SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA DÁMASA RUIZ-JARABOJA COLOMERJA,

predstavljeni 8. aprila 2008 [1]

I – Uvod

1. Sodišče je v zadnjih petih letih podrobneje določilo malo nejasen okvir načela *ne bis in idem* v sodni praksi, [2] h kateri sem imel čast prispevati in katere splošno uporabo v ničemer ne zmanjšujejo posebne okoliščine posamezne obravnavane zadeve. [3]

2. Tako kot pri ogledovanju slike se moramo pri skupni oceni oddaljiti od predmeta, da ne bi tvegali, da mrežnica pritegne le poteze, strukturo in maso barv, ne da bi nam uspelo razumeti splošni pomen dela.

3. Včasih je to še posebno težko, kot v obravnavani zadevi, ki se je začela zaradi nesmiselnega ravnanja osebe, ki namerava osebno ugodje zavarovati s tem, da se sklicuje na svojo obsodbo na smrt, [4] izrečeno pred 47 leti, da bi se uporabilo načelo *ne bis in idem*. To je velikost in siromaštvo prava.

II – Pravni okvir

A – *Schengenski pravni red*

4. Ta pravni red zajema:

a) sporazum, ki so ga 14. junija 1985 v luksemburškem mestu, po katerem je tudi poimenovan, podpisale države članice Gospodarske unije Benelux,

1 – Jezik izvirnika: španščina.

2 – Sodišče je to načelo obravnavalo sedemkrat: sodbe z dne 11. februarja 2003 v zadevi Gözütok in Brügge (C-187/01 in C-385/01, Recueil, str. I-1345); z dne 10. marca 2005 v zadevi Miraglia (C-469/03, ZOdl., str. I-2009); z dne 9. marca 2006 v zadevi van Esbroeck (C-436/04, ZOdl., str. I-2333); z dne 28. septembra 2006 v zadevi van Straaten (C-150/05, ZOdl., str. I-9327); z dne 28. septembra 2006 v zadevi Gasparini in drugi (C-467/04, ZOdl., str. I-9199); z dne 18. julija 2007 v zadevi Kretzinger (C-288/05, ZOdl., str. I-6441) in z dne 18. julija 2007 v zadevi Kraaijenbrink (C-367/05, ZOdl., str. I-6619).

3 – Sklepne predloge v zadevah Gözütok in Brügge, van Esbroeck ter van Straaten sem predstavil 19. septembra 2002, 20. oktobra 2005 in 8. junija 2006. Sklepne predloge v drugih zadevah, razen v zadevi Miraglia, v katerih je bilo odločeno brez sklepnih predlogov, je generalna pravobranilka Sharpstonova predstavila 15. junija 2006 v zadevi Gasparini in 5. decembra 2006 v zadevi Kretzinger in Kraaijenbrink.

4 – Nietzche, F., *El crepúsculo de los ídolos*, Alianza Editorial, Madrid, 2006, str. 34. V osmem aforizmu Maxime in točki, ko govori o šoli o vojni življenja, F. Nietzche pokaže – na podlagi volje do preživetja – človeško sposobnost izkoristiti nesrečo: „Kar ne ubija, krepi.“ V Španiji bi rekli „lo que no mata, engorda“.

Zvezna republika Nemčija in Francoska republika o postopni odpravi kontrol na skupnih mejah. [5]

b) Konvencija o izvajanju tega sporazuma, podpisana 19. junija 1990, [6] (v nadaljevanju: Konvencija), ki vzpostavlja ukrepe sodelovanja za nadomestitev kontrol;

c) protokoli in instrumenti za pristop drugih držav članic, deklaracije in akti, ki jih je sprejel izvršni odbor, ustanovljen s Konvencijo, ter tisti, ki so jih sprejeli organi, ki jim ta izvršni odbor dodeli pooblastilo za odločanje. [7]

5. Protokol (št. 2) k Pogodbi o Evropski uniji in Pogodbi o ustanovitvi Evropske skupnosti (v nadaljevanju: Protokol) vključuje skupek teh pravil v okvir Unije; na podlagi člena 2(1), prvi pododstavek, se uporablja za trinajst držav članic, naštetih v členu 1, [8] od začetka veljavnosti Amsterdamske pogodbe (od 1. maja 1999).

6. Sklep Sveta 2007/801/ES z dne 6. decembra 2007 [9] je zelo povečal območje uporabe schengenskega pravnega reda s tem, da je določil polno uporabo njegovih določb v Češki republiki, Republiki Estoniji, Republiki Latviji, Republiki Litvi, Republiki Madžarski, Republiki Malti, Republiki Poljski, Republiki Sloveniji in Slovaški republiki.

7. Združeno kraljestvo [10] in Irska [11] se nista v celoti pridružila temu skupnemu projektu in sta se odločili sodelovati zgolj pri nekaterih elementih.

5 – UL 2000, L 239, str. 13.
6 – UL 2000, L 239, str. 19.
7 – UL 2000, L 239, str. 63 in naslednje.

8 – Kraljevina Belgija, Zvezna republika Nemčija, Helenska republika, Kraljevina Španija, Francoska republika, Veliko vojvodstvo Luksemburg, Republika Avstrija, Portugalska republika, Italijanska republika, Republika Finska, Kraljevina Nizozemska, Kraljevina Švedska in Kraljevina Danska, zadnje navedena ima poseben položaj, ki ji omogoča, da se izogne odločitvam, ki se sprejemajo na tem področju.
9 – UL L 323, str. od 34 do 39.
10 – Sklepa Sveta 2000/365/ES z dne 29. maja 2000 (UL L 131, str. 43) in 2004/926/ES z dne 22. decembra 2004 o izvajanju delov schengenskega pravnega reda s strani Združenega kraljestva Velika Britanija in Severna Irska (UL L 395, str. 70).
11 – Odziv na zahtevo te države je Sklep Sveta 2002/192/ES z dne 28. februarja 2002 (UL L 64, str. 20).

8. Republiko Ciper, [12] Republiko Bolgarijo in Republiko Romunijo [13] od pristopa k Evropski uniji vsekakor zavezujejo določbe tega pravnega reda, vendar mora Svet preveriti, ali so potrebni pogoji za njihovo uporabo izpolnjeni.

9. Glede držav, ki niso članice Evropske unije, člen 6 Protokola Republiki Islandiji in Kraljevini Norveški nalaga, naj izvajata in razvijata schengenski pravni red, ki v teh državah velja od 25. marca 2001. [14] Poleg tega pridružitveni sporazum, sklenjen s Švico, določa izvajanje, uporabo in razvijanje tega pravnega reda, [15] mogoče pa je, da bo k temu sporazumu na podlagi osnutka sklepa, ki ga je izdelala Komisija, [16] pristopila Kneževina Lihtenštajn.

10. V skladu s preambulo Protokola je cilj okrepiti evropsko integracijo, da bi lahko Unija hitreje postala območje svobode, varnosti in pravice.

11. Svet je na podlagi člena 2(1), drugi pododstavek, Protokola 20. maja 1999 sprejel sklepa 1999/435/ES in 1999/436/ES o opredelitvi Schengenskega sporazuma za namen določanja pravne podlage za določbe, ki sestavljajo schengenski pravni red, skladno z ustreznimi določbami iz Pogodbe o ustanovitvi Evropske skupnosti in Pogodbe o Evropski uniji. [17]

B – *Posebej, načelo ne bis in idem*

12. Naslov III Konvencije, Policija in varnost, se začne s poglavjem Policijsko sodelovanje (členi od 39 do 47) in nadaljuje z drugim, v katerem se obravnava medsebojna pravna pomoč v kazenskih zadevah (členi od 48 do 53).

12 – Člen 3(2) Akta o pogojih pristopa (UL 2003, L 236, str. od 50 do 52).

13 – Člen 4(2) Akta o pogojih pristopa (UL 2005, L 157, str. od 203 do 375).

14 – Trinajst držav članic Unije, in sicer podpisnice schengenskega sporazuma in zgoraj navedeni nordijski državi, je 19. decembra 1996 v Luxembourgu podpisalo *ad hoc* sporazum, ki mu je sledil sporazum, ki ga je Svet Evropske unije 18. maja 1999 sklenil z Republiko Islandijo in Kraljevino Norveško v zvezi s pristopom teh dveh držav k izvajanju, uporabi in razvoju schengenskega pravnega reda (UL L 176, str. 36). V skladu s členom 15(4) zadnje navedenega sporazuma je moral Svet določiti datum začetka veljavnosti navedenega sporazuma za nove pogodbenice, kar je storil s Sklepom 2000/777/ES z dne 1. decembra 2000 (UL L 309, str. 24), s tem da je na splošno navedel datum 25. marec 2001 (člen 1).

15 – Odobren s Sklepom Sveta 2004/860/ES z dne 25. oktobra 2004 (UL L 370, str. 78 in 79).

16 – Predlog Sklepa Sveta z dne 1. decembra 2006. COM(2006)752 konč.

17 – UL L 176, str. 1 in 17.

13. Poglavje 3 z naslovom Uporaba načela *ne bis in idem* sestavljajo členi od 54 do 58, ki v skladu s členom 2 in Prilogo A k Sklepu 1999/436 temeljijo na členih 34 EU in 31 EU.

14. Člen 54 določa:

„Oseba, proti kateri je bil sodni postopek v eni pogodbenici pravnomočno končan, se za ista dejanja ne sme preganjati v drugi pogodbenici, pod pogojem, da je bila izrečena kazen tudi izvršena, da je v postopku izvrševanja ali je po zakonodaji pogodbenice, ki jo je izrekla, ni več mogoče izvršiti."

C – *Francosko pravo*

15. Strinjam se s pomisleki določenih intervenientov v razpravi v tem postopku predhodnega odločanja [18] v zvezi z majhno količino podatkov, ki so bili podani v predložitvenem sklepu glede natančne vsebine veljavnih francoskih določb. [19]

16. Člen 120 francoskega vojaškega kazenskega zakonika [20] vendarle dopušča, da oseba, obsojena v odsotnosti, poda ugovor v petih dneh od vročitve sodbe in v primeru postopka v odsotnosti, kadar vročitev ni gotova, obsojenemu dopušča, da poda ugovor, dokler izvršitev kazni ne zastara.

17. Zakonik o kazenskem postopku [21] pa je v zvezi s kaznivimi dejanji določal zastaralni rok za kazen 20 let od izreka kazni. [22]

18. Iz skupne razlage teh določb izhaja, da sodba, izrečena v odsotnosti, vročitev katere ni dokazana, [23] postane nepreklicna [24] 20 let po izreku, ne da bi pozabili, da v obravnavani zadevi zastaralni rok sovpada z rokom za vložitev revizije. [25]

18 – Zlasti s pomisleki madžarske vlade v točki 8 njenih stališč.

19 – Na žalost Francija in Nemčija nista intervenirali, saj bi s tem lahko zapolnili določene vrzeli.

20 – Čeprav je zdaj ta zakonik razveljavljen, se za primer v postopku v glavni stvari *ratione temporis* uporablja različica zakonika, ki je veljala leta 1958, pri čemer se opira na zakon z dne 9. marca 1928.

21 – Člen 133.2 zdaj veljavnega zakonika in členi 639, 640 in 763 zakonika, ki je veljal v času izvršitve umora.

22 – Portugalska republika je v točki 27 stališč navedla člen 639 zakonika o kazenskem postopku, iz katerega izhaja, da začne zastaralni rok za kazen teči pred aretacijo odsotnega obsojenca, „če se odsotni obsojenec prostovoljno zglasi v zaporu ali če je aretiran, preden kazen zastara […]" („si le contumax se constitue prisonnier ou s'il est arrêté avant que la peine sois éteinte par prescription […]").

23 – V obravnavani zadevi ni gotovo, ali je bila obsojencu sodba vročena.

24 – Francoski izraz, ki označuje to stanje, je „irrevocabilité", ki določa formalno pravnomočno sodbo.

25 – To izhaja iz poročila tožilca Tribunal aux armées, Pariz, na katero se bom podrobneje skliceval v nadaljevanju analize.

III – Dejansko stanje, spor o glavni stvari in vprašanje za predhodno odločanje

19. Klausu Bourquainu, nemškemu državljanu, zaposlenemu v francoski tujski legiji, [26] je stalno vojaško sodišče vzhodnega Konstantina, Bône [27] 26. januarja 1961 v odsotnosti sodilo za kaznivo dejanje umora, ga spoznalo za krivega tega kaznivega dejanja ter ga obsodilo na smrt.

20. To vojaško sodišče je na podlagi zdaj veljavnega francoskega kazenskega zakonika štelo, da je K. Bourquain 4. maja 1960, ko je nameraval pobegniti v deželo El Tarf [28] na meji med Alžirijo in Tunizijo, s strelom ubil drugega vojaka iz tujske legije, prav tako nemškega državljana, ki je njegov pobeg želel preprečiti.

21. Obsojeni, ki se je zatekel v Nemško demokratično republiko, ni nikoli nastopil pred sodiščem in kazen ni bila izvršena, vendar je bila njegova lastnina zaplenjena, da bi se zagotovila izterjava stroškov.

22. Niti v Franciji niti v Alžiriji ni bilo drugega postopka zoper K. Bourquaina, vendar je Zvezna republika Nemčija leta 1962 izdala nalog za prijetje, naslovljen na Nemško demokratično republiko, ki ga je zavrnila.

23. Staatsanwaltschaft Regensburg (urad državnega tožilca, Regensburg) je leta 2002 začelo postopek proti K. Borquainu zaradi istega kaznivega dejanja.

24. Vendar v Franciji v tem obdobju kazen, določena s sodbo z dne 26. januarja 1961, ni mogla biti izvršena, ker (1) je ta država leta 1968 razglasila amnestijo [29] za kazniva dejanja, ki so jih storili člani njene vojske med dogodki v Alžiriji; (2) je leta 1981 zastarala in (3) je bila tega leta smrtna kazen odpravljena. [30]

26 – Ta izbrana francoska četa, ki jo je leta 1831 ustanovil kralj Louis-Philippe I. in ki je intervenirala v vojni v Alžiriji, je 30. aprila 1863 Mehiki poslala dopis, eno njenih najslavnejših listin v zgodovini, o bitki pri Camarónu, kjer se je 65 vojakov, ki jim je poveljeval Jean Danjou, deset dolgih ur upiralo napadu tisočim vojakom mehiške redne vojske. Ta dogodek je J. Mañes zelo natančno opisal v romanu *El mito de Camerone*, 2. izd., Hergué Editorial, Huelva, 2005.

27 – Gre za Annabo, alžirsko mesto, ki je bilo nekoč znano pod imenom Hipona, v katerem je bil med letoma 396 in 430 škof Sveti Avguštin.

28 – Kljub nepremostljivim oviram med resničnostjo in domišljijo okoliščine tega tragičnega dogodka spominjajo na delo Camusa, A., *Tujec*, Alianza Editorial, Madrid, 2003. Nobelov nagrajenec, rojen v Alžiriji, upodablja strog eksistencializem, ko pripoveduje o stiski Meursaulta v Alžiriji, ki je popolnoma brezčuten do smrti svoje matere ali do možnosti, ki jo ima, da se poroči, apatiji, ki ga vodi do tega, da ustreli „Arabca“, ker ga je oslepila svetloba, odbijajoča se od njegovega noža, in ki se nadaljuje še med postopkom, v katerem je obsojen na smrt, ko v zabavo navzočih izjavi, da je to storil zaradi sonca.

29 – Zakon z dne 31. julija 1968.

30 – Zakon št. 81-908 z dne 9. oktobra (Uradni list z dne 10. oktobra 1981, str. 2759). Francoska republika je nedavno, po reformi na podlagi ustavnega zakona št. 2007-239 z dne 23. februarja 2007 (Uradni list z dne 24. februarja 2007, str. 3355), zgoraj navedeno odpravo vključila v besedilo člena 66 Ustave.

25. V teh okoliščinah je Landgericht Regensburg za mnenje zaprosilo Max-Planck-Institut für ausländisches und internacionales Strafrecht (inštitut Maxa Plancka za mednarodno in tuje kazensko pravo, v nadaljevanju: inštitut Maxa Plancka), ki je ocenil, da čeprav je bila takojšnja izvršitev sodbe, izrečena v odsotnosti, izključena zaradi posebnosti francoskega prava, je postala formalno in materialno pravnomočna, zaradi česar ni bilo mogoče začeti novega kazenskega postopka.

26. Poleg tega je isto sodišče francoskemu ministrstvu za pravosodje na podlagi člena 57 Konvencije postavilo vprašanje, ali francoski organi menijo, da sodba z dne 26. januarja 1961 zaradi člena 54 Konvencije preprečuje, da bi se v Nemčiji začel novi postopek.

27. Državni tožilec Tribunal aux armées de París je potrdil, da je sodba pravnomočna, ker je od leta 1981 nepreklicna, in da v Franciji ne more biti izvršena, ker je kazen zastarala; vendar meni, da se načelo *ne bis in idem* Konvencije v obravnavani zadevi ne uporabi. [31]

28. Ti nasprotujoči si mnenji povzročajo dvome Landgerichtu Regensburg, ki s predložitvenim sklepom želi opredelitev, ali člen 54 Konvencije zahteva, da je bila kazen v določenem trenutku izvršljiva. Predložitveno sodišče meni, da pravica začeti novi postopek med tekom zastaralnega roka [32] pomeni, da se kazen lahko izvrši šele po izteku tega roka, pri čemer pa takrat kazen zastara. [33]

29. Landgericht Regensburg je zato prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo to vprašanje:

„Ali se sme osebo, proti kateri je bil sodni postopek v eni pogodbenici pravnomočno končan, za ista dejanja preganjati v drugi pogodbenici, pri čemer pa kazni, ki ji je bila naložena, po zakonodaji države, ki jo je izrekla, ni več mogoče izvršiti?“

31 – To mnenje je zelo protislovno, ker je ne glede na to, ali je bila kazen izvršena ali je v postopku izvrševanja, drugi pogoj za uporabo načela ta, da je na podlagi zakonodaje pogodbenice, ki jo je izrekla, „ni več mogoče izvršiti“.

32 – Menim, da se ta roka prekrivata.

33 – Namenoma se izogibam vsakršnemu upoštevanju neizvršitve sankcije zaradi amnestije, ker je ta vidik v izključni pristojnosti nacionalnega sodišča, ob upoštevanju pristojnosti Sodišča pri preučevanju njegovega morebitnega vpliva v okviru člena 54 Konvencije.

IV – Postopek pred Sodiščem

30. Predložitveni sklep je bil v sodnem tajništvu Sodišča vložen 21. junija 2007.

31. K. Bourquain, Komisija ter češka, madžarska, nizozemska in portugalska vlada so pisna stališča predložili v roku, določenemu v členu 23 Statuta ES Sodišča.

32. Po upravni seji 19. februarja 2008 sem bil 27. februarja obveščen, da je, ob tem nihče ni predlagal obravnave, 25. februarja potekel rok za opravo tega dejanja, tako da sem lahko predstavil sklepne predloge.

V – Analiza vprašanja za predhodno odločanje

A – *Uvodne ugotovitve glede ne bis in idem in schengenskega pravnega reda*

1. Dvojno izražanje načela

33. Sodišče ne priznava istega obsega načela *ne bis in idem*, kot je ta, ki se uporablja na področju konkurence [34] ali v okviru „tretjega stebra“ Evropske unije: na obeh področjih prepove dvojno kaznovanje, vendar le na drugem [35] razširi načelo na možnost ponovnega pregona za isto dejanje (*nemo debet bis vexart pro una et eadem causa).*

34 – S sodbo z dne 14. februarja 1972 v zadevi Boehringer Monnheim proti Komisiji (7/72, Recueil, str. 1281) je postalo splošno načelo prava Skupnosti.

35 – Vervaele, J., El principio *non bis in idem* en Europa, v *La orden de detención in entrega europea*, Arroyo L. in Nieto A., izd. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006, str. 229, poudarja omejen obseg načela v pravu konkurence.

34. Popolno priznanje tujih kazenskih sodb je pomenilo pravi izziv za pravo Skupnosti in Sodišče je, ne da bi se izogibalo svoji odgovornosti, odločilo, da na podlagi prostega gibanja oseb člen 54 Konvencije osebam, proti katerim je bil sodni postopek v eni pogodbenici pravnomočno končan, zagotavlja uveljavljanje te temeljne svoboščine, ne da bi morale biti zaskrbljene, da bo v drugi pogodbenici zoper njih uveden nov kazenski postopek za dejanja, o katerih je že bila izrečena sodba. [36]

2. Njegova tradicionalna podlaga

35. Člen 54 Konvencije nasprotuje temu, da bi se oseba za isto nezakonito ravnanje večkrat preganjala in bila morebiti večkrat obsojena, saj je posledica kumulacije pregonov in sankcij nedopustno večkratno izvrševanje *ius puniendi.* [37]

36. Pravna varnost zagotavlja obtožencu v kazenskih postopkih, da ne bo ponovno priveden pred sodišče zaradi istega ravnanja, če je bil oproščen, in da ne bo predmet novih sankcij, če je bil obsojen.

37. Poleg tega ne smemo zanemariti vloge pravičnosti kot podlage za sorazmernost, ki prepoveduje kumuliranje kazni, [38] ker ima vsaka kazen – poleg cilja resocializacije [39] – dva cilja, kaznovati in odvračati, pri tem ko kaznuje ravnanje nekaterih in odvrača druge od posnemanja, mora biti sorazmerna s temi cilji tako, da vzpostavlja ustrezno kazen za zadevno ravnanje in hkrati služi kot primer.

38. Nazadnje, zakonitost *ne bis in idem* kot strukturna zahteva pravnega sistema, temelji tudi na spoštovanju *res judicata*.

36 – Točke 38, 32, 57 in 27 sodb v zadevah Gözütok in Brügge, Miraglia, Van Straaten ter Gasparini in drugi.

37 – Sklepni predlogi v zadevah Gözütok in Brügge (točka 48 in naslednje) in Van Esbroeck (točka 18 in naslednje).

38 – Čeprav suhoparnost predmeta ne spodbuja uporabe v književnem sobesedilu, pozornost vzbuja A. Dumas (*Impressions de voyage*, Michel Lévy Frères Libraires-Editeurs, Pariz, 1855, str. 57), ki je to načelo hudomušno in brez pravne togosti navezoval na težavnost dvakratne izvršitve enake kazni, ko opisuje zanesljive načine kadija za poenostavitev delovanja pravosodja v Kairu; tatu, ki je bil aretiran, so namreč odrezali eno uho, tako da če spet stori kaznivo dejanje „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 axiome de droit, *non bis in idem*“ (neupoštevanje ni mogoče, razen če uho ponovno zraste, kar bi bilo nenavadno. Torej mu tako odrežejo drugo na podlagi načela pravice *ne bis in idem*).

39 – Henzelin, M., *Ne bis in idem*, un principe à géométrie variable, *Revue Pénale Suisse*, knjiga 123, 2005, zvezek 4, Stämpfli Editions SA, str. 347.

3. Njegov novejši razvoj

a) Zaupanje med državami članicami

39. Ta dokaj nov pojem v strukturi evropskega kazenskega pravnega sistema je podlaga za načelo vzajemnega priznavanja, [40] ki je bilo uvedeno v členu 33 sklepov Evropskega sveta v Tampereju z dne 16. oktobra 1999. [41]

40. Deseta uvodna izjava Okvirnega sklepa Sveta 2002/584/PNZ z dne 13. junija 2002 o evropskem nalogu za prijetje in postopkih predaje med državami članicami [42] neposredno zahteva visoko stopnjo zaupanja med državami članicami.

41. Ti elementi so napovedovali hitro reakcijo Sodišča, ki je ob prvi priložnosti [43] poudarilo pomen vzajemnega priznavanja, ki je bistven za uporabo člena 54 Konvencije, v skladu s katerim mora vsaka država članica priznati uporabo kazenskega prava, ki velja v drugi državi članici, tudi kadar njeno pravo vodi do drugačne rešitve; z drugimi besedami, z vidika učinkov, *ratio* vzajemnega sodelovanja je obarvan z utilitarizmom, ko sledi ciljem načela vzajemnega priznavanja.

42. Čeprav ta pojasnitev Sodišča olajša rešitev v določenih zadevah, pa v drugih zadevah ne zadostuje, zlasti ker daje ta sistem okrepljenega sodelovanja različnim nacionalnim sodiščem glavno vlogo, ki zahteva zelo veliko nadarjenost za razlago. [44]

40 – To načelo bi moralo biti priznano brez oklevanja, ker je, kot Moreiro González, C. J., pravilno poudarja v *Las claúsulas de seguridad nacional*, izd. Iustel, Portal Derecho S.A., Madrid, 2007, str. 132 in 133, soglasje držav članic prvi korak pri ustvarjanju mednarodnih pravil in postavlja glavno vprašanje obveznosti, ki jih zavezujejo.

41 – Kmalu zatem pojem zaupanja pojasni v Programu ukrepov za izvajanje načela vzajemnega priznavanja kazenskih odločb (UL C 12, str. 10), da bi se „okrepilo sodelovanje med državami članicami in povečalo varstvo pravic posameznikov. […] Za izvajanje načela vzajemnega priznavanja odločb na kazenskem področju se zahteva, da države članice zaupajo v kazenski pravni sistem druge države članice. Podlaga za to zaupanje je zlasti skupna zaveza k načelom svobode, demokracije in spoštovanja človekovih pravic, temeljnih pravic in vladavine prava."

42 – UL L 190, str. 1.

43 – V točki 33 zgoraj navedene sodbe z dne 11. februarja 2003 v zadevi Gözütok in Brügge, v kateri se je Sodišče strinjalo s točko 124 mojih sklepnih predlogov.

44 – Zaradi izkušenj, ki sem jih pridobil kot sodnik na španskih sodiščih in kot generalni pravobranilec v Luxembourgu, se lahko zoperstavim stališčem Flore, D., La notion de confiance mutuelle: l'alpha ou l'oméga d'une justice pénale européenne v *La confiance mutuelle dans l'éspace européen/Mutual Trust in the European Criminal Area*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2005, str. 17: „[č]e sodnik v Bruslju včasih dvomi o odločbi kolega s sodišča v Arlonu ali Bruggeu, kako naj ne bi dvomil o odločbi drugega oddaljenega kolega, ki ga ni nikoli videl niti ga ne bo, ki opravlja svoje dolžnosti v državi, ki jo sodnik iz Bruslja ne pozna in na ozemlje katere ne bo nikoli stopil, in ki morda nima niti enakega položaja niti enake svobode kot on, ki uporablja drugačno pravo in govori drug jezik […]."

43. Primeren način za urejanje nejasnih položajev bi lahko bilo usklajevanje [45] kazenskega prava in kazenskega postopka držav članic, ker se oklevanje pri sprejemanju odločitev na tem pravnem področju praviloma zmanjša z ugotovitvijo, da kazenske odločbe, razglašene v drugi državi članici, zajemajo enaka zagotovila.

44. Medtem ko je načelo *ne bis in idem* še naprej glavni nosilec skupnega zaupanja, ne gleda na to, ali bo približevanje nekega dne izvedeno, člen 54 Konvencije ni odvisen od približevanja kazenske zakonodaje med državami članicami; [46] nasprotno, umanjkanje približevanja okrepi njegov obseg.

45. Če bi morala vsaka država članica domnevati, da določene pogoje, zlasti na področju temeljnih pravic, vse druge države spoštujejo, izkušnje kažejo, da je vzajemno priznavanje normativno načelo, ki združuje pravila za razlago obveznosti v zvezi s „tretjim stebrom“ s tem, ko ima vlogo, ki je podobna načelu lojalnega sodelovanja. [47]

46. Vzajemno priznavanje se, čeprav izhaja z abstraktnega področja sodelovanja med državami članicami, uresničuje z najbolj oprijemljivimi individualnimi jamstvi [48] in vodi do preverjanja običajnih standardov na področju pravic, na katerem dejstvo, da se nanje stalno sklicujejo odvetniki, povečuje verjetnost vzajemnega razumevanja.

b) … priznavanje pravice posamezniku

47. Kljub napredku je za ločitev temeljnih svoboščin (kot so prost pretok) od prepovedi preganjanja ali kaznovanja „dvakrat za ista dejanja“ še vedno potrebno izredno prizadevanje, utemeljitev, ki temelji na stopnji integracije, dosežene v Evropski uniji, v skladu s katero je državljan naslovnik pravic in končni upravičenec jamstvenih pravil. [49]

48. Vendar ne vidim ovire za to, da se smernice za sodelovanje med državami članicami, ki temelji na vzajemnem zaupanju,

45 – Šteti ga je mogoče za cilj, vendar nikakor ni edini pogoj za vzpostavitev skupnega območja pravice, svobode in varnosti.

46 – Točka 32 zgoraj navedene sodbe Gözütok in Brügge.

47 – De Schutter, O., La contribution du contrôle jurisdictionnel à la confiance mutuelle, v *La confiance mutuelle dans l'éspace européen/Mutual Trust in the European Criminal Area*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2005, str. 103.

48 – Poudarjam, da načelo *ne bis in idem* zajema eno od teh individualnih jamstev.

49 – V mojih sklepnih predlogih v zadevi Gözütok in Brügge sem opozoril na pomanjkanje dovzetnosti in poudaril, da je treba člen 54 Konvencije opredeliti z vidika državljana (točki 114 in 115).

dopolnijo (ne nadomestijo) z vizijo, ki zajema uporabo temeljnih pravic kot referenčnega okvirja, [50] ker načelo *ne bis in idem* pomeni pravno varstvo posameznikov zoper *ius puniendi*, ki izhaja iz pravice do poštenega sojenja [51] in ki ima kot tako v več državah podpisnicah Schengenskega sporazuma položaj ustavne določbe. [52]

49. Pravilo *ne bis in idem* doseže svojo pravo pravno normativno težo z uvedbo osebne pravice do le enega preganjanja za enako dejanje [53] in je tako trda podlaga, ki pomaga odpraviti pomanjkljivosti [54] nekaterih institutov, kot so zastaranje, *res judicata* ali več teorij o sorazmernosti, ki jih ni mogoče zadovoljivo odpraviti le z vzajemnim zaupanjem med državami članicami. [55]

50. Ta vidik je pojasnjen s samostojno razglasitvijo *ne bis in idem* v Listini Evropske unije o temeljnih pravicah, [56] člen 50 katere določa, da „nihče ne sme biti ponovno v kazenskem postopku ali kaznovan zaradi kaznivega dejanja, za katero je bil v Uniji v skladu z zakonom s pravnomočno sodbo že oproščen ali obsojen“.

51. Med več vidiki temeljnih pravic so posebno pomembne zlasti omejitve in izjeme od vzajemnega priznavanja, [57] pod

50 – Peers, S., EU Justice and Home Affaire Law, 2. izd., Oxford University Press, 2006, str. 460, v Evropski uniji odkriva kot odsev visoke stopnje integracije nekatere ukrepe sodelovanja na kazenskem področju, ki po njegovem mnenju prispevajo k razvoju mednarodnih pravil na področju človekovih pravic.

51 – Tako razlago predlagam v svojih sklepnih predlogih v zadevi Gözütok in Brügge.

52 – To pravilo je zajeto tudi v mednarodnih sporazumih, kot sta Mednarodni pakt o državljanskih in političnih pravicah z dne 16. decembra 1966 (člen 14(7)) ali Protokol št. 7 k Evropski konvenciji o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (člen 4). Vendar se te določbe nanašajo na načelo v nacionalnih razsežnostih, pri čemer zagotavljajo uporabo na področju pristojnosti države članice.

53 – Generalna pravobranilka Sharpstonova meni: „država ima eno samo možnost presoditi kaznivo ravnanje, očitano posamezniku, in v zvezi s tem razglasiti sodbo“ (točka 92 njenih sklepnih predlogov z dne 15. junija 2006 v zadevi Gasparini).

54 – Pomanjkljivosti, ki bodo podane, dokler kazensko, materialno ali procesno pravo ne bo usklajeno.

55 – Dober primer v zvezi s tem je zgoraj navedena sodba Gasparini, v kateri je Sodišče poudarilo pomen vzajemnega zaupanja in ni sledilo sklepnim predlogom generalne pravobranilke Sharpstonove, ki je menila nasprotno, da ta pojem ni ustrezna podlaga za uporabo načela *ne bis in idem* v zvezi s kazenskimi postopki, ki se ustavijo, ker kazenski pregon zastara (točka 108 in naslednje).

56 – V sklepnih predlogih z dne 12. septembra 2006 v zadevi Advocaten voor de Wereld VZW, v kateri je bila sodba razglašena 3. maja 2007 (C-303/05, ZOdl., str. I-3633), trdim, da „[mora] listina […] obveljati kot bistveno orodje za razlago pri varstvu državljanskih jamstev, ki tvorijo dediščino držav članic. Tega izziva se je treba lotiti previdno, vendar zavzeto in s trdnim prepričanjem, da se varovanju temeljnih pravic v tretjem stebru ne da odpovedati, če je to nujno za steber Skupnosti, kajti listina lahko glede na naravo svoje vsebine vpliva prav na temelj osebne svobode, ki predpostavlja vse druge.“ Tudi Lizbonska pogodba z dne 13. decembra 2007 spreminja člen 6 EU, pri čemer dodaja naslednji odstavek „Unija priznava pravice, svoboščine in načela iz Listine o temeljnih pravicah Evropske unije z dne 7. decembra 2000, prilagojene 12. decembra 2007 v Strassbourgu, ki ima enako pravno veljavnost kot Pogodba.“

57 – To izhaja iz člena 6 EU in člena 1(3) zgoraj navedenega Okvirnega sklepa Sveta z dne 13. junija 2002 o evropskem nalogu za prijetje in postopkih predaje med državami članicami.

pogojem, da ustrezajo skupnim načelom v vseh državah članicah. [58]

B – *Pojem „pravnomočna sodba“*

52. Izrazi, s katerimi je Landgericht Regensburg oblikoval vprašanje, kažejo, da so njegovi dvomi omejeni na področje člena 54 Konvencije, ki prepoveduje ponovni pregon za ista dejanja, pod pogojem, da izrečene kazni „ni [več] mogoče izvršiti“.

53. Vendar je treba najprej preizkusiti, ali je obsodba, izrečena v odsotnosti, „pravnomočna sodba“ v smislu zgoraj navedene določbe in ob upoštevanju nezmožnosti takojšnje izvršitve kazni zaradi obveznosti začeti nov postopek, če se odsotni pojavi.

1. Njena razlaga

54. Sodišče se je v zgoraj navedeni sodbi Kretzinger z dne 18. julija 2007 izognilo tej razpravi, [59] pri čemer je v točki 67 odločilo, da „[…] ni treba preučiti […], ali je treba sodbo, izrečeno v odsotnosti, ki je izvršljiva pod pogoji iz člena 5(1) Okvirnega sklepa, šteti za odločbo, s katero je bil proti osebi postopek pravnomočno končan v smislu člena 54 KISS.“

55. Vendar je Sodišče zagovarjalo razširjen pojem, ki potrjuje, da je treba v Evropski uniji spoštovati odločbe, s katerimi se konča postopek proti obtožencu v skladu s pravom države članice, v kateri se je postopek začel.

56. Tako je v pojem pravnomočna sodba vključilo odstop od kazenskega pregona v postopkih, v katerih državni tožilec odloči

58 – Točke 34, 37 in 38 sodbe Sodišča prve stopnje z dne 14. oktobra 2004 v zadevi Omega (C-36/02, ZOdl., str. I-9609).

59 – Generalna pravobranilka Sharpstonova pa se v sklepnih predlogih z dne 5. decembra 2006 temu vprašanju ni izognila in je trdila, da na podlagi vzajemnega zaupanja sodba, izrečena v odsotnosti, zagotavlja varstvo iz člena 54 Konvencije, če je v skladu z zahtevami, določenimi v členu 6 Evropske konvencije o človekovih pravicah (točka 101).

brez posredovanja sodnega organa (zadevi Gözütok in Brügge), in odločbe, s katerimi je obtoženi dokončno oproščen bodisi zaradi pomanjkanja dokazov (zadeva van Straaten) bodisi zaradi zastaranja (zadeva Gasparini).

57. Poleg tega, čeprav obstajajo razlike med več jezikovnimi različicami člena 54 Konvencije,[60] teleološki razlog, zaradi katerega je treba podpreti gibanje oseb, nedvomno spada v okvir območja svobode, varnosti in pravice, katerega izvajanje bi bilo ogroženo, če zaradi posebnosti nacionalnih postopkov ne bi bilo mogoče sprejeti široke razlage pravnomočne sodbe.

58. V idealnih okoliščinah daje *res judicata*[61] sodbi pravni status, ki ga ni mogoče spremeniti s kakršnim koli pravnim sredstvom, ker zoper njo ni mogoče vložiti pravnega sredstva ali ker pravno sredstvo ni bilo vloženo v določenem roku.[62]

60 – V drugačnih okoliščinah se na te jezikovne razlike sklicujem v svojih sklepnih predlogih v zadevi Gözütok in Brügge.

61 – V skladu s členom 1 zavrnjenega predloga Helenske republike za sprejetje Okvirnega sklepa Sveta o uporabi načela *ne bi in idem* (UL C 100, str. od 24 do 27) je sodba pravnomočna, ko ima v skladu z nacionalnim pravom status *res judicata*. Z drugega vidika Almagro, J., in Tomé, J., *Instituciones de Derecho Procesal. Proceso Penal*, izd. Trivium, Madrid, 1994, str. 347, in Cortés, V., *Derecho Procesal. Parte General. Proceso Civil*, 6. izd., izd. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, tomo I (vol. I), str. 488.

62 – Pojem, ki ga posreduje v francoski različici *définitivement jugé*, angleški *finally disposed*, nemški *rechtskräftig abgeurteilt* ali italijanski *giudicata con sentenza definitiva*, čeprav je v drugih pravnih redih, kot je španski pravni red, ta vrsta odločbe poimenovana z izrazom *sentencia firme*, kot to potrjuje španska različica člena 54 Konvencije, v skladu s katero je s *sentencio definitivo* odločeno le v zadevi na prvi stopnji.

2. Sodba, izrečena v odsotnosti

59. Različni pristopi v državah članicah glede sodb, izrečenih v odsotnosti, so ovira za neoteženo sodelovanje na področju kazenskih zadev, kar je bilo poudarjeno v nedavnih pobudah,[63] s katerimi se uvaja določena enotnost, s tem ko se merila okrepijo s skupnimi pravili za zmanjšanje teh razlik.

60. V obravnavani zadevi bi morebitni kasnejši sodni postopek z vidika člena 54 Konvencije očitno oviral „pravnomočnost“ sodbe sodišča iz Bônea.

61. Vendar je bil dvom začasen, ker je imela sodba, kot zatrjuje državni tožilec Tribunal aux armées de París, status *res judicata* leta 1981, torej preden se je začel postopek v Nemčiji, tako da te razglasitve[64] ni mogoče izpodbijati na področju prava Skupnosti.

63 – Kot so pobude slovenske, francoske, češke, švedske, slovaške vlade, vlade Združenega kraljestva in nemške vlade, ki jih je Svet Evropske unije povzel v delovnem dokumentu (5213/08) z dne 14. januarja 2008, da bi olajšal sodelovanje na področju pravosodja in vzajemno priznavanje sodnih odločb, ki se razglasijo v odsotnosti.

64 – Poudariti je treba skladnost s podatki, ki so bili podani v vprašanju za predhodno odločanje, ker je, ko je bila sodba razglašena, začel teči tako rok, v katerem se je lahko obsojeni zoper to sodbo pritožil, kot tudi rok za zastaranje kazni, tako da je, ker sta se oba roka iztekla, ne da bi obstajala možnost revizije, odločba postala vsebinsko in formalno nepreklicna.

62. Vendar mora Sodišče upoštevati, da člen 54 Konvencije ne zahteva, da sodba postane pravnomočna v trenutku, ko je razglašena, ker zadostuje, da se ta pogoj izpolni v trenutku, ko se začne drug postopek, [65] kar za K. Bourquain pomeni leta 2002, ko je odločba vojnega sodišča v skladu s francoskim pravom že pridobila status *res judicata*.

63. Nadalje, v skladu z več pravnimi instrumenti [66] navzočnost obtoženca v postopku temu omogoča, da se brani, in mu zagotavlja izvrševanje pravice do poštenega sojenja, [67] Okvirni sklep Sveta 2002/584/PNZ z dne 13. junija 2002 [68] pa določa, da se lahko od države članice, ko želi izvršiti kazen, izrečeno v odsotnosti, zahteva jasna jamstva, da lahko obsojeni zaprosi za obnovo sodnega postopka, v katerem bodo zagotovljene njegove temeljne pravice.

64. Sprememba teh jamstev za obtoženca v pogoj, s katerim bi se ovrgla uporaba drugih pravic, bi vodila v nesmiseln položaj, do katerega bi prišlo, če bi bila vloga načela *ne bis in dem* omejena na odločbe, ki izključujejo revizijo v njegovo korist.

65 – Moji sklepni predlogi v zadevi Esbroeck bi lahko to pojasnili, ker sem tam preučil uporabo člena 54 Konvencije *ratione temporis*.

66 – Člen 6 Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin ter člena 47 in 48 Listine Evropske unije o temeljnih pravicah.

67 – Da se seznani z obtožbo proti njemu, da ga nepristranski sodnik zasliši, da ima na voljo pravno pomoč in da sodeluje pri izvajanju dokazov.

68 – Člen 5(1).

65. Iz zgoraj navedenih razlogov je treba obsodbo, razglašeno v odsotnosti zadevne osebe, šteti za „pravnomočno“ za namene uporabe člena 54 Konvencije.

C – *Pogoj v zvezi z „neizvršitvijo kazni“*

66. V tem postopku s predlogom za sprejetje predhodne odločbe obstaja splošno soglasje, da kazen v Franciji, ko se je v Nemčiji začel postopek, ni bila izvršljiva, ker je zastarala in je bila smrtna kazen v tej državi odpravljena ter je ta država še pred tem sprejela zakon o amnestiji v zvezi z dogodki v Alžiriji.

67. Vendar se vprašanje Landgerichta Regensburg nanaša na opredelitev, ali mora ovira za izvršitev kazni nastati pozneje, kot je bila kazen izrečena, kar trdi madžarska vlada, ki poudarja, da člen 54 Konvencije dopušča, da ovire nastanejo pozneje, vendar ne predvideva primera, ko kazen ni izvršljiva, že od tedaj, ko je bila izrečena, kot v obravnavani zadevi, v kateri zahteve za obnovo postopka, ki je bila potrebna za izvršitev kazni, ni bilo mogoče izpolniti, ker se K. Bourquain ni pojavil.

68. Madžarska vlada se opira na besedilo člena 54 „ni več mogoče izvršiti“ in *a contrario* sklepa, da je moralo biti mogoče kazen v določenem trenutku v preteklosti izvršiti.

69. Ta trditev ni prepričljiva, ker pomen besed ni vedno ustrezna referenca, kot je Sodišče že nekajkrat opozorilo; [69] poleg tega menim, da jedrnatost besedila nakazuje le, da kazen postane izvršljiva, ko se zahteva nov postopek, in ne prej, kar pomeni, da ima pravilo še vedno polni učinek.

70. Vendar se člen 54 nanaša na nacionalne kazenske določbe, ki ob upoštevanju njihove narave *ultima ratio* izključujejo kakršno koli široko razlago [70] v nasprotju z načelom zakonitosti, [71] ki je del običajnih tradicij držav članic [72] in ki je izrecno vključeno v pravo Skupnosti [73].

71. Brez poseganja v zgornje ugotovitve je zanimivo stališče nizozemske vlade, da si je težko predstavljati, da bi se s pravnomočno sodbo naložila neizvršljiva kazen. [74]

72. Posebna pozornost se zahteva pri presoji natančnega obsega določbe, ki govori o izvršljivosti kazni, in ne sodbe.

73. Ob tem opozorilu je treba razlikovati med izvršljivo sodbo in pravnomočno sodbo, [75] ker čeprav francoska zakonodaja ne dovoljuje izvršitev kazni brez začetka novega postopka,

69 – V sodbi z dne 13. julija 1989 v zadevi Skatteministeriet proti Henriksen (173/88, Recueil, str. 2763) je to metodo razlage zavrnilo, pri čemer je poudarilo, da „obsega sporne dikcije ni mogoče opredeliti izključno na podlagi besedne razlage“ (točka 11).

70 – Berdugo, I., Arroyo, L., García, N., Ferré, J., in Ramón, J., v *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, izd. Praxis, Barcelona, 1996, str. 37, poudarjajo, da načelo zakonitosti zahteva, da je mogoče „le z zakonom – monopol zakonodajnega organa – opredeliti kazniva dejanja in določiti kazni, z izjemo določb, ki so nižje v hierarhiji predpisov, in običajev; da bi pravni predpisi morali biti natančni, specifični in omejevalni za kazenska pravila; da bi morala biti široka razlaga in analogija *in malam partem* prepovedana; da kazenske določbe, ki so v škodo obtoženca, ne bi smele biti retroaktivne […]“. Po analogiji Vogel, J., Principio de legalidad, territorialidad y competencia judicial, v *Eurodelitos. El derecho penal económico de la Unión Europea*, Tiedemann, K. in Nieto, A., Ed. de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2004, str. 32, poudarja, da sta prepoved razlage po analogiji in obveznost restriktivne razlage priznana v vseh državah članicah, brez izjeme, kot posledica načela zakonitosti.

71 – Načelo zakonitosti je splošno načelo prava Skupnosti, kar je med drugim potrjeno s sodbo z dne 3. maja 2007 v zadevi Advocaten voor de Wereld VZW (303/05, ZOdl., str. I-3633), točki 46 in 49.

72 – Točka 67 sodbe z dne 3. maja 2005 v zadevi Berlusconi in drugi (387/02, 391/02 in 403/02, ZOdl., str. I-3565) s sklicevanjem na sodbi z dne 12. junija 2003 v zadevi Schmidberger (C-112/00, Recueil, str. I-5659) in z dne 10. julija 2003 v zadevi Broker Aquaculture in Hydro Seafood (C-20/00 in C-64/00, Recueil, str. I-7411).

73 – Načelo je zajeto v členu 49 Listine Evropske unije o temeljnih pravicah.

74 – Nizozemska vlada si poleg tega ne more predstavljati primera, v katerem se kazen naloži s pravnomočno sodbo, pri čemer je mogoče za to kazen v katerem koli kasnejšem trenutku razglasiti, da ni mogla biti izvršena (točka 40 stališč te vlade).

75 – Ti dve perspektivi je mogoče ponazoriti s pojmoma španskega upravnega prava *autotutela declarativa* in *autotutela ejecutiva* (deklaratorno varstvo in izvršljivo varstvo) s tem, da prvi pomeni, da za akte javnih organov velja pravna domneva, ki vpliva na zadevne stranke, razen če jih ne izpodbijajo s tem, da vložijo ustrezno pravno sredstvo, drugi pa vodi do področja tožb in uveljavljanja, kadar naslovniki nasprotujejo uporabi ukrepa (García de Enterría E. in Fernández T. R., *Curso de Derecho administrativo I*, 6. izd., izd. Civitas, Madrid, 1996, str. 490 in 491).

nikakor ne vpliva na pomen sodbe kot pravnega naslova, ki se *ipso iure* razširja na osebnost in lastnino obtoženega, kot to dokazujeta potrditev odgovornosti K. Bourquaina v novem postopku glede prejšnje obsodbe, če bi bil izveden, in zaplemba njegovega premoženja.

74. Podobno bi kazen postala izvršljiva, ko ne bi bilo več postopkovne ovire, ki ji je odvzela ves uporaben pomen, ne da bi sicer vplivala na njeno bistveno veljavnost,[76] ki jo je treba razlikovati od njenega učinka.

75. Sodišču iz vseh zgoraj navedenih razlogov predlagam, naj člen 54 Konvencije razlaga tako, da se uporablja tudi za kazen, izrečeno s pravnomočno sodbo, ki je zaradi procesnih posebnosti v nacionalnem pravu ni bilo mogoče nikoli izvršiti.

D – *Amnestija, načelo ne bis in idem in razlike med njima*

76. Razlog, da ne bom preučil, kako odprava smrtne kazni in zastaranje kazni ovirata izvršitev sodbe sodišča v Bôneu, ni, da se želim izogniti vprašanju, ampak ker bi očiten odgovor in spoštovanje izključne pristojnosti nacionalnega sodišča povzročila nesmiselnost in neustreznost vsake utemeljitve.

77. Vendar se bom zaradi preudarnosti, čeprav na kratko, dotaknil posledic amnestije ob upoštevanju različnih širin pomena, ki ga ima ta izjemen mehanizem milosti v različnih pravnih sistemih.

78. V Drugem protokolu k Ženevski konvenciji[77] se amnestija navezuje na pojem pacificizma in sprave po obdobjih nemirov z nasilnimi nasprotovanji znotraj ene skupnosti.

79. Pomiriti je treba sovražne občutke, za katere so razlogi zelo posebni in so izraz dogodkov kolektivnih razsežnosti, zaradi katerih se je prebivalstvo politično in socialno razdelilo.

76 – Ne glede na dejstvo, da gre za smrtno kazen, ki je v bistvu nezdružljiva s svoboščinami in pravicami, neomajno varstvo katerih želi doseči Evropska unija.

77 – Posebno člen 6(4), ki določa: „[p]o prenehanju nasprotovanj si morajo organi na oblasti prizadevati, da osebi, ki je sodelovala v oboroženih spopadih, zagotovijo čim večjo amnestijo […]“.

80. Ta terminologija se uporablja za široko poimenovanje [78] katerega koli ukrepa odpustitve ali ukinitve kazni, vključno s pomilostitvijo, [79] s tem da se v drugih konceptih nanaša le na splošne odločitve zakonodajnega organa, sprejete v skladu z nacionalnimi zakonodajnimi postopki.

81. Kljub razlikam, ki obstajajo v Evropi v zvezi s temi akti milosti ob upoštevanju tako različnih meril, njihova vrsta, cilj kot tudi značilnost kaznivih dejanj, ki jih je mogoče odpustiti, [80] ne zmanjšujejo možnosti za ugasnitev *ius puniendi* v vseh državah članicah niti ne spreminjajo nespornega dejstva, da z izvajanjem takih ukrepov zunajsodni organi razveljavljajo učinke kazenskih sodb. [81]

82. Ta skupina aktov milosti, ki se razlikujejo glede na razloge, zaradi katerih so sprejeti, a so enotni glede ciljev, ki jim sledijo, nenehno kaže prave znake političnih ciljev, ki temeljijo na načelih smotrnosti, ki izhajajo iz neodvisnosti držav članic pri upravljanju njihovih notranjih konfliktov.

83. V okviru načela *ne bis idem* Skupnosti vzajemno zaupanje ne bi smelo zajemati primerov neizvršljivosti kazni zaradi izvajanja teh čezmernih možnosti s strani nacionalnih oblasti, ker bi vzajemno priznavanje prenehalo potekati v okviru uporabe zakonov na strani sodnih organov in bi ubralo drugo pot, ki bi jo vodila drugačen močan političen in socialni element.

84. Okvirni sklep o evropskem nalogu za prijetje ne določa amnestije naključno kot enega od obveznih razlogov za neizvršitev, kadar je država članica pristojna za preganjanje kršitve v skladu s svojim kazenskim pravom (člen 3(1)).

85. Ob upoštevanju temeljnih pravic amnestija ne omogoča niti utemeljitve neizvršitve kazni na podlagi načela *ne bis in idem*; ne glede na dejstvo, da bi lahko postala nevaren instrument za uveljavljanje teh pravic, [82] je treba namreč ponovno ugotoviti dve različni dimenziji, in sicer amnestija temelji na podlagi, ki nima zveze s temeljni pravicami in se hkrati uporablja v okviru meril, ki so tako nedoločena in negotova, da so zunaj meril pravne racionalnosti in izključujejo možnost sodnega nadzora. [83]

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

79 – Posebna značilnost pomilostitve je, da je priznana posamezniKom, v nasprotju z ukrepi milosti, ki so namenjeni za skupine oseb.

80 – Bernardi, A., in Grande, C., op. Cit., str. 262.

81 – Pradel, *Droit Pénal général*, Pariz, 2002, str. 669.

82 – Corte Interamericana de Derechos Humanos je grajalo določene oblike amnestij v svoji sodbi z dne 14. marca 2001 v zadevi Barrios Altos proti Peruju (serija C, št. 45).

83 – Kot samostojna oblika diskrecijske pravice se „pomilostitev“ po definiciji izogne morebitnemu sodnemu nadzoru.

VI – Predlog

86. Iz zgoraj navedenih razlogov Sodišču predlagam, naj na vprašanje za predhodno odločanje odgovori tako:

Člen 54 Konvencije z dne 19. junija 1990 o izvajanju Schengenskega sporazuma je treba razlagati tako, da se osebe, proti kateri je bil sodni postopek v eni pogodbenici pravnomočno končan, za ista dejanja ne sme preganjati v drugi pogodbenici, če kazni, ki ji je bila izrečena, po zakonodaji pogodbenice, ki jo je izrekla, ni bilo mogoče nikoli izvršiti.