

Nenad Igrec, univ. spec. crim.¹

ODLUKA NJEMAČKOG SAVEZNOG USTAVNOG SUDA O ZAŠTITI NAČELA *NE BIS IN IDEM*

Pregledni rad / Review paper

UDK / UDC: 340.137(430)

DOI: 10.51650/ezrvs.19.1-2.6

Primljeno / Received: 24/02/2025

Prihvaćeno / Accepted: 22/05/2025

U radu se razmatra postupak donošenja i pravni učinak odluke njemačkog Saveznog ustavnog suda o neustavnosti članka 362. stavka 5. njemačkog Zakona o kaznenom postupku. Ovom odlukom je ponovno uspostavljena zakonska primjena načela ne bis in idem. Savezni ustavni sud je odlukom od 31. listopada 2023. utvrdio da je članak 362. stavak 5. StPO-a protivan Temeljnom zakonu Savezne Republike Njemačke te da nije u skladu s međunarodnim pravnim propisima. Stoga je poništio odredbe stavka 5. iz članka 362. StPO-a. Zakonodavac je nedvojbeno prilikom donošenja ovih zakonskih izmjena povrijedio načelo ne bis in idem. U prvom dijelu razmatra se postupak donošenja ustavne odluke i ocjene ustavnosti, dok će se u drugom dijelu analizirati učinak odluke Saveznog ustavnog suda.

Ključne riječi: *ne bis in idem; obnova kaznenog postupka; kazneno procesno pravo; Njemačka.*

1. Uvod

Četiri desetljeća od tragičnog događaja² koji je pokrenuo širu raspravu o tome jesu li i u kojoj mjeri potrebne izmjene zakona koje bi proširile iznimke od primjene načela ne bis in

¹ Circet Deutschland SE, Rendsburger Str. 34, 30659 Hannover, Njemačka; e-mail: nenad.igrec@gmail.com

² Riječ je o kaznenom djelu silovanja i ubojstva. Osumnjičenik se teretio da je 04. studenog 1981. godine silovao i ubio 17-godišnju učenicu iz Hambührena u blizini Cellea, međutim to se tada nije moglo dokazati. Osumnjičenika je Zemaljski sud Lüneburg 1. srpnja 1982. osudio na doživotni zatvor. Savezni sud pravde poništio je presudu i proslidžio slučaj Zemaljskom sudu Stade, koji je 13. svibnja 1983. donio pravomoćnu oslobađajuću presudu. Otac žrtve godinama se borio da se suđenje ponovno otvori. Peticijom «Pravda za Frederike» prikupio je 180.000 potpisa što je dovelo do preispitivanja unutar političkih grupacija. Vladajuća koalicija stranaka CDU/CSU i SPD se 2021. nakon dugih rasprava odlučila za novu zakonsku regulativu. Usvajanjem zakonske novele iz 2021. godine koja dopušta obnovu postupka na štetu osuđenog, osuđeniku se ponovno sudi za isto kazneno djelo. Presude Zemaljskoga suda Verden od 25. veljače 2022. - 1 Ks 148 Js 1066/22 (102/22), te Višega zemaljskoga suda Celle od 20. travnja 2022. - 2 Ws 62/22, 2Ws 86/22 bile su izravni povodi za ustavnu tužbu koju njemačkom Saveznom ustavnom sudu podnosi Schwenn Kruse Georg, odvjetnik iz Hamburga, pozivajući se na neustavnost članka 362. stavka 5. StPO.

idem, njemački parlament Bundestag u ishitrenoj parlamentarnoj proceduri³ donosi izmjene i dopune Zakona o kaznenom postupku (Strafprozessordnung - StPO).⁴ Izmjene i dopune stupaju na snagu 30. prosinca 2021. godine. Iste se reflektiraju kroz izmjenu i dopunu članka 362. dodavanjem stavka 5., koji dopušta obnovu postupka na štetu osuđenog. Time se omogućava nastavak pravomoćno okončanog postupka na štetu okrivljenika ukoliko se iznesu nove činjenice ili dokazi koji, sami ili zajedno s prethodno prikupljenim dokazima, predstavljaju hitne razloge da se oslobođeni okrivljenik osudi, za ubojstvo (§ 211 des Strafgesetzbuches), genocid (§ 6 Absatz 1 des Völkerstrafgesetzbuches), zločin protiv čovječnosti (§ 7 Absatz 1 Nummer 1 und 2 des Völkerstrafgesetzbuches) ili ratni zločin (§ 8 Absatz 1 Nummer 1 des Völkerstrafgesetzbuches).⁵ Time dolazi do izjednačavanja razloga za obnovu postupka na štetu, s razlozima za obnovu postupka u korist okrivljenika. Uslijedila je ustavna tužba, te njemački Savezni ustavni sud 31. listopada 2023. godine zakonsku novelu iz 2021. godine kojom se dopušta nastavak postupka na štetu okrivljenika, proglašava ništavnom, čime stavak 5. članka 362. StPO-a nakon nepune dvije godine postaje nevažeći. Savezni ustavni sud ovu svoju odluku detaljno obrazlaže na četrdeset i jednoj stranici. Načelo ne bis in idem (nicht zweimal in derselben Sache) ima zadaću da spriječi mogućnost da se istom okrivljeniku sudi dva puta za kazneno djelo za koje je već pravomoćno osuđen. U suvremenom pravu ono je uzdignuto na najvišu razinu te ga sadržavaju mnogi međunarodnopravni dokumenti koji proklamiraju ljudska prava i temeljne slobode (Ivičević Karas, 2014, p. 271). Time se načelo ne bis in idem smatra temeljnim ljudskim pravom. Načelo ne bis in idem prepoznaje potrebu zaštite povjerenja u oslobađajuću kaznenu presudu, a članak 103. stavak 3. njemačkog Temelnog zakona daje ovoj zaštiti povjerenja ustavni status. Ovaj rad će se ograničiti na dva aspekta iz odluke Saveznog ustavnog suda. U prvom dijelu na sam tijek postupka ocjene ustavnosti te suprotnosti s ustavom i međunarodnim pravom novele iz 2021. godine, a u drugom dijelu će se analizirati učinak odluke Saveznog ustavnog suda. Stoga, u radu će se koristiti normativna, te empirijska metoda.

³ Parlamentarna procedura uslijedila je nakon prijedloga koji podnose političke frakcije CDU/CSU i SPD dana 08. lipnja 2021. O istom prijedlogu raspravlja parlamentarni Odbor za pravosuđe na sjednici dana 23. lipnja 2021. gdje prijedlog dobiva potporu, no glasovanju za prijedlog, uz predlagatelje, pridružila se još samo jedna stranačka frakcija (AfD), dok su sve ostale parlamentarne stranke zastupljene u Odboru bile protiv prijedloga. U koaliciji stranaka CDU/CSU i SPD ostali su pri svom nacrtu zakona, redefinirali su uvjete pod kojima se može obnoviti kazneni postupak, odnosno ako se "iznesu nove činjenice ili dokazi koji, sami ili u sprezi s prethodno prikupljenim dokazima, predstavljaju hitne razloge da se oslobođeni optuženik osudi za ubojstvo, genocid i zločin protiv čovječnosti ili ratni zločin". Prijedlog od 11. do 24. lipnja 2021. prolazi parlamentarnu proceduru, što predstavlja vrlo kratak period za odlučivanje o ovako važnom zakonskom prijedlogu. Nakon Bundestaga prijedlog je upućen na Savezno vijeće (Bundesrat) koji u svom zaključku od 17. rujna 2021. traži saveznu Vladu da se u budućnosti pozabavi ovim pitanjem, te ga podvrgnute ponovnom ispitivanju. Zakonska izmjena članka 362. ovime prolazi zakonodavnu proceduru, te ista nakon potpisivanja od strane njemačkog saveznog Predsjednika 30. prosinca 2021. stupa na snagu.

⁴ Strafprozessordnung (StPO) in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. April 1987 (BGBl. I S. 1074, 1319), die zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 26. Juli 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 203).

⁵ Izmjene i dopune Zakona o kaznenom postupku, članku 362 dodaje se stavak 5; § 362 StPO n.F. (neue Fassung) in der am 30.12.2021 geltenden Fassung durch Artikel 1 G. v. 21.12.2021 (BGBl. I S. 5252).

2. Postupak ocjene ustavnosti novele iz 2021. godine

Postupak za ocjenu ustavnosti spornog stavka 5. iz članka 362. Zakona o kaznenom postupku (StPO) Savezni ustavni sud pokreće temeljem ustavne tužbe. Podnositelj ustavne tužbe je još 1981. godine optužen za kazneno djelo silovanje i ubojstvo učenice. Kazneni postupak protiv njega okončan je 1983. godine oslobađajućom presudom. Zabrana ne bis in idem u slučaju kaznenog djela iz 1981. godine, nedvojbeno predstavlja svojevrstu sankciju državnim vlastima za nepotpuno i nemarno istraživanje kaznenog djela (Roxin, 2009, p. 397), što dovodi do oslobađajuće pravomoćne presude. Oslobađajuća presuda donesena je uslijed nedostatka dokaza. U nedostatku dokaza sud je dužan primijeniti pravilo in dubio pro reo. Njemački Savezni ustavni sud u presudi iz 1974., navodi; da izraz "in dubio pro reo" jednostavno upućuje suca kako mora postupiti, u smislu pravne posljedice koja najmanje opterećuje optuženika, ako ne može biti siguran u činjenicu koja je relevantna za odluku. Pravilo in dubio pro reo dakle nije prekršeno ako je sudac trebao sumnjati, nego samo ako je osudio i ako je sumnjao.⁶ Pravilo in dubio pro reo „dvojbu o postojanju činjenica koje tvore obilježja kaznenog djela ili o kojima ovisi primjena kaznenog zakona sud rješava presudom na način koji je povoljniji za okrivljenika“ (Krapac, 2020, p. 127). Holtappelsova studija upućuje na to da je njemački pravnik Stübel iskovao izraz „in dubio pro reo“ u jednom svojem djelu iz 1811. godine (Holtappels, 1965, p. 82). Time je vidljivo da pravilo in dubio pro reo spada u pravila duge pravne tradicije. U veljači 2022. godine postupak je ponovno pokrenut zbog novih dokaza temeljenih na članku 362. stavak 5. StPO, koji je stupio na snagu 30. prosinca 2021. Prema toj odredbi kazneni postupak može se obnoviti na štetu osobe koja je pravomoćno oslobođena ako na temelju novih činjenica ili dokaza postoje hitni razlozi da se ta osoba osudi za ubojstvo ili neka međunarodna kaznena djela. Savezni ustavni sud sada mora odlučiti je li pokretanje obnove postupka bilo zakonito. Prva rasprava održana je 24. svibnja 2023. Savezni ustavni sud time ne odlučuje samo o pitanju iz konkretnog predmeta, već i o temeljnom pitanju je li novi zakon kompatibilan s Temeljnim zakonom. Savezni ustavni sud u svom priopćenju od 31. listopada 2023. objavljuje da je zakonska regulativa za nastavak kaznenog postupka na štetu oslobođene osobe iz članka 362. stavka 5. StPO-a neustavna.⁷ Odluka je donesena, sa 6 naspram 2 glasa ustavnih sudaca, po pitanju ravnoteže prava na jednaka temeljna prava prema članku 103. stavku 3. Temeljnog zakona. Sutkinja Langenfeld i sudac Müller dali su posebno mišljenje o ovom pitanju. U obrazloženju presude drugog Senata⁸ Saveznog ustavnog suda od 31. listopada 2023. godine, broj 2 BvR 900/22, se navodi, da je članak 362. stavak 5. Zakona o kaznenom postupku (StPO) u suprotnosti sa zabranom višestrukog kaznenog progona iz članka 103. stavka 3. Temeljnog zakona i zabranom retroaktivnosti (čl. 103. st. 3. u vezi s čl. 20. st. 3. GG),⁹ te se isti proglašava nevažećim.

⁶ Bundesverfassungsgericht, 2 BvR 407/74, presuda iz 1974. godine.

⁷ Priopćenje Ustavnog suda Savezne Republike Njemačke, broj 94/2023 od 31.10.2023. godine, <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2023/bvg23-094.html> (pregled 20.02.2023.)

⁸ Vidi detaljnije: BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 31. Oktober 2023 - 2 BvR 900/22 -, Rn. 1-38, https://www.bverfg.de/e/rs20231031_2bvr090022.html pregled 20.02.2024.

⁹ Članak 20. Temeljnog zakona stavak 3.; Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.

2.1. Principi na kojima se zasniva odluka Saveznog ustavnog suda

Savezni ustavni sud se prilikom donošenja odluke vodi sljedećim principima:

- 1) temeljno pravo iz članka 103. stavka 3. Temeljnog zakona ne sadrži samo zabranu višestrukog kažnjavanja, već zabranu višestrukog kaznenog progona,¹⁰ čime se jednako štite i osuđeni i oslobođeni;
- 2) nastavak postupka na štetu oslobođenog djeluje i na zakonodavca kada obnovom kaznenog postupka stvara zakonske pretpostavke za obnovu kaznenog progona;
- 3) zabrana višestrukog kaznenog progona propisana člankom 103. stavkom 3. Temeljnog zakona daje prednost pravnoj sigurnosti nad materijalnim pravom.¹¹ Ova prioriteta odluka nije otvorena za relativiziranje zabrane odmjeravanjem s drugim pravnim interesima od ustavne važnosti, tako da zakonodavac u oblikovanju prava nema manevarskog prostora.
- 4) Članak 103. stavak 3. Temeljnog zakona štiti pojedinca od ponovnog progona prema općim kaznenim zakonima samo ako je njemački sud već donio pravomoćnu kaznenu presudu za isto kazneno djelo;
- 5) u okviru ovog ograničenog zaštitnog sadržaja, članak 103. stavak 3. Temeljnog zakona općenito ne zabranjuje nastavak kaznenog postupka na štetu nositelja temeljnih prava, ali barem zabranjuje nastavak na temelju novih činjenica ili dokaza;
- 6) oni koji su oslobođeni mogu se osloniti na činjenicu, da se pravna snaga oslobađajuće presude može poništiti samo na temelju pravne situacije koja je primjenjiva u trenutku kad oslobađajuća presuda stupi na snagu.

2.2. Obrazloženje odluke Saveznog ustavnog suda

Savezni ustavni sud detaljno obrazlaže svoju odluku na četrdeset i jednoj stranici. Ustavna tužba odnosi se na pitanja je li dozvoljena obnova kaznenog postupka na štetu osobe koja je zbog novih činjenica ili dokaza pravomoćno oslobođena u skladu s člankom 103. stavkom 3. Temeljnog zakona i može li se novi propis primjenjivati retroaktivno. Savezni ustavni sud navodi da stavci 1. do 4. članka 362. StPO-a nisu suprotni Temeljnom zakonu. Prema njima obnova postupka na štetu okrivljenika dozvoljena je samo ukoliko se radi o presudi temeljenoj na nezakonitim dokazima, lažnom iskazu svjedoka, počinjenju kaznenog djela od strane pravosudnog dužnosnika koji sudjeluje u postupku odlučivanja, te u slučaju naknadnog priznanja krivnje. Ustavni sud navodi da se takva zakonska regulativa koju propisuju stavci 1. do 4. iz članka 362. StPO-a, može pronaći i u Zakonu o kaznenom postupku od 1. veljače 1877. (Reichsstrafprozessordnung, RGBI S. 253 ff.). Savezni ustavni sud smatra spornim samo stavak 5. koji dopušta obnovu postupka na štetu okrivljenika ako se iznesu nove činjenice ili dokazi. Uvođenju članka 362. stavka 5. StPO-a prethodilo je nekoliko pokušaja reforme, a svaki je bio potaknut pojedinačnim slučajevima kao npr. krajem 1992. u slučaju novinara koji je umro u

¹⁰ Vidi također i Gröbl, M., Die strafprozessuale Wiederaufnahme in malam partem und das Verfassungsrecht, Zeitschrift für das Juristische Studium, 1/2022., str. 10.

¹¹ Vidi i Schweiger, T., 2022., str. 406.

koncentracijskom logoru 1938. godine.¹² Parlamentarna stranka SPD-a zatim je 1993. i ponovno 1996. u Bundestagu predstavila prijedlog zakona za sveobuhvatnu reformu Zakona (StPO), obnova na štetu okrivljenika (Wiederaufnahmerechts),¹³ te nakon kontroverzne rasprave, Odbor za pravosuđe njemačkog Bundestaga nije vidio potrebu za sveobuhvatnom reformom, a članak 362. StPO-a ostao je nepromijenjen.¹⁴ Pokušaj zakonskih izmjena uslijedio je ponovo u rujnu 2007. kada su pokrajina Sjeverna Rajna-Vestfalija i Slobodni grad Hamburg podnijeli Saveznom vijeću (Bundesrat) nacrt zakona prema kojem bi se u slučajevima dovršenog ubojstva nekih zločina prema međunarodnom kaznenom zakonu trebalo dopustiti ponovno suđenje.¹⁵ Ni ovdje u konačnici nije došlo do promjene zakona.¹⁶ Kao i prethodna četiri prijedloga za izmjenu zakona i posljednji prijedlog iz 2021. godine bio je motiviran pojedinačnim slučajem iz 1981. godine. Ovaj put predložene izmjene i dopune članka 362. su u samo trinaest dana izglasane u Bundestagu, unatoč argumentima da su takve izmjene neustavne, a koji su dolazili iz stručnih i znanstvenih krugova, te izraženim negativnim mišljenjima pojedinih parlamentarnih stranaka na sjednici Odbora za pravosuđe. Ignoriranjem stručnih i znanstvenih mišljenja, zakonodavac donosi ishitrenu odluku, koja je politički motivirana, te se novela iz 2021. godine kojom dolazi do povrede načela *ne bis in idem*, morala naći pred njemačkim Saveznim ustavnim sudom.

2.2.1. Mišljenja na koja se poziva Savezni ustavni sud

U odjeljku 27 obrazložene presude Savezni ustavni sud navodi pristigle komentare na izmjenu članka 362. stavka 5. StPO-a, koje je isti zatražio od predstavnika političkih stranaka koje su zastupljene u Bundestagu, pokrajinskih vlada te strukovnih i znanstvenih organizacija. Stoga, Savezni ustavni sud stoga svoju odluku ne želi temeljiti samo na vlastitom mišljenju već uzima u obzir i mišljenje relevantnih strukovnih i znanstvenih organizacija i samog donositelja zakona.

¹² Krajem 1992., u slučaju novinara Carla von Ossietzkog, koji je 1938. umro u koncentracijskom logoru, počelo je ponovno otvaranje kaznenog postupka koji je tražila njegova kći, a koji je 1931. okončan osudom Ossietzkog na Sudu Reicha za izdaju, obnova nije pokrenuta. Bundesgerichtshof, Entscheidungen in Strafsachen (BGHSt 39, 75)

¹³ Predloženo je "zbog ustavnog načela 'ne bis in idem' (čl. 103. st. 3. GG) po uzoru na strane pravne sustave" dopustiti obnovu "ako se pruže nove činjenice ili dokazi koji, sami ili zajedno s prethodno prikupljenim dokazima, isključuju svaku razumnu sumnju da će okrivljenik biti osuđen za počinjenje ubojstva (§ 211 StGB) ili genocida (§ 220a StGB), saslušanje u novom glavnom postupku". Vidi: (BTDrucks 12/6219, str. 1. i 3.). <https://dserver.bundestag.de/btd/12/062/1206219.pdf> pregled 23.02.2024.

¹⁴ Vidi mišljenje Odbora: (BTDrucks 13/10333, str. 4.) <https://dserver.bundestag.de/btd/13/103/1310333.pdf> pregled 23.02.2024.

¹⁵ Prema ovom zakonskom prijedlogu, treba dopustiti ponovno suđenje protiv okrivljenika „ako se na temelju novih saznanja, znanstveno priznatih tehničkih istražnih metoda koje nisu bile dostupne kada je presuda donesena [...], mogu pružiti nove činjenice ili dokazi"; vidi: (BRDrucks 655/07, str. 1.); (BTDrucks 16/7957, str. 5.). Povod za ovu inicijativu bio je slučaj u kojem je 1993. godine u pljački ubijena djelatnica videoteke, a 2004. godine vještačenjem čestica kože izuzetih iz dokaznog materijala isti bi se mogli pripisati osobi koja je ranije bila oslobođena zbog nedostatka dokaza.

¹⁶ Odbor za pravosuđe njemačkog Bundestaga na 130. sjednici od 12. ožujka 2009. donosi odluku o ovom zakonskom prijedlogu. Vidi priopćenje (BRDrucks 222/10) <https://dserver.bundestag.de/brd/2010/0222-10.pdf> pregled 23.02.2024.

2.2.1.1. Mišljenja klubova zastupnika njemačkog Bundestaga

Prema zajedničkom priopćenju klubova zastupnika BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN i FDP-a, članak 362. stavak 5. Zakona o kaznenom postupku je zbog povrede članka 103. stavka 3. Temelnog zakona neustavan. Spomenute političke frakcije isto su mišljenje dale i na Odboru za pravosuđe Bundestaga, prije samog izglasavanja zakonskih izmjena (presuda 2 BvR 900/22, odjeljak 29).

Koalicija frakcija CDU/CSU i SPD-a, koji su i predlagatelji zakonskih izmjena, zastupa suprotno stajalište. Klub zastupnika SPD-a ustavnu tužbu smatra neosnovanom, a članak 362. stavak 5. StPO-a ustavnim (odjeljak 34). U svom obrazloženju navode da članak 103. stavak 3. Temelnog zakona nije povrijeđen, te da prema jasnom tekstu, norma ne sadrži zabranu višestrukog gonjenja, već samo zabranu višestrukog kažnjavanja, amatrajući da se ova odredba ne odnosi na članak 362. stavak 5. StPO-a, zbog nedostatka kazne u početnom postupku. Nadalje navode da se suprotno stajalište Saveznog suda temelji na bitno pogrešnoj premisi, budući da ustavna osnova zabrane višestrukog kaznenog progona nije identična onoj zabrane dvostrukog kažnjavanja. Zabranu višestrukog kaznenog progona treba promatrati kao dio načela vladavine prava iz članka 20. stavka 3. Temelnog zakona. Tada je moguća ravnoteža s drugim načelima ustavne države, u ovom slučaju materijalnom pravdom. Novi je propis također razmjeran jer sadrži niz materijalnih i postupovnih ograničenja. Navode se osobito hitni razlozi za osudu, te ograničenja na osobito teška kaznena djela. Priblžavanje materijalnoj istini bitan je instrument njemačkog kaznenog procesnog prava. No, za razliku od adverbno procesnog modela, njega ne karakteriziraju elementi natjecanja, a posebice ideja da država ima samo jedan pokušaj osude počinitelja. U SPD-u smatraju da se argument „probijanja brane“, korišten protiv nove zakonske izmjene, ne temelji na valjanoj procjeni rizika. Prema mišljenju SPD-a također nije došlo do povrede zabrane retroaktivnosti. Primarni ciljevi zaštite općeg dobra, kojima zakonodavac teži s člankom 362. stavak 5. StPO-a, mogu se postići samo ako se odredba također primjenjuje na slučajeve u kojima su pogođeni već pravomoćno oslobođeni i prije stupanja na snagu nove uredbe.

Klub zastupnika CDU/CSU također smatra ustavnu tužbu neosnovanom. Navode kako se ustavotvorac odlučio za suženu verziju članka 103. stavka 3. Temelnog zakona (odjeljak 40). Njegovo temeljno jamstvo zabranjuje dvostruko kažnjavanje i kazneni progon u svrhu dvostrukog kažnjavanja, ali ono ne uključuje opću zabranu višestrukog kaznenog progona. Zapravo isti navode da u smislu dogme temeljnih prava, dvostruka kazna se značajno razlikuje od ponovnog kaznenog progona. Budući da su postojali priznati razlozi za obnovu kaznenog progona prema kaznenom postupku i ustavnom pravu, članak 103. stavak 3. Temelnog zakona ne može propisivati apsolutnu zabranu višestrukog progona. Opseg jamstva u članku 103. stavku 3. Temelnog zakona također nije u skladu s ustavnom pravnom situacijom, stoga je moguće proširenje članka 362. StPO-a, uključujući nastavak postupka na temelju novih činjenica ili dokaza. Istina je da je osnovno jamstvo članka 103. stavka 3. Temelnog zakona stabilno, međutim iz Temelnog zakona ili iz sudske prakse Saveznog ustavnog suda ne može se izravno zaključiti da je srž državne radnje, zabranjene člankom 103. stavkom 3. Temelnog zakona, zabrana nastavka postupka na temelju novih činjenica. Ne postoji poseban standard za test proporcionalnosti, kao što je ograničavanje prava na ispravke granica ili nepodnošljivi zahtjev. Postoji samo potreba za suzdržanošću prilikom

postavljanja ustavnih standarda, konkretno navodeći da ni o jednom spornom pitanju kaznenog procesnog prava ne bi trebao odlučivati Savezni ustavni sud. Stupanjem zakona na snagu, sam po sebi ne prestaje interes javnosti, a posebno žrtve za učinkovitim kaznenim progonom, koji je prepoznat kao legitiman ustavni cilj. Umjesto toga, uz rješavanje uvjeta pravne snage prema staroj verziji članka 362. StPO-a, nove činjenice ili dokazi također bi mogli poništiti oslobađajuću presudu i interes za učinkoviti kazneni progon. Članak 362. stavak 5. StPO-a ograničen je na djela s iznimnom razinom nepravde i osigurava da funkcija umirivanja kaznenog prava nije oštećena činjenicom da se sumnja ne može istražiti. Zaključno klub zastupnika CDU/CSU navodi da je članak 362. stavak 5. StPO-a prikladan, potreban i primjeren (odjeljak 42). Pravna savjetnica Schweiger smatra da rezultat ovakvih zakonskih izmjena predstavlja medvjedu uslugu njemačkom pravu na obnovu postupka, od strane zakonodavca (Schweiger, 2022, p. 406).

2.2.1.2. Mišljenje pokrajinskih vlada

U svojim komentarima pokrajinske vlade, Donje Saske, Slobodne Države Bavarske, Brandenburg i Hessena smatraju članak 362. stavak 5. StPO-a ustavnim, a ustavnu tužbu neosnovanom, dok u pristiglom komentaru pokrajinska Vlada Slobodne Države Turingen smatra da je članak 362. stavak 5. protuustavan zbog kršenja članka 103. stavka 3. Temelnog zakona (odjeljak 44). Ovakva podijeljena mišljenja ne čude s obzirom na to da na čelu Vlada koje su za zakonske izmjene sjede predstavnici iz redova predlagatelja CDU/CSU i SPD, dok Predsjednik vlade iz Turingena koja zakonske izmjene smatra protuustavnima dolazi iz stranačke opcije DIE LINKE, koja se takvoj zakonskoj izmjeni usprotivila i na Odboru za pravosuđe u Bundestagu.

2.2.1.3. Mišljenje strukovnih i znanstvenih organizacija

Svoj komentar zakonskih izmjena Saveznom ustavnom sudu uputili su i Radna skupina za alternativni nacrt, Udruga njemačkih odvjetnika i Organizacijski ured udruga za obranu od kaznenih djela, kao i ravnateljica Instituta Max Planck u Freiburgu (odjeljak 45).

Radna skupina za alternativni nacrt navodi, (odjeljci 46-48) da bismo razumjeli članak 362. stavak 5. StPO-a, prethodna optužba ne mora nužno uključivati djela iz kataloga ili čak zločin protiv života. Standard o tome kada se neka činjenica ili dokaz treba smatrati novim ne može se odrediti jedinstveno, unatoč jedinstvenom tekstu u članka 359. stavak 5.¹⁷ i članku 373a StPO-a.¹⁸ Suprotnim se smatra i samo obrazloženje prijedloga zakona. Upitno je hoće li biti obuhvaćeno samo dovršeno djelo ili samo počinjenje kaznenog djela, tim više što poticanje ne zastarijeva ništa više od pokušaja. Odabir pet kaznenih djela ne čini se dosljednim

¹⁷ Članak 359. obnova u korist osuđenog, stavak 5.; Dopušten je nastavak postupka koji je pravomoćno okončan u korist osuđenog, ako se iznesu nove činjenice ili dokazi koji, sami ili u vezi s prethodno prikupljenim dokazima, mogu opravdati oslobađanje optuženika, ili primjenu blažeg kaznenog zakona, blažu kaznu ili bitno drugačiju odluku o sigurnosnoj mjeri.

¹⁸ Članak 373a., Postupak u slučaju kaznenog naloga, (1) Obnavljanje postupka koji je pravomoćno okončan kaznenim nalogom na štetu osuđenika dopušteno je i ako se iznesu nove činjenice ili dokazi koji, sami ili zajedno s prijašnjim dokazima, mogu opravdati osudu za kazneno djelo.

jer zastara nije jasan pokazatelj težine učinjene nepravde. Primjerice za međunarodna kaznena djela, zastara se temelji na međunarodnom običajnom pravu i proteže se na djela vrlo različitih razina nepravde. Također se čini upitnim postoji li praktična potreba za ponovnim pokretanjem postupaka za međunarodna kaznena djela kako bi se izbjegli nepodnošljivi rezultati budući da isto u procesnim pravilima Međunarodnog kaznenog suda uopće nije dopušteno. S obzirom na pravne posljedice, treba napomenuti da bi, u nedostatku restriktivnih uvjeta, članak 362. stavak 5. StPO-a teoretski mogao dovesti do ukidanja svake oslobađajuće presude i osude za bilo koje kazneno djelo. Pretpostavka zakonodavca da je proširenje članka 362. StPO-a ustavno dopušteno, te da odgovara prevladavajućem mišljenju nije točna. Sukladnost novog propisa, s člankom 103. stavkom 3. Temeljnog zakona također se čini upitnom, s obzirom na sudsku praksu Saveznog ustavnog suda. Zabrana novog postupka ako se promijeni pravno stanje ili saznaju nove činjenice ili dokazi nije sporedna posljedica, nego glavna svrha materijalno pravne snage. To proizlazi iz razvoja instituta pravne snage u rimskom pravu i odnosi se jednako na osuđujuće i na oslobađajuće presude. Radna skupina za alternativni nacrt u zaključku navodi, budući da je ograničen samo na oslobađajuće slučajeve i pojedina kaznena djela, članak 362 stavak 5. StPO-a također krši članak 3. stavak 1. Temeljnog zakona.¹⁹

Udruga njemačkih odvjetnika i Organizacijski ured udruga za obranu od kaznenih djela, vide novu zakonsku izmjenu kao kršenje članka 103. stavka 3. Temeljnog zakona i opće zabrane retroaktivnosti, pozivajući se na ranije odluke Saveznog ustavnog suda, koji je zauzeo također takvo stajalište (odjeljak 49).

Prema riječima ravnateljice Instituta Max Planck članak 362. stavak 5. StPO-a je ustavan smatrajući da se prava žrtava moraju više staviti u prvi plan. U testu razmjernosti obje strane imaju individualna prava koja se moraju uzeti u obzir sveobuhvatno u skladu s načelom praktične usklađenosti. U tom kontekstu, teza o apsolutnoj, općoj zabrani vaganja nikako nije uvjerljiva. Članak 362. stavak 5. StPO-a može se klasificirati kao odgovarajuće ograničenje članka 103. stavka 3. Temeljnog zakona, pod tri uvjeta. Prvo, propisano ograničenje na ubojstva i zločine prema međunarodnom pravu osigurava da su obuhvaćene samo situacije u kojima postoje subjektivna prava obje strane, koja treba odvagnuti. Drugo, „hitni razlozi“ zahtijevaju ustavnopravno tumačenje u smislu da mora postojati vrlo velika vjerojatnost kaznene odgovornosti, a što u ovom slučaju jest. Treće, pravomoćno osuđenim počiniteljima mora se ublažiti kazna, kao odšteta za kaznene postupke koje su morali dva puta izdržati (odjeljak 50).

Nakon pristiglih komentara i mišljenja Senat Saveznog ustavnog suda je 24. svibnja 2023. održao usmenu raspravu na kojoj su sudionici postupka dopunili i produbili svoje dosadašnje navode. Savezni ustavni sud zaključuje da je ustavna tužba dopuštena i osnovana. Obnova kaznenog postupka protiv podnositelja tužbe je protuustavna. Njegova pravna osnova, neizravno napadnuti članak 362. stavak 5. StPO-a, krši članak 103. stavak 3. Temeljnog zakona, koji jasno govori da nitko ne može biti više puta kažnjen za isto djelo po općem kaznenom pravu.

¹⁹ Temeljni zakon Savezne Republike Njemačke, članak 3. stavak 1.; Svi su ljudi jednaki pred zakonom.

2.2.2. Izdvojena mišljenja ustavne sutkinje Langenfeld i ustavnog suca Müllera

Savezni ustavni sud u svom priopćenju od 31. listopada 2023. objavljuje svoju Odluku u svezi članka 362. stavak 5. StPO-a. Odluka je donesena, sa 6 naspram 2 glasa ustavnih sudaca, po pitanju ravnoteže prava na jednaka temeljna prava prema članku 103. stavku 3. Temelnog zakona. Ustavna sutkinja Langenfeld i ustavni sudac Müller dali su posebno mišljenje o ovom pitanju.²⁰ Tako navode da ne možemo slijediti mišljenje većine u Senatu da je članak 103. stavak 3. Temelnog zakona u osnovi proturječan postojećim razlozima za obnovu postupka na štetu dotične osobe te da je sadržaj jamstva iz članka 103. stavka 3. Temelnog zakona u osnovi otvoren za odmjeravanje sukobljenih ustavnih interesa i za dopunu postojećih razloga za obnovu postupka. Kad bi članak 103. stavak 3. Temelnog zakona bio u potpunosti uravnotežen, od samog početka ne bi bilo mjesta za bilo kakvo ponovno otvaranje postupka na štetu oslobođene osobe. Po njihovom mišljenju, zakonodavac je slobodan dopuniti postojeće razloge za obnovu na štetu oslobođene osobe, uzimajući u obzir uska ustavna ograničenja koja proizlaze iz članka 103. stavka 3. Temelnog zakona. Oslanjanje većine u Senatu na navode iz članka 103. stavka 3. Temelnog zakona, kako bi se opravdala ravnoteža zakonske odredbe nije uvjerljivo. Kako Senat navodi, članak 103. stavak 3. Temelnog zakona predstavlja poseban oblik zaštite legitimnih očekivanja ukorijenjenih u načelu vladavine prava, koji se odnosi isključivo na kazneni postupak. Stoga nije jasno zašto bi zakonodavac trebao biti spriječen da predvidi daljnje iznimke od načela *ne bis in idem*, ako one ispunjavaju opće ustavne uvjete za dopuštenost takvih ograničenja i dopuštene su potpore inherentnim ograničenjima članka 103. stavak 3. Temelnog zakona. Razlike koje navodi većina u Senatu između postojećih razloga za ponovno otvaranje postupka u članku 362. stavcima 1. do 4. i osporene norme članka 362. stavak 5. StPO-a nisu prikladne za podupiranje takve kategoričke diferencijacije s obzirom na njihovu ravnotežu. Njihovo stajalište je, kako postojeći propisi omogućavaju da se ponavljanje pravomoćno okončanog kaznenog postupka na štetu okrivljenika može uzeti u razmatranje, samo ako se odluka temelji na vaganju između težine razloga za ponavljanje i temeljne brige za sankciju koja je sadržajno prikladna krivnji. Ustavotvorac je nedvojbeno pretpostavio takvu prevagu za kaznena djela standardizirana u članku 362 stavci 1. do 4. StPO-a, što dokumentira da postoje ustavno bezopasni slučajevi u kojima se povlači prioritet pravne sigurnosti, normiran u članku 103. stavku 3. Temelnog zakona.

Tradicionalni razlozi za ponovni postupak u članku 362. stavcima 1. do 3. StPO-a predviđaju ponovni postupak u slučaju ozbiljnih proceduralnih nedostataka, što omogućuje ispravak kvalificiranih manjkavih dokaza. U slučaju članka 362. stavka 5. također se radi o ispravljanju oslobađajuće presude do koje je došlo zbog nedostatka dokaza u prvotnoj glavnoj raspravi, a što je postalo očito tek naknadno.

Osim činjenice da bi stajalište senatske većine fosiliziralo slučajnosti pred ustavne pravne situacije u ustavnom pravu, ovo je stajalište povezano s proturječjima u vrednovanju koje je teško razriješiti. Konkretno, teško je objasniti zašto se mora podizati nova optužnica protiv oslobođenog koji se okoristio krivotvorenom ispravom u kaznenom postupku (koju nije ni

²⁰ Izdvojena mišljenja ustavne sutkinje Langenfeld i ustavnog suca Müllera; Izvješće za medije Nr. 94/2023; <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2023/bvg23-094.html> pregled 20.02.2024.

morao sam krivotvoriti), a ne protiv nekoga tko je suđen za ubojstvo, a počinitelj je pritom osuđen temeljem molekularno genetskog izvješća. Također je teško razumjeti zašto se u predmetu u kojem se nakon oslobađajuće presude ponovno sudi počinitelju koji je priznao ratni zločin, a dok njegov pomagač koji je također oslobođen i nije priznao, ostaje nekažnjen unatoč pojavi novih, neoborivih dokaza.

Suprotno onome što vjeruje većina u Senatu, značenje i svrha članka 103. stavka 3. Temelnog zakona ne zahtijeva njegovu ravnotežu. Svrha članka 103. stavka 3. Temelnog zakona kao prava pojedinca je ograničiti pravo države na kažnjavanje radi pravne sigurnosti pojedinca. Osim toga, članak 103. stavak 3. Temelnog zakona također služi osiguranju pravnog mira, međutim odluka se ne poništava ograničenjem u članku 103. stavku 3. Temelnog zakona, koji u iznimnim slučajevima daje prednost pravu države na kažnjavanje kako bi se postigla materijalna pravda. Stoga zakonodavac može uzeti u obzir, da pravni mir također može pretrpjeti štetu, primjerice u slučaju najtežih kaznenih djela u smislu članka 362. stavka 5. StPO-a, osoba ostane nekažnjena unatoč uvjerljivim dokazima. Zakonodavac je uzeo u obzir potrebu da pravo države na kažnjavanje u takvim slučajevima bude što potpunije, određivši da ta kaznena djela ne podliježu zastari.

Korištenje kaznenog postupka u skladu s člankom 103. stavkom 3. Temelnog zakona stoga u osnovi ne isključuje daljnje ograničenje dopunom osnova za ponovno pokretanje postupka člankom 362. stavkom 5. StPO-a. Ne postoji rizik od «pucanja brane» s obzirom na ograničenje na najteža zakonska kaznena djela i druge uske činjenične zahtjeve norme. Omogućavanje ponovnog suđenja u skladu s člankom 362. stavkom 5. služi za provedbu prava države da kazni nekoliko posebno teških zločina. Temeljni cilj je stabilizirati i osigurati pravni mir, te provesti norme za zaštitu subjektivnih pravnih interesa najvišeg ranga i temeljnih interesa međunarodnog prava.

Je li specifičan dizajn osporene norme članka 362. stavka 5. StPO-a razmjernan u užem smislu i dovoljno definiran u svakom pogledu, zahtijevalo bi detaljnije ispitivanje. Bez obzira na postojeće dvojbe o usklađenosti konkretnog oblikovanja osporene norme s načelima razmjernosti i izvjesnosti, postoji povreda zabrane stvarne retroaktivnosti iz članka 103. stavka 3. u vezi s člankom 20. stavkom 3. Temelnog zakona.

2.3. Nastavak kaznenog postupka u skladu s Temeljnim zakonom

Savezni ustavni sud navodi da stavci 1. do 4. članka 362. StPO-a nisu suprotni Temeljnog zakonu. Iznimke od načela *ne bis in idem* (*nicht zweimal in derselben Sache*) propisane su u Zakonu o kaznenom postupku (*Strafprozeßordnung*, StPO)²¹ koji je stupio na snagu 1987. godine. Prema članku 362. stavci 1. do 4. StPO-a, kojem je novelom iz 2015. godine pridodan naslov „Nastavak na štetu osuđenog”,²² dopušten je nastavak postupka koji je pravomoćno okončan na štetu okrivljenika. Navodeći da je nastavak postupka dopušten ukoliko je isprava

²¹ Strafprozessordnung (StPO) in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. April 1987 (BGBl. I S. 1074, 1319), die zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 26. Juli 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 203).

²² Novela ne donosi izmjene članka, već istom pored naziva članka dodaje naslov „Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten“. Vidi: § 362 StPO n.F. (neue Fassung) in der am 25.07.2015 geltenden Fassung durch Anlage 1 G. v. 17.07.2015 (BGBl. I S. 1332).

koja je na glavnoj raspravi predstavljena kao prava u njegovu korist lažna ili krivotvorena, ako je svjedok ili vještak kriv za namjernu ili nehajnu povredu obveze prisega ili za namjerno davanje lažnih izjava bez prisega prilikom davanja iskaza ili mišljenja u korist optuženika, ako je sudac ili sudac porotnik sudjelovao u donošenju presude i bio je kriv za kazneno djelo povrede službene dužnosti u vezi s predmetom, te ako oslobođena osoba vjerodostojno prizna kazneno djelo pred sudom ili izvan rasprave. Nastavak postupka na štetu osuđenog time je dopušten samo ukoliko se radi o presudi temeljenoj na nezakonitim dokazima, lažnom iskazu svjedoka, počinjenju kaznenog djela od strane pravosudnog dužnosnika koji sudjeluje u postupku odlučivanja, te u slučaju naknadnog priznanja krivnje. Moderna pravila kojima se zabranjuje da se u kaznenom postupku činjenice utvrde putem nezakonitog dokaza danas su vrlo važna. Razvila su se evolucijom shvaćanja o cilju kazneno procesnog prava, posebice njegovoj zaštiti temeljnih prava i sloboda građana (Krapac, 2020, p. 445). Njemački Zakon o kaznenom postupku također definira pravila u svezi zabranjene metode ispitivanja i zabrane uporabe dokaza. Članak 136a (StPO) jasno propisuje ta pravila, sloboda optuženika da odlučuje i vrši svoju volju ne smije biti narušena zlostavljanjem, umorom, fizičkim zahvatom, davanjem sredstava, mučenjem, obmanom ili hipnozom. Prisila se može koristiti samo u mjeri u kojoj to dopušta zakon o kaznenom postupku. Zabranjena je prijetnja mjerom koja nije dopuštena njegovim propisima i obećanje prednosti koje nije predviđeno zakonom. Također nisu dopuštene mjere kojima se oštećuje pamćenje ili sposobnost razumijevanja optuženika. Takve zabrane primjenjuje se bez obzira na pristanak optuženika. Stoga se izjave koje su dane u suprotnosti s ovom zabranom ne smiju koristiti, čak ni ako optuženi pristane na korištenje. Zabrane se isto tako odnose i na svjedoka. Zabrana mučenja također je i konvencijsko pravo iz članka 3. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda,²³ prema istom nitko se ne smije podvrgnuti mučenju ni nečovječnom ili ponižavajućem postupanju ili kazni. U teoriji se dokazne zabrane dijele u dvije temeljne skupine: zabrane prikupljanja dokaza *Beweiserhebungsverbote* i zabrane ocjene dokaza *Beweisverwertungsverbote* (Dencker, 1977, p. 27). Iako se u kaznenom postupku kakav je njemački, čija je nit vodilja načelo materijalne istine, dokaznim zabranama i danas pristupa s određenom dozom sumnjičavosti, one su s vremenom stekle opću prihvaćenost (Martinović i sur., 2016, p. 315). Nastavak postupka pa i u slučaju da optuženik naknadno prizna krivnju mora biti zasnovano na načelu pravičnosti (*Grundsatz der Gerechtigkeit*). Pravo na pošteno suđenje, također je i konvencijsko pravo koje proizlazi iz članka 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.

Osim obnove postupka na štetu osuđenog, njemačko kazneno pravo dopušta obnovu postupka i u korist osuđene osobe. Članak 359. već u samom naslovu ističe da se radi o obnovi postupka u korist osuđene osobe.²⁴ Prema istom dopušten je nastavak pravomoćno okončanog postupka u korist osuđenog, ukoliko je do presude došlo na temelju lažnih ili krivotvorenih isprava, ako je svjedok ili vještak kriv za namjernu ili nehajnu povredu dužnosti prisega ili za namjerno davanje lažnih izjava bez zakletve prilikom davanja iskaza ili mišljenja na štetu osuđenog. Obnova postupka u korist osuđenog dopuštena je i ako je presudu donio sudac ili sudac porotnik koji je u vezi s tim počinio kazneno djelo povrede službene dužnosti, pod uvjetom da povredu nije prouzročio sam osuđenik, te ukoliko je presuda parničnog suda na kojoj

²³ (Europska) Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, MU 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10, 13/17.

²⁴ Vidi: § 359 StPO; „Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten“.

se temelji kaznena presuda ukinuta drugom pravomoćnom presudom. Za razliku od obnove na štetu okrivljenika, u njegovu korist dopuštena je obnova i u slučaju ako se iznesu nove činjenice ili dokazi koji, sami ili u vezi s prethodno prikupljenim dokazima, mogu opravdati oslobađanje optuženika ili primjenom blažeg kaznenog zakona, kao i blažu kaznu ili bitno drugačiju odluku o prethodno izrečenoj sigurnosnoj mjeri. Njemačko pravo također predviđa obnovu postupka ukoliko Europski sud za ljudska prava utvrdi povredu Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda ili njezinih protokola, a presuda se temelji na toj povredi.

3. Suprotnosti novele iz 2021. godine s Ustavom i međunarodnim pravnim propisima

Novela iz 2021. godine donijela je izmjene i dopune Zakona o kaznenom postupku (StPO) u članku 362. dodajući mu stavak 5., što je u izravnoj suprotnosti sa njemačkim Temeljnim zakonom i međunarodnim pravnim propisima koji garantiraju primjenu načela *ne bis in idem*. Članak 362. stavak 5. (StPO) je u suprotnosti sa zabranom višestrukog kaznenog progona iz članka 103. stavka 3. Temeljnog zakona SR Njemačke. Temeljni zakon zabranu višestrukog kaznenog progona propisuje na način „Nitko ne može biti više puta kažnjen za isto djelo po općem kaznenom pravu.“ Ovakva ustavna odredba navodi Savezni ustavni sud na donošenje odluke o neustavnosti članka 362. stavka 5. (StPO).

3.1. Kršenje međunarodnih pravnih propisa

Novelom iz 2021. godine krše se i međunarodni pravni propisi koji se bave zaštitom prava o zabrani dvostrukog progona, sadržanog u načelu *ne bis in idem*. Tako su njime prekršene i odredbe članka 4. Protokola 7. uz Europsku konvenciju o ljudskim pravima u kojem je sadržano načelo *ne bis in idem*. Iako taj Protokol Savezna Republika Njemačka do danas nije ratificirala, Savezni ustavni sud se poziva na Protokol u obrazloženju svoje odluke. Za zabranu dvostrukog suđenja ključna je pretpostavka da je presuda postala pravomoćna (Ivičević Karas, 2014, p. 276). Savezni ustavni sud se također poziva i na presude Europskog suda za ljudska prava, presuda Amrollahi protiv Danske, odluka od 28. lipnja 2001., br. 56811/00, čl. 1; te presudu Trabelsi protiv Belgije, presuda od 4. rujna 2014., br. 140/10, čl. 164.²⁵ Prema stavku 2. članka 4. Protokola to ne isključuje nastavak postupka u skladu sa zakonom i zakonom o kaznenom postupku dotične države ako postoje nove ili novootkrivene činjenice ili ako prethodni postupak ima ozbiljnih nedostataka koji utječu na ishod postupka.

Odredba članka 362. stavak 5. Zakona o kaznenom postupku (StPO) također je u suprotnosti sa člankom 14. stavak 7. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima od 19. prosinca 1966. (BGBl II 1973, str. 1553),²⁶ prema kojem nitko ne može biti gonjen za kazneno djelo za koje je već bio pravno gonjen prema zakonu dotične zemlje, osuđeni ili oslobođeni ne mogu biti ponovno kazneno gonjeni ili kažnjeni.

²⁵ Presude Europskog suda za ljudska prava; vidi: Amrollahi protiv Danske <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-5959> te Trabelsi protiv Belgije <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=002-10187>.

²⁶ Vidi: Glasnik saveznih zakona Savezne Republike Njemačke (Bundesgesetzblatt) str. 1553; https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl273s1533.pdf%27%5D#__bgbl__%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl273s1533.pdf%27%5D__1708951292103 (pregled 20.02.2024.)

Članak 20. Rimskog statuta Međunarodnog kaznenog suda također nudi zaštitu od ponovnog kaznenog progona u vezi s postupcima koji se vode ili će se voditi pred kaznenim sudom.²⁷ Za Europsku uniju, zabrana dvostrukog kažnjavanja sadržana je u članku 54. Schengenskog provedbenog sporazuma,²⁸ koji ima transnacionalni učinak. Isto pravo također je utemeljeno u članku 50. Povelje o temeljnim pravima Europske unije, koji zabranjuje ponovni progon ili kažnjavanje za zločin za koji je dotična osoba već bila pravomoćno osuđena ili oslobođena u Uniji.²⁹

4. Pravni učinak ustavne odluke

U odnosu na konkretan zahtjev podnositelja ustavne tužbe, obnova kaznenog postupka protiv podnositelja tužbe je protuustavna, a odluke Zemaljskoga suda u Verdenu i Višeg zemaljskoga suda u Celleu temeljene na članku 362. stavku 5. StPO-a ukidaju se, te se predmet vraća regionalnom sudu.³⁰ Usto Savezna Republika Njemačka i pokrajina Donja Saska prema odluci Saveznog ustavnog suda moraju podnositelju tužbe u jednakim dijelovima nadoknaditi troškove za postupak ustavne tužbe.

Odluka Saveznog ustavnog suda ima pravni učinak i na ostale oslobađajuće presude koje su već bile pravomoćne u vrijeme kada je zakonska izmjena stupila na snagu 30. prosinca 2021. jer se člankom 362. stavak 5. StPO-a krši i zabranu retroaktivnosti iz članka 103. stavka 3. u vezi s člankom 20. stavkom 3. Temeljnog zakona. Protuustavna odredba članka 362. stavka 5. omogućila je ukidanje pravomoćnosti presude i obnovu kaznenog postupka, čak i ako je optuženik prije toga bio oslobođen optužbe. Odluka o neustavnosti članka 362. stavka 5. ima značajne implikacije na njemački pravni sustav, posebice u kazneno procesnom pravu. Zabranjuje sudovima daljnji nastavak kaznenog postupka na štetu nositelja temeljnih prava, pokrenutih na temelju novih činjenica ili dokaza. Savezni ustavni sud proglasio je članak 362. stavak 5. ništetnim (nichtig), što znači da se pravno tretira kao da nikada nije ni donesen.

Članak 103. stavak 3. Temeljnog zakona sadrži zabranu višestrukog kaznenog progona. Ova ustavna odluka u korist pravne sigurnosti nad materijalnom pravdom uravnotežena je i ne daje zakonodavcu nikakav manevarski prostor u uređivanju obnove kaznenog postupka. Zabrana vaganja u članku 103. stavak 3. Temeljnog zakona mora se tumačiti usko. Što se tiče zaštitnog sadržaja, zabranjuje zakonodavcu da na temelju novih činjenica ili dokaza otvori mogućnost obnove postupka na štetu nositelja temeljnih prava. Od donošenja odluke njemačkog Saveznog ustavnog suda do danas nije bilo novih pokušaja zakonodavne vlasti u Njemačkoj u cilju izmjene zakonskog uređenja obnove postupka na štetu osuđenog, mimo već važećih odredbi iz članka 362. stavci 1. do 4. Zakona o kaznenom postupku (StPO).

²⁷ Rimski statut Međunarodnoga kaznenog suda, usvojen na Diplomatskoj konferenciji UN-a o osnivanju Međunarodnoga kaznenog suda, 17. srpnja 1998. u Rimu; vidi članak 20. (NN 5/2001).

²⁸ Schengenski provedbeni sporazum, Konvencija od 19. lipnja 1990., OJ EU br. L 239 od 22. rujna 2000., str. 19., zadnji put izmijenjena člankom 64. Uredbe o izmjenama i dopunama (EU) 2018/1861 od 28. studenog 2018., SL EU br. L 312 od 7. prosinca 2018., str. 14.; vidi: Schengen-Besitzstand gemäß Artikel 1 Absatz 2 des Beschlusses 1999/435/EG des Rates vom 20. Mai 1999., OJ L 239, 22.9.2000., p. 1–473.

²⁹ Povelja o temeljnim pravima Europske unije, Službeni list Europske unije (2016/C 202/02), str. 404.

³⁰ Odluka Višeg regionalnog suda u Celleu od 20. travnja 2022., (2 Ws 62/22, 2 Ws 86/22) i odluka Regionalnog suda u Verdenu od 25. veljače 2022., (1 Ks 148 Js 1066/22 102/ 22).

5. Zaključak

Izmjene i dopune članka 362. StPO-a su izglasane u Bundestagu, unatoč argumentima koji su dolazili iz stručnih i znanstvenih krugova da su takve izmjene neustavne, te izraženim negativnim mišljenjima pojedinih parlamentarnih stranaka na sjednici Odbora za pravosuđe. Ignorirajući stručna i znanstvena mišljenja, zakonodavac donosi ishitrenu odluku, te se novela iz 2021. godine kojom dolazi do povrede načela ne bis in idem, morala naći pred njemačkim Saveznim ustavnim sudom.

Savezni ustavni sud, novelu iz 2021. godine kojom se dopušta nastavak postupka na štetu okrivljenika, dana 31. listopada 2023. godine, proglašava ništavnom. Za razliku od zakonodavne vlasti, Savezni ustavni sud u donošenju svoje odluke uzima u obzir mišljenja relevantnih strukovnih i znanstvenih krugova i samog predlagatelja zakona. Savezni ustavni sud je odlučio da je članak 362. stavak 5. Zakona o kaznenom postupku (StPO) u suprotnosti sa zabranom višestrukog kaznenog progona iz članka 103. stavka 3. Temelnog zakona, te sa međunarodnim pravnim propisima koji garantiraju primjenu načela ne bis in idem. U konkretnom predmetu valja se voditi i zabranom retroaktivnosti (čl. 103. st. 3. u vezi s čl. 20. st. 3. GG), koji propisuje da je obnova kaznenog postupka dozvoljena samo pod uvjetima koji su bili na snazi u vrijeme donošenja presude.

S obzirom na negativne pravne posljedice koje bi članak ostankom na snazi izazvao, treba napomenuti da bi, u nedostatku restriktivnih uvjeta, članak 362. stavak 5. StPO-a teoretski mogao dovesti do ukidanja svake oslobađajuće presude i osude za bilo koje kazneno djelo. S obzirom na sudsku praksu Saveznog ustavnog suda, zabrana novog postupka, ako se promijeni pravno stanje ili saznaju nove činjenice ili dokazi, nije sporedna posljedica, nego glavna svrha materijalno pravne snage. To proizlazi iz razvoja instituta pravne snage u rimskom pravu i odnosi se i na osuđujuće i na oslobađajuće presude.

Primjena načela ne bis in idem izjednačena je s temeljnim pravima, stoga zabranjuje zakonodavcu da na temelju novih činjenica ili dokaza uređuje nastavak kaznenog postupka na štetu nositelja temeljnih prava. Upravo takvo stajalište Saveznog ustavnog suda ne ostavlja mogućnost ponovnog odstupanja od načela ne bis in idem.

Zaštita načela ne bis in idem kao temeljnog ljudskog prava ukazuje na važnost postojanja ustavnih sudova, kako u pogledu zaštite ljudskih prava tako i u pogledu nadzora usklađenosti zakonodavnih akata sa Ustavom. Odluka njemačkog Saveznog ustavnog suda predstavlja sudsku praksu vezanu za zaštitu načela ne bis in idem. Upravo to stajalište stvara osnovu za daljnja istraživanja povreda načela ne bis in idem i usporedbu sudske prakse u poredbenom pravu.

LITERATURA

1. Dencker, F. (1977). *Verwertungsverbote im Strafprozess: ein Beitrag zur Lehre von den Beweisverboten*, Heymann, Köln.
2. Grübl, M. (2022). *Die strafprozessuale Wiederaufnahme in malam partem und das Verfassungsrecht*, Zeitschrift für das Juristische Studium, 1. izd. str 1-10.
3. Holtappels, P. (1965). *Die Entwicklungsgesichte des Grundsatzes „in dubio pro reo“*, Cram/de Gruyter & Co, Hamburg.

4. Ivičević Karas, E. (2014). *Načelo ne bis in idem u europskom kaznenom pravu*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 21, broj 2. str. 271-294.
5. Krapac, D., (ur. Đurđević, Z.), (2020). *Kazneno procesno pravo, Prva knjiga: Institucije, VIII. izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, Narodne novine, Zagreb.
6. Martinović, I., Kos, D. (2016). *Nezakoniti dokazi: teorijske i praktične dvojbe u svjetlu prakse Europskog suda za ljudska prava*, Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu (Zagreb), vol. 23, broj 2. str. 311-338.
7. Roxin, C.; Schünemann, B. (2009). *Strafverfahrensrecht*, Verlag C. H. Beck, München.
8. Schweiger, T. (2022). *Aktuelle Entwicklungen im Wiederaufnahmerecht des deutschen Strafprozessrechts: § 362 Nr. 5 StPO und der Paradigmenwechsel bei der Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten*, Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft, 5. izd. str. 397-406.

Pravni izvori:

1. BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 31. Oktober 2023 - 2 BvR 900/22 -, Rn. 1-38, https://www.bverfg.de/e/rs20231031_2bvr090022.html (pristupljeno 20.02.2024).
2. (Europska) Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, MU 18/97, 6/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06, 2/10, 13/17.
3. Gesetz zu dem Internationalen Pakt vom 19. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (BGBl II 1973).
4. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, vom 19. Dezember 2022 (BGBl. I S. 2478).
5. Izdvojena mišljenja ustavne sutkinje Langenfeld i ustavnog suca Müllera; Izvješće za medije Nr. 94/2023; <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2023/bvg23-094.html> (pristupljeno 20.02.2024).
6. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima od 19. prosinca 1966. (BGBl II 1973, str. 1553).
7. Povelja o temeljnim pravima Europske unije, Službeni list Europske unije (2016/C 202/02).
8. Priopćenje Odbora za pravosuđe njemačkog Bundestaga sa 130. sjednice od 12. ožujka 2009. (BRDrucks 222/10) <https://dserver.bundestag.de/brd/2010/0222-10.pdf> (pristupljeno 23.02.2024).
9. Priopćenje Ustavnog suda Savezne Republike Njemačke, broj 94/2023 od 31.10.2023. godine, <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2023/bvg23-094.html> (pristupljeno 20.02.2023).
10. Schengen-Besitzstand, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften (OJ L 239).
11. Strafprozessordnung (StPO) in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. April 1987 (BGBl. I S. 1074, 1319), (BGBl. 2023 I Nr. 203).
12. Zakon o potvrđivanju Rimskog statuta međunarodnog kaznenog suda, NN 5/2001.

Summary

Decision of the German Federal Constitutional Court on the Protection of the Principle of Ne Bis In Idem

The paper examines the adoption procedure and the legal effect of the decision of the German Federal Constitutional Court regarding the unconstitutionality of Article 362, Paragraph 5 of the German Code of Criminal Procedure. With this decision, the legal application of the ne bis in idem principle was re-established. In its decision dated October 31, 2023, the Federal Constitutional Court found that Article 362, Paragraph 5 of the Code of Criminal Procedure was contrary to the Basic Law of the Federal Republic of Germany and incompatible with international legal standards. Consequently, it annulled the provisions of Paragraph 5 of Article 362. The legislator undoubtedly violated the ne bis in idem principle when enacting these legal amendments. The first part of the paper considers the procedure for adopting the constitutional decision and the assessment of constitutionality, while the second part analyzes the effects of the decision of the Federal Constitutional Court.

Keywords: ne bis in idem; renewal of criminal proceedings; criminal procedural law; Germany.



This work is licensed under a **Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License**.