sup>47</sup>

62. V skladu z izjavo Nemčije, podane v skladu s členom 55(1)(b) KISS, Nemčije ne zavezuje člen 54 KISS v zvezi s številnimi kaznivimi dejanji, vključno s kaznivim dejanjem iz člena 129 StGB. V skladu s to določbo je kazniva ustanovitev ali podpiranje organizacije, katere namen ali dejavnosti so usmerjene k storitvi kaznivih dejanj. Odkar je Nemčija prenesla Okvirni Sklep Sveta 2008/841/PNZ z dne 24. oktobra 2008 o boju proti organiziranemu kriminalu<sup>48</sup>, je bila združba v skladu s to določbo opredeljena kot „organizirana skupina več kot dveh oseb, ki je namenjena uresničevanju višjega skupnega interesa in ki je ustanovljena za daljši čas, za katero ni nujno, da imajo njeni člani določene vloge, da je njeno članstvo stalno in da ima oblikovano strukturo“.

63. V Nemčiji niti v sodni praksi niti v pravni teoriji ni sporno, da je ta določba, katere namen je varovanje javnega reda (*ordre public*),<sup>49</sup> usmerjena k abstraktni nevarnosti in visoki „kriminalni intenziteti“<sup>50</sup>, ki je značilna za ustanovitev hudodelske združbe. Posledica tega je, da so kazenske sankcije naložene na stopnji, kjer so (druga) kazniva dejanja običajno še na pripravljalni stopnji.

64. Člen 129 StGB prepoveduje kriminalno dejavnost, ki presega precej ozko področje zaščite nacionalne varnosti. Dejansko je ustanavljanje združbe z namenom opravljanja *katere koli druge* kriminalne dejavnosti zajeto s to določbo. Obravnavani primer to dobro ponazarja. Oseba MR in

<sup>44</sup> Mimogrede je treba opozoriti, da v drugih jezikovnih različicah KISS ni vzporednice med terminologijo v členu 55(1)(b) KISS (v francoščini, *sûreté de l'État*; v nemščini, *Sicherheit*) in členom 4(2) PEU (v francoščini, *sécurité nationale*; v nemščini, *nationale Sicherheit*). Kljub temu ne pripisujem nobenega normativnega pomena tem manjšim pomenskim odstopanjem.

<sup>45</sup> Glej na primer člen 36, člen 45(3), člen 52 in člen 65(1)(b) PDEU ali člen 15(1) Direktive 2002/58/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. julija 2002 o obdelavi osebnih podatkov in varstvu zasebnosti na področju elektronskih komunikacij (Direktiva o zasebnosti in elektronskih komunikacijah) (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 13, zvezek 29, str. 514).

<sup>46</sup> Glej sodbo z dne 6. oktobra 2020, La Quadrature du Net in drugi (C-511/18, C-512/18 in C-520/18, EU:C:2020:791, točka 135). Glej tudi sodbo z dne 20. septembra 2022, SpaceNet in Telekom Deutschland (C-793/19 in C-794/19, EU:C:2022:702, točka 92).

<sup>47</sup> Glej sodbo z dne 6. oktobra 2020, La Quadrature du Net in drugi (C-511/18, C-512/18 in C-520/18, EU:C:2020:791, točka 136).

<sup>48</sup> Glej Vierundfünfzigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/841/JI des Rates vom 24. Oktober 2008 zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität (54. zakon o spremembi kazenskega zakonika – Prenos Okvirnega sklepa Sveta 2008/841/PNZ z dne 24. oktobra 2008 o boju proti organiziranemu kriminalu), zakon z dne 17. julija 2017, *Bundesgesetzblätter I*, str. 2440.

<sup>49</sup> Glej na primer Heger, M., v Lackner, K., Kühl, K., Heger, M., *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 29. izdaja, C. H. Beck, München, 2018, člen 129, točka 1.

<sup>50</sup> Glej Schäfer, J., Anstötz, St., v Erb, V., Schäfer, J., *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 3*, 4. izdaja, C. H. Beck, München, 2021, člen 129, točka 2.

sostorilci so se ukvarjali s kaznivimi dejanji zoper premoženje, predvsem z goljufijo. Niso uresničevali ali izvajali nobenih drugih ciljev. V takem primeru ni nobenega znaka, da gre za nacionalno varnost Nemčije. Ogoljufati precejšnje število ljudi se niti ne približa pretresanju temeljev Zvezne republike Nemčije.<sup>51</sup>

65. Zato Sodišču predlagam, naj na drugo vprašanje odgovori, da člena 54 in 55 KISS ter člena 50 in 52 Listine nasprotujejo razlagi, v skladu s katero izjava, podana na podlagi člena 55(1)(b) KISS, zajema tudi hudodelske združbe, ki se ukvarjajo izključno s kaznivimi dejanji zoper premoženje in poleg tega ne uresničujejo nobenih političnih, ideoloških, verskih ali svetovnonazorskih ciljev ter tudi ne želijo z nepoštenimi sredstvi vplivati na politiko, medije, javno upravo, pravosodje ali gospodarstvo.

## V. Predlog

66. Ob upoštevanju navedenega Sodišču predlagam, naj na vprašanje za predhodno odločanje, ki ga je postavilo Oberlandesgericht Bamberg (višje deželno sodišče v Bambergu, Nemčija), odgovori:

Izjave, podane na podlagi člena 55(1)(b) 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, niso združljive s členom 50 in členom 52(1) Listine Evropske unije o temeljnih pravicah. Določbe, na katere se sklicujejo te izjave, se ne smejo uporabiti v sodnem postopku.

<sup>51</sup> Prav tako ni nobenega znaka, da so dejavnosti osebe MR vplivale na nemški finančni sistem kot celoto. Na obravnavi se je namreč zdelo, da Komisija namiguje, da je ogrožanje obstoja finančnega sistema države članice enakovredno interesu, kakršen je nacionalna varnost iz člena 55(1)(b) KISS.