# OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
# DÁMASA RUIZA-JARABA COLOMERA
przedstawiona w dniu 8 kwietnia 2008 r. [1]

## I — Wstęp

1. Na przestrzeni ostatnich pięciu lat Trybunał Sprawiedliwości doprecyzował nieco rozmyte kontury zasady *ne bis in idem* w orzeczeniach [2], do wydania których miałem zaszczyt się przyczynić [3] i w których to szczególne okoliczności rozpatrywanych spraw nie rzucają cienia na inspirujące tę zasadę powołanie.

2. Podobnie jak przy podziwianiu obrazu, prawidłowa ocena jego całości wymaga nabrania dystansu do obrazu, gdyż w przeciwnym razie ryzykujemy tym, że siatkówka uchwyci jedynie ślady, teksturę i masę kolorów, i nie zdoła uchwycić całościowego znaczenia dzieła.

3. Czasami może to okazać się szczególnie trudne, tak jak to ma miejsce w niniejszej sprawie, która została wszczęta częściowo przez paradoksalne zachowanie osoby, która dla swojego dobra powołuje się na skazanie jej na karę śmierci [4] orzeczoną 47 lat temu, w celu uruchomienia zasady *ne bis in idem*. W tym miejscu ukazuje się wielkość i słabość prawa.

## II — Ramy prawne

### A — *Dorobek Schengen*

4. Dorobek Schengen obejmuje:

a) Układ podpisany w dniu 14 czerwca 1985 r. w miejscowości luksemburskiej,

1 — Język oryginału: hiszpański

2 — Trybunał Sprawiedliwości rozpatrywał tę zasadę już siedmiokrotnie: w wyroku z dnia 11 lutego 2003 r. w sprawach połączonych C-187/01 i C-385/01 Gözütok i Brügge, Zb.Orz. s. I-1345; w wyroku z dnia 10 marca 2005 r. w sprawie C-469/03 Miraglia, Rec. s. I-2009; w wyroku z dnia 9 marca 2006 r. w sprawie C-436/04 van Esbroeck, Zb.Orz. s. I-2333; w wyroku z dnia 28 września 2006 r. w sprawie C-150/05 van Straaten, Zb.Orz. s. I-9327; w wyroku z dnia 28 września 2006 r. w sprawie C-467/04 Gasparini i in., Zb.Orz. s. I-9199; w wyroku z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie C-288/05 Kretzinger, Zb.Orz. s. I-6441; oraz w wyroku z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie C-367/05 Kraaijenbrink, Zb.Orz. s. I-6619.

3 — W sprawach Gözütok i Brügge, van Esbroeck i van Straaten przedstawiłem opinię odpowiednio w dniach 19 września 2002 r., 20 października 2005 r. oraz w dniu 8 czerwca 2006 r. Za wyjątkiem sprawy Miraglia, w której nie przedstawiono opinii, to rzecznik generalna E. Sharpston przedstawiła opinie w dniu 15 czerwca 2006 r. w sprawie Gasparini oraz w dniu 5 grudnia 2006 r. w sprawie Kretzinger i Kraaijenbrink.

4 — F. Nietzche,w *El crepúsculo de los ídolos [Zmierzch bożyszcz]*, Madrid, Alianza Editorial 2006, s. 34, na tle woli przeżycia wykazuje zdolności rodzaju ludzkiego do stawienia czoła losowi w aforyzmie 8 „Zdań i strzał", odnoszącym się do szkoły wojennej życia, twierdząc że „co mnie nie zabija, czyni mnie silniejszym". Hiszpańskie przysłowie mówi: „lo que no mata, engorda".

od której pochodzi jego nazwa, przez państwa Unii Gospodarczej Beneluksu, Republikę Federalną Niemiec i Republikę Francuską w sprawie stopniowego znoszenia kontroli na wspólnych granicach [5];

b) konwencję wykonawczą do wcześniejszego układu, podpisaną w dniu 19 czerwca 1990 r. (zwaną dalej „konwencją") [6], która ustanawia środki współpracy w celu zneutralizowania skutków zniesienia tych kontroli;

c) protokoły i akty przystąpienia innych państw członkowskich, oświadczenia i akty przyjęte przez Komitet Wykonawczy ustanowiony przez Konwencję, a także przez organy, którym Komitet przyznał uprawnienia decyzyjne [7].

5. Protokół (nr 2) dołączony do Traktatu o Unii Europejskiej i Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (zwany dalej „protokołem") włącza ów dorobek w ramy Unii. Zgodnie z art. 2 ust. 1 akapit pierwszy tego protokołu, dorobek ten stosowany jest w trzynastu państwach wymienionych w art. 1 [8] od chwili wejścia w życie traktatu z Amsterdamu (1 maja 1999 r.).

6. Decyzja Rady 2007/801/WE z dnia 6 grudnia 2007 r. [9] znacznie poszerzyła terytorialny zakres układu, postanawiając o pełnym stosowaniu jego przepisów w Republice Czeskiej, Republice Estońskiej, Republice Łotewskiej, Republice Litewskiej, Republice Węgierskiej, Republice Malty, Rzeczypospolitej Polskiej, Republice Słowenii i Republice Słowackiej.

7. Zjednoczone Królestwo [10] i Republika Irlandii [11] nie należą w pełni o tego wspólnego projektu, gdyż wybrały współpracę doraźną.

5 — Dz.U. 2000, L 239, s. 13.
6 — Dz.U. 2000, L 239, s. 19.
7 — Dz.U. 2000, L 239, s. 63 i nast.

8 — Królestwo Belgii, Republika Federalna Niemiec, Republika Grecka, Królestwo Hiszpanii, Republika Francuska, Wielkie Księstwo Luksemburga, Republika Austrii, Republika Portugalska, Republika Finlandii, Królestwo Niderlandów, Królestwo Szwecji i Królestwo Danii, przy czym Królestwo Danii posiada szczególny status, umożliwiający mu uchylenie się od decyzji przyjętych w tej dziedzinie.
9 — Dz.U. L 323 s. 34–39.
10 — Decyzja Rady 2000/365/WE z dnia 29 maja 2000 r. (Dz.U. L 131, s. 43) i decyzja Rady 2004/926/WE z dnia 22 grudnia 2004 r. w sprawie wprowadzenia w życie części dorobku Schengen przez Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej (Dz.U. L 395, s.70)
11 — Jej wniosek został przyjęty decyzją Rady 2002/192/WE z dnia 28 lutego 2002 r. (Dz.U. L 64, s. 20).

8. Republika Cypryjska [12], Republika Bułgarii i Republika Rumunii [13] co prawda są związane przywołanym zbiorem przepisów po przystąpieniu do Unii Europejskiej, niemniej jednak wymagane jest podjęcie działań przez Radę w celu sprawdzenia, czy zostały spełnione warunki konieczne dla jego stosowania.

9. Spośród państw nienależących do Unii Europejskiej, art. 6 protokołu zobowiązuje Republikę Islandii i Królestwo Norwegii do wprowadzenia w życie i rozwoju dorobku z Schengen, który stosowany jest w tych państwach od 25 marca 2001 r. [14] Istnieje ponadto umowa o stowarzyszeniu ze Szwajcarią, przewidująca wprowadzanie w życie, stosowanie i rozwój tego dorobku [15], do którego najprawdopodobniej przystąpi Księstwo Liechtenstein na podstawie projektu decyzji przygotowanego przez Radę [16].

10. Zgodnie z preambułą do protokołu, celem jest integracja europejska, która umożliwi Unii Europejskiej szybciej stać się przestrzenią wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości.

11. Na podstawie art. 2 ust. 1 akapit drugi protokołu, Rada przyjęła w dniu 20 maja 1999 r. decyzje 1999/435/WE i 1999/436/WE, w których definiuje dorobek z Schengen w celu określenia, zgodnie ze stosownymi postanowieniami Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską i Traktatu o Unii Europejskiej, podstawy prawnej dla każdego z postanowień lub decyzji stanowiących dorobek Schengen [17].

B — *W szczególności zasada ne bis in idem*

12. Tytuł III konwencji zatytułowany „Policja i bezpieczeństwo" rozpoczyna się rozdziałem „Współpraca policyjna" (art. 39–47), po którym następuje kolejny rozdział dotyczący „Wzajemnej pomocy w sprawach karnych" (art. 48–53).

12 — Artykuł 3 ust. 2 aktu dotyczącego warunków przystąpienia (Dz.U. L 236, s. 50).

13 — Artykuł 4 ust. 2 aktu dotyczącego warunków przystąpienia (Dz.U. L 157, s. 203).

14 — W dniu 19 grudnia 1996 r. trzynaście państw członkowskich Unii będących stronami układu z Schengen i ww. państwa nordyckie podpisały w Luksemburgu umowę ad hoc, poprzedzającą umowę podpisaną w dniu 18 maja 1999 r. przez Radę Unii Europejskiej z Republiką Islandii i Królestwem Norwegii o stowarzyszeniu tych państw oraz o wprowadzeniu w życie, stosowaniu i rozwoju dorobku z Schengen (Dz.U. L 176, s. 36). Artykuł 15 ust. 4 ostatniej z wymienionych umów zobowiązuje Radę do ustalenia daty wejścia w życie tej umowy w stosunku do nowych umawiających się stron, które to zadanie zostało wykonane przez Radę w decyzji 2000/777/WE z dnia 1 grudnia 2000 r. - (Dz.U. L 309, s. 24), wskazując w sposób powszechny datę 25 marca 2001 r. (art. 1).

15 — Przyjęta decyzją Rady 2004/860/WE z dnia 25 października 2004 r. (Dz.U. L 370, s. 78).

16 — Propozycja decyzji Rady z dnia 1 grudnia 2006 r. COM(2006) 752 wersja ostateczna.

17 — Dz.U. L 176, odpowiednio s. 1 i 17.

13. Rozdział 3 zatytułowany „Stosowanie zasady ne bis in idem" składa się z art. 54–58, które opierają się na art. 34 i 31 WE zgodnie z art. 2 załącznika A do przywołanej decyzji 1999/436.

14. Artykuł 54 stanowi:

„Osoba, której proces zakończył się wydaniem prawomocnego wyroku w jednej Umawiającej się Stronie, nie może być ścigana w innej Umawiającej się Stronie za ten sam czyn, pod warunkiem że została nałożona i wykonana kara lub jest ona w trakcie wykonywania lub nie może być już wykonana na mocy przepisów prawnych skazującej Umawiającej się Strony".

C — *Prawo francuskie*

15. Podzielam stanowisko niektórych interwenientów w postępowaniu w trybie prejudycjalnym [18], dotyczące znikomości informacji dostarczonych przez postanowienie odsyłające w sprawie dokładnej treści właściwych przepisów francuskich [19].

16. Niemniej jednak, zgodnie z art. 120 francuskiego kodeksu o sądownictwie wojskowym [20], osoba skazana wyrokiem zaocznym mogła wnieść sprzeciw od tego wyroku w terminie pięciu dni od daty jego doręczenia, a w przypadku, który jest powszechny w postępowaniu zaocznym, gdy nie wiadomo, czy wyrok został doręczony, artykuł ten umożliwiał wniesienie sprzeciwu do czasu przedawnienia wykonania kary.

17. Z kolei kodeks postępowania karnego [21] przewiduje dwudziestoletni termin przedawnienia, liczony od dnia jej nałożenia [22].

18. Z łącznej egzegezy tych przepisów wynika, że wyrok wydany w postępowaniu zaocznym, odnośnie do którego nie wiadomo, czy został on doręczony zainteresowanemu [23], staje się niewzruszalny [24] po upływie dwudziestu lat od jego ogłoszenia, nie zapominając o tym, że w niniejszej sprawie termin przedawnienia zbiega się z terminem dla wystąpienia z wnioskiem o rewizję [25].

18 — W szczególności rządu węgierskiego w pkt 8 swoich uwag.

19 — Szkoda, że ani Francja, ani Niemcy nie uczestniczyły w postępowaniu, gdyż pozwoliłoby to na usunięcie pewnych luk.

20 — Mimo iż kodeks ten obecnie jest uchylony, to jego wersja obowiązująca w 1958 r., poprzedzona ustawą z dnia 9 marca 1928 r., ma zastosowanie rationae temporis w postępowaniu przed sądem krajowym.

21 — Artykuł 133.2 obowiązującego kodeksu i art. 639, 640 i 763 obowiązującego w chwili dokonania zabójstwa.

22 — Republika Portugalska w pkt 27 uwag przywołuje art. 639 francuskiego kodeksu postępowania karnego, z którego wynika, że przedawnienie wykonania kary rozpoczyna swój bieg przed zatrzymaniem skazanego wyrokiem zaocznym: „si le contumax se constitue prisonnier ou s'il est arrêté avant que la peine sois éteinte par prescription […]".

23 — W niniejszej sprawie nie wiadomo, czy doręczono wyrok skazanemu.

24 — Terminem francuskim określającym ten stan jest „irrevocabilité", które oznacza orzeczenie, które stało się formalne ostateczne.

25 — Wynika to z raportu prokuratora Tribunal aux armées de Paris, do którego w dalszej części mojej opinii odniosę się w sposób bardziej szczegółowy.

## III — Okoliczności faktyczne, postępowanie przed sądem krajowym i pytanie prejudycjalne

19. Klaus Bourquain, obywatel niemiecki zaciągnięty do Legii Cudzoziemskiej [26], został w postępowaniu zaocznym osądzony za zabójstwo i skazany na karę śmierci wyrokiem z dnia 26 stycznia 1961 r. przez Stały Trybunał Wojskowy Strefy Wschodniej w Constantinoise, w Bône [27].

20. Ów sąd wojskowy, stosując obowiązujący wówczas francuski kodeks karny, uznał za udowodnione to, że dnia 4 maja 1960 r. K. Bourquain, w chwili gdy próbował zdezerterować na granicy algiersko-tunezyjskiej w prowincji El Tarf [28], zabił strzałem z broni palnej innego żołnierza Legii Cudzoziemskiej, również obywatelstwa niemieckiego, który usiłował zapobiec jego ucieczce.

21. Skazany nigdy nie stanął przed sądem, ponieważ uciekł do Republiki Demokratycznej Niemiec i kara nie została wykonana, aczkolwiek dokonano zajęcia jego majątku w celu zabezpieczenia zapłaty kosztów.

22. Po wydaniu tego wyroku nie wszczęto żadnego innego postępowania przeciwko K. Bourquainowi ani we Francji ani w Algerii. Postępowanie takie miało miejsce natomiast w Republice Federalnej Niemiec, której organy wydały nakaz aresztowania skierowany do Republiki Demokratycznej Niemiec, która go odrzuciła.

23. W 2002 r. Staatsanwaltschaft Regensburg (prokuratura w Ratyzbonie) podjęła kroki w celu osądzenia K. Bourquaina w Niemczech za te same przestępstwa.

24. Jednakże w tym czasie kara nałożona wyrokiem z dnia 26 stycznia 1961 r. nie mogła zostać wykonana we Francji, ponieważ: (1) w 1968 r. państwo to ogłosiło amnestię [29] dla przestępstw popełnionych przez jego żołnierzy w trakcie działań zbrojnych w Algierii; (2) przedawnienie wykonania kary

26 — Niezależnie od swojego aktywnego udziału w wojnie w Algierii, owa elitarna formacja żołnierzy francuskich, utworzona w 1831 r. przez króla Ludwika Filipa I, zapisała w Meksyku w dniu 30 kwietnia 1863 r. jedną ze swoich najznakomitszych kart, w bitwie pod Camarón, gdzie około 65 żołnierzy dowodzonych przez Jeana Danjou stawiało opór przez długie dziesięć godzin atakowi żołnierzy regularnej armii meksykańskiej. Ów epizod został dokładnie utrwalony w powieści J. Mañesa, *El mito de Camerone*, 2ª ed., Huelva, Hergué Editorial 2005.

27 — Miasto w Algierii, obecna Annaba, znana w starożytności pod nazwą Hippona, gdzie święty Augustyn był biskupem w latach 396–430.

28 — Bez względu na granicę nie do pokonania pomiędzy rzeczywistością a fikcją, okoliczności tego smutnego zdarzenia przywołują na myśl dzieło A. Camusa „Cudzoziemiec" (A. Camus, *El Extranjero*, Madrid, Alianza Editorial 2003). Laureat nagrody Nobla, urodzony w Algierii, daje przykład czystego egzystencjalizmu, gdy opowiada o smutnych kolejach losu Meursaulta w Algierii, który pozostaje obojętny wobec śmierci swojej matki lub wobec okazji zaproponowanego małżeństwa. Apatia ta doprowadza go do zastrzelenia z rewolweru „araba", ponieważ oślepiało go odbicie słońca w ostrzu jego noża. Apatia ta trwa nawet podczas procesu skazującego go na śmierć, w trakcie którego oświadcza, ku zdziwieniu uczestników procesu, że jedynie promienie słońca były powodem jego działania.

29 — Ustawa z dnia 31 lipca 1968 r.

nastąpiło w 1981 r. i (3) w tym roku zniesiono [30] karę śmierci.

25. W tych okolicznościach Landgericht Regensburg wystąpił o wydanie opinii do Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Instytutu Zagranicznego i Międzynarodowego Prawa Karnego, zwanego dalej „Instytutem Maxa Plancka"), który nadał wyrokowi zaocznemu status formalny i materialny rzeczy osądzonej, pomimo że nie doszło do jego natychmiastowego wykonania z uwagi na szczególne cechy prawa francuskiego, zakazując wszczynania nowego postępowania karnego.

26. Ponadto sąd ten wystąpił z pytaniem do francuskiego ministerstwa sprawiedliwości, na podstawie art. 57 konwencji o udzielaniu informacji, czy wyrok z dnia 26 stycznia 1961 r. sprzeciwia się wszczęciu nowego postępowania w Niemczech, w myśl art. 54 konwencji.

27. Prokurator Tribunal aux armées de Paris, potwierdzając iż wyrok posiada powagę rzeczy osądzonej, ponieważ był niewzruszalny od 1981 r. i nie podlegał wykonaniu we Francji z uwagi na przedawnienie wykonania kary, stwierdził jednak, że konwencyjna zasada *ne bis in idem* nie znajduje zastosowania do niniejszej sprawy [31].

28. Takie tło rozbieżnych opinii wywołało wątpliwości Landgericht Regensburg, który w postanowieniu odsyłającym usiłuje zbadać, czy art. 54 konwencji wymaga, aby kara śmierci podlegała wykonaniu w jakimkolwiek momencie. Zgodnie z uzasadnieniem sądu krajowego prawo do wystąpienia z wnioskiem o wszczęcie nowego postępowania przed upływem terminu przedawnienia [32] skutkuje tym, że kara mogła być wykonana jedynie po upływie tego terminu, będącym precyzyjnym momentem, w którym nastąpiło jej przedawnienie [33].

29. W związku z tym Landgericht Regensburg zawiesił postępowanie i skierował do Trybunału Sprawiedliwości następujące pytanie prejudycjalne:

„Czy osoba skazana prawomocnym wyrokiem przez jedną z umawiających się stron, może

30 — Ustawą nr 81-908 z dnia 9 października (Journal Officiel z dnia 10 października 1981 r., s. 2759). Ostatnio w skutek reformy dokonanej ustawą konstytucyjna nr 2007-239 z dnia 23 lutego 2007 r. (*Journal Officiel* z dnia 24 lutego 2007 r., s. 3355), Republika Francuska wprowadziła owa abolicję do art. 66 swojej konstytucji.

31 — Stanowisko to jest w sposób wyraźny sprzeczne, ponieważ niezależnie od tego, czy kara nie została wykonana lub czy nie jest wykonywana, innym warunkiem zastosowania zasady jest, aby kara „nie mogła już zostać wykonana" na podstawie prawa państwa skazującego.

32 — Kładę nacisk na fakt, iż chodzi o terminy, które nakładają się na siebie.

33 — W sposób rozmyślny unikam wszelkich rozważań w kwestii niewykonania spornej kary z powodu amnestii, ponieważ jest to kwestia należąca do kompetencji sądu krajowego, bez uszczerbku dla kompetencji Trybunału Sprawiedliwości do zbadania jej ewentualnych skutków w ramach art. 54 konwencji.

być ścigana w innej umawiającej się stronie za ten sam czyn, jeżeli zgodnie z prawem państwa, w którym nastąpiło skazanie, orzeczona wobec tej osoby kara nigdy nie mogła być wykonana?"

## IV — Postępowanie przed Trybunałem Sprawiedliwości

30. Postanowienie odsyłające w niniejszej sprawie wpłynęło do sekretariatu Trybunału w dniu 21 czerwca 2007 r.

31. Uwagi na piśmie w terminie wskazanym w art. 23 statutu Trybunału przedstawili K. Bourquain, Komisja, a także rządy czeski, węgierski, niderlandzki i portugalski.

32. Po posiedzeniu ogólnym w dniu 19 lutego 2008 r. zostałem poinformowany w dniu 27 lutego 2008 r., że ponieważ w dniu 25 lutego upłynął termin na wystąpienie z wnioskiem o przeprowadzenie rozprawy, a nikt nie wniósł o jej przeprowadzenie, nadszedł czas na przedstawienie opinii w sprawie.

## V — Ocena pytania prejudycjalnego

### A — *Uwagi wstępne w kwestii zasady ne bis in idem w dorobku Schengen*

#### 1. Dwa przejawy zasady

33. Trybunał Sprawiedliwości przyznaje różny zakres zasadzie *ne bis in idem* w zależności od tego, czy dotyczy ona dziedziny konkurencji [34], czy też trzeciego filaru Unii Europejskiej: w obu dziedzinach zakazuje podwójnej kary, przy czym jedynie w drugiej [35] rozciąga jej zakres na możliwość bycia oskarżonym dwa razy za ten sam czyn (*nemo debet bis vexart pro una et eadem causa).*

34 — Wyrok z dnia 14 lutego 1972 r. w sprawie 7/72 Boehringer Monnheim przeciwko Komisji, Rec. s. 1281, podniósł tę zasadę do rangi ogólnej zasady prawa wspólnotowego.

35 — J. Vervaele, El principio non bis in idem en Europa, w: L. Arroyo i A. Nieto, *La orden de detención y entrega europea*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha 2006, s. 229, podkreśla ograniczenie zasady w prawie konkurencji.

34. Pełne uznanie zagranicznych wyroków w sprawach karnych stanowiło prawdziwe wyznanie dla prawa wspólnotowego i Trybunał Sprawiedliwości nie uchylając się od odpowiedzialności orzekł pod auspicjum swobodnego przemieszczania się osób, iż art. 54 konwencji zapewnia tę podstawową swobodę osobom osądzonym prawomocnym wyrokiem, bez obaw, iż w innym umawiającym państwie zostaną wszczęte nowe postępowania karne za czyny, które były już osądzone [36].

2. Jej tradycyjne fundamenty

35. Artykuł 54 zakazuje, aby za ten sam bezprawny czyn dana osoba była ścigana w postępowaniu karnym oraz żeby została ona ewentualnie dwukrotnie ukarana, unikając w ten sposób niedopuszczalnego ponownego wykonania *ius puniendi* [37] .

36. Pewność co do prawa gwarantuje oskarżonemu w postępowaniu karnym, iż nie zostanie on ponownie osądzony za swój czyn, jeżeli został uniewinniony, oraz że nie zostanie nałożona na niego nowa kara w przypadku jego skazania.

37. Ponadto nie można pominąć roli słuszności jako podpory proporcjonalności, która zakazuje kumulacji kar [38], ponieważ o ile poza resocjalizacją [39] każda kara ma podwójną funkcję represyjną i odstraszającą, karząc dane zachowanie i zniechęcając innych potencjalnych przestępców, to jednak musi ona również być proporcjonalna do tych funkcji, w celu zachowania słusznej równowagi, w celu ukarania danego zachowania, czyniąc to w sposób przykładowy.

38. Wreszcie jako systemowy wymóg systemu prawnego, zgodność z prawem zasady *ne bis in idem* spoczywa również na przestrzeganiu powagi rzeczy osądzonej.

36 — Punkty 38, 32, 57 i 27 odpowiednio wyroków wydanych w sprawach Gözütok i Brügge, Miraglia, Van Straaten i Gasparini i in.

37 — Opinie w sprawach Gözütok i Brügge (pkt 48 i nast.) oraz Van Esbroeck (pkt 18 i nast.).

38 — Prozaiczny charakter tematu nie zachęca do wykorzystania go w kontekście literackim, niemniej jednak należy zwrócić uwagę na sposób przedstawienia tej zasady przez A. Dumasa w *Impressions de voyage*, Paris, Michel Lévy Frères Librairies-Editeurs 1855, s. 57. Wiąże on tę zasadę w sposób humorystyczny, pozbawiony rygoru prawnego z trudnością dwukrotnego zastosowania kary w niezawodnym systemie stosowanym przez „kadich" w celu uproszczenia postępowania sądowego w Kairze. Otóż w przypadku zatrzymania złodzieja obcinano mu jedno ucho, w tym celu, aby w przypadku recydywy „il n'y a pas de dénégation posible, à moins que l'oirelle n'ait repoussé, ce qui est rare; alors on coupe l'autre, en vertu de cet axioma de droit: non bis in idem" [nie można jej było zaprzeczyć, chyba że ucho odrosłoby, co byłoby raczej dziwne; w związku z tym ucina się drugie ucho w myśl zasady prawnej non bis in idem].

39 — M. Henzelin, Ne bis in idem, un principe à géométrie variable, w: *Revue Pénale Suisse*, tome 123, fasc. 4, Stämpfli Editions SA 2005, s. 347.

## 3. Ostatni rozwój zasady ne bis in idem

### a) Z zaufania pomiędzy państwami…

39. Pojęcie to, jeszcze świeże w konstrukcji europejskiego systemu wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych, leży u podstaw zasady wzajemnego uznawania [40], ustanowionej w pkt 33 konkluzji z posiedzenia Rady Europejskiej w Tampere z dnia 16 października 1999 r. [41].

40. Decyzja Ramowa Rady 2002/584/JAI z dnia 13 czerwca 2002 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury wydawania osób między państwami członkowskimi [42] w sposób wyraźny w dziesiątym motywie stwierdza istnienie wysokiego stopnia zaufania pomiędzy państwami członkowskimi.

41. Elementy te były zwiastunem rychłego orzeczenia Trybunału, który przy pierwszej nadarzającej się okazji [43] podkreślił znaczenie wzajemnego zaufania, kluczowego dla stosowania art. 54 konwencji, w taki sposób, że każde państwo członkowskie powinno akceptować stosowanie prawa karnego obowiązującego w pozostałych państwach członkowskich, nawet wówczas, gdy jego własne prawo prowadzi do odmiennego rozwiązania: innymi słowy zasada wzajemnego zaufania przybiera odcień utylitaryzmu wspierając zasadę wzajemnego uznawania.

42. Niemniej jednak o ile takie wyjaśnienie Trybunału Sprawiedliwości ułatwia rozwiązanie niektórych spraw, o tyle okazuje się niewystarczające w innych, przede wszystkim dlatego, że system wzmocnionej współpracy przyznaje różnym sądom krajowym pierwszoplanową rolę, która wymaga wysokich umiejętności interpretacyjnych [44].

40 — Która powinna być zaakceptowana bez wahania, ponieważ, jak słusznie przypomina C.J. Moreiro González, w *Las claúsulas de seguridad nacional*, Madrid, Wyd. Iustel, Portal Derecho S.A. 2007 r., s. 132 i 133, wzajemne uznawanie jest zasadą kreującą przepisy międzynarodowe i jest podstawową kwestią łączących je zobowiązań.

41 — W niedługi czas po tym zasada zaufania została wyrażona w programie środków mających na celu wprowadzenie w życie zasady wzajemnego uznawania orzeczeń w sprawach karnych (Dz.U. 2001, C 12, s. 10), w celu „umocnienia współpracy pomiędzy państwami członkowskimi, a także ochrony praw osób […]. Stosowanie zasady wzajemnego uznawania orzeczeń w sprawach karnych oznacza wzajemne zaufanie pomiędzy państwami członkowskimi w ich odpowiednich wymiarach sprawiedliwości w sprawach karnych. Zaufanie to oparte jest w szczególności na wspólnym fundamencie, który stanowią uznawanie przez nich zasad i wolności, demokracji oraz przestrzeganie praw człowieka i podstawowych wolności, a także zasada państwa prawa".

42 — Dz.U. L 190, s. 1.

43 — W pkt 33 ww. wyroku z dnia 11 lutego 2003 r. w sprawie Gözütok i Brügge, zgodnie z pkt 124 mojej opinii.

44 — W trakcie lat pracy w charakterze sędziego krajowego oraz w charakterze rzecznika generalnego w Luksemburgu nabyłem zaszczytne doświadczenie umożliwiające mi niezgodzenie się z obrazowymi wnioskami D. Flore, La notion de confiance mutuelle: l´alpha ou l´oméga d´une justice pénale européenne, w: *La confiance mutuelle dans l´éspace européen/Mutual Trust in the European Criminal Area*, Éditions de l'Université de Bruxelles 2005, s. 17: „O ile w niektórych wypadkach sędzia w Brukseli może mieć wątpliwości co do stanowiska swojego kolegi w Arlon lub w Brugii, jakich nie miałby w odniesieniu do orzeczeń swojego dalekiego kolegi, którego nigdy nie widział i bez wątpienia nigdy nie zobaczy, który pełni swoją funkcję w kraju, którego nie zna, gdzie nigdy nie stanie jego stopa, i który być może nie ma tego samego statutu, tej samej niezawisłości co on, który stosuje inne prawo i mówi innym językiem […]".

43. Adekwatnym sposobem dla zapobieżenia konfuzji byłaby harmonizacja [45] prawa karnego materialnego i proceduralnego państw członkowskich, ponieważ wątpliwości, jakie towarzyszą w chwili wydawania orzeczeń w tej dziedzinie prawnej, zazwyczaj rozwiewają się poprzez stwierdzenie, że orzeczenia w sprawach karnych wydane w innym państwie członkowskim okazują się zawierać te same gwarancje.

44. Jak dotychczas zasada *ne bis in idem* nadal występuje pod banderą wzajemnego zaufania, ponieważ niezależnie od tego, czy zbieżność stanie się któregoś dnia rzeczywistością, art. 54 nie jest uzależniony od zbliżenia przepisów karnych państw członkowskich [46], wręcz przeciwnie, brak takiego zbliżenia wzmacnia jeszcze jego zakres.

45. Jeżeli każde z państw członkowskich powinno założyć, że określone warunki, w szczególności w dziedzinie praw podstawowych, zostały spełnione, to jak wynika z doświadczenia, wzajemne zaufanie jest zasadą normatywną, która skupia zasady interpretacji zobowiązań dotyczących „trzeciego filara", pełniąc rolę równoznaczną z rolą, jaką pełni zasada lojalnej współpracy [47].

46. Wzajemne uznawanie, pomimo iż ma swoje korzenie na abstrakcyjnym polu współpracy pomiędzy państwami, materializuje się na bardziej namacalnym polu gwarancji osobistych [48] i prowadzi do weryfikacji zwykłych standardów w dziedzinie praw podmiotowych, w której regularne powoływanie się na nie przez podmioty gospodarcze, zwiększa prawdopodobieństwo wzajemnego porozumienia.

b) … do uznawania praw jednostki

47. Pomimo osiągniętych postępów, oddzielenie wielkich swobód (takich jak swoboda przepływu) od zakazu ścigania i karania „dwa razy za to samo" wymaga jeszcze znacznych wysiłków, których uzasadnienie znajduje się w stopniu integracji osiągniętej w Unii Europejskiej, która postrzega obywatela jako uprawnionego z tytułu praw i ostatniej osoby, która korzysta z ochrony prawnej [49].

48. Niemniej jednak nie widzę żadnej przeszkody w uzupełnieniu (nie w zastąpieniu) zasad współpracy pomiędzy państwami opartych na wzajemnym zaufaniu, wizją zmierza-

45 — Pojmowana jako cel, jednakże w żadnym razie nie jest ona jedyną przesłanką dla wspólnego obszaru wymiaru sprawiedliwości, wolności i bezpieczeństwa.

46 — Punkt 32 ww. wyroku z dnia 11 lutego 2003 r. w sprawie Gözütok i Brügge.

47 — O. De Schutter, La contribution du contrôle jurisdictionnel à la confiance mutuelle, w: *La confiance mutuelle dans l´éspace européen/Mutual Trust in the European Criminal Area*, Éditions de l'Université de Bruxelles 2005, s. 103.

48 — Podkreślam, że zasada *ne bis in idem* obejmuje jedną z owych gwarancji osobistych.

49 — W opinii w sprawach Gözütok i Brügge zwróciłem uwagę na ów brak wrażliwości i podkreśliłem, że art. 54 i nast. konwencji powinny być rozpatrywane z punktu widzenia obywatela (pkt 114 i 115).

jącą do stosowania praw fundamentalnych jako punktu odniesienia [50], ponieważ zasada *ne bis in idem* oznacza przejaw ochrony prawnej wobec *ius puniendi,* wywodzącej się z prawa do rzetelnego procesu [51], mającego rangę konstytucyjną w niektórych państwach będących stronami systemu dorobku z Schengen [52].

49. Zasada *ne bis in idem* otrzymuje swój normatywny wymiar wraz z ustanowieniem prawa podmiotowego do jednokrotnego tylko stosowania akcji represyjnych [53], będąc w ten sposób zakotwiczoną na solidnych fundamentach, które pomagają przezwyciężyć słabe strony [54] niektórych instytucji, takich jak przedawnienie, powaga rzeczy osądzonej lub różnorakie teorie dotyczące proporcjonalności, których nie można przezwyciężyć za pomocą samego tylko odwołania się do wzajemnego zaufania pomiędzy państwami [55].

50. Horyzont ten stał się wyraźniejszy po autonomicznej proklamacji zasady *ne bis in idem* w Karcie praw podstawowych Unii Europejskiej [56], której art. 50 stanowi, że „nikt nie może być ponownie sądzony lub ukarany w postępowaniu karnym za ten sam czyn zabroniony pod groźbą kary, w odniesieniu do którego zgodnie z ustawą został już uprzednio uniewinniony lub za który został już uprzednio skazany prawomocnym wyrokiem na terytorium Unii".

51. Spośród różnych aspektów praw podstawowych szczególna waga powinna zostać przyznana granicom zasady wzajemnego uznawania, łącznie z wyjątkami od niej, [57],

50 — S. Peers, *EU Justice and Home Affaire Law*, 2th ed., Oxford University Press 2006, s. 460, dostrzega w Unii Europejskiej stanowiące przejaw wysokiej integracji pewne środki współpracy w sprawach karnych, które jego zdaniem przyczyniają się do rozwoju przepisów międzynarodowych dotyczących praw człowieka.

51 — Zaproponowałem taką linię interpretacji w opinii do spraw Gözütok i Brügge.

52 — Zasada ta ujęta została również w umowach międzynarodowych, takich jak Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z dnia 19 grudnia 1966 r. (art. 14 ust. 7), czy też w protokole nr 7 do Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (art. 4). Jednakże akty te dotyczą zasady w jej wymiarze krajowym i gwarantują jej zastosowanie na terytorium objętym jurysdykcją danego państwa członkowskiego.

53 — Zdaniem rzecznik generalnej E. Sharpston „państwo ma tylko jedną możliwość oceny zarzucanego zachowania przestępczego danej osoby i wydania odpowiedniego orzeczenia" (pkt 92 opinii z dnia 15 czerwca 2006 r. w sprawie Gasparini).

54 — Słabe strony, które pojawiają się w braku harmonizacji prawa karnego materialnego i proceduralnego.

55 — Dobrym przykładem w tym zakresie jest ww. wyrok w sprawie Gasparini, w którym Trybunał Sprawiedliwości zajął stanowisko maksymalistyczne w dziedzinie wzajemnego zaufania i odszedł od opinii rzecznik generalnej E. Sharpston, dla której z kolei owo pojęcie nie stanowi rozsądnej podstawy dla stosowania zasady *ne bis in idem* w stosunku do orzeczeń umarzających postępowanie z powodu przedawnienia ścigania (pkt 108 i nast.).

56 — W opinii z dnia 12 września 2006 r. w sprawie C-303/05 Advocaten voor de Wereld VZW, w której został wydany wyrok w dniu 3 maja 2007 r. (Zb.Orz. s. I-3633), stwierdzam, że „karta stanowi główne narzędzie interpretacji w zakresie ochrony gwarancji obywatelskich, które są częścią dziedzictwa państw członkowskich. Wyzwanie to należy podjąć ostrożnie, ale energicznie, żywiąc pełne przekonanie, że o ile ochrona praw podstawowych jest niezbędna w filarze wspólnotowym, niemożliwe jest także wyrzeczenie się jej w ramach trzeciego filaru, ponieważ poprzez samą naturę treści, które niesie, może ona mieć wpływ na samą istotę wolności osobistej, która warunkuje wszystkie inne prawa". Również traktat z Lizbony z dnia 13 grudnia 2007 r. zmienia art. 6 traktatu UE, do którego dodaje następujący ustęp: „Unia uznaje prawa, wolności i zasady określone w Karcie praw podstawowych Unii Europejskiej z dnia 7 grudnia 2000 r. w brzmieniu dostosowanym 12 grudnia 2007 r. w Strasburgu, która ma taka samą moc prawną jak Traktaty".

57 — Wynika to z art. 6 traktatu UE i art. 1 ust. 3 ww. decyzji ramowej Rady 2002/584/JAI z dnia 13 czerwca 2002 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury wydawania osób między państwami członkowskimi.

o ile występują one na warunkach zasady powszechnej w państwach członkowskich [58].

B — *Pojęcie „wyroku ostatecznego”*

52. Sposób, w jaki Landgericht Regensburg sformułował pytanie, wskazuje na to, że wątpliwość dotyczy zakresu art. 54 konwencji, który zakazuje ścigania za te same czyny, jeżeli w przypadku wydania wyroku skazującego kara „nie może już być wykonana”.

53. Niemniej jednak stan faktyczny sprawy wymaga wcześniejszego zbadania, czy wyrok skazujący wydany w postępowaniu zaocznym stanowi „wyrok prawomocny” w rozumieniu powołanego przepisu, biorąc pod uwagę niemożność natychmiastowego wykonania nałożonej kary wobec konieczności przeprowadzenia nowego procesu po zatrzymaniu skazanego wyrokiem zaocznym.

1. Wykładnia tego pojęcia

54. Trybunał Sprawiedliwości, w przywołanym już wyroku w sprawie Kretzinger z dnia 18 lipca 2007 r., uniknął tej debaty [59], ponieważ w pkt 67 nie uznał, że „jest konieczne dokonywanie ustalenia, czy wyrok zaoczny, którego wykonalność może zostać uzależniona od spełnienia warunków na podstawie art. 5 pkt 1 decyzji ramowej, powinien zostać uznany za »prawomocny wyrok« w rozumieniu art. 54 KWUS, którego wydaniem zakończył się proces danej osoby”.

55. Niemniej jednak Trybunał Sprawiedliwości przyjął szerokie kryterium, które potwierdza konieczność uznawania w ramach Unii Europejskiej orzeczeń kończących sytuację procesową oskarżonego na podstawie przepisów prawa państwa, w którym wszczęto dane postępowanie.

56. Zgodnie z tym Trybunał zaliczył do pojęcia prawomocnego orzeczenia zamknięcie postępowania wszczętego z urzędu, w którym prokurator zamyka

58 — Punkty 34, 37 i 38 wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 14 października 2004 r. w sprawie C-36/02 Omega Spielhallen-und Automatenaufstellungs-GmbH, Zb.Orz. s. I-9609.

59 — Kwestii tej nie pominęła natomiast rzecznik generalna E. Sharpston w opinii z dnia 5 grudnia 2006 r., stwierdzając że na podstawie zasady wzajemnego zaufania wyrok zaoczny przyznaje ochronę z art. 54 konwencji, o ile spełnia wymogi ustanowione w art. 6 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (pkt 101).

sprawę bez udziału sądu (sprawy Gözütok i Brügge), a także orzeczenia, które ostatecznie uniewinniają oskarżonego albo z powodu braku dowodów (sprawa van Straaten), albo z powodu upływu terminu przedawnienia (sprawa Gasparini).

57. Ponadto, pomimo że niektóre wersje językowe art. 54 konwencji różnią się między sobą [60], teleologiczny powód, dla którego należy popierać przepływ osób, należy w jednoznaczny sposób do dziedziny wolności, pewności i sprawiedliwości. Realizacja tego celu byłaby utrudniona, jeżeli z uwagi na szczególne cechy postępowania przed sądem krajowym nie przyjętoby szerokiej wykładni pojęcia prawomocnego wyroku.

58. Archetyp *res iudicata* [61] nadaje wyrokowi stan prawny, który nie może być zmieniony za pomocą jakiegokolwiek środka zaskarżenia, bądź to dlatego, że nie przewidziano od niego jakiegokolwiek środka zaskarżenia, bądź też dlatego, iż środek ten nie został wniesiony w terminie wyznaczonym przez prawo [62].

60 — W innym kontekście powołuję się na owe różnice językowe w opinii do spraw Gözütok i Brügge.

61 — Artykuł 1 odrzuconej propozycji Republiki Greckiej w sprawie przyjęcia decyzji ramowej przez Radę, dotyczącej stosowania zasady *ne bis in idem* (Dz.U. C 100, s. 24–27) przyznaje charakter wyroku ostatecznego każdemu orzeczeniu, które posiada status *res iudicata* na podstawie prawa krajowego. Inaczej J. Almagro i J. Tomé, *Instituciones de Derecho Procesal. Proceso Penal*, Madrid, Trivium 1994, s. 347, oraz V. Cortés, *Derecho Procesal. Parte General. Proceso Civil*, 6ª ed., Valencia, tomo I (vol. I), Tirant lo Blanch 1992, s. 488.

62 — Idea, którą wyrażają wersje francuska „définitivement jugé", angielska „finally disponed", niemiecka „rechtskräftig abgeurteilt" lub włoska „giudicata con sentenza definitiva", aczkolwiek w innych porządkach prawnych, jak na przykład w hiszpańskim, określa się tego typu orzeczenia jako „sentencia firme", co potwierdza wersja hiszpańska art. 54 konwencji, przyjmując, że „sentencia definitiva" rozstrzyga postępowanie jedynie w pierwszej instancji.

2. Wyrok wydany w postępowaniu zaocznym

59. Odmienne podejście przyjęte przez państwa członkowskie w odniesieniu do orzeczeń sądowych wydanych *in absentia* utrudniają płynną współpracę w dziedzinie karnej, co zostało przyznane przy okazji ostatnio podejmowanych inicjatyw [63], które osiągają pewną jedność poprzez ustanowienie kryteriów wokół wspólnych zasad, których celem jest wyjście z tego impasu.

60. W niniejszej sprawie ewentualne późniejsze postępowanie pozbawia wyrok sądu z Bône „prawomocnego" charakteru w rozumieniu art. 54 konwencji.

61. Niemniej jednak przez określony czas istniała wątpliwość, ponieważ — jak twierdzi prokurator Tribunal aux armées de Paris — wyrok miał powagę rzeczy osądzonej w 1981 r., a w związku z tym przed wszczęciem postępowania w Niemczech. Oświadczenie to [64] jest niepodważalne w sferze prawa wspólnotowego.

63 — Inicjatyw takich, jak podjęte przez rządy słoweński, francuski, czeski, szwedzki, słowacki, brytyjski, niemiecki, przyjęte przez Radę Unii Europejskiej w dokumencie roboczym (5213/08) z dnia 14 stycznia 2008 r., w celu ułatwienia współpracy sądowej i wzajemnego uznawania wyroków wydanych w postępowaniu zaocznym.

64 — Nie mogę powstrzymać się od podkreślenia zgodności z informacją przedstawioną we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, ponieważ od chwili ogłoszenia wyroku rozpoczął bieg termin dla jego zaskarżenia przez skazanego, jak również termin przedawnienia wykonania kary, z którego to względu wobec upływu obydwu terminów, bez możliwości jakiejkolwiek rewizji, orzeczenie stało się niezaskarżalne zarówno materialnie jak i formalnie.

62. Mimo wszystko Trybunał Sprawiedliwości powinien zauważyć, że art. 54 konwencji nie wymaga, aby wyrok nabył przymiot wyroku ostatecznego w chwili jego wydania, ponieważ wystarczy, że stanie się to w chwili wszczęcia drugiego postępowania [65], co w przypadku K. Bourquaina, nastąpiło w 2002 r., w którym to roku orzeczenie sądu wojskowego uzyskało przymiot powagi rzeczy osądzonej na podstawie uregulowania francuskiego.

65. Z wyżej przedstawionych powodów wyrok skazujący wydany w postępowaniu zaocznym należy uznać za „prawomocny" w rozumieniu art. 54 konwencji.

C — *Przesłanka „niemożności wykonania kary"*

63. Ponadto zgodnie z różnymi instrumentami prawnymi [66], obecność oskarżonego w postępowaniu umożliwia przeprowadzenie obrony i korzystanie z prawa do rzetelnego procesu [67], a decyzją ramową Rady 2002/584/JAI z dnia 13 czerwca 2002 r. [68] umożliwia nawet domaganie się od państwa, które zamierza wykonać karę wydaną w wyroku zaocznym, wystarczających zapewnień, że skazany może wystąpić o wszczęcie nowego postępowania, w którym zagwarantowane będą jego prawa podstawowe.

66. W niniejszym postępowaniu w trybie prejudycjalnym wszyscy zgadzają się co do tego, że w chwili wszczęcia postępowania w Niemczech nie można było wykonać kary we Francji, ponieważ poza tym, że nastąpiło przedawnienie jej wykonania, to nadto państwo to zniosło karę śmierci, a wcześniej ogłosiło ustawę o amnestii w związku z wydarzeniami w Algierii.

64. Przekształcenie tej gwarancji skazanego w warunek, który niweczyłby stosowanie innych praw, prowadziłoby do absurdalnej sytuacji, do której doszłoby, gdyby ograniczono stosowanie zasady *ne bis in idem* do orzeczeń, które zakazują jakichkolwiek rewizji na korzyść skazanego.

67. Niemniej jednak pytanie Landgericht Regensburg zmierza do wyjaśnienia tego, czy przeszkoda w wykonaniu kary powinna być późniejsza niż jej nałożenie, którą to tezę popiera rząd węgierski, wskazując że art. 54 konwencji zezwala na to, aby przeszkody pojawiły się wcześniej, lecz nie przewiduje sytuacji kary niemożliwej do wykonania od samego początku, tak jak to ma miejsce w niniejszej sprawie, w której niestawiennictwo K. Bourquaina czyniło niemożliwym przeprowadzenie nowego postępowania w celu wykonania kary.

65 — Moja opinia w sprawie van Esbroeck może rzucać światło na tę kwestię, dlatego że przeanalizowałem tam zastosowanie w czasie art. 54 konwencji.

66 — Artykuł 6 Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności oraz art. 47 i 48 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej.

67 — W celu zapoznania się z zarzutami, bycia wysłuchanym przez bezstronny sąd, skorzystania z fachowej pomocy prawnej, uczestniczenia w przeprowadzeniu dowodów.

68 — Artykuł 5.1.

68. Rząd ten opiera się na literalnym brzmieniu powołanego art. 54, aby „kara nie mogła już być wykonana", aby sensu contrario wywnioskować, że w określonym wcześniejszym momencie kara mogła być wykonana.

69. Argument ten nie wydaje się przekonujący, jako że znaczenie słów nie zawsze stanowi adekwatne odniesienie, o czym przypominał już kilkakrotnie Trybunał [69]. Ponadto moim zdaniem zwięzłość wyrażenia wskazuje jedynie na to, że kwestia wykonalności pojawia się jedynie w chwili próby wszczęcia nowego postępowania, nie zaś wcześniej, do czego zmierza praktyczny skutek tego przepisu.

70. Artykuł 54 obejmuje ochroną te krajowe przepisy karne, które — ze względu na ich charakter *ultima ratio* — wyłączają jakąkolwiek wykładnię rozszerzającą [70], sprzeczną z zasadą zgodności z prawem [71] obowiązującą we wspólnej tradycji [72] państw i znajdującą swój pozytywny wyraz [73] w prawie wspólnotowym.

71. Bez uszczerbku dla powyższych rozważań interesująca jest uwaga rządu niderlandzkiego, dotycząca trudności wyobrażenia sobie tego, że ostateczny wyrok mógłby nakładać kary niewykonalne [74].

72. Szczególnej ostrożność wymaga ocena dokładnego zakresu tego przepisu, który potwierdza wykonalność kary, ale nie wyroku.

73. Dokonawszy takiego zastrzeżenia należy odróżnić orzeczenie podlegające wykonaniu oraz orzeczenie wykonawcze [75], ponieważ o ile

69 — Trybunał w wyrok z dnia 13 lipca 1989 r. w sprawie 173/88 Skatteministeriet przeciwko Henriksen, Rec. s. 2763, odrzucił taki mechanizm interpretacji, zauważając że „nie można oceniać zakresu spornego pojęcia jedynie na podstawie wykładni literalnej" (pkt 11).

70 — I. Berdugo, L. Arroyo, N. García, J. Ferré., i R. Ramón, w *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Barcelona, Praxis 1996, s. 37, podnoszą, że zasada zgodności z prawem wymaga „wyłącznego zastrzeżenia dla ustawy — stanowiącej monopol Parlamentu — określenia zachowań przestępczych i stosowania kar, z wyłączeniem innych przepisów prawnych niższej rangi i z wyłączeniem zwyczajów; określenia przepisów karnych w sposób nie budzący wątpliwości i taksatywny; zakazu wykładni rozszerzającej i per analogiam *in malam partem*; braku retroaktywności przepisów karnych niekorzystnych dla pozwanego […]". Podobnie J. Vogel, Principio de legalidad, territorialidad y competencia judicial, w: K. Tiedemann i A Nieto, *Eurodelitos. El derecho penal económico de la Unión Europea*„ Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha 2004, s. 32, kładzie nacisk na to, że zakaz analogii i nakaz wykładni restrykcyjnej są uznawane bez wyjątku we wszystkich państwach członkowskich jako skutek zasady zgodności z prawem.

71 — Zasada zgodności z prawem jako ogólna zasada prawa wspólnotowego została ukazana między innymi w ww. wyroku w sprawie Advocaten voor de Wereld VZW, pkt 46 i 49.

72 — Punkt 67 wyroku z dnia 3 maja 2005 r. w sprawach C-387/02, C-391/02 i C-403/02 Berlusconi i in. Zb.Orz. s. I-3565, z odesłaniem do wyroków z dnia 12 czerwca 2003 r. w sprawie C-112/00 Schmidberger, Rec. s. I-5659, oraz z dnia 10 lipca 2003 r. w sprawie C-20/00 i C-64/00 Broker Aquaculture i Hydro Seafood, Rec. s. I-7411.

73 — Zasada ustanowiona w art. 49 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej.

74 — „Le gouvernement néerlandais ne peut par ailleurs pas imaginer une situation dans laquelle une sanction est infligée par un jugement définitif, sanction à propos de laquelle on peut déclarer à un quelconque moment ultérieur qu'elle n'a jamais pu être exécutée" (pkt 40 uwag rządu niderlandzkiego).

75 — Owa podwójna perspektywa może być przedstawiona za pomocą dwóch pojęć hiszpańskiego prawa administracyjnego „autotutela declarativa" i „autotutela ejecutiva", ponieważ o ile pierwsze z nich oznacza, że akty organów publicznych korzystają z domniemania zgodności z prawem, skutkując wobec zainteresowanych do czasu podważenia tego domniemania poprzez wniesienie stosowanego odwołania, tak drugie pojęcie odnosi się do stanu faktycznego i oznacza przymusowe wykonanie w sytuacji, gdy adresaci sprzeciwiają się wykonaniu (E. García de Enterría i T. R. Fernández, *Curso de Derecho administrativo I*, 6ª ed., Madrid, Civitas 1996, s. 490 i 491).

uregulowanie francuskie nie zezwala na wykonanie kary bez wszczęcia nowego postępowania, o tyle nie dotyczy ono w żaden sposób wartości orzeczenia jako tytułu prawnego, który obejmuje *ipso jure* osobę i zaskarżony majątek. Świadczą o tym zarówno weryfikacja odpowiedzialności K. Bourquaina w nowym procesie, o ile zostałby on odnaleziony, jak również zajęcie jego dóbr.

74. Podobnie, kara stanie się wykonalna po usunięciu przeszkody procesowej uniemożliwiającej jej wykonanie, lecz niemającej wpływu na jej wewnętrzną ważność [76], którą należy odróżnić od jej skuteczności.

75. Z uwagi na powyżej przedstawione powody proponuję, aby Trybunał dokonał interpretacji art. 54 konwencji w ten sposób, że ochrona ustanowiona w tym artykule obejmuje również karę nałożoną prawomocnym wyrokiem, która z uwagi na szczególne cechy proceduralne prawa krajowego nigdy nie mogła zostać wykonana.

D — *W kwestii amnestii, zasady ne bis in idem oraz ich odmiennych charakterach*

76. Nie stanowi eskapizmu prawnego pominięcie argumentacji dotyczącej sposobu, w jaki zniesienie kary śmierci i przedawnienie wykonania kary uniemożliwiają wykonanie orzeczenia sądu z Bône: oczywistość, z jednej strony, i przestrzeganie kompetencji sądu krajowego, z drugiej strony, czynią jakiekolwiek rozważania zbytecznymi i nieodpowiednimi.

77. Niemniej jednak rozwaga doradza, aby zastanowić się, choćby krótko, nad konsekwencjami amnestii wobec zróżnicowanej gamy form, jakie przybiera ów szczególny mechanizm łaski stosowany w różnych systemach prawnych.

78. Drugi protokół do konwencji genewskiej [77] zbliża amnestię do pojęcia pacyfikacji i pojednania następujących po okresach wstrząsów powodujących gwałtowne starcia w ramach danej wspólnoty.

79. Należy załagodzić wrogie uczucia o bardzo precyzyjnym pochodzeniu, powstałe w trakcie wydarzeń mających zbiorowy charakter, które podzieliły dane społeczeństwo politycznie i społecznie.

76 — Niezależnie od tego, że chodzi o karę śmierci, niezgodną co do istoty z wolnościami i prawami, do których ochrony w nieustający sposób zmierza Unia Europejska.

77 — W szczególności jej art. 6 ust. 5 wskazując, że: „Po zakończeniu działań zbrojnych władze sprawujące rządy dołożą starań, by objąć możliwie szeroką amnestią osoby, które uczestniczyły w konflikcie zbrojnym oraz takie, które były pozbawione wolności z powodów związanych z konfliktem zbrojnym […]".

80. Pojęciem tym określa się w znaczeniu szerokim [78] wszystkie środki przebaczenia lub darowania kary, włączywszy w to prawo łaski [79]. W innym znaczeniu amnestia jest ograniczona wyłącznie do decyzji parlamentu o charakterze powszechnym, przyjętych w postępowaniu krajowym przewidzianym dla przyjmowania ustaw.

81. Różnice istniejące w Europie w odniesieniu do różnych postaci ułaskawienia, dostrzegalnych pod różnymi względami, takimi jak rodzaj lub cel, a także kategoria przestępstw, których może ono dotyczyć [80], nie stoją na przeszkodzie jego mocy wyłączania *ius puniendi* we wszystkich państwach członkowskich, ani też nie podważają tego, że organy pozasądowe znoszą za pomocą jego zastosowania skutki wyroku karnego [81].

82. Taki zbiór środków łaski, który jest zróżnicowany z uwagi na to, że grupuje różne idee, aczkolwiek jest jednolity pod względem celów, jakim służy, świadczy o autentycznych gestach woli politycznej, opartych na zasadach praktycznych, zakorzenionych w suwerenności państw, jako wyraz zarządzania ich własnymi konfliktami.

83. Wzajemne zaufanie nie powinno obejmować w ramach wspólnotowej zasady *ne bis idem* przypadków niewykonania danej kary wynikających z korzystania przez organy krajowe z nadmiernych kompetencji, ponieważ logika wzajemnego uznawania przestaje działać w sferze stosowania ustawy przez sąd i obiera inny kurs, zgodny z wiatrami o silnym składniku socjologicznym i politycznym.

84. Nie przez przypadek decyzja ramowa w sprawie europejskiego nakazu aresztowania przedstawia amnestię jako jeden z obligatoryjnych powodów odmowy jego wykonania, jeżeli państwo wykonujące ten nakaz jest uprawnione do ścigania tego przestępstwa na podstawie własnego prawa karnego (art. 3 ust. 1).

85. Z punktu widzenia praw podstawowych amnestia nie może również uzasadniać niewykonania kary poprzez zastosowanie zasady *ne bis in idem,* ponieważ niezależnie od tego, że może się ona stać niebezpiecznym instrumentem dla jej odroczenia [82], to ponownie należy stwierdzić istnienie dwóch różnych wymiarów, ponieważ amnestia opiera się na innych podstawach niż wartości ucieleśnione w prawach podstawowych, i jednocześnie stosowana jest na podstawie kryteriów tak rozmytych i przypadkowych, że nie mieszczą się one w kryterium racjonalizmu prawnego, wyłączając jakąkolwiek możliwość kontroli sądowej [83].

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

79 — Prawo łaski charakteryzuje się indywidualnością wobec innych rodzajów ułaskawienia skierowanych wobec grupy osób.

80 — A. Bernardi i C. Grande, op.cit, s. 262.

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

82 — Międzyamerykański Trybunał Praw Człowieka krytycznie wypowiedział się co do niektórych form ułaskawienia w wyroku z dnia 14 marca 2001 w sprawie Barrios Altos przeciwko Peru, seria C, nr 45.

83 — Jako jedna z postaci uprawnienia dyskrecjonalnego „łaska" wymyka się ewentualnej kontroli sądowej.

## VI — Wnioski

86. Z uwagi na powyżej przedstawione rozważania proponuję, aby Trybunał Sprawiedliwości odpowiedział na pytanie prejudycjalne w następujący sposób:

„Artykuł 54 konwencji wykonawczej do Układu w Schengen, podpisanej dnia 19 czerwca 1990 r., powinien być interpretowany w ten sposób, że osoba ostatecznie skazana w jednym państwie nie może zostać ścigana w innym państwie za te same czyny, jeżeli zgodnie z prawem państwa skazującego orzeczona kara nigdy nie mogła zostać wykonana".