JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS

DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

8 päivänä huhtikuuta 2008 [1]

I Johdanto

1. Yhteisöjen tuomioistuin on viimeisten viiden vuoden kuluessa tarkentanut ne bis in idem -periaatteen rajausta oikeuskäytännössä, [2] joka on kunkin ratkaistun asian yksittäisistä erityisolosuhteista huolimatta säilyttänyt periaatteellisen tason ja johon olen ollut mukana vaikuttamassa. [3]

2. Aivan kuin taidemaalausta tarkasteltaessa edellyttää kokonaisvaikutelman oikea arvio sitä, että katsoja kykenee irtautumaan maalauksen kohteesta, sillä muutoin saattaa käydä niin, että silmä havaitsee ainoastaan ääriviivat ja värien pintarakenteen ja massan onnistumatta lainkaan hahmottamaan teoksen kokonaismerkitystä.

3. Joissakin tapauksissa tämä on erittäin vaikeaa, aivan kuten nyt esillä olevassa asiassa, joka perustuu osittain siihen paradoksaaliseen tilanteeseen, että henkilö pyrkii takaamaan henkilökohtaisen hyvinvointinsa vetoamalla omaan, 47 vuotta sitten julistettuun kuolemantuomioonsa [4] saadakseen näin sovellettua ne bis in idem -periaatetta. Tällaisissa tilanteissa nähdään oikeuden suuruus ja sen kurjuus.

II Sovellettavat oikeussäännöt

A *Schengenin säännöstö*

4. Tähän säännöstöön kuuluvat seuraavat oikeussäännöt:

a) Benelux-talousliiton muodostavien valtioiden, Saksan liittotasavallan ja

1 – Alkuperäinen kieli: espanja.

2 – Yhteisöjen tuomioistuin on käsitellyt seitsemän tätä periaatetta koskevaa tapausta: yhdistetyt asiat C-187/01 ja C-385/01, Gözütok ja Brügge, tuomio 11.2.2003 (Kok. 2003, s. I-1345); asia C-469/03, Miraglia, tuomio 10.3.2005 (Kok. 2005, s. I-2009); asia C-436/04, van Esbroeck, tuomio 9.3.2006 (Kok. 2006, s. I-2333); asia C-150/05, van Straaten, tuomio 28.9.2006 (Kok. 2006, s. I-9327); asia C- 467/04, Gasparini ym., tuomio 28.9.2006 (Kok. 2006, s. I-9199); asia C-288/05, Kretzinger, tuomio 18.7.2007 (Kok. 2007, s. I-6441) ja asia C-367/05, Kraaijenbrink, tuomio 18.7.2007 (Kok. 2007, s. I-6619).

3 – Julkisasiamies Ruiz-Jarabo on esittänyt ratkaisuehdotuksensa yhdistetyissä asioissa Gözütok ja Brügge 19.9.2002, asiassa van Esbroeck 20.10.2005 ja asiassa van Straaten 8.6.2006. Muissa näistä asioista ratkaisuehdotukset antoi lukuun ottamatta asiaa Miraglia, jossa tuomio on annettu ilman ratkaisuehdotusta, julkisasiamies Sharpston asiassa Gasparini 15.6.2006 sekä asiassa Kretzinger ja asiassa Kraaijenbrink 5.12.2006.

4 – Nietzsche osoittaa elossapysymisen välttämättömyyteen nojautuen ihmiskunnan kyvyn kääntää vastoinkäymiset hyväkseen. Teoksessa *Epäjumalten hämärä* olevissa oppi- ja pilkkalauseissa on kahdeksas mietelause, joka koskee elämänkoulua: se mikä ei tapa minua, vahvistaa minua. Espanjalainen sananlasku kuuluu seuraavasti: "lo que no mata, engorda" (se mikä ei tapa, lihottaa). Nietzsche F., *Götzen-Dämmerung,* 1988. *(Epäjumalten hämärä,* suom. Markku Saarinen. Julkisasiamies lainaa espanjankielistä laitosta *El crepúsculo de los ídolos*, Alianza Editorial, Madrid, 2006, s. 34; lainaus käännetty yhteisöjen tuomioistuimessa tätä ratkaisuehdotusta varten).

Ranskan tasavallan välillä tarkastusten asteittaisesta lakkauttamisesta yhteisillä rajoilla tehty sopimus, joka allekirjoitettiin 14.6.1985 Luxemburgissa Schengenin kaupungissa, jonka mukaan sopimus on saanut nimensä; [5]

b) edellä mainitun sopimuksen soveltamisesta 19.6.1990 tehty yleissopimus, jossa määrätään yhteistyöstä tarkastusten lakkauttamisen vaikutusten lieventämiseksi (jäljempänä yleissopimus); [6]

c) muita jäsenvaltioita koskevat pöytäkirjat ja liittymissopimukset, yleissopimuksella perustetun toimeenpanevan komitean julistukset ja päätökset sekä niiden elinten tekemät päätökset, joille komitea on luovuttanut päätöksentekovaltaa. [7]

5. Euroopan unionista tehtyyn sopimukseen ja Euroopan yhteisön perustamissopimukseen liitetyn pöytäkirjan (N:o 2, jäljempänä pöytäkirja), jolla edellä mainittu sääntelykokonaisuus on saatettu osaksi unionia, 2 artiklan 1 kohdan ensimmäisen alakohdan nojalla Schengenin säännöstö on voimassa 1 artiklassa luetelluissa 13 jäsenvaltiossa [8] Amsterdamin sopimuksen voimaantulosta (1.5.1999) alkaen.

6. Schengenin säännöstön määräysten täysimääräisestä soveltamisesta Tšekin tasavallassa, Viron tasavallassa, Latvian tasavallassa, Liettuan tasavallassa, Unkarin tasavallassa, Maltan tasavallassa, Puolan tasavallassa, Slovenian tasavallassa ja Slovakian tasavallassa 6.12.2007 tehdyllä neuvoston päätöksellä 2007/801/EY [9] laajennettiin huomattavalla tavalla säännöstön alueellista soveltamisalaa.

7. Yhdistynyt kuningaskunta [10] ja Irlannin tasavalta [11] eivät ole liittyneet täysimääräisesti tähän yhteiseen hankkeeseen, vaan ne ovat katsoneet paremmaksi osallistua siihen vain satunnaisesti.

5 – EYVL 2000, L 239, s. 13.
6 – EYVL 2000, L 239, s. 19.
7 – EYVL 2000, L 239, s. 63 ja sitä seuraavat sivut.

8 – Belgian kuningaskunta, Saksan liittotasavalta, Helleenien tasavalta, Espanjan kuningaskunta, Ranskan tasavalta, Luxemburgin suurherttuakunta, Itävallan tasavalta, Portugalin tasavalta, Italian tasavalta, Suomen tasavalta, Alankomaiden kuningaskunta, Ruotsin kuningaskunta ja Tanskan kuningaskunta, vaikka viimeksi mainitulla onkin erityisasema, jonka avulla se voi sivuuttaa näissä kysymyksissä tehdyt päätöslauselmat.
9 – EUVL L 323, s. 34–39.
10 – Schengenin säännösten osien voimaansaattamisesta Iso-Britannian ja Pohjois-Irlannin yhdistyneessä kuningaskunnassa 29.5.2000 tehty neuvoston päätös 2000/365/EY (EYVL L 131, s. 43) ja 22.12.2004 tehty neuvoston päätös 2004/926/EY (EUVL L 395, s. 70).
11 – Sen pyyntö hyväksyttiin 28.2.2002 tehdyllä neuvoston päätöksellä 2002/192/EY (EYVL L 64, s. 20).

8. Euroopan unionin jäsenvaltioiksi tulonsa jälkeen Kyproksen tasavaltaa,[12] Bulgarian tasavaltaa ja Romanian tasavaltaa[13] sitoo myös tämä sääntelykokonaisuus, edellyttäen kuitenkin, että neuvosto selvittää sen, että sopimuksen noudattamista koskevat vaatimukset ovat täyttyneet.

9. Euroopan unioniin kuulumattomien maiden osalta on todettava, että pöytäkirjan 6 artiklassa Islannin tasavalta ja Norjan kuningaskunta, joissa pöytäkirja on tullut voimaan 25.3.2001,[14] velvoitetaan panemaan säännöstö täytäntöön ja kehittämään sitä edelleen. Tämän lisäksi Sveitsin kanssa on tehty sopimus sen osallistumisesta säännöstön täytäntöönpanoon, soveltamiseen ja kehittämiseen.[15] Liechtensteinin ruhtinaskunta liittyy mitä todennäköisimmin tähän sopimukseen komission laatiman päätösehdotuksen perusteella.[16]

10. Pöytäkirjan johdanto-osan mukaan Schengenin säännöstön tarkoituksena on tehostaa Euroopan yhdentymistä ja tehdä mahdolliseksi Euroopan unionin nopeampi kehittyminen vapauteen, turvallisuuteen ja oikeuteen perustuvaksi alueeksi.

11. Pöytäkirjan 2 artiklan 1 kohdan toisen alakohdan nojalla neuvosto teki 20.5.1999 päätökset 1999/435/EY ja 1999/436/EY Schengenin säännöstön määrittelemisestä sekä Euroopan yhteisön perustamissopimuksen ja Euroopan unionista tehdyn sopimuksen asiaa koskevien määräysten mukaisen oikeusperustan vahvistamiseksi Schengenin säännöstöön kuuluville määräyksille tai päätöksille.[17]

B *Erityisesti ne bis in idem -periaatetta koskevia huomioita*

12. Yleissopimuksen III osaston ”Poliisi ja turvallisuus” 1 luvun otsikkona on ”Yhteistyö poliisiasioissa” (39–47 artikla), ja sitä seuraava luku koskee ”Oikeusapua rikosasioissa” (48–53 artikla).

12 – Liittymisehdoista tehdyn asiakirjan 3 artiklan 2 kohta (EUVL 2003, L 236, s. 50).

13 – Liittymisehdoista tehdyn asiakirjan 4 artiklan 2 kohta (EUVL 2005, L 157, s. 203).

14 – Euroopan unionin 13 jäsenvaltiota, jotka olivat allekirjoittaneet Schengenin sopimuksen, ja edellä mainitut pohjoismaat tekivät 19.12.1996 Luxemburgissa ad hoc -sopimuksen, joka edelsi Euroopan unionin neuvoston 18.5.1999 Islannin tasavallan ja Norjan kuningaskunnan kanssa niiden osallistumisesta Schengenin säännöstön täytäntöönpanoon, soveltamiseen ja kehittämiseen tekemää sopimusta (EYVL L 176, s. 36). Tämän viimeksi mainitun sopimuksen 15 artiklan 4 kohdassa neuvosto velvoitetaan vahvistamaan uusien sopimuspuolten osalta sopimuksen voimaantulopäivä, minkä se tekikin 1.12.2000 tekemällään päätöksellä 2000/777/EY (EYVL L 309, s. 24) vahvistamalla yleisesti voimaantulopäiväksi 25.3.2001 (1 artikla).

15 – Sopimus hyväksyttiin 25.10.2004 tehdyllä neuvoston päätöksellä 2004/860/EY (EUVL L 370, s. 78).

16 – Ehdotus neuvoston päätökseksi, tehty 1.12.2006, KOM(2006) 752 lopullinen.

17 – EYVL 176, s. 1 ja 17.

13. Tämän osaston 3 luvussa ”Ne bis in idem -periaatteen soveltamisesta” on 54–58 artikla, joiden oikeusperustana ovat EU 34 ja EU 31 artikla päätöksen 1999/436 2 artiklan ja päätöksen liitteen A mukaan.

14. Yleissopimuksen 54 artiklassa määrätään seuraavaa:

”Henkilöä, jota koskevassa asiassa sopimuspuoli on antanut lainvoimaisen tuomion, ei voida syyttää samasta teosta toisen sopimuspuolen toimesta edellyttäen, että tämä henkilö on tuomion saatuaan suorittanut rangaistuksensa tai parhaillaan suorittaa sitä taikka että sitä ei voida tuomion antaneen sopimuspuolen lain mukaan enää suorittaa.”

C *Ranskan oikeus*

15. On syytä yhtyä joidenkin tässä ennakkoratkaisuasiassa käytävässä vuoropuhelussa huomautuksiaan esittäneiden näkemyksiin [18] siitä, että ennakkoratkaisupyynnössä on esitetty hyvin vähän tietoja siitä, mitä asiassa sovellettavat Ranskan oikeussäännöt pitävät sisällään. [19]

16. Sotilasoikeudenkäyntilain (code de justice militaire) 120 §:n mukaan [20] poissa olevana tuomitulla oli mahdollisuus hakea takaisinsaantia viiden päivän kuluessa tuomion tiedoksiantamisesta, ja sen tapauksen varalta, ettei tiedoksianto onnistu, – mikä on tavanomaista poissa olevan syytetyn oikeudenkäyntimenettelylle – 120 §:ssä sallittiin takaisinsaanti aina siihen saakka, että rangaistus vanhenee.

17. Code la procédure pénalessa (rikosprosessilaki) [21] säädetään rangaistuksen yleiseksi vanhentumisajaksi 20 vuotta rangaistuksen määräämisestä. [22]

18. Näille säännöksille yhteisistä selityksistä selviää, että vastaajan poissa ollessa annettu tuomio, jonka tiedoksiantamisesta asianomaiselle ei voida olla varmoja, [23] tulee sellaiseksi, ettei sen osalta voida käyttää ylimääräisiä muutoksenhakukeinoja, [24] 20 vuoden kuluttua tuomion julistamisesta, eikä pidä unohtaa, että nyt esillä olevassa tapauksessa vanhentumisaika on täysin sama kuin muutoksenhaulle osoitettu määräaika. [25]

18 – Erityisesti Unkarin hallitus huomautusten 8 kohdassa esitettyihin.

19 – Ranskan ja Saksankin osallistuminen istuntoon olisi voinut poistaa tiettyjä puutteita. Valitettavasti ne eivät olleet läsnä istunnossa.

20 – Tätä lakia on tämän jälkeen muutettu, vaikkakin sen ajallinen soveltamisala ulottuu pääasian tosiseikkoihin sellaisena kuin se oli voimassa vuonna 1958. Aikaisemmin sitä oli muutettu 9.3.1928 annetulla lailla.

21 – Voimassa olevan lain 133.2 § ja tapon tekohetkellä voimassa olleen lain 639, 640 ja 763 §.

22 – Portugalin tasavalta on huomautustensa 27 kohdassa viitannut rikosprosessilain 639 §:ään, josta johtuu, että rangaistuksen vanhentumisaika alkaa ennen poissa olevana tuomitun pidättämistä: ”si le contumax se constitue prisonnier ou s'il est arrêté avant que la peine soit éteinte par prescription – –” (jos poissa oleva syytetty antautuu vangittavaksi tai vangitaan ennen kuin rangaistus on rauennut vanhentumisen johdosta).

23 – Esillä olevassa asiassa ei ole esitetty selvitystä siitä, että tuomio olisi annettu tiedoksi tuomitulle.

24 – Tätä kuvaava ranskankielinen termi on ”irrevocabilité”, ja se merkitsee tuomiota, joka on muodollisesti lopullinen.

25 – Tribunal aux armées de Paris'n syyttäjän antamaa lausuntoa seuraten. Tähän lausuntoon viitataan tuonnempana yksityiskohtaisemmin.

III Tosiseikat, pääasia ja ennakkoratkaisukysymys

19. Saksan kansalainen Klaus Bourquain oli ollut rekrytoituna muukalaislegioonaan. [26] Cour permanente des forces armées d'est constentinoise (itäisen Constantinen alueen sotaoikeus), joka toimi Bônessa, [27] katsoi hänen syyllistyneen tappoon ja tuomitsi hänet 26.1.1961 poissa olevana kuolemanrangaistukseen.

20. Tämä sotaoikeus katsoi tuolloin voimassa olleen Ranskan rikoslain mukaan näytetyksi, että Bourquain oli 4.5.1960 yrittänyt karata ja ampunut tuliaseella Algerian ja Tunisian välisellä rajalla El Tarfin maakunnassa [28] toisen muukalaislegioonan sotilaan, joka oli myös Saksan kansalainen ja joka oli yrittänyt estää Bourquainia pakenemasta.

21. Tuomittu ei koskaan tullut tuomioistuimeen vastaamaan, sillä hän oli paennut Saksan demokraattiseen tasavaltaan. Rangaistusta ei pantu täytäntöön, mutta hänen omaisuutensa määrättiin takavarikoitavaksi oikeudenkäyntikulujen maksamisen vakuudeksi.

22. Tämän tuomion jälkeen ei Bourquainia vastaan ryhdytty syytetoimiin Ranskassa eikä Algeriassa. Sen sijaan Saksan liittotasavallan viranomaiset antoivat pidätysmääräyksen vuonna 1962, mutta Saksan demokraattinen tasavalta hylkäsi sen.

23. Staatsanwaltschaft Regensburg (Regensburgin syyttäjäviranomainen) nosti vuonna 2002 syytteen Bourquainia vastaan, jotta tämä tuomittaisiin Saksassa samoista teoista.

24. Ranskassa ei kuitenkaan voitu vuonna 2002 panna täytäntöön 26.1.1961 määrättyä rangaistusta seuraavaista syistä: 1) Ranska oli armahtanut kaikki Algerian sodassa sotatoimien aikana rikollisiin tekoihin syyllistyneet sotilashenkilöt vuonna 1968 [29], 2) rangaistus

26 – Nämä Ranskan puolustusvoimien eliittijoukot, jotka Ludvig Filip I perusti vuonna 1831, osallistuivat aktiivisesti Algerian sotaan. Meksikossa muukalaislegioona kävi 30.4.1863 yhden historiansa kuuluisimmista taisteluista. Camaronen taistelussa 65 sotilasta Jean Danjoun johtamina onnistui torjumaan tuhansien Meksikon armeijan sotilaiden hyökkäyksen kymmenen pitkän tunnin ajan. J. Mañesin romaanissa on tarkka kuvaus tästä historiallisesta taistelusta, Mañes, J., *El mito de Camerone*, 2. painos, Hergué Editorial, Huelva, 2005.

27 – Algerialainen kaupunki, nykyinen Annaba, joka tunnettiin antiikin ajalla nimellä Hippo Regius, jossa Pyhä Augustinus oli piispana vuosina 396–430.

28 – Todellisuuden ja fiktion välistä rajaa ei voi ylittää, mutta tämän surullisen tapahtuman olosuhteet saavat ajattelemaan Camus'n teosta *Sivullinen* (julkisasiamies viittaa espanjankieliseen laitokseen Camus, A., *El Extranjero*, Alianza Editorial, Madrid, 2003). Tämä Algeriassa syntynyt Nobelin kirjallisuuspalkinnon saanut kirjailija kuvaa teoksessaan puhtainta eksistentialismia toteuttaen erään Mersault'n koettelemuksia: tämä on äitinsä kuolemaan täysin välinpitämättömästi suhtautuva henkilöhahmo, joka joutuu välinpitämättömyydessään niin pitkälle, että hääjuhlissaan ampuu "arabin" vain siitä syystä, että tämän veitseen osunut auringonsäde oli häikäissyt häntä; apaattisuuden tila jatkuu vielä oikeudenkäynnissä, jossa hänet tuomitaan kuolemaan, sillä hän joutuu yleisön silmissä naurunalaiseksi todetessaan, ettei hänen teolleen ollut muuta motiivia kuin tuo päivällä paistava taivaankappale.

29 – 31.7.1968 annettu laki.

oli vanhentunut vuonna 1981 ja 3) kuolemanrangaistus kumottiin [30] Ranskassa samana vuonna.

25. Landgericht Regensburg viittasi Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrechtiltä (kansainväliseen ja vertailevaan rikosoikeuteen erikoistunut tutkimuskeskus) pyytämäänsä lausuntoon, jonka mukaan poissa olevaa vastaajaa koskeva tuomio oli lainvoimainen muodollisesti ja aineellisesti siitä huolimatta, ettei se ollut Ranskan oikeusjärjestyksen erityispiirteiden vuoksi välittömästi täytäntöönpanokelpoinen, ja jonka mukaan uuteen rikosprosessimenettelyyn ei enää tämän vuoksi voitaisi ryhtyä.

26. Landgericht Regensburg pyysi Ranskan oikeusministeriöltä yleissopimuksen 57 artiklan nojalla tietoja siitä, oliko 26.1.1961 annettu tuomio esteenä uuden rikosprosessin aloittamiselle Saksassa yleissopimuksen 54 artiklan perusteella.

27. Tribunal aux armées de Paris'n syyttäjä vahvisti sen, että annettu tuomio oli lainvoimainen ja vuodesta 1981 alkaen sellainen, ettei siihen voida käyttää ylimääräisiä muutoksenhakukeinoja. Se ei kuitenkaan ollut enää Ranskassa täytäntöönpanokelpoinen, koska rangaistus oli vanhentunut. Tästä huolimatta syyttäjä katsoi, ettei yleissopimuksessa tarkoitettua ne bis in idem -periaatetta ole sovellettava asiassa. [31]

28. Asiassa esiin tuodut ristiriitaiset kannanotot ovat olleet omiaan lisäämään Landgericht Regensburgin epävarmuutta. Tämän vuoksi se pyrkii ennakkoratkaisupyynnöllään selvittämään, edellyttääkö yleissopimuksen 54 artikla sitä, että rangaistuksen on pitänyt olla jollakin hetkellä täytäntöönpanokelpoinen. Sen esittämien argumenttien perusteella oikeus vaatia uutta oikeudenkäyntiä vanhentumista koskevan määräajan kuluessa [32] johtaa siihen, että langettava tuomio voidaan panna täytäntöön vasta tämän määräajan päätyttyä, eli hetkellä, jolloin rangaistus on vanhentunut. [33]

29. Landgericht Regensburg päätti siis lykätä asian käsittelyä ja esittää yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavan ennakkoratkaisukysymyksen:

"Voiko toinen sopimuspuoli syyttää samasta teosta henkilöä, jonka toinen sopimuspuoli on

30 – Kuolemanrangaistus kumottiin 9.10.1981 annetulla lailla nro 81-908 (JORF 10.10.1981, s. 2759). Hiljattain 23.2.2007 perustuslain muutoslailla nro 2007-239 (JORF 24.2.2007, s. 3355) Ranskan tasavalta muutti tämän johdosta myös perustuslakinsa 66 §:ää vastaavalla tavalla.

31 – Tässä on kuitenkin ilmeinen ristiriita, sillä siitä riippumatta, onko rangaistus suoritettu tai ollaanko sitä juuri suorittamassa, toinen edellytys periaatteen soveltamiselle on se, ettei tuomion antaneen valtion lainsäädännön mukaan tuomiota "voida enää panna täytäntöön".

32 – Kyseessä ovat siis määräajat, jotka kuluvat täysin päällekkäisinä.

33 – Tässä sivuutetaan tarkoituksellisesti rangaistuksen täytäntöön panematta jättäminen armahduksen perusteella, sillä tämä on seikka, josta kansallisen tuomioistuimen on itse päätettävä, ilman että puututtaisiin yhteisöjen tuomioistuimen toimivaltaan arvioida sen vaikutusta yleissopimuksen 54 artiklan yhteydessä.

tuominnut lainvoimaisella tuomiolla, jos tuomittua rangaistusta ei tuomion antaneen valtion lainsäädännön mukaan ole koskaan voitu panna täytäntöön?”

IV Asian käsittely yhteisöjen tuomioistuimessa

30. Ennakkoratkaisupyyntöä koskeva päätös kirjattiin saapuneeksi yhteisöjen tuomioistuimen kirjaamoon 21.6.2007.

31. Yhteisöjen tuomioistuimen perussäännön 23 artiklassa säädetyssä määräajassa huomatuksensa ovat esittäneet Bourquain, komissio sekä Tšekin, Unkarin, Alankomaiden ja Portugalin hallitukset.

32. Sain 19.2.2008 pidetyn yleiskokouksen jälkeen 27.2.2008 tiedon siitä, että määräaika suullisen käsittelyn toimittamista koskevalle pyynnölle oli päättynyt 25.2. eikä kukaan ollut pyytänyt kuulemista, minkä vuoksi asiassa siirryttiin ratkaisuehdotuksen antamisvaiheeseen.

V Ennakkoratkaisukysymyksen tarkastelu

A *Alustavia huomioita Schengenin säännöstön ne bis in idem -periaatteesta*

1. Periaatteella on kaksi ilmenemismuotoa

33. Euroopan yhteisöjen tuomioistuin on tulkinnut ne bis in idem -periaatetta eri laajuisena siitä riippuen, onko kyse ollut kilpailuoikeudesta [34] vai Euroopan unionin kolmannesta pilarista. Kummassakin tapauksessa yhteisöjen tuomioistuin on viitannut kaksinkertaisen rangaistuksen kieltoon, mutta vain jälkimmäisessä [35] se on ulottanut periaatteellisen kiellon myös kieltoon syyttää kahta kertaa samasta teosta (nemo debet bis vexari pro una et eadem causa).

34 – Asiassa 7/72, Boehringer Mannheim v. komissio, tuomio 14.12.1972 (Kok. 1972, s. 1281) vahvistettiin kyseisen periaatteen asema yhteisön oikeuden yleisenä periaatteena.

35 – Vervaele, J., ”El principio non bis in idem en Europa”, *La orden de detención y entrega europea*, Arroyo L. ja Nieto A., Ed. de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006, s. 229, painottaa periaatteen rajoja kilpailuoikeudessa.

34. Ulkomaisten rikostuomioiden täysimääräinen tunnustaminen oli todellinen haaste yhteisön oikeudelle ja yhteisöjen tuomioistuimelle, joka totesi tehtävänsä mukaisesti henkilöiden vapaan liikkuvuuden osalta, että yleissopimuksen 54 artikla turvaa tämän perusvapauden niille, jotka on tuomittu lainvoimaisella tuomiolla, ilman että heidän tarvitsisi pelätä toisessa sopimusvaltiossa uusia rikossyytteitä samoista, jo tuomituista teoista. [36]

2. Periaatteen historiallinen tausta

35. Yleissopimuksen 54 artiklassa kielletään se, että henkilö joutuisi yhden rikollisen teon johdosta useamman kuin yhden repressiivisen menettelyn kohteeksi, ja se, että henkilöä rangaistaisiin useita kertoja, ja vältetään näin se täysin kestämätön tilanne, että rankaisuvaltaa (ius puniendi) käytettäisiin kahteen kertaan. [37]

36. Oikeusvarmuuden periaate takaa rikosoikeudenkäynnissä syytetylle sen, ettei häntä enää sen jälkeen tuomita teostaan, kun hänet on katsottu syyttömäksi, ja sen, ettei langettavan tuomion jälkeen voida määrätä toista rangaistusta.

37. Lisäksi kohtuuskäsite, joka tukee suhteellisuusperiaatetta, estää seuraamusten kertautumisen. [38] Seuraamuksilla on rikoksentekijän integroinnin [39] rinnalla kaksi muuta päämäärää, rankaiseva ja varoittava päämäärä. Rangaistaessa seuraamuksella tietystä teosta ja estämällä samalla muita mahdollisesti rikkomasta lakia on näitä päämääriä osattava painottaa kohtuuden avulla niin, että teko saa osakseen rangaistuksen, joka voi toimia esimerkkinä.

38. Oikeusjärjestykseen rakenteellisesti kuuluvana vaatimuksena mainittakoon vielä se, että ne bis in idem -periaatteen legitimiteetti perustuu myös päätösten lainvoiman kunnioittamiseen.

36 – Em. yhdistetyt asiat Gözütok ja Brügge, tuomion 38 kohta; em. asia Miraglia, tuomion 32 kohta; em.asia Van Straaten, tuomion 5 kohta ja em. asia Gasparini ym., tuomion 27 kohta.

37 – Em. yhdistetyt asiat Gözütok ja Brügge, ratkaisuehdotuksen 48 kohta ja sitä seuraavat kohdat ja asia van Esbroeck, ratkaisuehdotuksen 18 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

38 – Aiheen proosallisuus ei houkuttele kirjallisiin pohdiskeluihin. Merkille voidaan kuitenkin panna huomio, jonka se saa seuraavassa teoksessa: Dumas, A., *Impressions de voyages*, Michel Lévy Frères Libraires-Editeurs, Paris, 1855, s. 57. Dumas'n näkemys periaatteesta perustuu siihen, että hän sitoo sen leikkisästi ja vailla juridista tarkkuutta siihen, kuinka vaikeaa olisi panna sama rangaistus täytäntöön kaksi kertaa kuvatessaan tuomarin erehtymätöntä toimintatapaa, jolla helpotettiin oikeudenkäyttöä Kairossa, esimerkiksi niin, että varkaalta leikataan korva, jotta rikoksen uusimisen tapahtuessa "il n'y a pas de dénégation possible, à moins que l'oreille n'ait repoussé, ce qui est rare; alors on coupe l'autre, en vertu de cet axioma de droit: ne bis in idem" (ei voitaisi väittää, ettei varkautta ole tapahtunut, ellei korva olisi kasvanut takaisin, mikä kuitenkin on harvinaista, ja sellaisessa tapauksessa leikattaisiin ne bis in idem -periaatteen nojalla toinen korva; julkisasiamies lainaa ranskankielistä teosta alkukielellä).

39 – Henzelin, M., "Ne bis in idem, un principe à géométrie variable", *Revue Pénale Suisse*, osa 123, 2005, nro 4, Stämpfli Editions SA, s. 347.

3. Periaatteen myöhempi kehitys

a) Valtioiden keskinäisestä luottamuksesta…

39. Käsite on iältään vielä hyvin nuori eurooppalaisenkin rikosoikeuden piirissä, ja sen alustana on vastavuoroisen tunnustamisen periaate, [40] joka otettiin käyttöön Tampereella 16.10.1999 pidetyn Eurooppa-neuvoston kokouksen päätelmien 33 kohdassa. [41]

40. Eurooppalaisesta pidätysmääräyksestä ja jäsenvaltioiden välisistä luovuttamismenettelyistä 13.6.2002 tehdyn neuvoston puitepäätöksen 2002/584/YOS [42] kymmenennessä perustelukappaleessa todetaan täysin yksiselitteisesti, että yhteistyön perustana on jäsenvaltioiden välinen vankka luottamus.

41. Tämä antoi aiheen odottaa sitä, että yhteisöjen tuomioistuimen joutuisi pian ratkaisutyöhön. Ensimmäisessä tätä periaatetta koskevassa tuomiossaan [43] yhteisöjen tuomioistuin painotti vastavuoroisen luottamuksen tärkeyttä yleissopimuksen 54 artiklan peruskivenä. Kunkin jäsenvaltion on sen nojalla hyväksyttävä muissa jäsenvaltioissa voimassa olevan rikosoikeuden soveltaminen silloinkin, kun sen omien oikeussääntöjen soveltaminen johtaisi eri lopputulokseen. Toisin sanoen vaikutusten kannalta vastavuoroisen tunnustamisen taustavoimana keskinäinen luottamuksen ratio on selkeästi hyötyajattelullinen.

42. Tämä yhteisöjen tuomioistuimen selkeä kanta helpottaa tiettyjen tilanteiden selvittämistä, mutta on joissakin tapauksissa riittämätön etenkin siksi, että tämä tiiviimmän yhteistyön järjestelmä antaa kansallisille tuomareille ensiarvoisen tärkeän roolin, joka edellyttää huomattavia tulkintataitoja. [44]

40 – Tämä pitäisi varauksetta hyväksyä. Valtion suostumus toimii kansainvälisten oikeussääntöjen perustana ja tuo esiin periaatteellisen kysymyksen siitä, mitkä velvoitteet sitovat valtiota, ks. Moreiro González, C. J., *Las claúsulas de seguridad nacional*, Ed. Iustel, Portal Derecho S.A., Madrid, 2007, s. 132 ja 133.

41 – Vähän tämän jälkeen luottamus ilmaistiin nimenomaisesti toimenpideohjelmassa rikosoikeudellisten päätösten vastavuoroisen tunnustamisen periaatteen täytäntöönpanemiseksi (EUVL C 12, 15.1.2001, s. 10–19), jotta voidaan lisätä ”jäsenvaltioiden välistä yhteistyötä että henkilöiden oikeuksien suojaa – – Rikosoikeudellisten päätösten vastavuoroinen tunnustaminen edellyttää jäsenvaltioiden keskinäistä luottamusta toistensa rikosoikeuden järjestelmiin. Luottamuksen yhteisenä perustana on nimenomaan jäsenvaltioiden sitoutuminen vapauden, kansanvallan sekä ihmis- ja perusoikeuksien kunnioittamisen sekä oikeusvaltion periaatteisiin”.

42 – EUVL L 190, s. 1.

43 – Em. yhdistetyt asiat Gözütok ja Brügge, 11.2.2003 annetun tuomion 33 kohta, jossa seurataan julkisasiamies Ruiz-Jarabon ratkaisuehdotuksen 124 kohtaa.

44 – Pitkä kokemukseni kansallisessa tuomioistuimessa ja julkisasiamiehenä Luxemburgissa antavat minulle mahdollisuuden olla eri mieltä seuraavan kirjoittajan käsitysten kanssa, Flore, D., ”La notion de confiance mutuelle: l'alpha ou l'oméga d'une justice pénale européenne”, *La confiance mutuelle dans l'espace européen/Mutual Trust in the European Criminal Area*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2005, s. 17: ”Jos Brysselissä toimiva tuomari saattaa joskus epäillä jonkin Arlonissa tai Bruggessa toimivan kollegansa pätevyyttä, yhtä hyvin tämä on mahdollista silloin, kun kyseessä on jonkin toisen kaukaisemman kollegan pätevyys, jota tämä ei ole koskaan nähnyt eikä koskaan tule näkemään ja joka hoitaa tehtäviään maassa, jota tämä ei tunne ja johon tämä ei koskaan tule matkaamaan ja jossa tuomarilla ei ehkä ole samanlaista asemaa eikä samanlaista riippumattomuutta, ja joka soveltaa toisenlaisia oikeussääntöjä ja puhuu muuta kieltä – –”.

43. Sopiva väline epäselvien tilanteiden ratkaisemiseksi saataisiin jäsenvaltioiden aineellisen ja prosessuaalisen rikosoikeuden yhdenmukaistamisesta [45], koska epäilyt, joita tällä alalla päätöksiä tehtäessä joskus saattaa olla, hälvenevät, kun huomataan, että rikosoikeudelliset ratkaisut, jotka on annettu jossakin toisessa valtiossa, ilmeisesti tarjoavat aivan samanlaiset takeet.

44. Vaikka ne bis in idem -periaate jatkaakin kulkuaan keskinäisen luottamuksen lippua heiluttaen siitä riippumatta, toteutuuko tällainen konvergenssi koskaan, yleissopimuksen 54 artiklassa ei edellytetä minkäänlaista rikoslainsäädäntöjen lähentämistä valtioiden välillä, [46] vaan periaatteen vaikutus perustuu pikemminkin siihen, ettei tällaista lähentymistä ole tapahtunut.

45. Vaikka jäsenvaltioiden välille varmasti syntyy vastakkainasettelua tiettyjen, erityisesti perusoikeuksia koskevien edellytysten osalta, kokemus on osoittanut, että keskinäinen luottamus toimii normatiivisena periaatteena, joka tiivistää kolmatta pilaria koskevien velvoitteiden tulkinnallisia ohjeita ja toimii lopulta lojaalin yhteistyön vaatimusta vastaavalla tavalla. [47]

46. Vaikka vastavuoroinen tunnustaminen juontaakin juurensa valtioiden välisen yhteistyön abstraktisti määriteltyyn alueeseen, se toteutuu yhtenä konkreettisimmista yksittäistakeista [48] ja ulottaa vaikutuksensa totuttujen perusvaatimusten olemassaolon varmistamiseen yksilön oikeuksiin liittyvissä tilanteissa, joissa se, että oikeudelliset toimijat vetoavat vastavuoroisuuteen, helpottaa yhteisymmärrykseen pääsemistä.

b) …yksilön oikeuden tunnustamiseen

47. Edistysaskelistaan huolimatta perusvapauksien (kuten liikkumisvapauden) erottaminen kiellosta syyttää tai rangaista kaksi kertaa samasta teosta edellyttää vielä suuria ponnistuksia. Niitä voidaan perustellusti vaatia, koska Euroopan unioni on päässyt yhdentymisessään niin pitkälle, että on mahdollista katsoa kansalaisen olevan oikeuksien haltija ja oikeussääntöjen tarjoaman suojan varsinainen edunsaaja. [49]

48. Esteitä ei pitäisi olla sille, että valtioiden välisen, keskinäiseen luottamukseen perustuvan yhteistyön sääntöjä täydennetään (ei

45 – Tätä voidaan pitää tavoitteena, mutta missään tapauksessa se ei ole ainoa oikeuteen, vapauteen ja turvallisuuteen perustuvan alueen rakentamisedellytys.

46 – Em. yhdistetyissä asioissa Gözütok ja Brügge 11.2.2003 annetun tuomion 32 kohta.

47 – De Schutter, O., "La contribution du contrôle juridictionnel à la confiance mutuelle", *La confiance mutuelle dans l'espace européen/Mutual Trust in the European Criminal Area*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2005, s. 103.

48 – On muistettava, että ne bis in idem -periaate pitää sisällään yhden näistä yksittäistakeista.

49 – Yhdistetyissä asioissa Gözütok ja Brügge esittämässäni ratkaisuehdotuksessa (114 ja 115 kohta) painotin tämän puutteellista huomioimista ja tähdensin, että yleissopimuksen 54 artikla ja sitä seuraavat artiklat on ymmärrettävä kansalaisen asemasta käsin.

korvata) käyttämällä perusoikeuksia tukirakenteena, [50] sillä ne bis in idem -periaate merkitsee suhteessa valtion rankaisuvaltaan oikeussuojaa, joka perustuu oikeudenmukaista oikeudenkäyttöä koskevaan oikeuteen, [51] ja sillä on joissakin Schengenin säännöstöä soveltavissa valtioissa perustuslaillinen asema. [52]

49. Ne bis in idem -periaate pääsee todelliseen normatiiviseen arvoonsa vasta sitten, kun vahvistetaan subjektiivinen oikeus siihen, että repressiotoimi on ainutkertainen [53], ja kun se ilmenee näin ankkuroituneena lujaan perustaan, jonka avulla voidaan paikata heikkoja kohtia tietyissä muissa oikeudellisissa peruskäsitteissä, [54] kuten vanhentumisen ja lainvoiman käsitteissä tai niissä lukuisissa suhteellisuusperiaatetta koskevissa teorioissa, joita ei voida vain jäsenvaltioiden keskinäisellä luottamuksella [55] riittävällä tavalla ratkaista.

50. Tämä tulee selvemmin esiin Euroopan unionin perusoikeuskirjassa, [56] jonka 50 artiklassa ne bis in idem -periaate saa itsenäisen periaatteen aseman. Artiklassa määrätään, "että ketään ei saa panna syytteeseen tai rangaista rikoksesta, josta hänet on jo unionissa lopullisesti vapautettu tai tuomittu syylliseksi lain mukaisesti".

51. Niiden useiden eri puolien joukossa, joita perusoikeuksilla on, erityistä merkitystä on rajoituksilla ja poikkeuksilla, jotka ne sallivat vastavuoroiseen tunnustamiseen [57] sillä edel-

50 – Peers, S., *EU Justice and Home Affaire Law*, 2 painos, Oxford University Press, 2006, s. 460. Peers näkee teoksessaan Euroopan unionin olevan osoitus yhdentymisen kiinteydestä ja havaitsee unionissa tiettyjä rikosoikeudellisen yhteistyön muotoja, jotka hänen näkemyksensä mukaan osaltaan myötävaikuttavat kansainvälisten ihmisoikeussäännösten kehittymiseen.

51 – Tätä tulkintavaihtoehtoa puolsin myös yhdistetyissä asioissa Gözütok ja Brügge antamassani ratkaisuehdotuksessa.

52 – Tämä sääntö on myös kansainvälisissä sopimuksissa, esimerkiksi 19.12.1966 tehdyssä kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevassa kansainvälisessä yleissopimuksessa (14 artiklan 7 kappale) ja ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyn yleissopimuksen pöytäkirjassa N:o 7 (4 artikla). Näissä sopimuksissa periaatetta käsitellään kuitenkin valtionsisäisessä ulottuvuudessaan ja vahvistetaan sen voimassaolo valtion tuomiovallan piirissä.

53 – Julkisasiamies Sharpstonin mukaan "valtiolla on yksi mahdollisuus arvioida yksilön oletettua rikollista käyttäytymistä ja antaa siitä tuomio" (asia Gasparini, 15.6.2006 annetun ratkaisuehdotuksen 92 kohta).

54 – Puutteita on runsaasti siitä syystä, ettei aineellisia eikä menettelyllisiä rikosoikeuden säännöksiä ole yhdenmukaistettu.

55 – Esimerkkinä tästä voidaan pitää em. asiaa Gasparini, jossa yhteisöjen tuomioistuin pysytti maksimalistisen kantansa keskinäisestä luottamuksesta ja sivuutti osin julkisasiamies Sharpstonin ratkaisuehdotuksen. Julkisasiamiehen mukaan tätä käsitettä ei voida käyttää asianmukaisena perusteena ne bis in idem -periaatteen soveltamiselle päätökseen, jolla menettely lopetetaan syyteoikeuden vanhenemisen takia (ratkaisuehdotuksen 108 kohta ja sitä seuraavat kohdat).

56 – Asiassa C-303/05, Advocaten voor de Wereld VZW, tuomio 3.5.2007 (Kok. 2007, s. I-3633), annetussa ratkaisuehdotuksessa julkisasiamies Ruiz-Jarabo katsoo, että "perusoikeuskirja on hyväksyttävä ensisijaiseksi tulkintalähteeksi jäsenvaltioiden valtiosääntöperinteeseen kuuluvien oikeussuojatakeiden puolustamisessa. Tähän päämäärään on pyrittävä maltillisesti mutta määrätietoisesti ja täysin varmana siitä, että jos perusoikeuksien suojelu on katsottu välttämättömäksi yhteisöpilarissa, yhtä oleellista se on myös kolmannessa pilarissa, koska perusoikeudet jo sisältönsä puolesta ovat erottamaton osa henkilökohtaista vapautta, joka puolestaan on edellytys muiden vapauksien olemassaololle". Vastaavasti 13.12.2007 tehdyllä Lissabonin sopimuksella muutetaan EU 6 artiklaa lisäämällä siihen seuraava kohta: "Unioni tunnustaa oikeudet, vapaudet ja periaatteet, jotka esitetään 7 päivänä joulukuuta 2000 hyväksytyssä ja Strasbourgissa 12 päivänä joulukuuta 2007 mukautetussa Euroopan unionin perusoikeuskirjassa, jolla on sama oikeudellinen arvo kuin perussopimuksilla".

57 – Tämä on johdettavissa EU 6 artiklasta ja eurooppalaisesta pidätysmääräyksestä ja jäsenvaltioiden välisistä luovuttamismenettelyistä 13.6.2002 tehdyn neuvoston puitepäätöksen 2002/584/YOS 1 artiklan 3 kohdasta.

lytyksellä, että ne ovat voimassa jäsenvaltioiden yhteisinä periaatteina. [58]

B *”Lopullisen tuomion” käsite*

52. Landgericht Regensburg on esittänyt kysymyksensä muotoillen sen siten, että se kohdistuu vain yleissopimuksen 54 artiklaan, jossa kielletään syyttämästä samoista teoista silloin, kun tuomittua rangaistusta ”ei voida enää suorittaa”.

53. Asiassa vallitsevien tosiseikkojen vuoksi ensin on kuitenkin selvitettävä, voiko poissa olevana tuomitseminen olla edellä tarkoitetun käsitteen mukainen lopullinen tuomio, kun otetaan huomioon se, että asiassa on ollut mahdotonta panna seuraamus välittömästi täytäntöön sen prosessuaalisen vaatimuksen vuoksi, jonka mukaan uusi oikeudenkäynti on toimitettava, jos poissa olevana tuomittu vastaaja saadaan kiinni.

58 – Asia C-36/02, Omega, tuomio 14.10.2004 (Kok. 2004, s. I-9609, 34, 37 ja 38 kohta).

1. Tulkinta

54. Edellä mainitussa asiassa Kretzinger 18.7.2007 annetussa tuomiossa yhteisöjen tuomioistuin väisti tämän keskustelun [59] toteamalla tuomionsa 67 kohdassa, ettei asiassa ollut ”tarpeen tutkia, onko vastaajan poissa ollessa annettua tuomiota, jonka täytäntöönpanokelpoisuudelle voidaan puitepäätöksen 5 artiklan 1 kohdan nojalla asettaa ehtoja, pidettävä ratkaisuna, jolla henkilö on saanut yleissopimuksen 54 artiklassa tarkoitetun ’lainvoimaisen tuomion’”.

55. Yhteisöjen tuomioistuin on puolestaan omaksunut laaja-alaisen arviointiperusteen, jonka mukaan Euroopan unionissa on kunnioitettava kaikkia ratkaisuja, joilla saatetaan päätökseen syytettyyn kohdistettu menettely sen jäsenvaltion lainsäädännön mukaisesti, jossa tähän ratkaisuun johtaneet toimenpiteet aloitettiin.

56. Tällä tavoin yhteisöjen tuomioistuin on hyväksynyt lainvoimaisen tuomion käsitteen alaan kuuluviksi sellaiset prosessuaaliset viranomaistoimet, joilla virallinen syyttäjä määrää toimenpiteistä luopumisesta ilman, että tuomioistuin puuttuu asian käsittelyyn (yhdistetyt asiat Gözütok ja Brügge), sekä

59 – Julkisasiamies Sharpston puolestaan ei halunnut sivuuttaa tätä ratkaisuehdotuksessaan 5.12.2006 vaan totesi, että poissa olevalle vastaajalle annettu tuomio saa keskinäisen luottamuksen perusteella yleissopimuksen 54 artiklan suojaa edellyttäen, että sen antamisessa on noudatettu Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan mukaisia vaatimuksia (101 kohta).

päätökset, joilla syytetty vapautetaan syyllisyydestään lopullisesti, joko näytön puuttumisen vuoksi (asia van Straaten) taikka syyteoikeuden vanhentumisen vuoksi (asia Gasparini).

57. Vaikka yleissopimuksen 54 artiklan eri kieliversioissa onkin eroja, [60] teleologinen välttämättömyys taata henkilöiden liikkuminen on aina sama vapauteen, turvallisuuteen ja oikeuteen perustuvalla alueella, jonka toteutuminen kuivuisi kokoon, ellei lainvoimaisen tuomion käsitettä haluttaisi kansallisten prosessuaalisten erityispiirteiden vuoksi ymmärtää erittäin joustavasti.

58. Lainvoimaisuus (res judicata) puhtaassa muodossaan [61] antaa tuomiolle oikeudellisen aseman, jonka perusteella sitä ei voida millään tavoin muuttaa, koska muutoksenhakukeinoa ei ole säädetty tai koska muutosta ei ole haettu laissa säädetyssä määräajassa. [62]

60 – Olen tuonut nämä kielelliset eroavuudet esiin toisessa yhteydessä, yhdistetyissä asioissa Gözütok ja Brügge antamassani ratkaisuehdotuksessa.

61 – Helleenien tasavallan aloitteessa neuvoston puitepäätöksen tekemiseksi ne bis in idem -periaatteen soveltamisesta (EUVL 2003, C 100, s. 24), jota ei hyväksytty, 1 artiklassa tällaisen lopullisen ratkaisun asema haluttiin kaikille päätöksille, jotka ovat kansallisen lainsäädännön mukaan lainvoimaisia. Toiselta kannalta asiaa lähestyvät Almagro, J. ja Tomé, J., *Instituciones de Derecho Procesal. Proceso Penal*, Ed. Trivium, Madrid, 1994, s. 347 sekä Cortés, V., *Derecho Procesal. Parte General. Proceso Civil*, 6. painos., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, I osa, s. 488.

62 – Ajatuksella, jonka ranskankielinen ilmaisu ”définitivement jugé”, englanninkielinen ilmaisu ”finally disponed”, saksankielinen ilmaisu ”rechtskräftig abgeurteilt” ja italiankielinen ilmaisu ”giudicata con sentenza definitiva” välittävät – siitä huolimatta, että muissa oikeusjärjestyksissä, kuten Espanjan oikeusjärjestyksessä tämän tyyppisiä lopullisia päätöksiä kuvataan ilmaisulla ”sentencia firme”, jota yleissopimuksen espanjankielisessä 54 artiklassakin käytetään, – on ymmärrettävä tarkoitettavan ainoastaan päätöksiä, jotka ratkaisevat asian ensimmäisessä oikeusasteessa.

2. Poissa olevan vastaajan tuomitseminen

59. Poissa olevan tuomitsemista koskevien asioiden varalta eri valtioissa omaksutut erilaiset lähestymistavat jarruttavat joustavaa yhteistyön rikosasioissa, mikä on useita kertoja tuotu esiin viime aikoina tehdyissä aloitteissa, [63] joilla pyritään tiettyyn yhtäläisyyteen luomalla perusteet sellaisten yhteisten sääntöjen nojalla, joilla tilanne saataisiin etenemään.

60. Esillä olevassa asiassa mahdollisesti myöhemmin annettavalla tuomiolla olisi siis rikottu kyseisen sotatuomioistuimen antaman tuomion yleissopimuksen 54 artiklassa tarkoitettua lainvoimaisuutta.

61. Epävarmuus oli kuitenkin vain hetkellinen, koska kuten Tribunal aux armées de Paris’n syyttäjä on todennut, kyseinen tuomio sai lainvoiman 1981, eli ennen menettelyn aloittamista Saksassa, eikä tätä toteamusta [64] voida kiistää yhteisön oikeuden perusteella.

63 – Kuten Slovenian, Ranskan, Tšekin, Ruotsin, Slovakian, Yhdistyneen kuningaskunnan ja Saksan hallitusten Euroopan unionin neuvoston johdolla 14.1.2008 laatimassa valmisteluasiakirjassa (5213/08) tekemät aloitteet oikeudellisen yhteistyön helpottamiseksi ja tuomioistuinten päätösten vastavuoroiseksi tunnustamiseksi silloin, kun tuomio annetaan syytetyn poissa ollessa.

64 – Ennakkoratkaisupyynnössä esitetyt tiedot ovat yhtäpitävät, mitä on syytä tässä painottaa: tuomion julistamisesta alkoi kulua tuomitulle varattu muutoksenhaun määräaika samoin kuin seuraamuksen vanhentumisen määräaika, ja näiden kummankin päätyttyä päätös on muutoksenhakukelvottomana sekä aineellisesti että muodollisesti lopullinen.

62. Yhteisöjen tuomioistuimen on kuitenkin tarkkaan punnittava sen merkitystä, että yleissopimuksen 54 artiklassa ei edellytetä, että tuomio tulee lopulliseksi sitä annettaessa, vaan riittää, että se on saavuttanut tämän aseman toista oikeudenkäyntiä aloitettaessa, [65] mikä Bourquainin tapauksessa tapahtui vuonna 2002, jolloin kyseisen sotatuomioistuimen päätös oli jo tullut lainvoimaiseksi Ranskan lainsäädännön mukaisesti.

63. Tämän lisäksi useiden kansainvälisten oikeussääntöjen mukaan [66] syytetyn läsnäolo oikeudenkäynnissä antaa mahdollisuuden puolustuksen esittämiseen ja toteuttaa syytetyn oikeuden asianmukaiseen oikeudenkäyntiin, [67] minkä lisäksi 13.6.2002 tehdyssä neuvoston puitepäätöksessä 2002/584/YOS [68] annetaan mahdollisuus vaatia pyynnön esittäneeltä valtiolta, joka aikoo panna täytäntöön rangaistuksen, johon henkilö on tuomittu poissa olevana, selvät takeet siitä, että tuomittu voi vaatia asialle uutta käsittelyä, jossa hänen perusoikeutensa taataan.

64. Tämän syytetylle annetun takeen muuttaminen edellytykseksi, joka kumoaa muiden oikeuksien soveltamisen, johtaisi täysin järjettömään tilanteeseen, joka realisoituisi, jos ne bis in idem -periaatteen soveltaminen rajoitettaisiin päätöksiin, joiden osalta syytetyllä ei ole mahdollisuutta muutoksenhakuun edukseen.

65. Edellä esitetyistä syistä vastaajan tuomitseminen poissa olevana on katsottava yleissopimuksen 54 artiklassa tarkoitetulla tavalla lainvoimaiseksi tuomioksi.

C *Vaatimus, joka koskee sitä, ettei rangaistusta ole pantu täytäntöön*

66. Nyt esillä olevassa ennakkoratkaisua koskevassa asiassa kaikki ovat yhtä mieltä siitä, että kun oikeudenkäynti aloitettiin Saksassa, rangaistus ei ollut Ranskassa täytäntöönpanokelpoinen, koska sen lisäksi, että se oli vanhentunut, kuolemanrangaistus oli kumottu Ranskassa, joka oli lisäksi tätä ennen antanut lain, jolla armahdettiin kaikki Algerian tapahtumiin osallistuneet.

67. Landgericht Regensburgin kysymys koskee sen selvittämistä, onko rangaistuksen täytäntöönpanon esteen pitänyt ilmetä seuraamuksen määräämisen jälkeen. Unkarin hallitus on puoltanut tätä näkemystä esittämällä, että yleissopimuksen 54 artiklassa sallitaan, että täytäntöönpanossa ilmenee tuomion antamisen jälkeen vaikeuksia, mutta siinä ei oteta huomioon tilannetta, jossa rangaistus on mahdoton panna täytäntöön jo tuomion antamisesta alkaen, kuten nyt käsiteltävänä olevassa asiassa, jossa uuden oikeudenkäynnin toimittaminen, joka olisi ollut välttämätön seuraamuksen toteuttamiseksi, oli mahdotonta sen vuoksi, ettei Bourquainia tavoitettu.

65 – Asiassa van Esbroeck antamastani ratkaisuehdotuksesta voidaan saada tähän valaistusta, koska siinä käsitellään yleissopimuksen 54 artiklan ajallista soveltamisalaa.

66 – Ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyn yleissopimuksen 6 artikla ja Euroopan unionin perusoikeuskirjan 47 ja 48 artikla.

67 – Joka pitää sisällään oikeuden saada tietää syytteen sisältö, tulla kuulluksi puolueettomassa tuomioistuimessa, saada asianajaja ja osallistua asian selvittämiseen.

68 – Sen 5.1 artikla.

68. Unkarin hallitus tukeutuu yleissopimuksen 54 artiklan sanamuodon mukaiseen ilmaisuun ”rangaistusta ei enää voida suorittaa” osoittaakseen vastakohtaispäätelmin, että tämä tarkoittaa sitä, että rangaistus olisi pitänyt voida jonakin tätä edeltävänä ajankohtana panna täytäntöön.

69. Väite ei ole vakuuttava, koska sanojen merkitys ei aina suinkaan tuota oikeaa perusväittämää, kuten yhteisöjen tuomioistuin on joissakin tapauksissa todennut. [69] Lisäksi ilmaisun lyhyys osoittaa ainoastaan sitä, että seuraamuksen täytäntöönpanokelpoisuus toteutuu silloin, kun yritetään aloittaa uusi oikeudenkäynti, eikä tätä ennen, mikä säilyttää säännöksen tehokkaan oikeusvaikutuksen.

70. Yleissopimuksen 54 artikla antaa sijan sellaisille kansallisille rikosoikeuden säännöksille, jotka eivät lopullisen rationsa vuoksi salli laillisuusperiaatteen, [70] joka on voimassa jäsenvaltioiden yhteisessä perinteessä [71] ja joka on saanut positiivisoikeudellisen ilmaisunsa [72] yhteisön oikeudessa, vastaista laajaa tulkintaa. [73]

71. Edellä esitetystä riippumatta oma merkityksensä on annettava Alankomaiden hallituksen ajatuksille siitä, että on vaikea kuvitella lopullisella tuomiolla langetettavan rangaistuksia, jotka eivät ole täytäntöönpanokelpoisia. [74]

72. Sellaisen säännöksen soveltamisalan määrittelyssä, joka määrittää siis rangaistuksen eikä tuomion täytäntöönpanokelpoisuutta, on noudatettava erityistä tarkkuutta.

73. Toisistaan on siis edellä mainittu varaus huomioon ottaen erotettava täytäntöönpanokelpoinen tuomio täytäntöönpanevasta tuomiosta [75] siksikin, että vaikka Ranskan lainsäädännössä ei sallitakaan rangaistuksen

69 – Asiassa 173/88, Skatteministeriet v. Henriksen, 13.7.1989 annetussa tuomiossa (Kok. 1989, s. 2763) torjuttiin tämä selitysmekanismi toteamalla, että tutkittavaksi saatetun käsitteen alan määrittelyssä ei voida käyttää ainoastaan sanamuodonmukaista tulkintaa (tuomion 11 kohta).

70 – Laillisuusperiaatetta on muotoiltu yhteisön yleisenä oikeusperiaatteena em. asiassa Advocaten voor de Wereld VZW annetun tuomion 46 ja 49 kohdassa.

71 – Yhdistetyt asiat C-387/02, C-391/02 ja C-403/02, Berlusconi ym., tuomio 3.5.2005 (Kok. 2005, s. I-3565, 67 kohta) viittauksineen asiaan C-112/00, Schmidberger, tuomio 12.6.2003 (Kok. 2003, s. I-5659, 71 kohta) ja yhdistettyihin asioihin C-20/00 ja C-64/00, Booker Aquaculture ja Hydro Seafood, tuomio 10.7.2003 (Kok. 2003, s. I-7411, 65 kohta).

72 – Euroopan unionin perusoikeuskirjan 49 artiklassa vahvistettu periaate.

73 – Berdugo, I., Arroyo, L., García, N., Ferré, J. ja Ramón, J., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Ed. Praxis, Barcelona, 1996, s. 37, kuvaavat, kuinka laillisuusperiaatteeseen tukeutuminen edellyttää ”tukeutumista yksinomaan lakiin, eli kansanedustuslaitoksen yksinomaiseen oikeuteen määritellä, mitä menettelyä on pidettävä rikollisena, ja määrätä seuraamukset, ja torjuttava täysin kaikki alemmantasoisilla säännöksillä tai käytännöillä toteutettavat sääntelymuodot; se edellyttää rikosoikeudellisten säännösten yksityiskohtaisuutta, pysyvyyttä tai rajallisuutta; syytetyn vahingoksi tapahtuvan laajentavan ja analogisen tulkinnan kieltoa, rikoksentekijän kannalta kielteisten rikosoikeudellisten oikeussääntöjen taannehtivuuden kieltoa – –”. Vastaavasti Vogel, J., ”Principio de legalidad, territorialidad y competencia judicial”, *Eurodelitos. El derecho penal económico de la Unión Europea*, Tiedemann, K. ja Nieto, A., Ed. de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2004, s. 32, joka painottaa sitä, että analogisen tulkinnan kielto ja velvollisuus suppeaan tulkintaan tunnustetaan poikkeuksetta kaikissa jäsenvaltioissa seuraavan laillisuusperiaatteen soveltamisesta.

74 – ”Alankomaiden hallitus ei osaa kuvitella, minkälaisessa tilanteessa lopullisella tuomiolla määrättäisiin sellainen rangaistus, jonka osalta voidaan milloin tahansa tämän jälkeen todeta, ettei sitä ole koskaan voitu panna täytäntöön.” (huomautusten 40 kohta).

75 – Tätä kaksitahoista näkemystä kuvaavat hyvin Espanjan hallinto-oikeuden käsitteet ”autotutela declativa” ja ”autotutela ejecuaraiva”. Ensin mainittu merkitsee sitä, että viranomaistoimet nauttivat laillisuusolettamuksen suojaa, joka vaikuttaa asianomaisiin, elleivät ne romuta tätä asianmukaisella muutoksenhaulla, toinen taas kuuluu toiminnalliselle puolelle ja merkitsee pakkotäytäntöönpanoa silloin, kun toimen adressaatit vastustavat sen toimeenpanoa (García de Enterría, E. ja Fernández, T. R., *Curso de Derecho administrativo I*, 6. painos, Ed. Civitas, Madrid, 1996, s. 490 ja 491).

täytäntöönpanoa ilman uuden oikeudenkäynnin toimittamista, ei tuomion arvo oikeusperusteena suhteessa syytetyn henkilöön ja omaisuuteen lain nojalla millään tavoin pienene. Tästä osoituksena on se, että Bourquainin syyllisyys olisi tutkittava uudessa oikeudenkäynnissä, jos hänen olinpaikkansa selviäisi, samalla tavoin kuin hänen omaisuutensa takavarikko.

74. Vastaavasti rangaistus tulisi täytäntöönpanokelpoiseksi sen jälkeen, kun se prosessuaalinen este poistuisi, joka on häirinnyt täytäntöönpanoa mutta joka ei kuitenkaan mitenkään vaikuta sen varsinaiseen pätevyyteen [76], mikä on pidettävä erillään sen tehokkuudesta.

75. Esitettyjen selvitysten perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin tulkitsee yleissopimuksen 54 artiklaa siten, että sen tarjoama suoja koskee myös sellaisella lainvoimaisella tuomiolla määrättyä rangaistusta, jota ei kansalliselle lainkäyttömenettelylle ominaisten erityispiirteiden vuoksi olisi koskaan voitu panna täytäntöön.

D *Armahdus, ne bis in idem ja niiden eri luonteenpiirteet*

76. Tarkoituksena ei tässä ole välttää oikeudellisen keskustelun käymistä siitä, millä tavoin kuolemanrangaistuksen kumoaminen ja seuraamuksen vanhentuminen estävät sotatuomioistuimen tuomion täytäntöönpanon. Kysymys on niin ilmiselvä ja kansallisen tuomioistuimen toimivalta tältä osin täysin yksinomainen, että kaikki siihen kohdistuva argumentaatio olisi tarpeetonta ja epäasianmukaista.

77. Varovaisuussyistä on kuitenkin pohdittava, vaikkakin vain lyhyesti, armahduksen merkitystä niiden lukuisten ilmenemismuotojen vuoksi, joita tälle poikkeukselliselle armon muodolle on annettu eri oikeusjärjestyksissä.

78. Geneven yleissopimuksen II pöytäkirjassa [77] armahdus liitetään rauhan ja sovinnon tavoitteluun sellaisten kärsimystä tuottaneiden ajanjaksojen jälkeen, joina tietyssä yhteiskunnassa on puhjennut väkivaltaisia yhteenottoja.

79. Sellaisissa kollektiivisissa selkkauksissa, jotka ovat romuttaneet väestön poliittiset olot ja yhteiskunnallisen tilanteen, vallitsevat syntyperältään hyvin erottuvat tunnekuohut on pyrittävä tyynnyttämään.

76 – Siitä riippumatta, että kyseessä on kuolemanrangaistus, joka on lähtökohtaisesti yhteensopimaton niiden vapauksien ja oikeuksien kanssa, joiden turvaamiseksi Euroopan unioni jatkuvasti ponnistelee.

77 – Erityisesti sen 6 artiklan 5 kappaleessa, jossa määrätään seuraavaa: ”Vihollisuuksien päätyttyä vallassa olevat viranomaiset pyrkivät mahdollisimman laajalti armahtamaan aseelliseen selkkaukseen osallistuneet henkilöt – –” (Geneven yleissopimusten lisäpöytäkirja kansainvälistä luonnetta vailla olevien aseellisten selkkausten uhrien suojelemisesta (II pöytäkirja).

80. Tällaisiin keinoihin voidaan laajasti tulkiten lukea [78] mitkä tahansa rangaistuksen anteeksiantoa ja lieventämistä tarkoittavat toimenpiteet, sekä armahtaminen [79], kun taas toisten näkemysten mukaan yleinen armahdus rajataan niin, että se tarkoittaa ainoastaan kansanedustuslaitoksen yleisluontoista päätöstä, joka on tehty lainsäädäntömenettelyssä.

81. Euroopassa anteeksiannon eri muodot eroavat toisistaan monilla eri tavoilla: sen eri tyyppien tai niiden tavoitteiden perusteella taikka niiden rikosten perusteella, jotka voivat olla armahduksen kohteena [80]. Tämä ei muuta sitä, että armahdus vaikuttaa valtion rankaisuvaltaa kuolettavana toimena kaikissa valtioissa, eikä sitä, että muut kuin lainkäyttöviranomaiset peruuttavat anteeksiantoa käyttäessään väistämättä rikosoikeudellisen seuraamuksen määräävän tuomion vaikutukset. [81]

82. Tämä erilaisten armahdusmuotojen varasto on moninainen siksi, että kukin muoto edustaa tiettyä ajatusta siitä, ja yhtenäinen siksi, että niiden päämäärä on sama. Sen olemassaolo osoittaa vahvasti todellista poliittista tahtoa, jonka taustalla ovat tarkoituksenmukaisuusperiaatteet, joiden juuret ovat siinä, että valtiot ovat suvereeneja ratkaisemaan omat sisäiset selkkauksensa.

83. Keskinäisen luottamuksen ei pitäisi kattaa yhteisön oikeuden ne bis in idem -periaatteen soveltamisalalla tapauksia, joissa rangaistusta ei ole pantu täytäntöön syistä, jotka perustuvat kansallisten viranomaisten näiden poikkeuksellisten oikeuksien käyttöön, sillä vastavuoroisen tunnustamisen logiikka ei toimi lainkäytöllisissä lain soveltamistilanteissa, kun niihin vaikuttaa sosiologisten ja poliittisten tekijöiden vahvasti värittämä vastatuuli.

84. Eurooppalaista pidätysmääräystä koskevassa puitepäätöksessä yleinen armahdus onkin tarkoituksellisesti esitetty yhtenä niistä pakollisista kieltäytymisperusteista, jotka johtavat pidätysmääräyksen täytäntöön panematta jättämiseen, edellyttäen, että valtiolla oli toimivalta nostaa syyte tästä rikoksesta oman rikoslainsäädäntönsä mukaan (3 artiklan 1 kohta).

85. Perusoikeuksien kannalta tarkastellen yleinen armahdus ei voi tarjota suojaa, jonka mukaan ne bis in idem -periaate oikeuttaisi rangaistuksen täytäntöön panematta jättämisen. Siitä huolimatta, että yleistä armahdusta voidaan käyttää vaarallisena keinona rangaistuksen välttämiseksi, [82] on muistettava sen kaksi eri ulottuvuutta, jotka jälleen kerran on havaittu: yleisen armahduksen perusta on muualla kuin perusoikeuksien arvomaailmassa, ja sitä sovelletaan niin epämääräisten ja satunnaisten tekijöiden perusteella, etteivät perinteisen oikeudellisen päättelymekanismin keinot enää toimi eikä mahdollisuutta tuomioistuinvalvontaan ole. [83]

78 – Bernardi, A. ja Grande, C., "Amnistía. La prescripción del delito y de la sanción", *La orden de detención y entrega europea*, Arroyo, L. ja Nieto, A., Ed. de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006, s. 260, 261 ja 275.

79 – Armahdukselle on ominaista se, että se koskee yksittäisiä tapauksia, kun taas muut anteeksiantoa merkitsevät toimet kohdistuvat tiettyyn ihmisten ryhmään.

80 – Bernardi A. ja Grande C., em. teos, s. 262.

81 – Pradel, *Droit Pénal général*, Paris, 2002, s. 669.

82 – Amerikan ihmisoikeustuomioistuin on suhtautunut kriittisesti tiettyihin anteeksiannon muotoihin asiassa Barrios Altos v. Peru, 14.3.2001 antamassaan tuomiossa, C sarja, nro 45.

83 – Vapaan harkinnan alaan suoraan määritelmänsä nojalla kuuluvana omana ryhmänään "armoperusteiset" toimet jäävät oikeudellisten muutoksenhakumahdollisuuksien ulkopuolelle.

VI Ratkaisuehdotus

86. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin vastaisi ennakkoratkaisukysymykseen seuraavaa:

Schengenin sopimuksen soveltamisesta 19.6.1990 tehdyn yleissopimuksen 54 artiklaa on tulkittava siten, että henkilöä, joka on lainvoimaisella tuomiolla tuomittu yhdessä valtiossa, ei voida syyttää samoista teoista toisessa valtiossa silloin, kun tällä tuomiolla hänelle määrättyä rangaistusta ei tuomion antaneen valtion lainsäädännön mukaan ole koskaan voitu panna täytäntöön.