

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
DÁMASA RUIZA-JARABA COLOMERA
przedstawiona w dniu 20 października 2005 r.¹

I — Wprowadzenie

1. Dorobek Schengen tworzą:

a) układ podpisany w dniu 14 czerwca 1985 r. w miejscowości luksemburskiej o tej samej nazwie między rządami trzech państw tworzących Unię Gospodarczą Beneluksu, Republiki Federalnej Niemiec i Republiki Francuskiej w sprawie stopniowego znoszenia kontroli na wspólnych granicach (zwany dalej „Układem z Schengen”)²;

b) Konwencja wykonawcza do Układu z Schengen, zawarta w dniu 19 czerwca 1990 r. między tymi samymi umawiającymi się stronami (zwana dalej „konwencją”)³, i

c) protokoły i umowy o przystąpieniu do tych dwóch aktów innych państw członkowskich Unii Europejskiej, decyzje i deklaracje wydane przez Komitet Wykonawczy utworzony przez konwencję, jak również akty wydane przez władze, którym ten Komitet przekazał kompetencje decyzyjne⁴.

2. Protokół (nr 2) dołączony do Traktatu o Unii Europejskiej i do Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (zwany dalej „protokołem”) włącza ten zbiór przepisów prawnych w ramy unijne. Zgodnie z art. 2 ust. 1 akapit pierwszy wspomnianego protokołu dorobek Schengen stosowany jest

¹ — Język oryginału: hiszpański.

² — Dz.U. 2000, L 239, str. 13.

³ — Dz.U. 2000, L 239, str. 19.

⁴ — Dz.U. 2000, L 239, str. 63 i nast.

w trzynastu państwach członkowskich, o których mowa w art. 1, w tym w Królestwie Belgii⁵, począwszy od daty wejścia w życie traktatu z Amsterdamu (1 maja 1999 r.).

3. Zgodnie z art. 6 protokołu Republika Islandii i Królestwo Norwegii są zobowiązane do wprowadzania w życie i rozwoju dorobku Schengen, który stosuje się w tych państwach od dnia 25 marca 2001 r.⁶

5 — Pozostałymi państwami członkowskimi są: Królestwo Danii, Republika Federalna Niemiec, Republika Grecka, Królestwo Hiszpanii, Republika Francuska, Republika Włosa, Wielkie Księstwo Luksemburga, Królestwo Nederlandów, Republika Austrii, Republika Portugalska, Republika Finlandii i Królestwo Szwecji. Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej oraz Irlandia nie uczestniczą w pełni w tym wspólnym przedsięwzięciu i opowiedziały się za częściowym uczestnictwem [decyzje Rady 2000/365/WE z dnia 29 maja 2000 r. (Dz.U. L 131, str. 43), i 2002/192/WE z dnia 28 lutego 2002 r. (Dz.U. L 64, str. 20), dotyczące odpowiednio wniosków tych państw o zastosowaniu wobec nich niektórych przepisów dorobku Schengen]. Królestwo Danii ma szczególny status pozwalający temu państwu na niestosowanie decyzji wydanych w tym zakresie. Przepisy tworzące dorobek Schengen wiążą dziesięć nowych państw członkowskich od dnia ich przystąpienia do Unii, chociaż stosowanie bardzo wielu z tych przepisów uzależnione jest od Rady Unii Europejskiej [art. 3 Aktu dotyczącego warunków przystąpienia do Unii Europejskiej Republiki Czeskiej, Republiki Estońskiej, Republiki Cypryjskiej, Republiki Łotewskiej, Republiki Litewskiej, Republiki Węgierskiej, Republiki Malty, Rzeczypospolitej Polskiej, Republiki Słowenii i Republiki Słowackiej oraz dostosowania w Traktatach stanowiących podstawę Unii Europejskiej (Dz.U. 2003, L 236, str. 33)].

6 — W dniu 19 grudnia 1996 r. trzynaście państw członkowskich Unii — wówczas sygnatariuszy układów z Schengen — i ww. państwa nordyckie podpisały w Luksemburgu układ ad hoc, którego kontynuacją jest umowa zawarta w dniu 18 maja 1999 r. przez Radę Unii Europejskiej i Republikę Islandii oraz Królestwo Norwegii dotycząca włączenia tych dwóch państw we wprowadzanie w życie, stosowanie i rozwój dorobku Schengen — Akt końcowy (Dz.U. 1999, L 176, str. 36). Zgodnie z art. 15 ust. 4 tej umowy Rada jest zobowiązana do ustalenia daty wejścia w życie omawianej umowy dla nowych umawiających się stron. Obowiązek ten został wypełniony poprzez wydanie przez Radę decyzji 2000/777/WE z dnia 1 grudnia 2000 r. w sprawie stosowania dorobku Schengen w Danii, Finlandii, Szwecji oraz Islandii i Norwegii — Deklaracje (Dz.U. L 309, str. 24), wskazując ogólnie dzień 25 marca 2001 r. (art. 1).

4. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Hof van Cassatie (sąd kasacyjny) (Belgia) daje okazję Trybunałowi do dokonania po raz trzeci⁷ wykładni art. 54 konwencji, w którym zawarta jest zasada *ne bis in idem*, jak również do analizy stosowania *ratione temporis* i do uściślenia pojęcia „idem”.

II — Ramy prawne

A — Prawo wspólnotowe

5. Zgodnie z preambułą protokołu przepisy dorobku Schengen mają na celu wzmocnienie integracji europejskiej, a w szczególności umożliwienie Unii Europejskiej, aby szybciej stała się przestrzenią wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości.

7 — W dwóch pierwszych przypadkach Trybunał badał sposób, w jaki *ius puniendi* jest wykonywane w państwach członkowskich, i orzekł, że zasada *ne bis in idem* obowiązuje również wówczas, gdy ściganie karne jest wyłączone na skutek wypełnienia przez podejrzanego pewnych obowiązków ustalonych z prokuraturą (wyrok z dnia 11 lutego 2003 r. w sprawach połączonych C-187/01 i C-385/01, *Gözütok i Brügge*, Rec. str. I-1345, w których to sprawach przedstawiłem opinię w dniu 19 września 2002 r.). Ta zasada natomiast nie stosuje się, jeśli sprawa zostaje zamknięta w następstwie decyzji prokuratora o zaniechaniu dalszego ścigania karnego wyłącznie z powodu uprzedniego wszczęcia postępowania karnego w innym państwie członkowskim przeciwko temu samemu podejrzanemu za ten sam czyn (wyrok z dnia 10 marca 2005 r. w sprawie C-469/03 *Miraglia*, Zb.Orz. str. I-2009).

6. Na podstawie art. 2 ust. 1 akapit drugi protokołu Rada wydała w dniu 20 maja 1999 r. decyzje 1999/435/WE i 1999/436/WE dotyczące definicji dorobku Schengen do celów określenia, zgodnie ze stosownymi postanowieniami Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską i Traktatu o Unii Europejskiej, podstawy prawnej dla każdego z postanowień lub decyzji stanowiących dorobek Schengen⁸.

7. Z art. 2 załącznika A drugiej z ww. decyzji wynika, że podstawę prawną art. 54–58 konwencji stanowią art. 34 TUE i 31 TUE, które znajdują się w tytule VI traktatu UE „Postanowienia o współpracy policyjnej i sądowej w sprawach karnych”.

8. Wymienione artykuły konwencji wchodzą w zakres rozdziału 3, zatytułowanego „Stosowanie zasady *ne bis in idem*”, tytułu III „Policja i bezpieczeństwo”.

9. Artykuł 54 brzmi następująco:

„Osoba, której proces zakończył się wydanem prawomocnego wyroku w jednej Uma-

wiającej 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”.

10. Podstawą prawną art. 71, zamieszczonego w rozdziale 6 („Środki odurzające”) tego samego tytułu III, są ww. art. 34 TUE i 31 TUE, ale również art. 30 TUE. Dwa pierwsze ustępy tego art. 71 brzmią następująco:

„1. Umawiające się Strony zobowiązują się, w odniesieniu do bezpośredniego lub pośredniego handlu środkami odurzającymi i substancjami psychotropowymi jakiegokolwiek rodzaju, włączając konopie, oraz posiadania takich produktów i substancji dla sprzedaży lub wywozu, do przyjęcia zgodnie z obowiązującymi konwencjami Narodów Zjednoczonych, wszelkich niezbędnych środków w celu zapobiegania i karania nielegalnego handlu środkami odurzającymi i substancjami psychotropowymi.

2. Umawiające się Strony zobowiązują się do zapobiegania i karania środkami administracyjnymi i karnymi nielegalnego wywozu środków odurzających i substancji psychotropowych, włączając konopie, jak również sprzedaży, dostarczania i przekazywania

⁸ — Dz.U. L 176, odpowiednio str. 1 i 17.

takich produktów i substancji, bez uszczerbku dla stosownych postanowień artykułów 74–76 [9].

stwa podlegały odpowiedniej karze, a w szczególności karze więzienia lub innej karze pozbawienia wolności.

[...]”.

[...]

B — *Konwencje Narodów Zjednoczonych*

2. Z zastrzeżeniem ograniczeń konstytucyjnych Strony, jej systemu prawnego i prawa wewnętrznego:

11. Artykuł 36 Jednolitej konwencji o środkach odurzających podpisanej w Nowym Jorku w dniu 30 marca 1961 r. stanowi:

a) i) każde z przestępstw wyszczególnionych w ustępie 1 będzie uważane za przestępstwo odrębne, jeśli zostało popełnione w różnych krajach;

„1. a) Z zastrzeżeniem swych ograniczeń konstytucyjnych każda Strona podejmie takie kroki, które zapewnią, aby uprawa, zbiór, wyrób, sporządzanie wyciągów, przetwarzanie, posiadanie, oferowanie, oferowanie do sprzedaży, rozpowszechnianie, kupno, sprzedaż, dostarczanie na jakichkolwiek warunkach, pośredniczenie, wysyłanie, przesyłanie w transzycie, przewóz, przywóz i wywóz środków odurzających, sprzeczne z postanowieniami niniejszej konwencji, i wszelkie inne czynności, które w przekonaniu danej Strony mogą być w sprzeczności z postanowieniami niniejszej konwencji, były uznane za przestępstwa karalne, gdy popełniane są umyślnie, i aby poważne przestęp-

[...]

3. Żaden przepis niniejszego artykułu nie narusza przepisów prawa karnego Strony w zakresie jurysdykcji.

4. Przepisy niniejszego artykułu ograniczone są w zakresie właściwości przez prawo karne każdej ze Stron”.

9 — Przepisy te odnoszą się do handlu zgodnego z prawem i do niezbędnych kontroli.

12. Treść art. 22 konwencji z 1971 r. o substancjach psychotropowych jest praktycznie identyczna z treścią art. 36 konwencji z 1961 r.

16. Przed wydaniem orzeczenia Hof van Cassatie postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

III — Stan faktyczny sporu przed sądem krajowym i pytania prejudycjalne

13. L.H. Van Esbroeck, obywatel belgijski, został skazany wyrokiem Bergens tingrett (sądu pierwszej instancji) w Bergen (Norwegia) z dnia 2 października 2000 r. na karę pięciu lat pozbawienia wolności za nielegalny przywóz do Norwegii w dniu 1 czerwca 1999 r. środków odurzających.

14. Po odbyciu połowy wymierzonej mu kary L. H. Van Esbroeck został zwolniony warunkowo i powrócił do państwa pochodzenia, gdzie w dniu 27 listopada 2002 r. zostało wszczęte przeciwko niemu postępowanie i został oskarżony o wywóz w dniu 31 maja 1999 r. środków, które następnego dnia przywiózł do Norwegii. Correctionele rechtbank te Antwerpen (sąd karny w Antwerpii) (Belgia) wydał w dniu 19 marca 2003 r. wyrok skazujący na karę jednego roku pozbawienia wolności, które to orzeczenie zostało utrzymane w mocy wyrokiem hof van beroep te Antwerpen (sądu apelacyjnego w Antwerpii) z dnia 9 stycznia 2004 r.

15. Zainteresowany wniósł kasację, powołując się na naruszenie zasady ne bis in idem zawartej w art. 54 konwencji.

„1. Czy wykładni art. 54 [konwencji] należy dokonywać w ten sposób, że może on zostać zastosowany przez sąd belgijski w odniesieniu do osoby pociągniętej do odpowiedzialności przed sądem karnym w Belgii po 25 marca 2001 r. za ten sam czyn, za który została osądzona i skazana wyrokiem norweskiego sądu karnego z dnia 2 października 2000 r., a kara lub środek zostały już wykonane, podczas gdy zgodnie z art. 2 ust. 1 umowy zawartej w dniu 18 maja 1999 r. przez Radę Unii Europejskiej i [Republikę Islandii oraz [Królestwo Norwegii] dotycząca włączenia tych dwóch państw we wprowadzanie w życie, stosowanie i rozwój dorobku Schengen, a zwłaszcza art. 54 [konwencji] zacznie obowiązywać i być stosowany w Norwegii dopiero począwszy od dnia 25 marca 2001 r.?

W razie twierdzącej odpowiedzi na pytanie pierwsze:

2. Czy wykładni art. 54 [konwencji] w związku z art. 71 tej konwencji należy dokonywać w ten sposób, że czyn karalny posiadania w celu wywozu i przywozu tych

samych środków odurzających i substancji psychotropowych jakiegokolwiek rodzaju, włączając konopie, ścigany następnie w różnych państwach, które podpisały [konwencję] lub wykonują i stosują dorobek Schengen, jest uważany za »ten sam czyn« w rozumieniu wspomnianego art. 54?».

i Brügge (pkt 48 i nast.), wskazałem, że art. 54 konwencji w rzeczywistości wyraża zasadę, która sprzeciwia się, aby — z powodu tego samego bezprawnego zachowania — osoba była ścigana karnie i ewentualnie skazana więcej niż raz, o ile pociąga to za sobą powtarzające się wykonywanie ius puniendi.

IV — Postępowanie przed Trybunałem

17. W niniejszym postępowaniu prejudycjalnym uwagi na piśmie zostały przedstawione przez skarżącego w postępowaniu przed sądem krajowym, rządy: czeski, niderlandzki, austriacki, polski i słowacki, jak również przez Komisję Wspólnot Europejskich. Przedstawiciele L.H. Van Esbroeck, dwóch pierwszych rządów oraz Komisji uczestniczyli w rozprawie, która odbyła się w dniu 22 września 2005 r., w celu przedstawienia swoich uwag.

19. Następnie dodałem, że zasada ta opiera się na dwóch filarach wspólnych dla całego porządku prawnego, czyli na pewności prawnej i słuszności. Musi być wiadome dla sprawcy przestępstwa, że poprzez odbycie kary zadośćuczynił za popełnienie czynu zabronionego i nie musi się obawiać nałożenia nowej kary. W przypadku gdy został on uniewinniony, musi mieć pewność, że nie zostanie wszczęte przeciwko niemu żadne inne postępowanie mające na celu jego osądzenie.

V — Analiza pytań prejudycjalnych

A — Charakter i podstawy zasady ne bis in idem

18. W opinii, którą przedstawiłem w ww. sprawach połączonych Gözutok

20. Ponadto nie należy zapominać, że każda kara realizuje dwa cele — represyjny i odstraszający. Ma ona na celu ukaranie zachowania i zniechęcenie sprawców danego przestępstwa, jak również innych ewentualnych sprawców do dokonywania czynów nagannych z prawnego punktu widzenia. Zatem kara powinna być proporcjonalna do tych celów, zachowując jednocześnie właściwą równowagę pomiędzy ukaraniem przedmiotowego zachowania a charakterem przykładowym kary. Zasada słuszności, której instrumentem jest zasada proporcjonalności, sprzeciwia się zatem zbiegowi kar.

21. Zakaz zawarty w zasadzie *ne bis in idem* opiera się zatem na dwóch podstawach. Z jednej strony zasada ta — wyniesiona do rangi normy konstytucyjnej w niektórych państwach stosujących dorobek Schengen¹⁰ — powinna być rozpatrywana jako przejaw ochrony sądowej obywatela wobec *ius puniendi*, wynikającej z prawa do prawidłowego postępowania i do rzetelnego procesu¹¹. Z drugiej strony zasada ta odpowiada systemowemu wymogowi porządku prawnego, którego zgodność z prawem opiera się na poszanowaniu powagi rzeczy osądzonej¹².

22. Ta dwoistość, jak i cel art. 54 konwencji, powinny mieć wpływ na odpowiedź udzieloną na pytania Hof van Cassatie.

B — *Cel zasady ne bis in idem w ramach Schengen*

23. Wspomniane postanowienie¹³, które uprawomocnia na forum międzynarodowym zasadę *ne bis in idem*, zawiera normę służącą utworzeniu przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości, co jest celem integracji europejskiej.

24. Stopniowe znoszenie kontroli na granicach jest niezbędnym etapem na drodze do realizacji tej wspólnej przestrzeni, mimo że zniesienie ograniczeń administracyjnych jest korzystne dla wszystkich, w tym dla osób wykorzystujących osłabienie kontroli do rozwinięcia nielegalnej działalności.

25. Z tego powodu niezbędne jest wzmocnienie współpracy, w szczególności w wymiarze policyjnym i bezpieczeństwa, pomiędzy państwami, które w ten sposób stają się podmiotami zaangażowanymi w walkę z przestępczością w całej społeczności europejskiej i współpracują przy utrzymaniu porządku. Jednakże ta większa stanowczość

10 — Zasada ta została potwierdzona — jako ochrona indywidualna — przez wiele traktatów międzynarodowych, tj. Międzynarodowy pakt praw cywilnych i politycznych, który został przyjęty w dniu 16 grudnia 1966 r. (art. 14 ust. 7) lub protokół 7 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności podpisanej w Rzymie w dniu 4 listopada 1950 r. (art. 4). Jednakże te dokumenty przedstawiają tę zasadę w wewnętrznym porządku prawnym i zapewniają jej przestrzeganie na terenie państwa. Komitet Praw Człowieka Organizacji Narodów Zjednoczonych oświadczył, że art. 14 ust. 7 ww. paktu nie ma zastosowania do orzeczeń wydanych w innym państwie mających powagę rzeczy osądzonej (decyzja CCPR/C/31/D/204/1986 z dnia 2 listopada 1987 r.).

11 — Można by pokusić się o stwierdzenie, że zakaz wynikający z zasady *ne bis in idem* chroni godność osoby w stosunku do nieludzkich i poniżających zachowań, ponieważ tak można zakwalifikować praktykę polegającą na wielokrotnym ściganiu przestępstwa.

12 — Te aspekty zostały podkreślone przez J.A.E. Vervaele, „El principio *ne bis in idem* en Europa. El Tribunal de Justicia y los derechos fundamentales en el espacio judicial europeo”, [w:] *Revista General de Derecho Europeo*, nr 5, październik 2004 (www.iustel.com).

13 — Zapożyczenie ze wcześniejszego przepisu konwencji z Brukseli z dnia 25 maja 1987 r. odnośnie do zastosowania zasady *ne bis in idem*, dokumentu, który nie cieszył się dużą popularnością, ale którego zasługą jest dostarczenie inspiracji do powstania art. 54–58 konwencji, jak to podkreślił I. Blanco Cordero, „El principio *ne bis in idem* en la Unión Europea”, [w:] *Diario La Ley*, nr 6285, 30 czerwca 2005 r.

w ściganiu przestępstw nie może zagrażać niezbywalnym gwarancjom przyznanym obywatelom w demokratycznym społeczeństwie prawa.

czas wydawania pierwszego wyroku, mógłby stanąć na przeszkodzie w nałożeniu kary w Belgii w późniejszym czasie.

26. To właśnie do realizacji tego ostatniego celu zmierza art. 54 konwencji, który — zgodnie z brzmieniem ww. wyroków w sprawach połączonych Gözütok i Brügge i w sprawie Miraglia — gwarantuje swobodę przepływu obywateli w ramach Unii (odpowiednio pkt 38 i 32), cel przywołany w art. 2 akapit pierwszy tiret czwarte traktatu UE.

29. Należy stwierdzić, że dorobek z Schengen nie zawiera żadnego szczególnego przepisu odnoszącego się do wejścia w życie art. 54 konwencji lub jego skutków w czasie.

30. Odpowiedź na wątpliwości zgłoszone przez sąd krajowy, na którą zgadzają się wszystkie podmioty uczestniczące w postępowaniu prejudycjalnym z wyjątkiem rządu słowackiego, wynika wyłącznie z charakteru i podstaw zasady *ne bis in idem*.

C — Stosowanie ratione temporis art. 54 konwencji (pierwsze pytanie prejudycjalne)

27. Dorobek Schengen wiąże Belgię od dnia 1 maja 1999 r., a Norwegię od dnia 25 marca 2001 r. Przestępstwo zarzucane L.H. Van Esbroeckowi zostało popełnione w dniach 31 maja i 1 czerwca 1999 r. Zainteresowany został skazany w Norwegii w dniu 2 października 2000 r. za nielegalny przywóz zabronionych substancji i w Belgii w dniu 19 marca 2003 r. za nielegalny wywóz tych samych produktów.

31. Rozpatrywana jako podmiotowe prawo materialne, zmierzające do tego, aby nikt nie mógł być ponownie ścigany i ukarany po popełnieniu przestępstwa i po odbyciu kary, zasada ta znajduje swój pełny wyraz po spełnieniu tych przesłanek, to jest w chwili gdy powstaje — jako odwrotna strona tego prawa — obowiązek władz publicznych do powstrzymania się od wszelkich środków represyjnych. Ta zasada stosuje się jedynie wówczas, gdy oskarżony został wcześniej prawomocnie skazany.

28. Uwzględniając tę chronologię, sąd krajowy zmierza do ustalenia, czy zakaz podwójnej kary wymieniony w art. 54 konwencji, który nie obowiązywał w Norwegii pod-

32. Otóż sąd belgijski wszczął postępowanie karne przeciwko L.H. Van Esbroeckowi i wymierzył mu karę pomimo istnienia wyroku skazującego wydanego za granicą,

choć art. 54 konwencji wiąże oba państwa. W tych okolicznościach proponuję Trybunałowi odpowiedzieć Hof van Cassatie, iż w takich okolicznościach, jak w przypadku sporu zawisłego przed sądem krajowym, postanowienie to obowiązuje.

33. W pkt 14 opinii, którą przedstawiłem w sprawach połączonych Gözütok i Brügge, stwierdziłem, że zakaz ponownego karania nie jest przepisem proceduralnym, ale wręcz podstawową gwarancją dla obywateli w systemach prawnych takich jak systemy państw członkowskich Unii Europejskiej — które opierają się na przyznaniu jednostce wachlarza praw i wolności wobec działań władz publicznych¹⁴. W tym względzie nawet gdyby uznać — do celów wspomnianej zasady — że ramami prawnymi drugiego postępowania są ramy obowiązujące w czasie pierwszego postępowania, a nawet ramy prawne obowiązujące w chwili popełnienia przestępstwa, to jednak aktualny stan prawny — korzystniejszy dla oskarżonego — powinien być stosowany wstecz zgodnie z podstawową zasadą prawa karnego wspólnie przyjętą w ww. systemach prawnych.

34. Jeśli rozpatrujemy art. 54 konwencji pod kątem proceduralnym, to wówczas rozwiązanie jest identyczne, ponieważ przepisy tego typu regulują postępowania wszczęte po ich wejściu w życie — chyba że wyraźny przepis stanowi inaczej — a spór zawisły przed sądem krajowym powstał w Belgii po wejściu w życie ww. postanowienia w tym państwie i Norwegii.

D — Definicja pojęcia »idem« (drugie pytanie prejudycjalne)

1. Kilka uwag wstępnych

35. Sąd krajowy zmierza do wyjaśnienia pojęcia „ten sam czyn” w rozumieniu art. 54 konwencji.

14 — A. Queralt Jiménez, „La incidencia en la jurisprudencia constitucional de la autoridad interpretativa de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Especial referencia al caso español” (temat pracy doktorskiej będącej w trakcie opracowywania), wskazuje, że analiza wyroku 2/2003 Tribunal Constitucional español z dnia 16 stycznia 2003 r. (BOE nr 219 z 2003 r.) pozwala na stwierdzenie, że zakaz wynikający z zasady ne bis in idem ma podwójny aspekt. Aspekt materialny — dotyczący niemożności ukarania osoby więcej niż raz za jedno zachowanie, niezależnie od faktu, czy kary zostały nałożone w ramach tego samego systemu karnego, czy w ramach jednego postępowania. Drugi aspekt, proceduralny, zakazuje wydania jakiegokolwiek nowego orzeczenia odnośnie do czynu będącego przedmiotem wydanego prawomocnego orzeczenia — skazującego lub uniewinniającego — chroniąc w ten sposób powagę rzeczy osądzonej, którą posiadają orzeczenia sądu. Jako odrębne uprawnienie autor dodaje zakaz podwójnego postępowania karnego, należący do sfery prawa do rzetelnego procesu sądowego, lecz pośrednio wpływający na zasadę ne bis in idem.

36. Zadanie polegające na ustaleniu, czy czyn uzasadniający wszczęcie postępowania karnego jest identyczny z czynem z wcześniejszej sprawy, jest kluczowym zadaniem funkcji orzeczniczej, w związku z czym uprawniony do tego jest jedynie sędzia znający bezpośrednio realia, które poddaje swojej ocenie, bez uszczerbku dla kontroli w drugiej instancji.

37. Trybunał powinien oprzeć się pokusie wyręczenia tego sądu. Zadanie Trybunału ogranicza się do przytoczenia kryteriów interpretacyjnych, które — uwzględniając podstawy i cele przepisu — pokazują właściwszy kierunek dla jednolitego traktowania na całym terytorium Unii.

38. Na tym etapie analizy przyznam, że pośpieszna lektura drugiego pytania Hof van Cassatie skłoniła mnie do zdefiniowania zarysów nieokreślonego pojęcia prawnego „ten sam czyn”, w celu ustalenia — z punktu widzenia prawa wspólnotowego — autonomicznych zasad pozwalających na sformułowanie ogólnego kryterium mogącego rozwiązać przypadki, które mogą pojawić się ewentualnie w przyszłości.

39. To zadanie — które poza tym byłoby wyrazem zarozumiałości — wydaje się być niemożliwe do zrealizowania, ponieważ zmienność polityki karnej i charakter postępowania karnego utrudnia utworzenie uniwersalnych wzorców, zaś podejście przydatne dla kilku przestępstw lub pewnych rodzajów uczestnictwa może być niewłaściwe dla innych¹⁵.

40. Rozsądniejsze wydaje się przyjęcie pośredniego stanowiska, uwzględniającego — bez zagłębiania się w stan faktyczny sporu zawisłego przed sądem krajowym — okoliczności tej konkretnej sprawy, tak aby pomóc sędziemu krajowemu poprzez wskazanie mu zasad przeznaczonych do rozstrzygnięcia omawianego sporu zgodnie z duchem postanowienia, o którego wykładnię wnosi w niniejszym postępowaniu prejudycjalnym.

2. Ścisłe faktyczny wymiar pojęcia

41. To eklektyczne podejście kryje się w pytaniu Hof van Cassatie, który zmierza do ustalenia, czy w świetle art. 54 konwencji nielegalny wywóz i przywóz środków odurzających lub substancji psychotropowych pomiędzy dwoma państwami stronami tej konwencji mogą zostać zakwalifikowane jako „te same czyny”, czy też — wręcz przeciwnie — każde państwo jest zobowiązane do ich zwalczania jako osobnych przestępstw.

42. To pytanie jest z przyczyn oczywistych ważne i to nie tyle z powodu skomplikowanych kwestii prawnych z nim związanych, ale ze względu na fakt, że ten rodzaj przestępczości charakteryzuje się częstym powtarzaniem się podobnych zachowań. W doktrynie

15 — G. Dannecker, „La garantía del principio ne bis in idem en Europa”, (w:) *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, t. I, Madrid 2004, str. 157-176, podkreśla zmienność tej zasady, gdy skonfrontowana zostaje z przypadkami współpracy pomiędzy grupami przestępczymi lub z pewnymi przestępstwami ciągłymi, jak nielegalne posiadanie broni (str. 168).

zasygnalizowano takie problemy¹⁶ i rzeczywistość potwierdziła ich istnienie¹⁷.

43. W rezultacie chodzi o określenie zakresu pojęcia będącego drugą częścią maksymy *ne bis in idem*. Aby to uczynić, należy rozważyć zagadnienie z trzech stron: z punktu widzenia czynu z wyłączeniem wszelkich innych okoliczności, z punktu widzenia ich kwalifikacji prawnej oraz mając szczególnie na względzie dobra chronione przez tę kwalifikację.

44. Podejście lingwistyczne pozwala na usankcjonowanie pierwszego wariantu. Wersja hiszpańska konwencji zawierająca sformułowanie „por los mismos hechos” nie pozostawia wątpliwości. Wersje: francuska, niemiecka, angielska, włoska i niderlandzka (odpowiednio „pour les mêmes faits”, „wegen derselben Tat”, „for the same acts”, „per i medesimi fatti” i „wegens dezelfde feiten”)

16 — W publikacji J.A.E. Vervaele, op. cit., zaznaczono, że w następstwie wyroku w sprawach połączonych Götzitok i Brügger pozostała nierozwiązana pewna liczba ważnych kwestii, jak wyjaśnienie pojęcia „ten sam czyn”. C. Van den Wyngaert, G. Stessens, „The International Non Bis in Idem Principle: Resolving some of the unanswered Questions”, [w:] *International and Comparative Law Quarterly*, t. 48, październik 1999, str. 789, stawia pytanie, czy w przypadku nielegalnego przemytu narkotyków pomiędzy dwoma państwami sprawca popełnia dwa przestępstwa — jedno z racji wywozu, a drugie przywozu. G. Dannecker, op. cit., str. 167 i 168, posłużył się tym samym przykładem.

17 — W sprawie C-493/03 Hiebeler sąd apelacyjny Bordeaux zmierza do ustalenia, czy dla potrzeb zakazu wynikającego z zasady *ne bis in idem*, transgraniczny przewóz pewnej ilości środków odurzających pociąga za sobą istnienie odmiennych czynów karalnych w odpowiednich państwach członkowskich. Trybunał nie wydał orzeczenia ze względu na fakt, że postępowanie prejudycjalne zostało wykreślone postanowieniem z dnia 30 marca 2004 r., z powodu bezprzedmiotowości sporu przed sądem krajowym. Rechtbank 's-Hertogenbosch (sąd w tym brabantkim mieście) (sprawa C-150/05 Van Straaten) i le hof van beroep te Antwerpen (sprawa C-272/05 Bouvens) zwróciły się do Trybunału z tak samo sformułowanym pytaniem mającym również związek z nielegalnym handlem narkotykami na skalę międzynarodową. Trybunał jest w trakcie analizowania tych dwóch odesłań prejudycjalnych.

nie są również kontrowersyjne, ponieważ wszystkie odnoszą się do *idem factum*, to jest do zespołu zdarzeń objętych ściganiem karnym jako fenomenu, który sąd musi ocenić, aby wyciągnąć z niego odpowiednie konsekwencje prawne.

45. To podejście potwierdza analiza podstaw i znaczenia tej ważnej gwarancji udzielonej obywatelom: swobodny przepływ w ramach przestrzeni Schengen wymaga, aby sprawca czynu wiedział, że po skazaniu i odbyciu kary, ewentualnie prawomocnym uniewinnieniu w państwie członkowskim, może przemieszczać się w ramach obszaru Schengen, nie obawiając się ścigania w innym państwie członkowskim na tej podstawie, że czyn ten stanowi przestępstwo odrębne w porządku prawnym tego ostatniego państwa członkowskiego. Jeśliby przyjąć to ostatnie podejście, wówczas cel art. 2 akapit pierwszy tiret czwarte traktatu UE byłby martwą literą i doprowadziłoby to do powstania tylu przeszkód w realizacji tej swobody w przestrzeni wewnętrznej, ile istnieje systemów prawa karnego, które w dodatku — i to pomimo wysiłków harmonizacyjnych poprzez decyzje ramowe Rady — mają wybitnie charakter krajowy.

46. Z tych samych powodów należy odrzucić również kryterium chronionego dobra prawnego, ponieważ okazuje się ono być tak bardzo związane z uzasadnionymi wyborami podejmowanymi w ramach wewnętrznych

systemów prawa karnego, że pozwalałoby to na wielokrotne karanie tego samego zachowania i tym samym narażałoby na szwank realizację celu art. 54 konwencji.

47. Gdyby zamiast zwykłych czynów elementami oceny były przestępstwa lub wartości chronione przez zakaz popełniania tych przestępstw, wówczas zasada *ne bis in idem* nigdy nie znalazłby zastosowania na forum międzynarodowym¹⁸.

48. Ta okoliczność prawdopodobnie wyjaśnia, że w odróżnieniu od Międzynarodowego paktu praw cywilnych i politycznych, który zakazuje ponownego ścigania tego samego „przestępstwa” (art. 14 ust. 7) i od protokołu nr 7 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, który w tym samym celu zajmuje się „przestępstwem” (art. 4)¹⁹ — dwóch tekstów prawnych dotyczących wewnętrznego wymiaru omawianej zasady — inne umowy dotyczące wymiaru międzynarodowego tej zasady są usytuowane w perspektywie wyłącznie oko-

liczności faktycznych²⁰. Inicjatywa Republiki Greckiej w celu wydania decyzji ramowej Rady w zakresie stosowania zasady *ne bis in idem*²¹ zawiera to samo kryterium, zaś wyrażenie „idem” zostało zdefiniowane jako „drugi czyn karalny [który] jest wyłącznie wynikiem tych samych okoliczności lub okoliczności zasadniczo podobnych, niezależnie od jego kwalifikacji prawnej” [art. 1 lit. e)].

49. Ponadto należy odnotować, że belgijskie ministerstwo spraw wewnętrznych i sprawiedliwości opublikowało w dniu 10 grudnia 1998 r. okólnik²² zawierający wyjaśnienie art. 54 konwencji, wedle którego nie jest wymagana tożsamość kwalifikacji prawnych,

18 — W ten sposób wypowiada się G. Dannecker, op. cit., str. 175.

19 — Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka wyklucza się wzajemnie w tej kwestii. W wyroku z dnia 23 października 1995 r. w sprawie *Gradinger*, seria A nr 328-C, Trybunał ten preferuje kryterium związane z tożsamością czynów niezależnie od ich kwalifikacji prawnej, natomiast w wyroku z dnia 30 lipca 1998 r., *Zbiór wyroków i decyzji* 1998-V, sąd ten wybrał inne rozwiązanie. Można by było sądzić, że wyrok z dnia 29 maja 2001 r. w sprawie *Franz Fischer przeciwko Austrii* (nr skargi 37950/97) godzi stanowiska wyrażone w dwóch poprzednich wyrokach, operując się na czynnie, jednakże w wyroku ETPC z dnia 2 lipca 2002 r. w sprawie *Gökten przeciwko Francji*, *Zbiór wyroków i decyzji* 2002-V, ten sam Trybunał na nowo zastosował kryterium kwalifikacji prawnej.

20 — Statuty międzynarodowych trybunałów karnych ds. byłej Jugosławii i Ruandy wymieniają „czyny stanowiące poważne naruszenie międzynarodowego prawa humanitarnego” (odpowiednio art. 10 ust. 1 i art. 9 ust. 1). W konwencji przyjętej na podstawie art. K.3 Traktatu o Unii Europejskiej w sprawie ochrony interesów finansowych Wspólnot Europejskich (Dz.U. 1995, C 316, str. 49) i konwencji przyjętej na podstawie K.3 ust. 2 Traktatu w sprawie zwalczania korupcji urzędników Wspólnot Europejskich lub urzędników państw członkowskich Unii Europejskiej (Dz.U. 1997, C 195, str. 2) znajduje się pojęcie „za ten sam czyn” (odpowiednio art. 7 ust. 1 i art. 10 ust. 1). Jednakże Karta praw podstawowych Unii Europejskiej (Dz.U. 2000, C 361, str. 1) utrzymuje kryterium tej samej kwalifikacji [„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” (art. 50)], przepis, który występuje również w Traktacie ustanawiającym Konstytucję dla Europy (art. II-110) (Dz.U. 2004, C 310, str. 1).

21 — Dz.U. 2003, C 100, str. 24.

22 — Międzyministerialny okólnik w zakresie skutków konwencji z Schengen w dziedzinie kontroli granicznych i współpracy policyjnej i sądowej (*Belgisch Staatsblad*, nr 20, 29 stycznia 1999 r., str. 2714).

a jedynie tożsamość czynów²³. Sąd belgijski zastosował tę zasadę²⁴.

3. Konkretna sprawa przed sądem krajowym

50. Powyższe rozważania nabiorą większej mocy, jeśli w ich świetle rozpatrzmy okoliczności niniejszej sprawy.

51. Bezsprzecznie z punktu widzenia materialnego czyn, za który L.H. Van Esbroeckowi została wymierzona kara w Norwegii, jest zbieżny z czynem, za który został pociągnięty do odpowiedzialności w Belgii: chodzi o nielegalny przewóz z jednego państwa do drugiego pewnej ilości narkotyków w dniach 31 maja i 1 czerwca 1999 r. Temu zachowaniu odpowiada różna kwalifikacja prawna

w różnych państwach: wywóz zabronionych substancji w przypadku Belgii i przywóz tych samych produktów w przypadku Norwegii. Jeśli pojęcie idem ma znaczenie stricte faktyczne, wówczas L.H. Van Esbroeck skorzysta ze stosowania art. 54 konwencji, podczas gdy w przypadku przypisania temu pojęciu wymiaru prawnego możliwe jest podwójne ukaranie.

52. Ta ostatnia ewentualność wydaje mi się nie do przyjęcia z trzech powodów. Po pierwsze, ta opcja prowadzi do rozwiązania zawężającego, niezgodnego z wewnętrzną mocą podstawowych gwarancji jednostki chroniących jej godność. Po drugie, wariant ten sprzeciwia się całkowicie celowi wymienionemu w art. 54 konwencji, tj. zagwarantowaniu swobodnego przepływu obywateli, zawieszając nad oskarżonym miecz Damoklesa nowych kar w przypadku, gdy przekroczy on granice państwa, w którym kara została wymierzona. Po trzecie, na ironię zakrawa fakt twierdzenia o przywozie i wywozie w ramach terytorium, gdzie panuje taki porządek prawny, który ma właśnie na celu — poprzez sam swój charakter — zniesienie granic zarówno dla ludzi, jak i dóbr²⁵.

23 — We wnioskach z IX Międzynarodowego kongresu w zakresie prawa karnego przyjętych w dniu 29 sierpnia 1964 r. zostało zaproponowane podejście stricte faktyczne do pojęcia idem (tekst wniosków można znaleźć w *Zeitschrift für Strafrechtswissenschaften*, 1965, str. 184–193, a w szczególności str. 189 i 190). Najwyższe instancje sądowe Francji i Niderlandów podzielają ten punkt widzenia [wyrok Hoge Raad der Nederlanden z dnia 13 grudnia 1994 r. w sprawie *Ars Aequi*, 1995, str. 720] i wyrok Cour de cassation z dnia 13 grudnia 1983 r. (*Bulletin* nr 340), przywołane w A. Weyembergh, „Le principe ne bis in idem: pierre d’achoppement de l’espace pénal européen?”, [w:] *Cahiers de droit européen*, 2004, nr 3 i 4, str. 349].

24 — Tribunal correctionnel (sąd karny) w Eupen stwierdził — w wyroku wydanym w dniu 3 kwietnia 1995 r. (opublikowanym w *Revue de droit pénal et de criminologie*, listopad 1996, str. 1159) — że nawet jeśli uczestnictwo osoby w działaniach prowadzonych pomiędzy Belgią a Niemcami dzieli się na dwa przestępstwa zgodnie z art. 36 jednolitej konwencji z Nowego Jorku o środkach odurzających z dnia 30 marca 1961 r., ściąganie z urzędu przez sąd belgijski za przestępstwo popełnione na terytorium Belgii nie jest dopuszczalne, ponieważ przedmiotowe działanie jest jedynym czynem karalnym i jego sprawca został już osądzony w Niemczech. S. Brammertz, „Trafic de stupéfiants et valeur internationale des jugements répressifs à la lumière de Schengen”, ten sam numer ww. przeglądu, str. 1063–1081, uwzględnia orzecznictwo belgijskie przed wejściem w życie dorobku Schengen, stojące w sprzeczności ze stosowaniem międzynarodowym zasady ne bis in idem.

25 — W publikacji S. Brammertz, op. cit., str. 1077 i 1078, stwierdzono, że po wejściu w życie przepisów dorobku Schengen niemożliwe jest już twierdzenie, że nielegalny handel narkotykami pomiędzy dwoma państwami uczestniczącymi w przestrzeni Schengen pociąga za sobą istnienie odrębnych czynów mogących skutkować ponownym ukaraniem, ponieważ swobodny przepływ ludzi i dóbr zakłada istnienie atmosfery zaufania, która powinna mieć wpływ na analizę i ocenę przestępstwa transgranicznego. „Jaki jest sens uznania nielegalnego handlu pomiędzy Eupen a Liège za jeden czyn karalny i podzielenie tego samego handlu pomiędzy Eupen a Akwizgranem na dwa odrębne czyny w zależności od granicy, która w terenie nie przejawia się materialnie w żaden sposób?”

4. Artykuł 71 konwencji

53. Zgodnie z tym przepisem państwa sygnatariusze zobowiązują się do przyjęcia wszelkich niezbędnych środków w celu karania nielegalnego handlu narkotykami zgodnie z obowiązującymi konwencjami Narodów Zjednoczonych, a w szczególności z konwencjami o środkach odurzających i substancjach psychotropowych, które to konwencje nakazują uznanie czynów karalnych za odrębne przestępstwa, jeśli zostały popełnione w różnych krajach (odpowiednio art. 36 i 22).

54. Wspomniane wyżej postanowienia pozornie stoją w sprzeczności z przedstawionym wcześniej rozumowaniem, jednak uważna analiza ich treści pozwala na stwierdzenie, że wzmacniają one to rozumowanie, wcale go nie kwestionując.

55. Artykuł 71 nakłada obowiązek na umawiające się strony nieustawiania w wysiłkach w walce przeciwko nielegalnemu handlowi narkotykami w ramach przestrzeni Schengen i w tym celu postanowienie to przypomina obowiązki spoczywające na stronach na podstawie konwencji sektorowych Narodów Zjednoczonych. Postanowienie to ma zasięg ogólny, a zatem nie ogranicza szczególnie zakresu stosowania art. 54.

56. Uściślić należy, że ww. konwencje Narodów Zjednoczonych powinny być badane w kontekście historycznym i prawnym, ponieważ ich art. 22 i 36 — zgodnie

z którymi umawiające się strony są zobowiązane do podjęcia środków mających na celu karanie zachowań związanych z tym nielegalnym handlem — nie formułują bezwarunkowego obowiązku i chronią ograniczenia wynikające z właściwych systemów prawnych. Artykuł 54 konwencji stanowi integralną część porządku prawnego państw, które ratyfikowały ten dokument, a więc te ograniczenia nie mogą szkodzić jego skuteczności.

57. Nie należy również zapominać, że ww. konwencje Narodów Zjednoczonych zostały opracowane w celu zwalczania na skalę światową nielegalnego handlu narkotykami, środkami odurzającymi i substancjami psychotropowymi z uwagi na brak energicznych działań ze strony wszystkich państw. W tej perspektywie art. 22 i 36 ww. konwencji nabierają właściwego znaczenia, tzn. w przypadku, gdy czyny zostały dokonane w wielu państwach będących stronami konwencji, wówczas możliwe jest ściganie i karanie ich sprawców w jakimkolwiek z tych państw, aby — mimo ewentualnej nieudolności niektórych państw — sprawcy nie pozostali bezkarni. Otóż to podejście jest pozbawione sensu w przestrzeni Schengen, opartej — jak to już wspomniałem w opinii przedstawionej w sprawach połączonych Gözutok i Brügge (pkt 124) i jak to Trybunał potwierdził w wyroku wydanym w tej sprawie (pkt 33) — na wzajemnym zaufaniu państw członkowskich do ich systemów sądownictwa karnego²⁶.

26 — Program działań mający na celu wprowadzenie w życie zasady wzajemnego uznawania w sprawach karnych (Dz.U. 2001, C 12, str. 10) wymienia zasadę *ne bis in idem* jako jedną z zasad właściwych do realizacji tego celu (str. 12). Komunikat Komisji do Rady i Parlamentu Europejskiego w sprawie wzajemnego uznawania orzeczeń sądów w sprawach karnych oraz wzmacniania wzajemnego zaufania między państwami członkowskimi zmierzającego w tym samym kierunku [COM(2005) 195 wersja ostateczna, str. 4].

58. Ogólnie rzecz ujmując, ww. artykuły usiłują zapobiec rzeczywistej bezkarności określonego zachowania, ale gdy zostało ono ukarane w systemach prawnych tego rodzaju co system Schengen, które przyjmują zasadę *ne bis in idem*, wówczas ponowne ściganie nie jest dopuszczalne. Nie ma zatem żadnej sprzeczności pomiędzy dwoma zbiorami omawianych przepisów.

59. Zatem zgodnie z art. 54 konwencji w związku z art. 71 tej konwencji wywóz i przywóz tych samych środków odurzających i substancji psychotropowych jakiegokolwiek rodzaju, włączając konopie, między dwoma państwami sygnatariuszami tej konwencji lub państwami, w których jest wykonywany i stosowany dorobek Schengen, stanowi „ten sam czyn” w świetle pierwszego z tych postanowień, niezależnie od kwalifikacji prawnej tych zachowań we właściwych porządkach prawnych.

VI — Wnioski

60. Mając na względzie powyższe rozważania, proponuję Trybunałowi udzielenie następującej odpowiedzi na pytania prejudycjalne zadane przez Hof van Cassatie:

- „1) Artykuł 54 Konwencji wykonawczej do Układu z Schengen z dnia 14 czerwca 1985 r. zawartego między rządami państw Unii Gospodarczej Beneluksu, Republiki Federalnej Niemiec i Republiki Francuskiej w sprawie stopniowego znoszenia kontroli na wspólnych granicach, jest stosowany *ratione temporis* w przypadku postępowania karnego wszczętego po wejściu w życie ww. przepisu z powodu czynów, ze względu na które został już wydany wyrok, niezależnie od dnia, w którym miało miejsce pierwsze osądzenie.
- 2) Wywóz i przywóz tych samych środków odurzających i substancji psychotropowych jakiegokolwiek rodzaju, włączając konopie, między dwoma państwami sygnatariuszami tej konwencji lub państwami, w których jest wykonywany i stosowany dorobek Schengen, stanowi — zgodnie z art. 54 konwencji w związku z art. 71 tej konwencji — „ten sam czyn” niezależnie od kwalifikacji prawnej tych zachowań we właściwych porządkach prawnych”.