SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA DÁMASA RUIZ-JARABOJA COLOMERJA, predstavljeni 20. oktobra 2005[1]

I – Uvod

1. Schengenski pravni red vključuje:

a) sporazum, ki so ga v Luxembourgu 14. junija 1985 sklenile vlade treh držav Gospodarske unije Beneluks, Zvezne republike Nemčije in Francoske republike, o postopni odpravi kontrol na skupnih mejah (v nadaljevanju: Schengenski sporazum)[2];

b) konvencijo o izvajanju tega sporazuma, ki so jo 19. junija 1990 sklenile iste pogodbenice (v nadaljevanju: Konvencija)[3];

c) protokole in sporazume o pristopu drugih držav članic Evropske unije k tema aktoma, sklepe in izjave, ki jih je sprejel Izvršni odbor, ustanovljen s Konvencijo, ter akte, ki so jih sprejeli organi, na katere je ta odbor prenesel pristojnost odločanja[4].

2. Protokol (št. 2), priložen k Pogodbi o Evropski uniji in Pogodbi o ustanovitvi Evropske skupnosti (v nadaljevanju: Protokol), vključuje ta pravni red v okvir Unije. V skladu s členom 2(1), prvi pododstavek, navedenega protokola se schengenski pravni red uporablja od dneva začetka veljavnosti

1 — Jezik izvirnika: španščina.

2 — UL 2000, L 239, str. 13.

3 — UL 2000, L 239, str. 19.

4 — UL 2000, L 239, str. 63 in naslednje.

Amsterdamske pogodbe (1. maj 1999) v trinajstih državah članicah iz člena 1, med katerimi je tudi Kraljevina Belgija.[5]

3. Na podlagi člena 6 Protokola morata Republika Islandija in Kraljevina Norveška izvajati in razvijati schengenski pravni red, ki v teh dveh državah velja od 25. marca 2001[6].

4. V okviru predloga za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je predložilo Hof van Cassatie (vrhovno sodišče, Belgija), ima Sodišče priložnost že tretjič podati razlago člena 54 Konvencije[7], v katerem je navedeno načelo *ne bis in idem*, ter analizirati uporabo *ratione temporis* tega načela in natančno določiti pojem „ista dejanja“.

II – Pravni okvir

A – *Pravo Skupnosti*

5. V skladu s preambulo Protokola je namen določb schengenskega pravnega reda okrepiti evropsko povezovanje in zlasti Evropski uniji omogočiti, da se hitreje razvije v območje svobode, varnosti in pravice.

5 — Preostale države članice so Kraljevina Danska, Zvezna republika Nemčija, Helenska republika, Kraljevina Španija, Francoska republika, Italijanska republika, Veliko vojvodstvo Luksemburg, Kraljevina Nizozemska, Republika Avstrija, Portugalska republika, Republika Finska in Kraljevina Švedska. Združeno kraljestvo Velika Britanija in Severna Irska ter Irska se nista v celoti pridružila temu skupnemu projektu in sta se odločila za delno sodelovanje (Sklep Sveta 2000/365/ES z dne 29. maja 2000, UL L 131, str. 43, in Sklep Sveta 2002/192/ES z dne 28. februarja 2002, UL L 64, str. 20, zadevata prošnji prve oziroma druge države članice za sodelovanje pri nekaterih določbah schengenskega pravnega reda). Kraljevina Danska uživa poseben status, ki ji omogoča, da ne izvaja sklepov, sprejetih na tem področju. Pravila schengenskega pravnega reda zavezujejo deseterico novih držav članic od njihovega pristopa k Uniji, čeprav je uporaba velikega števila teh pravil odvisna od Sveta Evropske unije (člen 3 Akta o pogojih pristopa Češke republike, Republike Estonije, Republike Cipra, Republike Latvije, Republike Litve, Republike Madžarske, Republike Malte, Republike Poljske, Republike Slovenije in Slovaške republike k Evropski uniji in prilagoditvah Pogodb, na katerih temelji Evropska unija, UL 2003, L 236, str. 33).

6 — 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 s Kraljevino Norveško v zvezi s pristopom teh dveh držav k izvajanju, uporabi in razvoju schengenskega pravnega reda – Sklepna listina (UL L 176, str. 36). V skladu s členom 15(4) zadnjenavedenega 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 o uporabi Schengenskega pravnega reda na Danskem, Finskem in Švedskem ter v Islandiji in na Norveškem – Izjave (UL L 309, str. 24), s tem da je na splošno navedel datum 25. marec 2001 (člen 1).

7 — V prvih dveh sodbah je Sodišče preučilo, kako se *ius puniendi* izvršuje v državah članicah, in odločilo, da načelo *ne bis in idem* velja, tudi kadar se kazenski pregon ustavi, potem ko obdolženec izpolni nekatere obveznosti, dogovorjene z državnim tožilstvom (sodba z dne 11. februarja 2003 v združenih zadevah Gözütok in Brügge, C-187/01 in C-385/01, Recueil, str. I-1345, v katerih sem 19. septembra 2002 predstavil sklepne predloge). Po drugi strani se to načelo ne uporablja, če je zadeva zaključena, potem ko je državno tožilstvo odločilo, da ustavi pregon iz samo enega razloga, in sicer tega, da je bil v drugi državi članici zoper istega obdolženca za ista dejanja začet kazenski pregon, in to brez vsakršne materialne presoje (sodba z dne 10. marca 2005 v zadevi Miraglia, C-469/03, ZOdl., str. I-2009).

6. Na podlagi člena 2(1), drugi pododstavek, Protokola je Svet 20. maja 1999 sprejel sklepa 1999/435/ES in 1999/436/ES o opredelitvi schengenskega pravnega reda zaradi določanja pravne podlage za vsako določbo ali sklep, ki sestavlja schengenski pravni red, skladno z ustreznimi določbami iz Pogodbe o ustanovitvi Evropske skupnosti in Pogodbe o Evropski uniji[8].

7. Iz člena 2 Sklepa 1999/436/ES in Priloge A k temu sklepu izhaja, da sta pravna podlaga členov od 54 do 58 Konvencije člena 34 EU in 31 EU iz naslova VI Pogodbe EU, imenovanega „Določbe o policijskem in pravosodnem sodelovanju v kazenskih zadevah“.

8. Navedeni členi Konvencije sestavljajo poglavje 3, z naslovom „Uporaba načela *ne bis in idem*“, in so del naslova III („Policija in varnost“).

9. Člen 54 se glasi:

„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.“

10. Pravna podlaga člena 71, ki je del poglavja 6 („Prepovedane droge“) naslova III, je poleg zgoraj navedenih členov 34 EU in 31 EU tudi člen 30 EU. V prvih dveh odstavkih člena 71 je določeno:

„1. Pogodbenice se v zvezi z neposredno in posredno prodajo kakršne koli vrste prepovedanih drog, tudi konoplje, in s posedovanjem takih proizvodov in snovi za prodajo ali izvoz zavezujejo v skladu z obstoječimi konvencijami Združenih narodov, da bodo sprejele vse potrebne ukrepe za preprečevanje in kaznovanje nedovoljenega prometa s prepovedanimi drogami.

2. Pogodbenice se zavezujejo z upravnimi in kazenskimi ukrepi preprečevati in kaznovati nezakoniti izvoz prepovedanih drog, tudi konoplje, kakor tudi prodajo, dobavo in

8 — UL L 176, str. 1 oziroma 17.

izročanje takih proizvodov in snovi, ne glede na ustrezne določbe členov 74, 75 in 76[9].

[…]“

B – *Konvencije Združenih narodov*

11. V členu 36 Enotne konvencije o mamilih, podpisane v New Yorku 30. marca 1961, je predvideno:

„1. a) Vsaka podpisnica bo v okviru svojih ustavnih določb sprejela potrebne ukrepe, da bo gojenje, pridelava, proizvodnja, pridobivanje, priprava, posest, ponujanje, ponujanje naprodaj, razdeljevanje, nakup, prodaja, dostava, iz katerega koli naslova, posredovanje, pošiljanje, odprava, prevoz, uvoz in izvoz mamil, ki ni v skladu s to konvencijo, ali vsako drugo dejanje, ki bi bilo po mnenju omenjene podpisnice v nasprotju z določbami te konvencije, opredeljeno kot kaznivo dejanje, če je storjeno naklepno, in da bodo za hujša kazniva dejanja predpisane ustrezne kazni, zlasti zaporne kazni ali druge kazni odvzema prostosti.

[…]

2. V okviru ustavnih določb, pravnega sistema in nacionalne zakonodaje vsake podpisnice,

a) i) se bo vsako izmed kaznivih dejanj, naštetih v odstavku 1, štelo za samostojno kaznivo dejanje, če so bila dejanja storjena v različnih državah;

[…]

3. Nobena določba tega člena ne bo posegala v določbe kazenskega prava podpisnice, kar zadeva pristojnost.

4. Vsaka podpisnica bo glede pristojnosti omejila določbe tega člena s svojo kazensko zakonodajo.“

9 — Te določbe se sklicujejo na dovoljeni promet in nujne kontrole.

12. Besedilo člena 22 Konvencije o psihotropnih snoveh iz leta 1971 je dejansko enako besedilu člena 36 Konvencije iz leta 1961.

III – Dejstva v sporu o glavni stvari in vprašanji za predhodno odločanje

13. Bergens tingrett (sodišče prve stopnje v kraju Bergen, Norveška) je 2. oktobra 2000 obsodilo belgijskega državljana L. H. Van Esbroecka na petletno zaporno kazen let zaradi nezakonitega uvoza prepovedanih drog, ki ga je izvedel 1. junija 1999.

14. Ko je odslužil polovico kazni in bil pogojno odpuščen, se je vrnil v matično državo, v kateri je bil 27. novembra 2002 pozvan na zaslišanje in obtožen, da je 31. maja 1999 izvozil snovi, ki jih je naslednji dan uvozil na Norveško. Correctionele rechtbank van Antwerpen (kazensko sodišče v Antwerpnu) ga je obsodilo na enoletno zaporno kazen s sodbo z dne 19. marca 2003, ki jo je v pritožbenem postopku potrdilo Hof van beroep te Antwerpen (pritožbeno sodišče v Antwerpnu) s sodbo z dne 9. januarja 2004.

15. Obdolženec je zoper to sodbo vložil kasacijsko pritožbo, v kateri se je skliceval na kršitev načela *ne bis in idem* iz člena 54 Konvencije.

16. Hof van Cassatie je med postopkom prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ti vprašanji:

„1. Ali je treba člen 54 [Konvencije] razlagati tako, da ga belgijsko sodišče lahko uporabi za obdolženca, zoper katerega je bil v Belgiji po 25. marcu 2001 pred kazenskim sodiščem začet kazenski pregon za ista dejanja, za katera je bil 2. oktobra 2000 obsojen s sodbo norveškega kazenskega sodišča in je že prestal kazen ali ukrep, če Norveška, skladno s členom 2.1 Sporazuma z dne 18. maja 1999, sklenjenega med Svetom Evropske unije in Republiko Islandijo ter Kraljevino Norveško v zvezi s pridružitvijo teh držav pri izvajanju, uporabi in razvoju schengenskega pravnega reda, člen 54 [Konvencije] izvaja in uporablja šele od 25. marca 2001?

Če je odgovor na prvo vprašanje pritrdilen:

2. Ali je posledično treba člen 54 [Konvencije], v povezavi s členom 71 [te konvencije], razlagati tako, da je treba kazniva dejanja posesti zaradi izvoza in

uvoza istih prepovedanih drog in psihotropnih snovi katere koli vrste, tudi konoplje, ki se kot izvoz ali uvoz preganjajo v različnih državah podpisnicah [Konvencije] ali v državah, v katerih se izvaja in uporablja schengenski pravni red, šteti za ‚ista dejanja' v smislu zgoraj navedenega člena 54?"

IV – Postopek pred Sodiščem

17. V tem postopku predhodnega odločanja so pisna stališča predložili pritožnik v postopku v glavni stvari, češka, nizozemska, avstrijska, poljska in slovaška vlada ter Komisija Evropskih skupnosti. Zastopniki L. H. Van Esbroecka, češke in nizozemske vlade ter Komisije so se udeležili obravnave 22. septembra 2005, da so podali ustna stališča.

V – Analiza vprašanj za predhodno odločanje

A – *Narava in podlaga načela ne bis in idem*

18. V sklepnih predlogih, ki sem jih predstavil v zgoraj navedenih zadevah Gözütok in Brügge (točka 48 in naslednje), sem navedel, da je člen 54 Konvencije pristen izraz načela, ki nasprotuje temu, da bi bila oseba zaradi istega nezakonitega ravnanja večkrat kazensko preganjana in morda tudi večkrat obsojena, če ta kumulacija pregonov in sankcij privede do nesprejemljivega ponavljajočega se izvrševanja *ius puniendi*.

19. Nato sem dodal, da to načelo temelji na dveh stebrih vsakega pravnega sistema, in sicer na pravni varnosti in pravičnosti. Storilec kaznivega dejanja mora vedeti, da je z izvršitvijo kazni plačal svojo napako in da se mu ni treba bati novih sankcij. Če je oproščen, mora z gotovostjo vedeti, da zoper njega ne bodo sproženi novi nadaljnji postopki.

20. Poleg tega ne smemo pozabiti, da ima vsaka sankcija dva cilja: kaznovalnega in odvračalnega. Njen namen je kaznovati ravnanje ter odvrniti storilce zadevnega kaznivega dejanja in tudi morebitne druge storilce kaznivih dejanj od pravno nedopustnih ravnanj. Torej mora biti sorazmerna s tema ciljema in ohranjati pravo ravnotežje, da se z njo kaznuje zadevno ravnanje in da je hkrati svarilna. Načelo pravičnosti, katerega instrument je pravilo sorazmernosti, tako nasprotuje tej kumulaciji sankcij.

21. Prepoved, določena z načelom *ne bis in idem*, ima torej dve podlagi. Po eni strani je povzdignjena na raven ustavnega standarda v nekaterih državah članicah, ki jih zavezuje schengenski pravni red[10], in je tako izraz sodnega varstva, ki izhaja iz pravice do pravilnega in pravičnega postopka[11] ter do katerega je upravičen državljan, ki se sooča z *ius puniendi*. Po drugi strani je z njo izpolnjena strukturna zahteva pravnega reda, katerega zakonitost temelji na upoštevanju pravnomočnosti.[12]

22. Ta dvojna narava in cilj člena 54 Konvencije morata biti vodilo za odgovor na vprašanji Hof van Cassatie.

B – *Cilj načela ne bis in idem v schengenskem okviru*

23. Zgoraj navedena določba[13], s katero je načelu *ne bis in idem* dana mednarodna veljavnost, vsebuje pravilo, ki se uporablja za vzpostavitev skupnega območja svobode, varnosti in pravice, to je za cilj evropskega povezovanja.

24. Nujni korak na poti do tega skupnega območja je postopna odprava kontrol na skupnih mejah, čeprav odprava upravnih ovir koristi vsem, zlasti tistim, ki zmanjšanje števila kontrol izkoriščajo za širitev svojih nezakonitih dejavnosti.

25. Zato je nujno treba okrepiti sodelovanje – zlasti na področju policije in varnosti – med državami, ki tako postajajo akterji v boju proti kriminalu v celotni evropski družbi in sodelujejo, da bi ohranile red. Vendar pa ta večja odločenost pri pregonu kaznivih dejanj ne sme ogroziti neodtujljivih jamstev, za-

10 — Ta prepoved je kot jamstvo posamezniku zagotovljena v več mednarodnih pogodbah, kot sta Mednarodni pakt o državljanskih in političnih pravicah z dne 16. decembra 1966 (člen 14(7)) ali Protokol št. 7 Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, ki je bila podpisana v Rimu 4. novembra 1950 (člen 4). Vendar pa je v teh besedilih to načelo določeno za nacionalni pravni red, s čimer je zagotovljeno njegovo spoštovanje na ozemlju države. Odbor za človekove pravice Organizacije združenih narodov je izjavil, da se člen 14(7) navedenega pakta ne uporablja za pravnomočne odločitve, sprejete v tujini (sklep z dne 2. novembra 1987, CCPR/C/31/D/204/1986).

11 — Lahko bi trdili tudi, da prepoved, ki izhaja iz načela *ne bis in idem*, ščiti dostojanstvo osebe, ki je žrtev nečloveškega in ponižujočega obravnavanja, kar je primerna oznaka za večkratni pregon iste kršitve.

12 — Te vidike je poudaril Vervaele, J. A. E., „El principio ne bis in idem en Europa. El Tribunal de Justicia y los derechos fundamentales en el espacio judicial europeo“, *Revista General de Derecho Europeo*, št. 5, oktober 2004 (www.iustel.com).

13 — Precedens te določbe je določba Bruseljske konvencije z dne 25. maja 1987 o uporabi načela *ne bis in idem*, ki je bila kljub omejenemu uspehu navdih za člene od 54 do 58 Konvencije, kot je poudaril Blanco Cordero, I., „El principio ne bis in idem en la Unión Europea“, *Diario La Ley*, št. 6285, z dne 30. junija 2005.

gotovljenih državljanom v pravni in demokratični družbi.

26. K temu cilju je usmerjen člen 54 Konvencije, s katerim je v skladu z zgoraj navedenima sodbama Gözütok in Brügge ter Miraglia zagotovljen prosti pretok državljanov znotraj Unije (točka 38 oziroma točka 32), ta cilj pa je določen v členu 2, prvi odstavek, četrta alinea, EU.

C – *Uporaba* ratione temporis *člena 54 Konvencije (prvo vprašanje za predhodno odločanje)*

27. Schengenski pravni red se v Belgiji uporablja od 1. maja 1999 in na Norveškem od 25. marca 2001. Kaznivo dejanje, ki se očita L. H. Van Esbroecku, je bilo storjeno 31. maja in 1. junija 1999. Obdolženi je bil na Norveškem 2. oktobra 2000 obsojen zaradi nezakonitega uvoza prepovedanih snovi in v Belgiji 19. marca 2003 zaradi prepovedanega izvoza teh proizvodov.

28. Ob upoštevanju tega časovnega poteka predložitveno sodišče sprašuje, ali lahko prepoved dvakratnih kazni, določena v členu 54 Konvencije, ki ni veljala na Norveškem ob izreku prve sodbe, prepreči naložitev poznejše kazni v Belgiji.

29. Treba je ugotoviti, da schengenski pravni red ne vsebuje posebne določbe glede začetka veljavnosti člena 54 Konvencije ali njegovih časovnih učinkov.

30. Odgovor na pomislek, ki ga je izrazilo predložitveno sodišče, s čimer soglašajo vsi sodelujoči v postopku predhodnega odločanja, razen slovaške vlade, izhaja povsem iz narave in podlage načela *ne bis in idem*.

31. Ker je to načelo temeljna subjektivna pravica, katere namen je preprečiti vsakršen ponovni pregon in kaznovanje, ko je kaznivo dejanje storjeno in kazen odslužena, pride v celoti do izraza, kadar so ti pogoji izpolnjeni, takrat pa morajo javni organi posledično opustiti vse prisilne ukrepe. To načelo je mogoče uporabiti samo, če je bil pred tem sodni postopek zoper obdolženca pravnomočno končan.

32. Belgijsko sodišče je zoper L. H. Van Esbroecka sprožilo kazenski postopek ter ga kaznovalo, čeprav je obstajala obsodilna sodba v tujini in čeprav obe državi zavezuje

člen 54 Konvencije. V teh okoliščinah Sodišču predlagam, naj Hof van Cassatie svetuje, naj se ta določba uporablja v primeru, kot je ta v sporu o glavni stvari.

34. Presoja člena 54 Konvencije s postopkovnega vidika pripelje do enake rešitve, saj so s pravili te vrste, razen pri izrecni določbi o nasprotnem, urejeni postopki sproženi po začetku veljavnosti teh pravil, spor o glavni stvari pa se je začel v Belgiji po začetku veljavnosti navedene določbe v tej državi in na Norveškem.

33. V točki 14 sklepnih predlogov, ki sem jih predstavil v zadevah Gözütok in Brügge, sem trdil, da prepoved dvakratnih kazni ni postopkovno pravilo, temveč, nasprotno, temeljno jamstvo državljanom v pravnih sistemih, kot so pravni sistemi držav članic Unije, ki temeljijo na priznavanju, da posameznik v postopku javnih organov razpolaga z več pravicami in svoboščinami.[14] V zvezi s tem bi bilo treba – tudi če bi bilo v okviru zgoraj navedenega načela ugotovljeno, da je pravni okvir v drugi zadevi tisti, ki je veljal pri prvi zadevi, ali celo tisti, ki je veljal ob storitvi kaznivega dejanja – retroaktivno uporabiti veljavni pravni okvir, ker je ta za obtoženca najugodnejši, v skladu s temeljnim načelom kazenske politike, priznanim v zgoraj omenjenih pravnih sistemih.

D – *Opredelitev pojma „idem“ (drugo vprašanje za predhodno odločanje)*

1. Uvodna pojasnila

35. Predložitveno sodišče prosi za razjasnitev obsega izraza „ista dejanja“ iz člena 54 Konvencije.

36. Naloga ugotavljanja, ali so dejanja, na podlagi katerih je bil sprožen kazenski postopek, ista kot dejanja v predhodni zadevi, je v središču funkcije presojanja, za katero je usposobljeno samo sodišče, ki je neposredno seznanjeno s primerom, ki ga presoja, kljub morebitni reviziji na drugi stopnji.

14 — Queralt Jiménez, A., La incidencia en la jurisprudencia constitucional de la autoridad interpretativa de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Especial referencia al caso español (doktorska disertacija v pripravi), navaja, da je mogoče na podlagi analize sodbe št. 2/2003 španskega Tribunal Constitucional z dne 16. januarja 2003 (BOE št. 219 iz leta 2003) potrditi, da ima prepoved, ki izhaja iz načela *ne bis in idem*, dva vidika: prvi je vsebinski in zadeva nemožnost dva- ali večkrat kaznovati osebo zaradi enega dejanja, ne glede na to, ali so kazni naložene znotraj istega pravnega reda in v okviru enega postopka, drugi pa je postopkovni in prepoveduje vsako novo sodbo zaradi dejanja, za katero je bila že izrečena pravnomočna obsodilna ali oprostilna sodba, ter tako ščiti pravnomočnost, ki jo vsebujejo sodne odločbe. Avtor kot samostojno pravico dodaja prepoved dvakratnih kazenskih pregonov, ki spada v okvir pravice do pravičnega postopka, vendar pa posredno vpliva na načelo *ne bis in idem*.

37. Zato se mora Sodišče upreti skušnjavi, da bi prevzelo njegovo vlogo. Naloga Sodišča je omejena na določanje meril za razlago, ki ob upoštevanju podlage in cilja pravila kažejo najprimernejšo pot za dosego enotnega obravnavanja na vsem ozemlju Unije.

40. Razumneje se zdi izbrati srednjo pot in namesto izgubljanja v dejstvih v sporu o glavni stvari presoditi okoliščine, ki so značilne za zadevo, ter s tem pomagati nacionalnemu sodišču z določitvijo pravil, ki bi bila namenjenih rešitvi navedenega spora v skladu z duhom določbe, katere razlaga se zahteva v tem postopku predhodnega odločanja.

38. V tej fazi analize moram priznati, da me je hitro branje drugega vprašanja Hof van Cassatie zavedlo pri začrtovanju meja nedoločenega pravnega pojma „ista dejanja“, s čimer sem želel z vidika prava Skupnosti določiti samostojna pravila, s katerimi bi bilo mogoče oblikovati splošno merilo za reševanje morebitnih primerov v prihodnosti.

2. Povsem stvarna razsežnost navedenega pojma

41. Tako sestavljeni pristop je podlaga za vprašanje Hof van Cassatie, s katerim želi to ugotoviti, ali je v okviru člena 54 Konvencije mogoče nezakoniti izvoz in uvoz prepovedanih drog ali psihotropnih snovi med dvema državama, ki sta podpisnici te konvencije, opredeliti kot isti dejanji ali ju mora nasprotno vsaka država preganjati kot samostojni kaznivi dejanji.

39. Lotiti se te naloge ne bi bilo samo domišljavo, temveč bi se naloga izkazala tudi za nemogočo, saj je zaradi nepredvidljivosti kazenskih politik in narave kazenskega postopka težko oblikovati vsesplošna pravila, tako da pristop, ki je uporaben za nekatera kazniva dejanja ali nekatere oblike sodelovanja, za druge morda ni primeren.[15]

42. Pomembnost tega vprašanja je očitna, ne samo zaradi pravne zapletenosti, ki jo vsebuje, temveč zato, ker je za to vrsto kaznivih dejanj značilno pogosto ponavljanje

15 — Dannecker, G., „La garantía del principio ne bis in idem en Europa“, *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo,* zv. I, Madrid, 2004, str. od 157 od 176, poudarja spreminjanje tega načela, kadar se uporablja v primerih v zvezi s sodelovanjem med kriminalnimi skupinami ali z nekaterimi stalnimi kršitvami, kot je nezakonito posedovanje orožja (str. 168).

podobnih ravnanj. Pravna stroka je predvidela take težave[16], njihov obstoj pa je bil potrjen tudi v praksi[17].

43. Torej gre za natančnejšo določitev pomena drugega elementa načela *ne bis in idem*. V ta namen je treba upoštevati tri vidike: vidik dejanj ob izključitvi vseh drugih premislekov, vidik pravne opredelitve dejanj in vidik, ki poudarja dobrine, varovane s to opredelitvijo.

44. Jezikoslovni pristop omogoča potrditev prve možnosti. Španska različica Konvencije, ki vsebuje izraz „por los mismos hechos“, ni dvoumna. Francosko, nemško, angleško, italijansko in nizozemsko besedilo („pour les mêmes faits“, „wegen derselben Tat“, „for the same acts“, „per i medesimi fatti“ oziroma „wegens dezelfde feiten“) prav tako niso dvoumna, saj se vsa sklicujejo na *idem factum* ali skupek dogodkov, ki so predmet kazenskega postopka, v obliki pojava, ki ga mora sodišče presoditi, da mu pripiše ustrezne pravne posledice.

45. Ta vidik se potrdi s preučitvijo podlage in pomena tega temeljnega jamstva, zagotovljenega državljanom: prosti pretok v schengenskem območju zahteva, da storilec dejanja, potem ko je bil enkrat obsojen in je kazen prestal, ali če je to primerno, potem ko je bil pravnomočno oproščen v državi članici, ve, da se znotraj schengenskega območja lahko giblje, ne da bi se mu bilo treba bati, da bo v drugi državi članici kazensko preganjan, ker je to ravnanje v pravnem redu te države drugo kaznivo dejanje. Če bi bil ta pristop potrjen, cilj člena 2, prvi pododstavek, četrta alinea, EU v praksi ne bi bil uresničen, v notranjem območju pa bi za to svoboščino nastalo toliko ovir, kot je kazenskih sistemov, za katere je poleg tega – kljub usklajevanju, ki je posledica okvirnih sklepov Sveta – značilen močan nacionalni pečat.

46. Zaradi istih razlogov je treba zavrniti tudi merilo varovane pravne dobrine, saj se zdi tako tesno povezano z legitimnimi odločitvami nacionalnih kazenskih politik,

16 — Vervaele, J. A. E., glej zgoraj, je opozoril, da je po sodbi Gözütok in Brügge ostalo nerešenih nekaj pomembnih vprašanj, kot je razjasnitev pojma „ista dejanja“. Van den Wyngaert, C., in Stessens, G., „The International Non Bis in Idem Principle: Resolving some of the unanswered Questions“, *International and Comparative Law Quarterly*, zv. 48, oktober 1999, str. 789, postavljata vprašanje, ali pri nedovoljeni trgovini z mamili med dvema državama storilec zagreši dve kaznivi dejanji, eno z izvozom in drugo z uvozom. Dannecker, G., glej zgoraj, str. 167 in 168, uporabi isti primer.

17 — V zadevi Hiebeler (C-493/03) je pritožbeno sodišče v Bordeauxu želelo izvedeti, ali v okviru načela *ne bis in idem* čezmejni prevoz dane količine prepovedanih drog pomeni različni dejanji, ki se kaznujeta v zadevnih državah članicah. Sodišče v zadevi ni odločilo, postopek predhodnega odločanja je bil namreč ustavljen s sklepom o izbrisu z dne 30. marca 2004, ker je postopek v glavni stvari postal nepomemben. Rechtbank 's–Hertogenbosch (sodišče tega mesta v Brabantu) (zadeva Van Straaten, C-150/05) in Hof van beroep te Antwerpen (zadeva Bouwens, C-272/05) sta Sodišču postavili podobni vprašanji, prav tako v zvezi z nedovoljeno čezmejno trgovino z mamili. Oba predloga še vedno potekata pred Sodiščem.

da bi omogočalo večkratni pregon istega ravnanja, kar bi ogrozilo cilj člena 54 Konvencije.

47. Če bi namesto dejanj presojali kazniva dejanja ali vrednote, varovane z njihovo prepovedjo, načelo *ne bis in idem* na mednarodni ravni ne bi bilo nikoli uporabljeno.[18]

48. Ta okoliščina verjetno pojasnjuje, zakaj imajo v nasprotju z Mednarodnim paktom o državljanskih in političnih pravicah, v katerem je dvakratni pregon za isto „kaznivo dejanje“ prepovedan (člen 14(7)), ter Protokola št. 7 Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, katerega besedilo se z enakim ciljem sklicuje na „kaznivo dejanje“[19] – besedili, ki se nanašata na nacionalno razsežnost obravnavanega načela –, drugi sporazumi, v katerih je obravnavana mednarodna razsežnost načela, povsem stvaren pristop[20]. Pobuda Helenske republike za sprejetje okvirnega sklepa Sveta o uporabi načela *ne bis in idem*[21] vsebuje enako merilo, pri čemer je izraz „*idem*“ opredeljen kot „drugo kaznivo dejanje, ki izhaja izključno iz istih ali vsebinsko podobnih okoliščin, ne glede na njegovo pravno opredelitev“ (člen 1(e)).

49. Poleg tega je treba v tej zadevi ugotoviti, da sta belgijski ministrstvi za notranje zadeve in pravosodje 10. decembra 1998 objavili okrožnico[22], v kateri je navedeno, da se v

18 — Tako meni Dannecker, G., glej zgoraj, str. 175.

19 — Sodna praksa Evropskega sodišča za človekove pravice se zdi v zvezi s tem protislovna. V sodbi Gradinger z dne 23. oktobra 1995 (série A, št. 328-C) je to sodišče dalo prednost merilu v zvezi z istimi dejanji, ne glede na njihovo pravno opredelitev, v sodbi Oliveira proti Švici z dne 30. julija 1998 (Recueil des arrêts et décisions 1998-V) pa se je odločilo za drugo rešitev. Zdelo se je, da je sta bila precedensa usklajena s sodbo Franz Fischer proti Avstriji z dne 29. maja 2001 (št. tožbe 37950/97), v kateri se je sodišče oprlo na dejanja, vendar je v sodbi Göktan proti Franciji z dne 2. julija 2002 (Recueil des arrêts et décisions 2002-V), isto sodišče znova uporabilo merilo pravne opredelitve.

20 — V statutih mednarodnih kazenskih sodišč za nekdanjo Jugoslavijo in Ruando so omenjena „dejanja, ki pomenijo hude kršitve mednarodnega humanitarnega prava“ (člen 10(1) oziroma člen 9(1)). V konvenciji, pripravljeni na podlagi člena K.3 Pogodbe o Evropski uniji, o zaščiti finančnih interesov Evropskih skupnosti (UL 1995, C 316, str. 49) in konvenciji, pripravljeni na podlagi člena K.3(2)(c) Pogodbe o Evropski uniji, o boju proti korupciji uradnikov Evropskih skupnosti ali uradnikov držav članic Evropske unije (UL 1997, C 195, str. 2) je mogoče najti izraz „za ista dejanja“ (člen 7(1) oziroma člen 10(1)). Vendar pa je v Listini Evropske unije o temeljnih pravicah upoštevano načelo z enako opredelitvijo („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.“ (člen 50)), ta določba je uporabljena tudi v Pogodbi o ustavi za Evropo (člen II-110, UL 2004, C 310, str. 1).

21 — UL 2003, L 100, str. 24.

22 — Medresorska okrožnica o učinku Schengenske konvencije na področju mejne kontrole ter policijskega in pravosodnega sodelovanja (*Belgisch Staatsblad,* št. 20, 29. januar 1999, str. 2714).

okviru člena 54 Konvencije ne zahtevajo iste pravne opredelitve, temveč le ista dejanja[23]. To pravilo je uporabilo eno izmed belgijskih sodišč.[24]

3. Posebne okoliščine spora o glavni stvari

50. Predhodni premisleki postanejo še pomembnejši, če jih prenesemo na okoliščine obravnavane zadeve.

51. Gotovo je, da je s stvarnega vidika dejanje, zaradi katerega je bil L. H. Van Esbroeck obsojen na Norveškem, isto kot dejanje, za katero je moral odgovarjati v Belgiji, to je nezakoniti prevoz dane količine mamil iz ene države v drugo 31. maja in 1. junija 1999. To ravnanje ima v eni državi drugačno pravno opredelitev kot v drugi: kar zadeva Belgijo, gre za izvoz nedovoljenih snovi, kar zadeva Norveško, pa za uvoz teh proizvodov. Če ima pojem *idem* povsem stvaren obseg, je L. H. Van Esbroeck upravičen do uporabe člena 54 Konvencije, če pa se pojmu pripiše pravna razsežnost, je mogoča dvakratna kazen.

52. Zadnja možnost se mi ne zdi primerna zaradi treh razlogov. Prvič, ta možnost vodi v prisilno rešitev, ki ni skladna z naraščajočo veljavnostjo temeljnih jamstev, zagotovljenih posamezniku za zaščito njegovega dostojanstva. Drugič, ta možnost je povsem v nasprotju s ciljem zagotoviti prosti pretok državljanov, določenim v členu 54 Konvencije, ker še naprej preti obsojencu, ki je prestal svojo kazen, z novimi sankcijami, če bi prestopil meje države, v kateri je to kazen odslužil. Nazadnje, smešno je govoriti o uvozu in izvozu na ozemlju, urejenem s pravnim redom, katerega namen je odpraviti meje za ljudi in tudi blago.[25]

23 — V sklepih 9. mednarodnega kongresa kazenskega prava, sprejetih v Haagu 29. avgusta 1964, je bil predlagan povsem stvaren pristop k pojmu *idem* (besedilo s sklepi je na voljo v *Zeitschrift für Strafrechtswissenschaften,* 1965, str. od 184 do 193, zlasti str. 189 in 190). Najvišji sodišči Nizozemske in Francije sta se sporazumeli o tem stališču (sodbi Hoge Raad der Nederlanden z dne 13. decembra 1994, *Ars Aequi,* 1995, str. 720, in Cour de cassation z dne 13. decembra 1983, *Bulletin* št. 340, ki ju navaja Weyembergh, A., „Le principe ne bis in idem: pierre d'achoppement de l'espace pénal européen?", *Cahiers de droit européen,* 2004, št. 3 in 4, str. 349).

24 — Kazensko sodišče v kraju Eupen je v sodbi z dne 3. aprila 1995 (objavljeni v *Revue de droit pénal et de criminologie,* november 1996, str. 1159) odločilo, da čeprav se sodelovanje osebe pri dejavnosti, izvajani med Belgijo in Nemčijo, razčleni na dve kaznivi dejanji na podlagi člena 36 Enotne konvencije o mamilih z dne 30. marca 1961, podpisane v New Yorku, javnega postopka pred belgijskim sodiščem zaradi kaznivega dejanja, storjenega na ozemlju Belgije, ni mogoče priznati, saj je zadevno dejanje samo eno kaznivo dejanje, za katero je bil storilec že obsojen v Nemčiji. Brammertz, S., „Trafic de stupéfiants et valeur internationale des jugements répressifs à la lumière de Schengen"; v isti številki navedene revije, str. od 1063 do 1081, je opisano, kako je belgijska sodna praksa pred začetkom veljavnosti določb schengenskega pravnega reda nasprotovala mednarodni uporabi načela *ne bis in idem.*

25 — Brammertz, S., glej zgoraj, str. 1077 in 1078, meni, da po začetku veljavnosti določb schengenskega pravnega reda ni več mogoče trditi, da nedovoljena trgovina z mamili med dvema državama podpisnicama pomeni obstoj posameznih dejanj, ki se lahko dvakrat kaznujejo, saj prosti pretok oseb in blaga vključuje zaupanje, ki mora vplivati na analizo in presojo čezmejnega kaznivega dejanja. „Zakaj bi trgovino z mamili med krajema Eupen in Liège obravnavali kot eno kaznivo dejanje, isto trgovino med krajema Eupen in Aachen pa razčlenjevali na posamezni dejanji zaradi meje, ki na ozemlju fizično ne obstaja?"

4. Člen 71 Konvencije

53. Na podlagi te določbe se države članice zavezujejo, da bodo sprejele vse potrebne ukrepe za preprečevanje in kaznovanje nedovoljenega prometa s prepovedanimi drogami v skladu s konvencijami Združenih narodov ter zlasti s konvencijama o mamilih in psihotropnih snoveh, v katerih se zahteva, naj se nekatera kazniva dejanja obravnavajo kot posamezna kazniva dejanja, če so storjena v različnih državah (člen 36 oziroma člen 22).

54. Na prvi pogled zgoraj navedene določbe nasprotujejo zgornjemu sklepanju, vendar pa je mogoče na podlagi skrbne analize njihove vsebine reči, da o njem ne vzbujajo pomislekov, temveč ga potrjujejo.

55. Namen člena 71 je zagotoviti, da pogodbenice v okviru schengenskega območja ne popustijo v boju proti trgovini z mamili, zato se v njem opozarja na obveznosti, ki jih imajo na podlagi sektorskih konvencij Združenih narodov. Ta določba ima splošen obseg in zato ne omejuje področja uporabe člena 54.

56. Ob tem pojasnilu je treba navedeni konvenciji Združenih narodov preučiti v njunem zgodovinskem in regulativnem okviru, saj obveznost, navedena v njunih členih 22 in 36, v skladu s katero morajo pogodbenice sprejeti ukrepe za kaznovanje ravnanj v zvezi z nedovoljeno trgovino, ni brezpogojna, temveč zanjo veljajo omejitve, ki izhajajo iz zadevnih pravnih sistemov. Člen 54 Konvencije je sestavni del pravnega reda držav, ki so to besedilo ratificirale, tako da te omejitve ne morejo ogroziti njene učinkovitosti.

57. Prav tako se ne sme pozabiti, da sta bili navedeni konvenciji Združenih narodov zasnovani za boj proti nedovoljeni trgovini z mamili, s prepovedanimi drogami in psihotropnimi snovmi na svetovni ravni zaradi nezadostnega odziva na to težavo v vseh državah. Ta namen daje členoma 22 in 36 navedenih konvencij njun pravi pomen, in sicer to, da je mogoče, kadar so kazniva dejanja storjena v več državah pogodbenicah, storilce preganjati in kaznovati v kateri koli izmed njih; tudi če nekaterim državam spodleti, storilce kaznujejo druge države. Vendar ta pristop ni smiseln v schengenskem območju, ki temelji, kot sem navedel v sklepnih predlogih Gözütok in Brügge (točka 124) ter kot je potrdilo Sodišče v sodbi v tej zadevi (točka 33), na vzajemnem zaupanju držav članic v njihove sisteme kazenskega prava.[26]

26 — V Programu ukrepov za izvajanje načela vzajemnega priznavanja kazenskih odločb (UL 2001, C 12, str. 10) je načelo *ne bis in idem* navedeno kot eno od pravil, primernih v ta namen (str. 12). Sporočilo Komisije Svetu in Evropskemu parlamentu o vzajemnem priznavanju kazenskih odločb in krepitvi vzajemnega zaupanja med državami članicami vsebuje podobno usmeritev (COM(2005)195 konč., str. 4).

58. Skratka, namen navedenih členov je preprečiti nekaznivost ravnanja, ko pa je to enkrat kaznovano v pravnih sistemih, kot je schengenski, ki priznava načelo *ne bis in idem*, novi pregoni niso mogoči. Torej si zadevna sestava pravil ne nasprotujeta.

59. Tako se v smislu člena 54 Konvencije in v povezavi s členom 71 te konvencije izvoz in uvoz istih prepovedanih drog ali psihotropnih snovi katere koli vrste, tudi konoplje, med državama, ki sta podpisnici Konvencije ali v katerih se izvaja in uporablja schengenski pravni red, štejeta za „isti dejanji“ v okviru prve od teh določb in kljub pravni opredelitvi teh ravnanj v zadevnih pravnih redih.

VI – Predlog

60. Ob upoštevanju zgornjih premislekov Sodišču predlagam, naj na vprašanja za predhodno odločanje, ki jih je postavilo Hof van Cassatie, odgovori:

1. Člen 54 Konvencije o izvajanju sporazuma, sklenjenega 14. junija 1985 v Schengnu med vladami treh držav Gospodarske unije Beneluks, Zvezne republike Nemčije in Francoske republike, o postopni odpravi kontrol na skupnih mejah, se uporablja *ratione temporis* v kazenskem postopku, sproženem po začetku veljavnosti navedene določbe zaradi dejanj, za katera je že bila izrečena pravnomočna sodba, neodvisno od datuma začetka prvega postopka.

2. Izvoz in uvoz istih prepovedanih drog ali psihotropnih snovi katere koli vrste, tudi konoplje, med državama, ki sta podpisnici Konvencije ali v katerih se izvaja in uporablja schengenski pravni red, se štejeta za ‚isti dejanji‘ v smislu člena 54 navedene konvencije in v zvezi s členom 71 te konvencije, pri čemer se ne upošteva pravne opredelitve teh ravnanj v zadevnih pravnih redih.