

BARBARA NITA

Europeizacja prawa karnego a standardy konstytucyjne państw członkowskich Unii Europejskiej



The europeanisation of criminal law
and the constitutional standards
in the member states
of the European Union



Europeizacja prawa karnego a standardy konstytucyjne państw członkowskich Unii Europejskiej*

The europeanisation of criminal law
and the constitutional standards in the
member states of the European Union**

* Opracowanie powstało w wyniku badań prowadzonych przez Autorkę w Bibliotece Europejskiego Instytutu Uniwersyteckiego we Florencji w 2007 r. w ramach programu „*Summer Fellowship*” w oparciu o grant Centrum Europejskiego Natolin.

** The paper has been based on the research conducted by the Author in the Library of the European University Institute in Florence in 2007 within the project „*Summer Fellowship*” sponsored by the European Centre Natolin.

© CENTRUM EUROPEJSKIE NATOLIN

redakcja w języku polskim

ELŻBIETA NOWICKA-ROŻEK

redakcja w języku angielskim

JAROSŁAW BRZEZIŃSKI

tłumaczenie na język angielski

AGENCJA TŁUMACZY ZAWODOWYCH LETTERMAN SPÓŁKA Z O.O.

skład i druk

NAJ-COMP, UL. MINERSKA 1 · 04-506 WARSZAWA

projekt graficzny

WOJCIECH SOBOLEWSKI

wydawca / published by

CENTRUM EUROPEJSKIE NATOLIN,

UL. NOWOURSYNOWSKA 84 · 02-797 WARSZAWA

TEL. 022 545 98 00 · FAX 022 649 12 99

FUNDACJA@NATOLIN.EDU.PL · WWW.NATOLIN.EDU.PL

ISSN 1732-0445

WARSZAWA 2009

Spis treści

1. Pierwszeństwo prawa europejskiego a nadrzędny charakter konstytucji	7
2. Zasada wzajemnego uznawania orzeczeń jako metoda współpracy w III filarze Unii Europejskiej a gwarancje konstytucyjne państw członkowskich UE	13
3. Interpretacja wyrażeń użytych w przepisach rangi konstytucyjnej zawierających gwarancje ograniczające dopuszczalność ekstradycji	28
4. Relacje pomiędzy przepisami krajowymi transponującymi przepisy UE w III filarze a Konstytucją	35
5. Konstytucyjny nakaz przestrzegania zobowiązań międzynarodowych a perspektywy pełnej implementacji decyzji ramowej w sprawie ENA	46
6. Perspektywy integracji europejskiej na obszarze prawa karnego w świetle orzeczeń sądów konstytucyjnych państw członkowskich UE	51
7. Perspektywy integracji europejskiej na obszarze prawa karnego w świetle zmian legislacyjnych, które nastąpiły w wyniku orzeczeń kwestionujących konstytucyjność ENA	56
8. Podsumowanie	76
O Autorce	78

Table of contents

1. Primacy of European law and the superior nature of the Constitution	81
2. The principle of mutual recognition of judicial decisions as a method of co-operation in the Third Pillar of the European Union vis-à-vis constitutional guarantees in the EU Member States	87
3. Interpretation of expressions used in the provisions of constitutional rank containing guarantees that restrict the admissibility of extradition	103
4. Relations between national provisions transposing the EU provisions in the third-pillar and the Constitution	110
5. Constitutional imperative to observe international commitments considered vis-à-vis the perspective of full implementation of the Framework Decision on the EAW	122
6. Perspectives of European integration in the field of criminal law in the context of the decisions of constitutional courts of the EU Member States	127
7. Perspectives of European integration in the domain of criminal law in the context of legislative amendments following the decisions questioning the constitutionality of the EAW	132
8. Conclusion	154
On the Author	156

1. PIERWSZEŃSTWO PRAWA EUROPEJSKIEGO A NADRZĘDNY CHARAKTER KONSTYTUCJI

Pytanie o to, jak pogodzić gwarantowaną przez konstytucje państw członkowskich Unii Europejskiej (dalej także jako UE) zasadę nadrzędności konstytucji z zasadą pierwszeństwa prawa europejskiego oraz wątpliwość, czy organy sprawujące kontrolę konstytucyjności prawa w państwach członkowskich UE są uprawnione do badania konstytucyjności przepisów prawa europejskiego od dawna są przedmiotem zainteresowania doktryny¹.

W kwestii tej, w aspekcie relacji między prawem konstytucyjnym a tą częścią prawa europejskiego, która należy do prawa wspólnotowego, wielokrotnie już wypowiedziały się organy powołane do sprawowania kontroli konstytucyjności prawa w państwach członkowskich UE oraz Europejski Trybunał Sprawiedliwości (dalej ETS).

Stanowisko ETS, wyrażone m. in. w wyrokach: z 5 marca 1963 r. (sygn. 26/62) w sprawie *Van Gend en Loos*, z 17 grudnia 1970 r. (sygn. 11/70) w sprawie *Internationale Handelsgesellschaft*, z 22 grudnia 1998 r. (sygn. C-10/97 do C 22/97) w sprawie *IN.CO.GE.'90*, z 13 stycznia 2004 r. (sygn. C-453/00) w sprawie *Kühne & Heitz* konsekwentnie eksponuje zasadę pierwszeństwa prawa wspólnotowego².

¹ Bliżej zob. s. BIERNAT: Wykładnia prawa krajowego w zgodzie z prawem Wspólnoty Europejskiej (w:) Implementacja prawa integracji europejskiej w krajowych porządkach prawnych, c. MIK (red.), Toruń 1998, s. 123 i n.; P. ROSIAK: Prawo wspólnotowe w orzecznictwie polskich sądów i Trybunału Konstytucyjnego, Kwartalnik Prawa Publicznego nr 4/2002, s. 120; K. KOWALIK-BAŃCZYK: Prowspólnotowa wykładnia prawa polskiego, Europejski Przegląd Sądowy nr 3/2005, s. 9 i n. oraz obszernie powoływane tam piśmiennictwo oraz J. GALSTER, Z. WITKOWSKI: Akcesja Rzeczypospolitej Polskiej do Unii Europejskiej. Konsekwencje dla sadownictwa (w:) Sądy i trybunały w konstytucji i w praktyce, Warszawa 2005, s. 143 i n.

² Powołane orzeczenia są dostępne na stronie internetowej <http://www.europa.eu.int>

W wypowiedziach organów powołanych do sprawowania kontroli konstytucyjności prawa w państwach członkowskich UE nie ma natomiast jednolitości stanowisk w tej mierze. Sprawę komplikują tu zwłaszcza odmienne założenia konstytucyjne w kwestii miejsca prawa europejskiego i jego relacji w stosunku do wewnętrznego systemu prawnego³.

Niezależnie od tych odmienności wszystkie państwa członkowskie UE uznają, że ze względu na zasadę pierwszeństwa prawa europejskiego nad prawem krajowym, w przypadku zaistnienia sprzeczności prawo wewnętrzne, które nie ma rangi konstytucyjnej, musi ustąpić przed prawem europejskim.

Warto w tym kontekście przywołać, w szczególności, orzeczenie włoskiego sądu konstytucyjnego (*Corte Costituzionale*) z 5 czerwca 1984 r. (sygn. 170/84) w sprawie *Granital* stwierdzające, że w razie ujawnienia się sprzeczności między prawem konstytucyjnym a prawem europejskim w procesie stosowania prawa niedopuszczalne jest wystąpienie przez sąd orzekający do Sądu Konstytucyjnego o przeprowadzenie kontroli konstytucyjnej w tym zakresie. Zaistnienie takiej sprzeczności uprawnia bowiem sąd do odmowy zastosowania przepisów prawa krajowego i oparcia orzeczenia bezpośrednio na przepisie prawa europejskiego⁴. Identyczna teza pojawiła się także w wyroku niemieckiego Związkowego Trybunału Konstytucyjnego (*Bundesverfassungsgericht*, dalej także jako ZTK) z 9 czerwca 1971 r. (sygn. 2 BvR 225/69) w sprawie *mleko w proszku*⁵ oraz w wyrokach austriackiego Sądu Konstytucyjnego (*Verfassungsgerichtshof*): z 26 czerwca 1997 r. (sygn. B 877/96) w sprawie *studia weterynaryjne* i z 5 marca 1999 r. (sygn. B 3073/96) w sprawie *fundusz wynagrodzeń farmaceutów*⁶. Tak też w decyzji z 10 czerwca

³ Bliżej A. ALBI: Supremacy of EC Law in the New Member States. Bringing Parliaments into the Equation of „Co-operative Constitutionalism”, *European Constitutional Law Review*, 3/2007, s. 25–67.

⁴ GC 1984 r., s. 1098 i n.

⁵ BVerfGE 31, 145.

⁶ Orzeczenia dostępne na stronie internetowej: <http://www.ris.bka.gv.at/vgh/>

2004 r. (sygn. 2004-496 – DC) stwierdziła francuska Rada Konstytucyjna (*Conseil Constitutionnel*)⁷.

Inaczej rzecz się przedstawia w przypadku zaistnienia kolizji między prawem europejskim a prawem konstytucyjnym.

Monistycznie pojmowana zasada pierwszeństwa prawa europejskiego zakłada jego nadrzędność nad prawem wewnętrznym państw członkowskich UE, w tym także nad prawem konstytucyjnym. Tę koncepcję przyjęły państwa, które nie uznają suwerenności za istotną wartość konstytucyjną, w tym w szczególności: Estonia, Czechy, Holandia oraz Słowenia⁸. Takie rozwiązanie przyjęte jest także w art. 133 konstytucji austriackiej z 1 października 1920 r. Pierwszeństwo prawa wspólnotowego w stosunku do prawa wewnętrznego rangi konstytucyjnej austriacki Sąd Konstytucyjny wyraźnie potwierdził w wyroku z 28 listopada 2003 r. (sygn. KR 1/00) w sprawie *Rechnungshof*⁹.

Zasada pierwszeństwa prawa europejskiego pojmowana pluralistycznie nakazuje podjęcie próby wyłożenia prawa krajowego, w tym także tego, które ma rangę konstytucyjną, w zgodzie z prawem europejskim. W przypadku sprzeczności między prawem europejskim a prawem konstytucyjnym pierwszeństwo ma jednak konstytucja. Ta koncepcja przyjęta jest w szczególności w systemach litewskim¹⁰ oraz rumuńskim¹¹.

Znamienne jest tu także stanowisko, jakie zajął przez polski Trybunał Konstytucyjny (dalej także jako TK) w wyroku z 11 maja 2005 r. (sygn. K

⁷ JO z 20 czerwca 2004 r., s. 11182.

⁸ c. GREWE: The Interaction between European Law and National Law In the Case Law of Constitutional Courts, referat wygłoszony na konferencji nt. „Comparing Constitutional Adjudication: Comparative Interpretation of European Constitutional Jurisprudence” na Uniwersytecie w Trydencie (Włochy) w dniu 9 sierpnia 2007 r. – w zbiorach autorki.

⁹ Orzeczenia dostępne na stronie internetowej: <http://www.ris.bka.gv.at/vgh/>

¹⁰ Wyrok litewskiego Sądu Konstytucyjnego z 14 marca 2006 r., sygn.17/02-24/02-06/03-22/04, dostępny na stronie internetowej <http://www.lrkt.lt/dokumentai/2006/r060314.htm>

¹¹ Wyrok rumuńskiego Sądu Konstytucyjnego z 17 maja 2007 r., sygn. 59D/2007 – w zbiorach autorki.

18/04)¹². Z jednej strony TK stwierdził w nim brak swojej kompetencji do dokonywania samoistnej oceny konstytucyjności prawa pierwotnego UE. Z drugiej jednak, powołując się na treść art. 188 pkt 1 Konstytucji RP, uznał się za właściwy do kontroli konstytucyjności traktatu akcesyjnego, jako ratyfikowanej przez Polskę umowy międzynarodowej.

Duński Sąd Najwyższy z kolei, w wyroku z 6 czerwca 1998 r. (sygn. I 361/1997) w sprawie *Maastricht*¹³, mimo przekazania przez Danię ETS kompetencji do badania ważności aktów prawnych Wspólnoty, dopuścił wyjątkowo możliwość odmowy zastosowania przez sądy aktu prawnego Wspólnoty, jeżeli ten akt – mimo że został utrzymany przez ETS – wyszedł poza zakres kompetencji przekazanych Wspólnocie zgodnie z ustawą duńską.

Francuska Rada Stanu (*Conseil d'Etat*) w orzeczeniu z 24 grudnia 2004 r. stwierdziła, że francuski system prawny jest ściśle zintegrowany z systemem europejskim. Wcześniej jednak, w wyroku z 3 grudnia 2001 r. (sygn. 226514) w sprawie *Syndicat*, wyraźnie stwierdziła, że zasada pierwszeństwa prawa wspólnotowego nie może podważać w krajowym porządku prawnym najwyższej mocy konstytucji¹⁴.

Na szczególną uwagę zasługuje tu wyrok niemieckiego Związkowego Trybunału Konstytucyjnego z 12 października 1993 r. (sygn. 2 BvR 2134, 2159/92), zapadły w sprawie *Maastricht*¹⁵, kontynuujący linię przyjętą we wcześniejszym orzeczeniu z 22 października 1986 r. (sygn. 2 BvR 197/83) w sprawie *Solange II*¹⁶. W odniesieniu do aktów wtórnego prawa UE niemiecki sąd konstytucyjny zadeklarował w nim kooperację z ETS w sprawowaniu kontroli dopuszczalności stosowania w Niemczech aktów tego prawa, polegającą na ograniczeniu się przez ZTK do roli generalnego gwaranta przestrzegania standardu praw pod-

¹² OTK nr 5A/2005, poz. 49.

¹³ Dokument w zbiorach autorki.

¹⁴ Dokument w zbiorach autorki.

¹⁵ BVerfGE 89, 155.

¹⁶ BVerfGE 73, 339.

stawowych przyjętych w ustawie zasadniczej. Linia wytyczona przez orzeczenia zapadłe w sprawach *Solange II* i *Maastricht* znalazły kontynuację w wyroku z 7 czerwca 2000 r. (sygn. 2 BvL I/97) w sprawie *rynek bananów*¹⁷, z tym że w tej sprawie Związkowy Trybunał Konstytucyjny zaostrzył warunki formalnej dopuszczalności badania konstytucyjności pochodnego prawa wspólnotowego, nakładając na inicjatora postępowania obowiązek wskazania argumentów uprawdopodobniających co najmniej różnicę w poziomie ochrony danego prawa podstawowego w prawie wspólnotowym.

Przez długi czas te wątpliwości i spory nie dotyczyły prawa karnego. Bowiem jeszcze do niedawna prawo europejskie nie reglamentowało tej dziedziny prawa. Prawo karne tradycyjnie pozostawało domeną suwerenności państwowej¹⁸. Wraz z powstaniem Wspólnoty Europejskiej oraz wiążącej się z nią swobody przepływu towarów, w związku z koniecznością podjęcia skutecznej walki z przestępczością o charakterze ponadnarodowym, w tym zwłaszcza z przestępczością zorganizowaną, powstała konieczność fragmentarycznej reglamentacji także na płaszczyźnie tej dziedziny prawa.

Wkroczenie prawa europejskiego w tę szczególnie delikatną dziedzinę, będącą przecież fundamentem suwerenności państwowej, zaktualizowało – także w kontekście prawa karnego – pytanie o relacje pomiędzy uregulowaniami z zakresu prawa europejskiego a prawem wewnętrznym rangi konstytucyjnej w państwach członkowskich UE.

Metoda współpracy, na której oparte są źródła prawa w III filarze UE, spowodowała, że ani argumenty powoływane w dyskusji dotyczącej relacji między prawem wspólnotowym a prawem konstytucyjnym, ani orzecznictwo sądów konstytucyjnych i ETS dotyczące tej kwestii nie nadawały się do prostego przeniesienia na tę płaszczyznę.

¹⁷ BVerfGE 102, 147.

¹⁸ A. GRZELAK, F. JASIŃSKI: Przekazanie zamiast ekstradycji. Europejski nakaz aresztowania konsekwencją wzajemnego zaufania do systemu wymiaru sprawiedliwości państwa członkowskiego Unii Europejskiej, „Rzeczpospolita” nr 257/2003, s. C3.

Sytuację niewątpliwie komplikuje tu dodatkowo mnogość i szczególność regulacji konstytucyjnych dotyczących bezpośrednio prawa karnego.

Szczególne miejsce wśród wypowiedzi organów powołanych do sprawowania kontroli konstytucyjności prawa w państwach członkowskich UE, dotyczących relacji między prawem europejskim w III filarze a ich prawem wewnętrznym rangi konstytucyjnej, zajmują te, które wiążą się z implementacją decyzji ramowej Rady Unii Europejskiej nr 2002/584/JHA z 13 VI 2002 r. o europejskim nakazie aresztowania i procedurach dostarczania między państwami członkowskimi¹⁹.

Decyzja ramowa w sprawie europejskiego nakazu aresztowania (dalej także jako ENA) wprowadziła doniosłe zmiany w procedurze ekstradycyjnej, realizowanej dotychczas przede wszystkim na podstawie europejskiej konwencji o ekstradycji z 1957 r. Ze względu na zastrzeżenia czynione przy jej ratyfikacji oraz niezadowolające postępy w ratyfikacji konwencji mających ją usprawnić, ekstradycja - również między państwami członkowskimi UE - pozostawała bowiem mało skuteczna²⁰.

Mocą art. 34 ust. 1 decyzji ramowej państwa członkowskie UE zostały zobowiązane do podjęcia działań dostosowawczych zapewniających implementację ENA do ich wewnętrznych systemów prawnych najpóźniej do 31 grudnia 2003 r. W przypadku Polski oraz pozostałych państw, które po tej dacie przystąpiły do UE, terminem końcowym był dzień ich przystąpienia do UE.

W doktrynie zgłaszano wątpliwości co do szans na terminową implementację decyzji ramowej przez wszystkie państwa członkowskie UE, m. in. ze względu na niezgodność niektórych założeń, na których opiera się ENA, z gwarancjami zapisanymi w ich konstytucjach. ■

¹⁹ Ilekroć w dalszej części opracowania będzie mowa o decyzji ramowej bez bliższego jej określenia, chodzi o decyzję ramową Rady UE z 13 VI 2002 r. o europejskim nakazie aresztowania i procedurach dostarczania między państwami członkowskimi.

²⁰ s. ALEGRE, M. LEAF: *European Arrest Warrant. A solution ahead of its time?*, London 2003, s. 6; M. PŁACHTA: *Europejski nakaz aresztowania (wydania): kłopotliwa „rewolucja” w ekstradycji*, „*Studia Europejskie*” nr 3/2002, s. 51–53.

2. ZASADA WZAJEMNEGO UZNAWANIA ORZECZEŃ JAKO METODA WSPÓŁPRACY W III FLARZE UNII EUROPEJSKIEJ A GWARANCJE KONSTYTUCYJNE PAŃSTW CZŁONKOWSKICH UE

ENA jest decyzją wydawaną przez organ sądowy państwa członkowskiego UE w celu aresztowania i przekazania do państwa wnioskującego osoby, której nakaz dotyczy - umożliwiającą prowadzenie przeciwko niej postępowania karnego, albo wykonanie kary lub zastosowanie środka zabezpieczającego polegającego na pozbawieniu wolności.

Koncepcja, na której opiera się ENA, jest osadzona w specyficznych realiach obecnego etapu rozwoju stosunków społecznych, politycznych i prawnych w ramach UE. Pozostaje w związku z - przyjętą w konwencji wykonawczej z 19 czerwca 1990 r. z Schengen dotyczącej stopniowego znoszenia kontroli na wspólnych granicach²¹ - zasadą swobodnego przepływu osób w ramach UE. Negatywną konsekwencją swobodnego przepływu osób i braku kontroli na wspólnych granicach wewnętrznych są komplikacje w ściganiu i sądzeniu sprawców. Wiąże się z tym konieczność poszukiwania nowych, efektywnych form walki z przestępczością.

Usprawnienie postępowania ekstradycyjnego, zwłaszcza w związku z koniecznością podjęcia skutecznej walki z ponadpaństwową przestępczością zorganizowaną (w tym terrorystyczną), nie jest jedynym celem ENA.

Punkt piąty preambuły decyzji ramowej wskazuje tu także na dążenie do stworzenia obszaru wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości poprzez zniesienia ekstradycji między państwami członkowskimi UE oraz zastąpienie jej systemem dostarczania między władzami sądowy-

²¹ Dz. Urz. UE z 22 września 2000 r., L 239, s. 19 – wyd. spec. (wersja polska), Dz. Urz. UE, rozdz. 19, t. 2, s. 9.

mi. W zamierzeniu twórców decyzji ramowej ENA miał zatem stanowić istotny krok na drodze do europeizacji prawa karnego²².

W piśmiennictwie podkreśla się, że zasadnicze ramy prawne ENA zostały określone traktatem amsterdamskim z 1997 r., który wprowadził nowe źródło prawa europejskiego – decyzję ramową, wiążącą dla wszystkich państw członkowskich UE i obligującą je do implementacji jej uregulowań do ich wewnętrznych systemów prawnych²³.

Jak wskazano, decyzja ramowa w sprawie europejskiego nakazu aresztowania pozostaje w związku z przyjętą w konwencji z Schengen zasadą swobodnego przepływu osób w ramach UE. Negatywną, a nieuchronną konsekwencją swobodnego przepływu osób oraz rezygnacji z kontroli na wewnętrznych granicach w ramach Unii Europejskiej jest, z jednej strony, wzrost przestępczości, z drugiej zaś – łatwość uchylania się przed wymiarem sprawiedliwości. Stąd na szczycie w Tampere w 1999 r. Rada Unii Europejskiej wskazała jako priorytetowe zadanie ukształtowania wspólnego obszaru współpracy między organami są-

²² Na temat genezy tej instytucji, poprzedzających ją instrumentów prawnych oraz szczegółowych uregulowań decyzji ramowej zob. R. BLEKXTOON, W. VAN BALLEGOOIJ (red.): *Handbook on the European Arrest Warrant*, the Hague 2005, *passim*. Co do zmian, jakie w „klasycznej” procedurze ekstradycyjnej wprowadziła ta instytucja, zob. zwłaszcza opublikowane tam artykuły: M. PŁACHTY, W. VAN BALLEGOOIJ: *The Framework Decision on the European Arrest Warrant and Surrender Procedures Between Member States of the European Union*, s. 13 i n. i O. LAGODNEGO: „Extradition” Without a Granting Procedure : The Concept of “Surrender”, s. 39 i n.; D. ROHLFF: *Der Europäische Haftbefehl*, Frankfurt am Main 2003, s. 26 i s. 29. Zob. także N. KEIJZER: *The European Arrest Warrant Framework Decision between Past and Future (w:) Constitutional Challenges to the European Arrest Warrant*, E. GUILD (red.), Nijmegen 2006, s. 13 i n.; B. GILMORE: *The EU Framework Decision on the European Arrest Warrant: An Overview from the Perspective of International Criminal Law*, ERA-Forum nr 3/2002, s. 144 i n. oraz A. GÓRSKI, A. SAKOWICZ: *Europejski nakaz aresztowania – uwagi de lege ferenda na gruncie nowelizacji Kodeksu postępowania karnego [w:] Problemy znowelizowanej procedury karnej*, Z. SOBOLEWSKI, G. ARTYMIAK, CZ. P. KŁAK [red.], Kraków 2004, s. 201 i n.

²³ P. KRUSZYŃSKI: *Europejski nakaz aresztowania jako realizacja idei wzajemnej współpracy w zakresie wymiaru sprawiedliwości między państwami Unii Europejskiej (w:) Współczesne problemy procesu karnego i jego efektywności. Księga pamiątkowa prof. Andrzeja Blusiewicza*, A. MAREK (red.), Toruń 2004, s. 191.

dowymi państw członkowskich UE²⁴, wytyczając sobie jako cel doprowadzenie do stanu, w którym współpraca sądowa w sprawach karnych będzie się opierać na zasadzie wzajemnego uznawania orzeczeń²⁵.

Zasada wzajemnego uznawania orzeczeń obcych organów wymiaru sprawiedliwości, zakorzeniona w art. 28 traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (dalej TWE), genetycznie związana jest z prawem prywatnym²⁶. Na grunt prawa karnego została „przełożona” ze wskazaniem na wspólną dla wszystkich państw członkowskich UE „bazę”, jaką stanowią standardy ochrony praw człowieka, wyznaczone przez wiążącą je wszystkie Europejską Konwencję Praw Człowieka (dalej EKPCz)²⁷. Ma to zapobiegać rażącym odmiennościom poziomu ochrony tych praw w poszczególnych państwach²⁸. Warto tu zwrócić uwagę, że na krótko przed rozszerzeniem UE o nowe 10 państw, w tym

²⁴ M. PŁACHTA: Europejski nakaz aresztowania..., s. 54.

²⁵ Bliżej zob. M. KULA: Ewolucja III filaru Unii Europejskiej (w:) Zwalczanie przestępczości w Unii Europejskiej. Współpraca sądowa i policyjna w sprawach karnych, Warszawa 2006, s. 23 i n. oraz A. GÓRSKI, A. SAKOWICZ: Europejski nakaz aresztowania i jego implementacja do prawa krajowego, tamże, s. 359 i n.; M. WASSMEIER: The „Battle of the Pillars”; does the European Community have the Power to Approximate National Criminal Law, *European Law Review* nr 5/2004, s. 613–635; I. BANTEKAS: The Principle of Mutual Recognition in the EU Criminal Law, *European Law Review* nr 3/2007, s. 365–385; L. YLI-VAKKURI: Building upon the Schengen Acquis, *ERA-Forum* nr 2/2001, s. 53 i n.

²⁶ Bliżej zob. D.C. HORNG: The Principle of Mutual Recognition, the European Union's Practice and Development, *World Competition* 1999, s. 135 i n.

²⁷ Podkreśla to R. BLEKXTOON we wstępie pracy zbiorowej powołanej w przypisie 22, s. 6. Tak też S. ALEGRE: Human rights and the future of extradition in the European Union: Implications of recent case law in the United Kingdom, France and Spain, *ERA-Forum* nr 4/2003, s. 68–69 oraz R. ESSER: Die Europäische Menschenrechtskonvention als „zweiter Rahmen” der Auslieferung in Europa, *ERA-Forum* nr 4/2003, s. 70 i n.; H.G. NILSSON: From Classical Judicial Cooperation to Mutual Recognition, *Revue Internationale de Droit Penal* nr 1–2/2006, s. 53 i n.

²⁸ Bliżej zob. B. NITA: Europejski nakaz aresztowania – europeizacja prawa karnego a standardy konstytucyjne państw członkowskich UE, *PiP* nr 5/2007, s. 56 i n.; A. GÓRSKI, A. SAKOWICZ: Zasada wzajemnego uznawania orzeczeń organów wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych na obszarze Unii Europejskiej (w:) Zwalczanie przestępczości w Unii Europejskiej..., s. 411 i n.

Polskę, w piśmiennictwie anglojęzycznym zgłaszano jednak wątpliwość co do tego, czy standardy prawne państw kandydujących odpowiadają w tym zakresie tym, które istnieją w „starych” państwach członkowskich²⁹. Sytuację niewątpliwie komplikuje też brak jednolitej europejskiej procedury karnej, choć w ramach UE podejmowane są inicjatywy zmierzające do stworzenia jej podwalin³⁰.

ENA opiera się na zasadzie wzajemnego uznawania orzeczeń obcych organów wymiaru sprawiedliwości. Wskazuje na to wyraźnie punkt szósty preambuły decyzji ramowej.

W istotę koncepcji wzajemnego uznawania obcych orzeczeń wpisana jest akceptacja odmienności między poszczególnymi systemami prawnymi i zaufanie do orzeczeń pochodzących z obcych organów wymiaru sprawiedliwości.

Na gruncie prawa karnego na zasadzie tej opiera się koncepcja rozstrzygania problemów wiążących się z kolizją jurysdykcji karnej zgodnie z ponadpaństwowym zakazem wynikającym z zasady *ne bis in idem*, określonej w art. 54 konwencji wykonawczej z Schengen³¹.

Podkreślenia wymaga, że według konsekwentnej linii orzeczniczej ETS, obowiązywanie zasady wzajemnego uznawania na gruncie art. 54 konwencji z Schengen nie zależy od harmonizacji czy chociażby zbliżenia się do siebie systemów prawnych państw związanych kon-

²⁹ s. ALEGRE, M. LEAF: *European... op. cit.*, s. 14, zob. Także M. MACKAREL: *The European Arrest Warrant – the Early Years: Implementing and Using the Warrant*, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2007, s. 37–65.

³⁰ Na ten temat zob. M. KADRIC, O. SCHEIBER: *Ausgangspunkt Tampere: Unterwegs zum europäischen Strafprozess*, „Juridicum” nr 4/2004, s. 207 i n.; H. KUCZYŃSKA: *Problem kodeksu postępowania karnego dla Unii Europejskiej*, „Przegląd Prawa Europejskiego” nr 3–4/2005, s. 46 i n.

³¹ Bliżej zob. B. NITA: *Zasada ne bis in idem w międzynarodowym obrocie karnym*, „Państwo i Prawo” nr 3/2005, s. 18 i n.; teźże: *Rozstrzyganie problemów wiążących się z kolizją jurysdykcji karnej pomiędzy państwami członkowskimi Unii Europejskiej w oparciu o zasadę ne bis in idem*, *Materiały Robocze* nr 6/06, Centrum Europejskie Natolin, Forum – Wymiar Sprawiedliwości i Sprawy Wewnętrzne UE, Warszawa 2006, *passim*.

wencją³². Stosowanie ponadpaństwowego zakazu wynikającego z art. 54 tej konwencji nie spowodowało w państwach członkowskich UE żadnych komplikacji konstytucyjnych. Z perspektywy konstytucyjnej objęcie zakazem wynikającym z zasady *ne bis in idem* orzeczeń obcych przedstawia się jednak diametralnie odmiennie aniżeli ekstradycja.

W przypadku gdy wcześniejsze postępowanie zakończyło się skazaniem i ukaraniem, obowiązywanie zasady *ne bis in idem* w międzynarodowym obrocie karnym opiera się na założeniu, że kara orzeczona przez sąd obcy „pochłania” winę sprawcy i bezprawność przypisanego mu czynu. W konsekwencji ponowne ukaranie za ten sam czyn kolidowałoby z - wynikającym z zasady państwa prawnego - nakazem proporcjonalnej reakcji karnej³³. Kolejnych argumentów przemawiających za obowiązywaniem tej zasady na gruncie międzynarodowym dostarcza zasada stabilności prawomocnych orzeczeń, będąca elementem zasady pewności i bezpieczeństwa prawnego, wyprowadzonych z zasady demokratycznego państwa prawnego. W odniesieniu do indywidualnej sprawy można z niej wyinterpretować nakaz poprzestania na jednokrotnym orzeczeniu ostatecznie rozstrzygającym sprawę, i to zarówno wówczas, gdy zakończyło się ona uniewinnieniem, jak i skazaniem. Z perspektywy konstytucyjnej zasady państwa prawnego uregulowaniu nie uznającemu, iżby obce orzeczenie stanowiło negatywną przesłankę procesową, nie można jednak postawić zarzutu. Suwerenne państwo nie jest bo-

³² Na ten temat zob. B. NITA: O zasadzie *ne bis in idem* w art. 54 Konwencji wykonawczej z Schengen, Europejski Przegląd Sądowy nr 7/2006, s. 4 i n. oraz tejże: Artykuł 54 konwencji wykonawczej z Schengen w wyrokach ETS z 28.09.2006 r. w sprawach: C-467/04 postępowanie karne przeciwko Giuseppe Francesco Gaspariniemu i innym oraz C-150/05 Jean Leon Van Straaten przeciwko Niderlandom i Republice Włoskiej, „Europejski Przegląd Sądowy” nr 9/2007, s. 44 i n.

³³ H. THOMAS: Das Recht auf Einmaligkeit der Strafverfolgung. Vom nationalen zum internationalen *ne bis in idem*, Baden-Baden 2002, s. 142; G. DANNECKER: Die Garantie des Grundsatzes „*ne bis in idem*” in Europa (w:) Festschrift für Günter Kohlmann zum 70. Geburtstag, H.J. HIRSCH, J. WOLTER, U. BRAUNS (red.), Köln 2003, s. 600; W. SCHOMBURG: Germany. Concurrent National and International Criminal Jurisdiction and the Principle „*ne bis in idem*“, *Revue International de Droit Penal* nr 3-4/2002, s. 942.

wiem gwarantem pewności prawnej, jaką miałyby dawać prawomocne orzeczenia wydane przez obce organy wymiaru sprawiedliwości.

Uzasadniając obowiązywanie zasady *ne bis in idem* względami konstytucyjnymi, w niemieckim piśmiennictwie podkreśla się, iż przedstawienie zarzutów wyznaczające początek etapu postępowania *in personam* pociąga za sobą ingerencję w wolność i godność oskarżonego. Ustaje ona w momencie prawomocnego zakończenia postępowania, rozstrzygającego o winie oskarżonego. Z ponownym postępowaniem przeciwko tej samej osobie o ten sam czyn wiązałyby się zaś ponowna ingerencja w sferę jej praw i wolności, którą można by usprawiedliwić innymi wartościami, których ochrona wymaga ponownego przeprowadzenia postępowania, np. dążeniem do osiągnięcia stanu, w którym prawomocne orzeczenie odpowiadałoby prawdzie materialnej³⁴. Dążeniem do odkrycia prawdy materialnej można by usprawiedliwić odstępstwo od zasady *ne bis in idem* w międzynarodowym obrocie karnym tylko przy założeniu, że obce orzeczenie jej nie gwarantuje.

W przypadku ENA sytuacja jest inna. Zakaz płynący z zasady *ne bis in idem*, określonej w art. 54 konwencji z Schengen, działa na korzyść oskarżonego. W przypadku ENA tak nie jest.

Zgłaszane w piśmiennictwie w związku z ideą ENA wątpliwości natury konstytucyjnej dotyczyły głównie katalogu przyczyn odmowy wykonania nakazu europejskiego.

Jak już była o tym mowa, decyzje ramowe wiążą tylko co do wyznaczonego celu, pozostawiając wybór formy i stosowanych środków poszczególnym państwom członkowskim UE. Jeśli chodzi o przesłanki odmowy wykonania nakazu europejskiego, decyzja ramowa w sprawie ENA pozostawiła państwom członkowskim bardzo niewielki margines swobody³⁵.

³⁴ O. LAGODNY: Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte. Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik; dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung, Tübingen 1996, s. 96 i n.

³⁵ Krytycznie w tej mierze B. VON HEINTSCHEL-HEINEGG, D. ROHLFF: *Der Europäische Haftbefehl*, „Goltdammer's Archiv für Strafrecht“ nr 1/2003, s. 44.

Z perspektywy komplikacji konstytucyjnych, jakie w systemach prawnych państw członkowskich UE spowodowała konieczność implementacji ENA, najistotniejsze znaczenie miało objęcie przez decyzję ramową obowiązkiem przykazywania w trybie ENA własnych obywateli. Nie bez znaczenia była również rezygnacja z - tradycyjnej w prawie ekstradycyjnym - przesłanki uzależniającej przekazanie od wymogu podwójnej karalności czynu, z którym związany jest wniosek. Problemem przy transpozycji decyzji ramowej był również brak przepisu, który dopuszczałby odmowę wykonania nakazu europejskiego dotyczącego sprawcy, który popełnił przestępstwo z przyczyn politycznych.

Decyzja ramowa w sprawie ENA nie wskazała jako przesłanek odmowy wykonania nakazu europejskiego takich sytuacji, które wykluczają przekazanie w przepisach rangi konstytucyjnej państw członkowskich UE.

Z tego powodu w piśmiennictwie, zarówno polskim, jak i obcym, od momentu przyjęcia decyzji ramowej nie brakowało głosów krytykujących ENA³⁶. Znamienny był zarzut, że implementacja decyzji ramowej nie może przynieść spodziewanych efektów w sytuacji, gdy nie szanuje praw chronionych w przepisach konstytucyjnych państw członkowskich UE³⁷.

Brak możliwości odmowy wykonania nakazu europejskiego w sytuacji, gdy dotyczy on własnych obywateli, nie stanowił problemu w związanych decyzją ramową państwach członkowskich UE kultury *common law*, tj. Wielkiej Brytanii oraz Irlandii. Obowiązujące w tych państwach wewnętrzne przepisy regulujące ekstradycję nie przewidują bowiem ograniczeń w możliwości stosowania ekstradycji ze względu na obywatelstwo osoby, której ma ona dotyczyć³⁸.

³⁶ Bliżej B. NITA: Europejski nakaz aresztowania..., s. 57.

³⁷ P. GARLICK: The European Arrest Warrant and the ECHR [w:] Handbook on the European Arrest Warrant..., s. 167.

³⁸ Bliżej zob. N. KEIJZER: The European Arrest Warrant Framework Decision between Past and Future (w:) Constitutional Challenges..., s. 22.

Dla większości jednak państw członkowskich UE wynikający z decyzji ramowej obowiązek ustanowienia przepisów dopuszczających stosowanie ENA wobec własnych obywateli był sprzeczny z ich tradycją³⁹.

Brak możliwości odmowy wykonania nakazu europejskiego w zakresie przekazywania własnych obywateli był szczególnie trudny do zaakceptowania w tych państwach, których przepisy rangi konstytucyjnej przewidywały *explicite* zakaz ekstradycji własnych obywateli.

Warto w tym kontekście podkreślić, że Austria, ze względu na zakaz wydawania własnych obywateli, gwarantowany przez wewnętrzny przepis rangi konstytucyjnej, tj. przez § 12 ustawy o ekstradycji i pomocy prawnej (*Auslieferungs- und Rechtshilfegesetz*), zastrzegła sobie w decyzji ramowej prawo do odmowy wykonywania ENA w sytuacji, gdy dotyczy on obywatela Austrii do czasu uchylenia tej gwarancji, najpóźniej jednak do 31 XII 2008 r.⁴⁰

Konieczność implementacji decyzji ramowej również przed polskim parlamentem postawiła trudne zadanie dostosowania wewnętrznych przepisów prawnych do takich standardów przyjętych przez Unię Europejską, które - werbalnie przynajmniej - zdawały się pozostawać w ewidentnej sprzeczności z gwarancjami wynikającymi z przepisów konstytucji. Zgodnie bowiem z art. 55 ust. 1 Konstytucji RP w jej pierwotnym brzmieniu niedopuszczalna była ekstradycja obywatela polskiego. Ze względu na treść art. 55 Konstytucji RP w polskim piśmiennictwie zgłaszano wątpliwość co do możliwości implementacji ENA bez jednoczesnej zmiany konstytucji. Autorzy dopuszczający taką możliwość podnosili tu, w szczególności, argument, że przekazanie w trybie

³⁹ Zob. także A. ZWIERZYŃSKA: Instytucja ekstradycji w konstytucjach wybranych państw współczesnych, "Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" z. 1/2003, s. 23 i n.

⁴⁰ Zob. art. 33 ust. 2 decyzji ramowej. Na temat austriackich dylematów związanych z implementacją decyzji ramowej zob. H. EPP: European Extradition in the 21st Century. Overcoming constitutional barriers – The public law challenges for the EWA in national constitutional courts, artykuł dostępny na stronie internetowej <http://www.justice.org.uk/images/pdfs/eurepp.pdf>, passim.

ENA jest inną instytucją prawną aniżeli ekstradycja, z czego wywodzili, że gwarancja zapisana w tym przepisie Konstytucji nie chroni przed przekazaniem w trybie ENA⁴¹.

Z czasem okazało się, że problem wiążący się z wynikającym z decyzji ramowej nakazem przekazywania własnych obywateli nie dotyczy tylko tych państw członkowskich UE, w których przepisach rangi konstytucyjnych zapisany jest wyraźny zakaz ekstradycji.

Problem konstytucyjności przekazywania w trybie ENA własnych obywateli pojawił się również na gruncie konstytucji cypryjskiej, czeskiej i fińskiej, w których nie ma przepisu wykluczającego *explicite* ekstradycję własnych obywateli.

Problem konstytucyjności przepisów implementujących ENA w kontekście przekazywania własnych obywateli pojawił się także w Niemczech. Artykuł 16 ust. 2 niemieckiej ustawy zasadniczej w zdaniu pierwszym statuuje zakaz wydawania własnych obywateli, natomiast w zdaniu drugim dopuszcza wydanie państwu członkowskiemu UE oraz Międzynarodowym Trybunałom Karnym, o ile zachowane są zasady państwa prawnego. Zdanie drugie, dopuszczające możliwość wydawania obywateli niemieckich m. in. do państw członkowskich UE, zostało dodane do art. 16 ust. 2 ustawy zasadniczej ustawą o zmianie ustawy zasadniczej (*Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes*) z 29 XI 2000 r.⁴². Wcześniej przepis ten gwarantował obywatelom niemieckim pełną ochronę przed ekstradycją⁴³.

W niemieckim piśmiennictwie w okresie poprzedzającym transpozycję decyzji ramowej zgłaszano zarzut kolizji założeń, na których opiera się ENA, z zasadą demokratycznego państwa prawnego. Kwestionowano też dopuszczalność drastycznej ingerencji w suwerenność państwo-

⁴¹ W tej kwestii pojawiły się dwa przeciwstawne stanowiska zreferowane szczegółowo w uzasadnieniu wyroku TK z 27 kwietnia 2005 r., P 1/05, OTK nr 4A/2005, poz. 42.

⁴² BGBl I, S. 1633.

⁴³ Bliżej zob. F. GEYER: *The European Arrest Warrant in Germany. Constitutional Mistrust towards the Concept of Mutual Trust (w:) Constitutional challenges...*, s. 103.

wą, jaka wiąże się z tą instytucją. Wskazywano ponadto na naruszenie konstytucyjnego zakazu retroaktywnego działania prawa w sytuacji, gdy nakaz europejski wiąże się z czynem, który w chwili jego popełnienia nie był zabroniony pod groźbą kary w państwie wykonania⁴⁴.

Ten ostatni problem dyskutowany był również w piśmiennictwie hiszpańskim⁴⁵.

W polskim piśmiennictwie z kolei wskazywano także na niezgodność decyzji ramowej z art. 55 ust. 2 Konstytucji RP. W pierwotnym brzmieniu przepis ten przewidywał, że zakazana jest ekstradycja osoby podejrzanej o popełnienie bez użycia przemocy przestępstwa z przyczyn politycznych. Takiej przyczyny odmowy wykonania nakazu europejskiego decyzja ramowa nie przewiduje.

Punkt 12 preambuły decyzji ramowej w sprawie ENA deklaruje nienaruszalność zasad konstytucyjnych państw członkowskich, odnoszących się do poszanowania prawa do sprawiedliwego procesu. Punkt 13 wyklucza zaś dopuszczalność ekstradycji, jeżeli wiązałoby się z tym poważne ryzyko, że w państwie, do którego oskarżony ma być wydany, „zostanie wobec niego zastosowana kara śmierci, tortury lub inne kary lub działania nieludzkie lub poniżające”. Ze względu na związanie EKPCz w ramach UE niebezpieczeństwo takie jest mało realne.

Porównywalność poziomu ochrony praw i wolności obywatelskich w poszczególnych państwach członkowskich UE nie wyczerpuje wszystkich problemów wiążących się z ideą ENA. Usprawiedliwienia wymaga tu bowiem dopuszczalność ingerencji w konstytucyjnie gwarantowane prawa i wolności oskarżonego, w tym m.in. w konstytucyj-

⁴⁴ Por. B. SCHÜNEMANN: *Europäischer Haftbefehl und EU-Verfassungsentwurf auf schiefer Ebene*, „Zeitschrift für Rechtspolitik“ nr 6/2003, s. 185–189; tenże: *Europeizacja prawa karnego niebezpieczeństwem dla demokratycznego państwa prawnego?*, „Jurysta“ nr 7–8/2004, s. 7–8. Krytycznie do tych zarzutów J. MEYER: *Die künftige Europäische Verfassung und das Strafrecht [w:] Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, München 2005, s. 797.

⁴⁵ Bliżej zob. M. JIMENO-BULNES: *Spain and the European Arrest Warrant – The View of a „Key User” (w:) Constitutional challenges...*, s. 168 i n.

nie gwarantowaną ochronę przed wydaniem obcym organom wymiaru sprawiedliwości oraz inne gwarancje konstytucyjne⁴⁶.

Wątpliwości konstytucyjne zgłaszane w kontekście ENA znalazły częściowe potwierdzenie w orzecznictwie organów powołanych do sprawowania kontroli konstytucyjności prawa w państwach członkowskich związanych decyzją ramową.

Wyrokiem z 27 kwietnia 2005 r. polski TK stwierdził, że art. 607t § 1 k.p.k. w zakresie, w jakim zezwala na przekazanie obywatela polskiego do państwa członkowskiego UE na podstawie ENA, jest niezgodny z art. 55 ust. 1 Konstytucji RP. Orzekając o niezgodności poddanego kontroli przepisu k.p.k. z art. 55 ust. 1 Konstytucji RP, TK skorzystał z wynikającej z art. 190 ust. 3 Konstytucji możliwości odroczenia utraty mocy obowiązującej przez niekonstytucyjny przepis, wskazując maksymalny dopuszczalny przez Konstytucję termin, tj. 18 miesięcy od dnia ogłoszenia wyroku w Dzienniku Ustaw. Termin ten upłynął 5 listopada 2006 r.⁴⁷. Ze względu na związanie granicami zaskarżenia TK nie zajął się innymi, zgłaszanymi w piśmiennictwie, wątpliwościami konstytucyjnymi dotyczącymi ENA. Chodzi tu, w szczególności, o niezgodność tego instrumentu prawnego z art. 55 ust. 2 Konstytucji RP w jego pierwotnym brzmieniu, zakazującym ekstradycji osoby podejrzanej o po-

⁴⁶ Na ten problem zwraca uwagę M. Böse: *Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung in der transnationalen Strafrechtspflege in der EU* [w:] *Fragmentarisches Strafrecht. Beiträge zum Strafrecht, Strafprozeßrecht und zur Strafrechtsverglei- chung. Festschrift für Manfred Mainwald, C. Momßen, R. Bloy, P. Rackow* [red.], Frankfurt am Main 2003, s. 236.

⁴⁷ W kontekście tej części sentencji wyroku w piśmiennictwie karnoprocesowym od- żyły spory dotyczące związania sądów orzeczeniem Trybunału. Przez pewien czas po zapadnięciu wyroku orzecznictwo sądowe w kwestii przekazywania własnych obywateli w trybie ENA nie było jednolite. Wątpliwości co do możliwości wykonania nakazu europejskiego w okresie odroczonej utraty mocy obowiązującej zakwestionowanego przez TK przepisu rozstrzygnęło ostatecznie postanowienie Sądu Najwyższego z 13 grudnia 2005 r., sygn. III KK 318/05, OSNKW nr 4/2006, poz. 37. Zob. także glosy do tego postanowienia: krytyczną autorstwa P. Hofmańskiego, opublikowaną w „Europejskim Przeglądzie Sądowym” 2006, nr 7, s. 44–46, oraz aprobującą B. Nity: „Przegląd Sejmowy” 2006, nr 5 (76), s. 160 i n.

pełnienie przestępstwa bez użycia przemocy z przyczyn politycznych, bez względu na jej obywatelstwo.

W niespełna trzy miesiące później, wyrokiem z 18 lipca 2005 r., niemiecki Związkowy Trybunał Konstytucyjny powołując się na zasadę proporcjonalności, orzekł o niekonstytucyjności całej ustawy o ENA i stwierdził jej nieważność⁴⁸. Z uzasadnienia wyroku nie wynika, iżby ZTK uznał, że ENA sam przez się jest z perspektywy konstytucyjnej nieproporcjonalnym instrumentem prawnym. Ze względu na naruszenie w ustawie implementującej ENA wymogów płynących z konstytucyjnej zasady proporcjonalności sformułował natomiast w odniesieniu do ustawodawcy zwykłego kilka zarzutów. Stwierdził przede wszystkim, że przy transpozycji decyzji ramowej ustawodawca zwykły nie skorzystał z możliwości ograniczenia przekazywania w trybie ENA własnych obywateli, jaką stwarza art. 4 pkt. 7 decyzji ramowej. Drugi zarzut dotyczył braku sądowej kontroli orzeczenia o przekazaniu. ZTK stwierdził ponadto, że na gruncie prawa krajowego ustawodawca nie sprecyzował należycie przyczyn odmowy wykonania nakazu europejskiego. Konstytucyjnym wzorcami kontroli w tej sprawie były: art. 19 ust. 4 ustawy zasadniczej oraz art. 2 ust. 1 w związku z art. 20 ust. 3, art. 16 ust. 2 oraz z art. 19 ust. 4 ustawy zasadniczej (*Grundgesetz*)⁴⁹.

Te dwa orzeczenia spotkały się z niejednołitą, w przeważającej mierze jednak bardzo krytyczną oceną w piśmiennictwie⁵⁰. Zbież-

⁴⁸ Wyrok ten został opublikowany w „Neue Juristische Wochenschrift” 2005, s. 2289. Jego sentencja wraz z uzasadnieniem jest też dostępna na stronie internetowej niemieckiego ZTK: <http://www.bundesverfassungsgericht.de>.

⁴⁹ Bliżej zob. U. BUERMAYER: Grundrechtsschutz in Deutschland und Europa: Das BVerfG hebt die Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl auf, *Höchstrichterliche Rechtsprechung* 2005, 273–283.

⁵⁰ Krytycznie wobec stanowiska TK ustosunkowali się w głosach do tego wyroku: W. CZAPLIŃSKI: „Państwo i Prawo” 2005, nr 9, s. 107–112; P. HOFMAŃSKI: „Państwo i Prawo” 2005, nr 9, s. 113–117; P. KRUSZYŃSKI: „Palestra” 2005, nr 7–8, s. 290 i n. Tak też S. WALTOŚ: *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2005, s. 596 i s. 598; A. GÓRSKI, A. SAKOWICZ: *Bariery prawne integracji europejskiej*, „Materiały Robocze” 2005, nr 3, s. 21 i n.; tychże: *Europejski nakaz aresztowania i jego implementa-*

ne w odniesieniu do orzeczeń obu sądów były zarzuty wystąpienia przeciwko procesowi integracji europejskiej. W piśmiennictwie niemieckim orzeczenie zapadłe w sprawie ENA określono wręcz jako „*Solange III*”, wskazując krytycznie, że ZTK dwanaście lat po wyroku w sprawie *Maastricht* i dziewiętnaście lat po wyroku w sprawie *Solange II* uznał za potrzebne odmienne spojrzenie na konstytucyjne granice integracji europejskiej⁵¹. Zdecydowanie negatywnie do wyroku polskiego TK ustosunkowała się Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego przy Ministrze Sprawiedliwości w oświadczeniu wydanym 2 czerwca 2005 r. W tym przypadku zastrzeżenia zostały sformułowane głównie ze względu na skutki wiążące się z zapadłym orzeczeniem⁵².

Wyrokiem z 7 listopada 2005 r. w sprawie *Konstantinou* (sygn. 29/4/2005) cypryjski Sąd Najwyższy w pełnym składzie orzekł o niekonstytucyjności przepisów ustawy nr 133 (1)/2004 o europejskim nakazie aresztowania oraz procedurze przekazania wewnątrz Unii Europejskiej ze względu na gwarancję zawartą w art. 11 ust. 2 pkt. f tamtejszej konstytucji. Zgodnie z tym przepisem, „Każdy ma prawo do wolności i nietykalności osobistej. Nikt nie może być pozbawio-

cja..., s. 359 i n.; P. HOFMAŃSKI: Przekazanie obywatela polskiego innemu państwu członkowskiemu Unii Europejskiej na podstawie europejskiego nakazu aresztowania – glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 13.12.2005 r. (III KK 318/05), „Europejski Przegląd Sądowy” 2006, nr 7, s. 44–46. Częściowo krytycznie ustosunkowały się do niego: A. GRZELAK: Europejski nakaz aresztowania – orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z punktu widzenia prawa europejskiego, „Europejski Przegląd Sądowy” 2005, nr 2, s. 24 i n. oraz E. GIERACH w głosie opublikowanej w „Przeglądzie Sejmowym” 2005, nr 5, s. 196–204. Aprobując wyrok ten ocenili w glosach: M. PŁACHTA, R. WIERUSZEWSKI: „Państwo i Prawo” 2005, nr 9, s. 117–125 oraz S. Steinborn: „Przegląd Sejmowy” 2005, nr 5, s. 182–195. Tak też B. NITA: Europejski nakaz aresztowania..., s. 56 i n.

⁵¹ Podkreśla to F. GEYER: *The European Arrest Warrant in Germany...*, s. 107.

⁵² Komisja podzieliła pogląd, że art. 55 ust. 1 Konstytucji RP nie zezwala na ekstradycję obywatela polskiego w żadnej formie, a zatem także na podstawie europejskiego nakazu aresztowania. Treść opinii została opublikowana w „Europejskim Przeglądzie Sądowym” nr 2/2005, s. 63.

ny wolności, chyba że dotyczy to aresztowania lub zatrzymania osoby w celu zapobieżenia nieuzasadnionemu wjazdowi na terytorium Republiki lub cudzoziemca, przeciwko któremu toczy się postępowanie deportacyjne lub ekstradycyjne”⁵³.

Ze względu na brzmienie § 9 ust. 1 konstytucji (*Suomen Perustuslaki*)⁵⁴ z 11 czerwca 1999 r. fińska Komisja Parlamentarna Prawa Konstytucyjnego⁵⁵ stwierdziła niemożność pełnej implementacji decyzji ramowej do tamtejszego systemu prawnego. Zgodnie z tym przepisem, „Obywatelowi nie wolno stawiać przeszkód przy wjeździe i wyjeździe z kraju, nie wolno go też wbrew jego woli deportować, ani poddać ekstradycji, ani przenieść do innego kraju”⁵⁶.

Na uwagę zasługuje tu także wyrok czeskiego Sądu Konstytucyjnego (*Ustavni Soud*) z 3 maja 2006 r. (sygn. Pl. US 66/04)⁵⁷, stwierdzający zgodność przepisów o ENA z tamtejszą konstytucją. Wzorcem kontroli konstytucyjnej w postępowaniu przed czeskim Sądem Konstytucyjnym był art. 14 ust. 4 zdanie 2 Karty podstawowych praw i swobód (*Listina základních práv a svobod*) z 1991 r., zgodnie z którym obywatel nie może być zmuszony do opuszczenia swojej ojczyzny. Znaczenie tej gwarancji nie jest tożsame z tą, którą wyrażał art. 55 ust. 1 Konstytucji RP w brzmieniu pierwotnym, co zresztą czeski Sąd Konstytucyjny wyraźnie podkreślił w uzasadnieniu swojego wyroku.

⁵³ Pełny tekst wyroku wraz z uzasadnieniem w języku greckim oraz skrótowne omówienie w języku angielskim są dostępne na stronie internetowej <http://www.eurowarrant.net/>. Bliżej zob. E. A. STEFANOM, A. KAPARDIS: The First Two Years of Fiddling around with the Implementation of the European Arrest Warrant (EAW) in Cyprus (w:) *Constitutional challenges...*, s.79 i n.

⁵⁴ Act nr 731/1999.

⁵⁵ Fiński system prawny nie zna sądownictwa konstytucyjnego. Abstrakcyjną, wyłącznie prewencyjną kontrolę konstytucyjności prawa sprawuje Komisja Parlamentarna Prawa Konstytucyjnego. Kompetencję do kontroli konstytucyjności przepisów w procesie stosowania prawa mają także sądy.

⁵⁶ T. OJANEN The European Arrest Warrant in Finland – Taking Fundamental and Human Rights Seriously (w:) *Constitutional challenges ...*, s. 89 i n.

⁵⁷ Dokument w zbiorach autorki.

Wspomnieć również wypada o opinii francuskiej Rady Stanu (*Conseil d'Etat*) z 26 września 2002 r. (sygn. 368/282)⁵⁸ stwierdzającej, iż prawa i wolności zagwarantowane w Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela z 1789 r. oraz w preambule do francuskiej konstytucji nie sprzeciwiają się ekstradycji obywatela francuskiego. Transpozycja instytucji europejskiego nakazu aresztowania do ustawodawstwa francuskiego powinna jednak, ze względu na pewne niepisane, fundamentalne zasady prawa, zostać poprzedzona odpowiednią zmianą konstytucji.

Z kolei belgijski Sąd Konstytucyjny (*Arbiterhof*), w toku postępowania toczącego się w przedmiocie konstytucyjności przepisów implementujących ENA, powziął wątpliwość co do zgodności decyzji ramowej w sprawie ENA z traktatem o Unii Europejskiej w aspektach materialnym i proceduralnym, kierując w tym zakresie pytanie prejudycjalne do ETS⁵⁹.

Konstytucyjne konteksty, w związku z którymi pozostają powołane powyżej orzeczenia, nie jest tożsamy. Ich porównawcza analiza dostarcza interesujących spostrzeżeń co do rozumienia przez sądy konstytucyjne państw członkowskich UE relacji między prawem konstytucyjnym a przepisami prawa europejskiego w III filarze, zwłaszcza że zarówno wyrok polskiego TK, jak i odnoszące się do ENA orzeczenia obce zostały poddane krytycznej analizie w bogatym piśmiennictwie. ■

⁵⁸ Dokument w zbiorach autorki. Zob. także RERRERA: *The Relationship of Extradition Law in International Treaties with the European Arrest Warrant and its Application in France* (w:) *Constitutional challenges...*, s. 147 i n. oraz P. PFÜTZNER: *Der Europäische Haftbefehl und seine Umsetzung in das französische Recht*, *The European Criminal Law Associations' Forum – eurocrim* nr 1–2/2006, s. 29 i n.

⁵⁹ Treść pytania jest dostępna na stronie internetowej <http://www.curia.eu.int>. Bliżej zob. L. WALLEYN: *The Belgian Court of Arbitration and the European Arrest Warrant* (w:) *Constitutional challenges...*, s. 137 i n.

3. INTERPRETACJA WYRAŻEŃ UŻYTYCH W PRZEPISACH RANGI KONSTYTUCYJNEJ ZAWIERAJĄCYCH GWARANCJE OGRANICZAJĄCE DOPUSZCZALNOŚĆ EKSTRADYCJI

Do rozstrzygnięcia problemów konstytucyjnych przedstawionych wszystkim organom powołanym do sprawowania kontroli konstytucyjności prawa, które wypowiedziały się w przedmiocie konstytucyjności przepisów o ENA, kluczowe znaczenie miało określenie zakresu konstytucyjnej gwarancji zakazującej wydawania własnych obywateli.

Pierwszorzędne znaczenie miało tu rozstrzygnięcie wątpliwości, czy przekazanie na podstawie ENA jest odmianą ekstradycji.

Jak już była o tym mowa, w okresie poprzedzającym implementację ENA w polskim piśmiennictwie pojawiły w tej kwestii dwa przeciwstawne stanowiska.

Część doktryny uznała możliwość implementacji decyzji ramowej do polskiego systemu prawnego bez jednoczesnej zmiany art. 55 Konstytucji RP. Stanowisko to opierało się przede wszystkim na założeniu, że przekazanie na podstawie europejskiego nakazu aresztowania jest inną instytucją prawną aniżeli ekstradycja. Opierając się na wykładni językowej, zwolennicy tego stanowiska wskazywali, że w decyzji ramowej w sprawie europejskiego nakazu aresztowania używane są dwa różne wyrażenia: przekazanie (ang. *surrender*) oraz ekstradycja (ang. *extradition*). Jako argument wspierający pogląd o odmienności wydania na podstawie ENA oraz ekstradycji zwolennicy tego poglądu odwoływali się także do treści preambuły decyzji ramowej, która wskazuje, że te różnice terminologiczne nie były przypadkowe. Miały służyć stworzeniu nowej instytucji prawnej zastępującej ekstradycję między państwami członkowskimi UE. Po implementacji decyzji ramowej zwolennicy tego poglądu zaczęli się posługiwać dodatkowo argumentem odwołującym

się do odmienności między ekstradycją a wydaniem na podstawie ENA w przepisach polskiego kodeksu postępowania karnego. Nawiązując do art. 9 Konstytucji RP, zwolennicy tego poglądu zwracali ponadto uwagę na konieczność „zycziwej interpretacji” konstytucji w zakresie zgodności z nią polskich przepisów wewnętrznych, ustanowionych w związku z wymogami wynikającymi z prawa europejskiego⁶⁰.

Porównywalna liczba przedstawicieli doktryny kwestionowała możliwość implemetacji decyzji ramowej do polskiego systemu prawnego bez jednoczesnej zmiany art. 55 Konstytucji RP. Uzasadniając ten pogląd, jego zwolennicy podkreślali, że tryb wydawania w ramach ekstradycji i procedura wydawania w ramach europejskiego nakazu aresztowania wskazują, że europejski nakaz aresztowania jest odmianą ekstradycji⁶¹. Zwolennikom tego poglądu argumentów wspierających ich stanowisko dostarczała również treść preambuły do decyzji ramowej w sprawie europejskiego nakazu aresztowania. Zgodnie z punktami pierwszym i trzynastym preambuły, intencją twórców tego aktu prawnego było uproszczenie procedur ekstradycyjnych między państwami członkowskimi UE. Sama preambuła decyzji ramowej wskazuje zatem na podobieństwo tych instytucji w zakresie przypisywanych im funkcji.

Należy tu podkreślić, że w trakcie prac nad projektem ustawy nowelizującej kodeks postępowania karnego w zakresie europejskiego nakazu aresztowania zasięgnięto opinii Rady Legislacyjnej w przedmiocie zgodności z Konstytucją RP projektowanych przepisów w tym zakresie, w jakim przewidywały przekazywanie innym państwom członkowskim UE polskich obywateli ściganych na podstawie europejskiego nakazu aresztowania, a także osób nie będących obywatelami polskimi, które popełniły bez użycia przemocy przestępstwo z przyczyn politycznych.

⁶⁰ Por. P. KRUSZYŃSKI: Europejski nakaz aresztowania ..., s. 197–199.

⁶¹ Por. M. PŁACHTA: Europejski nakaz aresztowania a ekstradycja, „Jurysta” nr 11–12/2002, s. 14 i n.; P. WINCZOREK: Europejskie aresztowanie a polska konstytucja, „Rzeczpospolita” z 17 listopada 2003 r., s. C 3.

Stanowisko Rady Legislacyjnej w tym zakresie nie było jednomyślne. W opinii z 23 lipca 2003 r. większość jej członków uznała jednak, iż przekazanie na podstawie europejskiego nakazu aresztowania można uznać za dopuszczalne w polskim porządku konstytucyjnym⁶².

W moim przekonaniu, rozstrzygając wątpliwość, czy przekazanie następujące na podstawie ENA jest formą ekstradycji, polski TK słusznie odrzucił stanowisko, iżby różne określenia (przekazanie i ekstradycja) użyte w decyzji ramowej dla przeciwstawienia ENA „klasycznej” ekstradycji miały – nawet przy zastosowaniu proeuropejskiej interpretacji Konstytucji – przesądzać o niestosowaniu gwarancji płynącej z art. 55 Konstytucji RP do przekazywania na podstawie ENA.

Na poziomie konstytucji wyrażenie „ekstradycja” ma autonomiczne znaczenie, niezależne od znaczenie przypisywanego mu w ustawodawstwie zwykłym. Przy wykładni pojęć konstytucyjnych definicje sformułowane w aktach prawnych niższego rzędu nie mogą mieć znaczenia wiążącego i przesądzającego o sposobie ich interpretacji. Rozstrzygające znaczenie mają tu zatem sens i istota danej gwarancji konstytucyjnej. Przeciwnie założenie umożliwiałoby obchodzenie gwarancji konstytucyjnych przez formalne kwalifikowanie w ustawach zwykłych instytucji mającej cechy ekstradycji jako inny instrument prawny⁶³.

Uzupełniająco należy tu podkreślić, że decyzja ramowa nie wyklucza możliwości implementacji ENA poprzez odpowiednią modyfikację przepisów wewnętrznych państw członkowskich, dotyczących ekstradycji. W tym zakresie stanowisko polskiego TK spotkało się z przychylną oceną większości doktryny⁶⁴.

⁶² A. GRZELAK, F. JASIŃSKI: Przekazanie zamiast ekstradycji..., s. C 3. Stanowiska poszczególnych członków zreferowane są w uzasadnieniu omawianego wyroku Trybunału Konstytucyjnego.

⁶³ Bliżej zob. B. NITA, Europejski nakaz aresztowania..., s. 60.

⁶⁴ Ze stanowiskiem TK w tym zakresie zgodziła się Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego. Krytycznie, choć z różnym uzasadnieniem ustosunkowali się do niego w glosach do wyroku TK: P. KRUSZYŃSKI: „Palestra” nr 7–8/2005, s. 290 oraz W. CZAPLIŃSKI: „Pip” nr 9/2005, s. 108.

Warto w tym kontekście podkreślić, że pomysł, iżby przekazanie w trybie ENA było na poziomie konstytucyjnym odmienną od ekstradycji instytucją, wyraźnie odrzucił także cyprijski Sąd Najwyższy w powołanym wyżej orzeczeniu z 7 listopada 2005 r.

W kontekście sporów co do tego, czy ENA jest innym instrumentem prawnym aniżeli ekstradycja, warto tu zaznaczyć, że podobny argument w ogóle nie pojawił się w sprawie zawistej przed niemieckim ZTK.

Na krótko przed zapadnięciem orzeczenia tego sądu w niemieckim piśmiennictwie został zaś wręcz wyrażony pogląd, iż ENA nie wprowadził na tyle radykalnej zmiany w procedurze ekstradycyjnej, aby można było uznać, że dla tej instytucji nie jest już adekwatna nazwa „ekstradycja”⁶⁵.

Podkreślenie suwerenności państwowej nie jest wyłącznym celem, dla którego zakazowi wydawania własnych obywateli nadaje się wymiar konstytucyjny. Zarówno w polskiej, jak i w fińskiej oraz niemieckiej konstytucji zakaz wydawania własnych obywateli ujęty jest jako gwarancja wolności osobistej.

Eksponując ten aspekt omawianej gwarancji, niemiecki ZTK podkreślił, że zakazując przekazania obywatela obcej władzy sądowniczej, ma ona go jednocześnie chronić przed osądzeniem w obcym systemie prawnym oraz przed wykonaniem tam kary. Gwarancja zawarta w art. 16 ust. 2 niemieckiej ustawy zasadniczej podkreśla zatem szczególny związek obywatela z jego macierzystym porządkiem prawnym, gwarantującym mu określone prawa i wolności. Zakaz ekstradycji gwarantuje prawo do osądzenia przed „własnym” sądem.

Identycznie cel zakazu sformułowanego w art. 55 ust. 1 Konstytucji RP, w zakresie potrzebnym do rozstrzygnięcia przedstawionego mu problemu konstytucyjnego, określił polski TK. Stwierdził mianowicie, że zakaz ekstradycji gwarantuje prawo do osądzenia przed sądem polskim. Tym samym TK odrzucił pogląd, iż w rozumieniu Konstytucji RP istotę prawa wynikającego z zakazu ekstradycji stanowi prawo

⁶⁵ Por. o. LAGODNY: „Extradition” Without a Granting Procedure..., s.41.

obywatela do opieki ze strony Rzeczypospolitej Polskiej i zapewnienie mu sprawiedliwego i jawnego procesu przed niezawisłym sądem, w ramach którego respektowane są prawa jednostki⁶⁶. Te prawa są bowiem chronione przez inne przepisy Konstytucji RP. Zakaz ekstradycji sformułowany w art. 55 ust. 1 Konstytucji RP w jej pierwotnym brzmieniu wyraża natomiast prawo obywatela do odpowiedzialności karnej przed sądem polskim. Skoro tak, to z przekazaniem na podstawie ENA innemu państwu wiązałoby się naruszenie istoty tej gwarancji konstytucyjnej. W konsekwencji TK uznał, że kategorycznie sformułowany zakaz ekstradycji obywatela polskiego gwarantowany przez art. 55 ust. 1 Konstytucji RP w brzmieniu obowiązującym w czasie orzekania ma charakter absolutny, a wynikające z niego prawo osobiste obywateli nie może podlegać żadnym ograniczeniom. Wprowadzenie tu jakichkolwiek ograniczeń uniemożliwiłoby bowiem korzystanie z tego prawa. Skoro zakaz ekstradycji wyraża prawo obywatela do odpowiedzialności karnej przed własnym, macierzystym sądem, to przekazanie na podstawie ENA, następujące przeciwieństwo w celu osądzenia osoby w państwie obcym lub w celu wykonania tam kary, w sposób oczywisty narusza istotę tej gwarancji konstytucyjnej.

Znamienne jest, że ta sama myśl znalazła się w uzasadnieniu orzeczenia cypryjskiego Sądu Najwyższego, stwierdzającego niekonstytucyjność tamtejszych przepisów implementujących ENA w zakresie, w jakim dopuszczają możliwość wydawania własnych obywateli. Cypryjski Sąd Najwyższy wyraźnie nawiązał do stanowiska polskiego Trybunału Konstytucyjnego, dotyczącego celu gwarancji pomieszczonej w art. 55 ust. 1 Konstytucji RP⁶⁷.

Na uwagę zasługuje tu także stanowisko wyrażone przez fińską Komisję Parlamentarną Prawa Konstytucyjnego, która stwierdziła, że implementacja środków UE nie jest dopuszczalna, tak by obniżała stan-

⁶⁶ Taki pogląd w krytycznych glosach do wyroku TK opublikowanych w „Pip” nr 9/2006 prezentowali P. KRUSZYŃSKI: s. 293; W. CZAPLIŃSKI: s. 109; P. HOFMAŃSKI: s. 116.

⁶⁷ Bliżej zob. E. A. STEFANO, A. KAPARDIS: *The First Two Years...*, s. 76 i s. 83.

dard gwarancji konstytucyjnych oraz tych, które obowiązują w zakresie ochrony praw człowieka. Wyznaczają one bowiem granice prymatu prawa europejskiego nad prawem wewnętrznym⁶⁸.

Warto tu zwrócić uwagę, że niemiecki ZTK podkreślił w tym kontekście, że konstytucyjnie gwarantowany zakaz ekstradycji własnych obywateli rekompensuje powszechne wśród państw europejskich uzasadnianie własnej jurysdykcji krajowej zasadą personalną (narodowości podmiotowej). Z tą uwagą nie do końca można się jednak zgodzić. W sytuacji bowiem, gdy nakaz europejski dotyczy czynu, który w czasie jego popełnienia nie był czynem zabronionym pod groźbą kary według przepisów państwa wykonania nakazu europejskiego, osądzenie oskarżonego nie jest tam możliwe. *Notabene* taka właśnie sytuacja była jednym z elementów stanu faktycznego, na gruncie którego do ZTK została skierowana skarga konstytucyjna rozstrzygnięta analizowanym wyrokiem.

W kontekście rozważań dotyczących konstytucyjnego zakazu wydania własnych obywateli zarówno w postępowaniu przed polskim TK, jak i przed niemieckim ZTK pojawił się problem wpływu obywatelstwa UE na zakres tego zakazu.

Jeszcze przed stwierdzeniem przez TK niekonstytucyjności ENA w piśmiennictwie był prezentowany pogląd, że po uzyskaniu przez Polskę członkostwa w UE, kiedy obywatele polscy stali się jednocześnie obywatelami UE, pojęcie obywatelstwa nabrało nowego znaczenia⁶⁹. Obywatel polski na terytorium innego państwa członkowskiego UE nie jest już zatem obcym podmiotem.

Polski TK odrzucił ten pogląd, uzasadniając, że obywatelstwo UE nie może wpływać na obniżenie gwarancyjnej funkcji przepisów Konstytucji RP, dotyczących praw i wolności. W tej materii TK odwołał się posiłkowo do treści art. 17 ust. 1 TWE, zgodnie z którym „Obywatel-

⁶⁸ T. OJANEN: *The European Arrest Warrant In Finland...*, s. 92.

⁶⁹ Por. np. E. PIONTEK, *Europejski nakaz aresztowania*, PiP nr 4/2004, s. 40–41.

stwo Unii uzupełnia obywatelstwo krajowe, nie zastępuje go jednak”. W odniesieniu do tego stanowiska w piśmiennictwie nie sformułowano żadnych polemicznych uwag⁷⁰.

W uzasadnieniu wyroku niemieckiego ZTK pojawiła się identyczna myśl. Nie znalazła ona jednak w niemieckim piśmiennictwie powszechnej aprobaty⁷¹.

Nie oznacza to, iżby z orzeczeń sądów konstytucyjnych: polskiego, niemieckiego oraz z wyroku cypryjskiego Sądu Najwyższego wynikało, że konstytucyjne gwarancje praw i wolności osobistych nigdy nie mogą zostać ograniczone ze względu na przepisy prawa europejskiego. Powołane powyżej orzeczenia zapadły bowiem w kontekście konkretnej gwarancji, chroniącej własnych obywateli przed ekstradycją. ■

⁷⁰ W pełni aprobująco do tego poglądu odnieśli się w głosie M. PŁACHTA, R. WIERUSZEWSKI, s. 122.

⁷¹ Krytycznie do tej myśli ustosunkował się U. HUFELD: Der Europäische Haftbefehl vor dem BVerfG – NJW 2005, 2289, „Juristische Schulung“ 2005, s. 865–871.

4. RELACJE MIĘDZY PRZEPISAMI KRAJOWYMI TRANSPONUJĄCYMI PRZEPISY UE W III FILARZE A KONSTYTUCJĄ

W kontekście problemu konstytucyjnego dotyczącego ENA w orzecznictwie organów powołanych do sprawowania kontroli konstytucyjności prawa w państwach członkowskich UE podjęta została istotna kwestia o ogólniejszym charakterze, dotycząca relacji zachodzącej między przepisami krajowymi ustanowionymi w wyniku implementacji przepisów UE w III filarze a konstytucją.

Ani polski, ani niemiecki sąd konstytucyjny nie podjęły w tym kontekście wątku miejsca aktów prawnych w III filarze w systemie źródeł prawa krajowego. Przedmiotem oceny konstytucyjnej nie były bowiem przepisy prawa europejskiego, lecz wewnętrzne przepisy krajowe⁷².

Dokonując merytorycznej oceny zakwestionowanych przepisów, zarówno niemiecki, jak i polski sąd konstytucyjny konkludentnie uznały natomiast swoją kompetencję do sprawowania kontroli konstytucyjności przepisów krajowych implementujących decyzje ramowe.

W kontekście relacji między prawem wprowadzającym ENA cypryjski Sąd Najwyższy stwierdził natomiast, że decyzje ramowe, obligując państwa nimi związane do pełnej transpozycji ich postanowień do wewnętrznych systemów prawnych, pozostawiają im jednak wybór form i środków prowadzących do osiągnięcia tego celu. Podkreślił przy tym,

⁷² Nie ma wątpliwości, że nie mogą one wyprzedzać przepisów rangi konstytucyjnej. W polskim piśmiennictwie zdaje się dominować pogląd o zwierzchnim charakterze Konstytucji nawet w odniesieniu do wtórnego prawa wspólnotowego. Bliżej zob. P. WINCZOREK: Konstytucja RP a prawo wspólnotowe, PiP nr 11/ 2004, s. 11; S. BIERNAT: Prawo Unii Europejskiej a Konstytucja RP i prawo polskie – kilka refleksji, tamże, s. 18 i n.; S. WALTOŚ: Proces karny..., s. 138–139.

że mimo to, iż transpozycja decyzji ramowej jest obligatoryjna, to decyzja ramowa nie wywołuje skutku bezpośredniego. Oznacza to konieczność zgodnego z konstytucją ukształtowania przepisów transponujących ENA do cypryjskiego porządku prawnego. W konsekwencji cypryjski Sąd Najwyższy stwierdził, że środki i formy służące transpozycji decyzji ramowej nie mogą naruszać przepisów konstytucji⁷³. Wyraźnie przy tym odrzucił pogląd prezentowany w postępowaniu zakończonym omawianym wyrokiem przez prokuratora generalnego, iż zasada pierwszeństwa prawa wspólnotowego w stosunku do prawa krajowego powinna, *mutatis mutandis*, odnosić się do prawa Unii Europejskiej w III filarze.

Diametralne stanowisko w tym zakresie zajął czeski sąd konstytucyjny, stwierdzając w uzasadnieniu powołanego wyżej wyroku z 3 maja 2006 r., iż z art. 1 ust. 2 konstytucji, zgodnie z którym „Republika Czeska przestrzega swych zobowiązań wynikających z prawa międzynarodowego”, interpretowanego w związku z zasadą współpracy, wyrażoną w art. 10 TWE,⁷⁴ wynika zasada konstytucyjna, według której przepisy prawa krajowego, w tym również przepisy rangi konstytucyjnej, powinny być interpretowane zgodnie z zasadami integracji europejskiej oraz współpracy organów wspólnotowych i organów państwa członkowskiego.

To powołane wyżej stanowisko czeskiego Sądu Konstytucyjnego - stwierdzające konieczność interpretacji przepisów krajowych, w tym także tych, które mają rangę konstytucyjną w zgodzie z zasadami integracji europejskiej - nie powinno być, moim zdaniem, przeceniane. W dalszej części wyroku znalazło się bowiem stwierdzenie wskazujące na to, że stanowisko czeskiego Sądu Konstytucyjnego w tej kwestii koresponduje z wypowiedzią ETS w sprawie *Pupino*. Sąd ten wskazał bowiem, że w sytuacji gdy możliwych jest kilka wariantów interpretacji Karty podstawo-

⁷³ Bliżej zob. E.A. STEFANOŪ, A. KAPARDIS: *The First Two Years...*, s. 84.

⁷⁴ Zgodnie z tym przepisem, „Państwa członkowskie podejmą wszelkie właściwe środki ogólne lub szczególne w celu zapewnienia wykonania zobowiązań wynikających z niniejszego traktatu lub z działań instytucji Wspólnoty. Ułatwiają one Wspólnocie wykonywanie jej zadań”.

wych praw i swobód, przy czym tylko niektóre z nich pozwalają wypełnić zobowiązania Republiki Czeskiej wynikające z członkostwa w Unii Europejskiej, konieczne jest przyjęcie takiej właśnie wykładni. Czeski Sąd Konstytucyjny podkreślił, że dotyczy to, w szczególności, interpretacji art. 14 ust. 4 Karty, który zakazuje zmuszania obywateli do opuszczania swojej ojczyzny. Znaczenie tego uregulowania nie jest tożsame z art. 55 ust. 1 Konstytucji RP w brzmieniu pierwotnym, co czeski Sąd Konstytucyjny wyraźnie podkreślił w uzasadnieniu swojego wyroku.

Znamienne jest, że po akcesji Finlandii do Unii Europejskiej (1 marca 1995 r.), w kontekście relacji między tamtejszą konstytucją a prawem europejskim, w piśmiennictwie został początkowo wyrażony pogląd, że te systemy prawne odnoszą się do różnej przestrzeni aplikacyjnej. Wykluczano tym samym możliwość powstania kolizji między dyspozycjami wynikającymi z przepisów wewnętrznych rangi konstytucyjnej a prawem europejskim. Ewidentne interakcje i zależności zachodzące między tymi systemami prawnymi obaliły wkrótce zasadność tego poglądu⁷⁵.

Ostrze polemicznych uwag dotyczących wyroku polskiego TK odnosi się do kwestii relacji między prawem europejskim a prawem konstytucyjnym.

Jak już wskazano, decyzje ramowe nie mają charakteru bezpośrednio obowiązującego. Na państwach członkowskich UE spoczywa natomiast obowiązek ich implementacji. W tym kontekście w piśmiennictwie polskim zwrócono uwagę, że chociaż kontrola dokonana przez TK miała za przedmiot przepisy kodeksu postępowania karnego, to dokonana ocena oddziałuje pośrednio na ocenę przepisów samej decyzji ramowej. Część autorów stwierdziła w tym kontekście wręcz, iż TK nie jest kompetentny do kontroli konstytucyjności przepisów będących następstwem implementacji decyzji ramowej⁷⁶.

⁷⁵ Bliżej zob. T. OJANEN: *The European Arrest Warrant in Finland...*, s. 91.

⁷⁶ Por. P. HOFMAŃSKI: *Głosa*, s. 116; S. WALTOŚ: *Proces karny...* s. 598; A. GÓRSKI, A. SAKOWICZ: *Bariery prawne integracji europejskiej...*, s. 18.

Problem dopuszczalności kontroli konstytucyjności przepisów krajowych, będących wynikiem implementacji decyzji ramowej, pojawił się również w postępowaniu przed niemieckim ZTK. W postępowaniu tym rząd niemiecki przez swojego pełnomocnika prof. dr. J. Masinga prezentował stanowisko o niedopuszczalności kontroli konstytucyjności ustawy o ENA. Pogląd ten opierał się na założeniu prymatu tych przepisów prawa europejskiego, których implementacja jest obligatoryjna nad prawem krajowym, w tym także nad przepisami konstytucyjnymi. W konsekwencji rząd niemiecki twierdził, że w sytuacji gdy ZTK ma wątpliwości co do zgodności postanowień decyzji ramowej z gwarancjami konstytucyjnymi, powinien skierować pytanie do ETS.

ZTK w uzasadnieniu nie ustosunkował się do tego zarzutu. Konkludentnie uznał jednak swoją kompetencję do badania konstytucyjności przepisów ustanowionych w wyniku implementacji decyzji ramowych. Orzeczenie niemieckiego sądu konstytucyjnego zapadło przy trzech zdaniach odrębnych. Zarzut niedopuszczalności orzekania w sprawie przez ZTK ze względu na brak kognicji został podniesiony w jednym tylko ze zdań odrębnych, autorstwa sędziego M. Gerhardta. W bogatym piśmiennictwie poddającym ten wyrok krytycznej analizie nie podnoszono takiego zarzutu.

Problem relacji między ETS a sądami konstytucyjnymi państw członkowskich UE z pewnością powróci. Zagadnienie to jest wysoce kontrowersyjne, piśmiennictwo nie odnotowuje jednolitego stanowiska w tej kwestii. W kontekście analizowanego wyroku ZTK warto dodać, że prof. S. Broß – sędzia ZTK, *notabene* również autor zdania odrębnego do analizowanego wyroku, w okresie poprzedzającym orzeczenie prezentował trudny do zaakceptowania pogląd, iż ZTK nigdy nie ma obowiązku wystąpienia do ETS ze względu na brak tożsamości materii objętej ich kognicją⁷⁷.

⁷⁷ S. BROSS: Federalny Sąd Konstytucyjny nigdy nie ma obowiązku przedstawienia pytania prejudycjalnego Trybunałowi Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich, referat wygłoszony na seminarium zorganizowanym przez Sąd Konstytucyjny Republiki Czeskiej w Brnie 3 XII 2004 – w zbiorach autorki.

Należy tu podkreślić, że – odmiennie aniżeli Niemcy - Polska nie zdecydowała się, jak dotychczas na złożenie deklaracji o uznaniu jurysdykcji ETS w III filarze na podstawie art. 35 Traktatu o Unii Europejskiej⁷⁸. Już z tego powodu niemożliwe było skierowanie przez polski sąd konstytucyjny pytania prejudycjalnego do ETS dotyczącego natury europejskiego nakazu aresztowania.

Wyroki kontrolujące konstytucyjność przepisów implementujących ENA niewątpliwie refleksyjnie wpływają na ocenę decyzji ramowej w zakresie objętym orzeczeniem. Przedmiotem rozstrzygnięcia we wszystkich przypadkach były jednak wątpliwości konstytucyjne odnoszące się do przepisów prawa krajowego. ETS konsekwentnie zaś podkreśla w swoim orzecznictwie, iż jego właściwość dotyczy wyłącznie interpretacji i badania ważności aktów prawa europejskiego i nie rozciąga się na ocenę prawa krajowego⁷⁹. W mojej ocenie interpretacja ETS samej decyzji ramowej w żaden sposób nie mogła wpłynąć na ocenę wyrażoną w orzeczeniach organów orzekających w przedmiocie konstytucyjności przepisów implementujących ENA. _

W kontekście relacji między prawem europejskim a prawem krajowym w postępowaniu przed sądami konstytucyjnymi pojawił się także problem obowiązku wykładni zgodnej z prawem UE w ramach III filara (aktów prawnych UE nie należących do unijnego dorobku wspólnotowego).

Pytanie o istnienie obowiązku proeuropejskiej wykładni przepisów implementujących ENA nie zostało rozstrzygnięte przez polski TK jednoznacznie, z uzasadnieniem, że w rozpatrywanej sprawie nie jest to konieczne. TK powołał się tu na wcześniejsze orzecznictwo ETS, zgodnie z którym proeuropejska wykładnia prawa krajowego nie wchodzi w grę wówczas, gdyby jej skutkiem miało być pogorszenie położenia jednostki, a zwłaszcza wprowadzenie lub zaostrzenie odpowiedzialno-

⁷⁸ Por. M. PŁACHTA, R. WIERUSZEWSKI: *Głosa...*, s. 118–119.

⁷⁹ Por. glosy do analizowanego wyroku: W. CZAPLIŃSKIEGO: s. 110–111; Z. PŁACHTY, R. WIERUSZEWSKIEGO: s. 119.

ści karnej. Ze względu na kategorię stwierdzenie art. 55 Konstytucji RP w brzmieniu obowiązującym w czasie orzekania przez TK proeuropejska interpretacja nie mogła tu przynieść pożądanego rezultatu.

W związku z uregulowaniem wynikającym z art. 11 ust. 2 lit. f Konstytucji RP pogląd zbieżny ze stanowiskiem polskiego TK zajął w tej kwestii cypryjski Sąd Najwyższy w powołanym wyżej wyroku stwierdzającym niekonstytucyjność przepisów ustawy implementującej ENA. To - w mojej ocenie trafne - stanowisko polskiego TK pozostawiło niektórym komentatorom pewien niedosyt. Nie doprowadziło bowiem do uniknięcia stwierdzenia niekonstytucyjności art. 607t § 1 k.p.k. Wskazywano, w szczególności, iż na mocy traktatu akcesyjnego Polska przekazała część kompetencji na rzecz UE. W zakresie zaś, w jakim nastąpiło przekazanie kompetencji, prawo unijne przeważa nad prawem krajowym.

Na tle tych uwag w piśmiennictwie polskim sformułowano zarzut naruszenia przez TK wymogu proeuropejskiej interpretacji decyzji ramowej, powołując się tu zwłaszcza na stanowisko ETS wyrażone w późniejszej, głośniejszej sprawie *Pupino*. W piśmiennictwie pojawiło się nawet stwierdzenie, że gdyby wyrok ETS zapadł wcześniej, tj. przed orzeczeniem TK, to jego rozstrzygnięcie byłoby zapewne inne⁸⁰.

Moim zdaniem, stanowisko TK odrzucające w rozstrzygniętej sprawie możliwość obrony konstytucyjności poddanego kontroli przepisu k.p.k. przez zastosowanie proeuropejskiej wykładni Konstytucji RP znalazło wręcz potwierdzenie w argumentacji przedstawionej w uzasadnieniu orzeczenia zapadłego w sprawie *Pupino*.

W tym głośnym wyroku, w ramach odpowiedzi na pytanie prejudycjalne Sądu we Florencji (*Tribunale di Firenze*) dotyczące decyzji ramowej 2001/220/WSiSW - pozycja ofiar w postępowaniu karnym - Ochrona osób podatnych na wiktyimizację - Przesłuchiwanie małoletnich w charakterze świadków, ETS wyraził pogląd, iż wypełnianie

⁸⁰ A. GRZELAK: Europejski nakaz aresztowania..., s. 24 i n.

przez UE jej misji byłoby trudne, gdyby zasada lojalnej współpracy, o której mowa w art. 10 TWE, nie obowiązywała w ramach współpracy policyjnej i sądowej w sprawach karnych, o której traktuje tytuł VI Traktatu o Unii Europejskiej (dalej TUE). W ślad za tym ETS stwierdził, że wiążący charakter decyzji ramowych nakłada na organy krajowe państw członkowskich UE, w tym w szczególności na sądy, obowiązek proeuropejskiej interpretacji ich wewnętrznych przepisów prawnych (wykładni prawa krajowego zgodnej z prawem UE), tj. takiej ich wykładni, która pozwala osiągnąć cel wskazany w decyzji ramowej. ETS stanął tu zatem na stanowisku, że obowiązek interpretacji proeuropejskiej dotyczy także aktów prawnych w III filarze UE. Uzasadniając to stanowisko, ETS podkreślił, że nie zmienia tego fakt, iż na mocy art. 35 TUE kompetencje ETS są węższe niż wynikające z TWE, oraz okoliczność, że w przypadku tytułu VI TUE, traktującego o współpracy policyjnej i sądowej, nie ma kompletnego systemu środków odwoławczych i procedur zapewniających zgodność aktów instytucji UE z prawem.

Obowiązek wykładni zgodnej nie wiąże jednak w sposób nieograniczony. Wytuczając jego granice w sprawie *Pupino*, ETS wskazał, że spoczywający na sądzie krajowym obowiązek odniesienia się do decyzji ramowej przy dokonywaniu wykładni krajowego prawa karnego podlega ograniczeniom wynikającym z ogólnych zasad prawa, w tym w szczególności z zasady pewności prawa i niedziałania prawa wstecz. Zasady te stoją na przeszkodzie m. in. temu, aby na podstawie decyzji ramowej i niezależnie od ustawy wprowadzającej ją w życie proeuropejska interpretacja mogła doprowadzić do ustalenia lub zaostrzenia odpowiedzialności karnej osób naruszających przepisy prawa karnego.

Warto podkreślić, że podobne stanowisko ETS zajął w połączonych sprawach C-387/02 i C-403/02 w sprawie *Berlusconi*, rozstrzygniętej wyrokiem z 3 maja 2005 r.⁸¹.

⁸¹ Wyrok dostępny na stronie internetowej <http://www.europa.eu.int>

W sprawie *Pupino* ETS podkreślił, że spoczywający na sądzie krajowym obowiązek odniesienia się do treści decyzji ramowej przy dokonywaniu wykładni odpowiednich przepisów prawa krajowego przestaje obowiązywać w chwili, gdy prawo krajowe nie może być zastosowane w sposób, który doprowadziłby do rezultatu zgodnie z celem wytyczonym przez decyzję ramową. Obowiązek stosowania wykładni proeuropejskiej nie może bowiem stanowić podstawy dokonywania wykładni prawa krajowego *contra legem*. W tym kontekście ETS podkreślił, że przy ustalaniu granic stosowania zasady wykładni zgodnej sąd krajowy jest zobligowany wziąć pod uwagę całokształt prawa krajowego w celu dokonania oceny, w jakim stopniu prawo to może zostać zastosowane w taki sposób, by nie doprowadziło to do rezultatu sprzecznego z celem decyzji ramowej⁸².

Można się zastanawiać, czy kwestia objęta wyrokiem polskiego TK dotyczyła zakresu odpowiedzialności karnej, czy też zagadnienia o charakterze czysto proceduralnym. Niezależnie jednak od rozstrzygnięcia tej wątpliwości, moim zdaniem ocena konstytucyjności dopuszczalności wydawania w ramach europejskiego nakazu aresztowania obywateli polskich nie mogła się zakończyć innym rozstrzygnięciem. Uznając zgodność art. 607t § 1 k.p.k. z art. 55 ust. 1 Konstytucji RP, TK musiałby ustalić znaczenie przepisu kontrolowanego oraz przepisu wskazanego jako podstawa kontroli sprzecznie z ich nie budzącym wątpliwości literalnym brzmieniem⁸³.

⁸² Zob. także M. FLETCHER: Extending „Indirect Effect” to the Third Pillar: The Significance of *Pupino*, *European Law Review* nr 6/2005, s. 862 i n. oraz D. CHALMERS: The Court of Justice and the Third Pillar, *European Law Review* nr 6/2005, s. 773–774.

⁸³ Tak też J. BARCZ: Europejski nakaz aresztowania – konsekwencje braku transpozycji lub wadliwej transpozycji decyzji ramowej w państwie członkowskim UE, „Europejski Przegląd Sądowy” nr 1/2005, s. 17; E. SPAVENTA: Opening Pandora’s Box: Some Reflections on the Constitutional Effects of the Decision in *Pupiono*, *European Constitutional Law Review* nr 3/2007, s. 5–24. Zob. także M. PŁACHTA, R. WIERUSZEWSKI: Glosa..., s. 117. Odmienne A. GRZELAK, Europejski nakaz aresztowania..., s. 27.

Wyraźne nawiązanie do stanowiska ETS wyrażonego w sprawie *Pupino* znalazło się w uzasadnieniu późniejszego w stosunku do niego wyroku cypryjskiego Sądu Najwyższego stwierdzającego niekonstytucyjność przepisów implementujących ENA. Sąd ten podkreślił, w szczególności, że w wyroku tym ETS pozostawił sądom państw członkowskich UE swobodę w podejmowaniu decyzji co do oceny konstytucyjności przepisów implementujących ENA⁸⁴.

Na marginesie warto przypomnieć, że niektórzy krytycy stanowiska polskiego TK stwierdzili, iż skoro polscy sędziowie są jednocześnie sędziami unijnymi, to ze względu na prymat prawa europejskiego nad prawem wewnętrznym mają oni obowiązek stosowania niekonstytucyjnego przepisu o ENA, nawet po bezskutecznym upływie 18 miesięcznego terminu, na który TK odroczył utratę przez niego mocy obowiązującej⁸⁵. W mojej ocenie ten pogląd nie jest możliwy do zaakceptowania, zarówno z tego powodu, że decyzje ramowe nie stosują się bezpośrednio, jak i ze względu na wytyczone w uzasadnieniu wyroku ETS w sprawie *Pupino* granice wykładni proeuropejskiej.

Nie sposób, moim zdaniem, podzielić stanowiska części doktryny, iż po bezskutecznym upływie terminu wskazanego w orzeczeniu TK wydawanie polskich obywateli na podstawie ENA nadal byłoby dopuszczalne⁸⁶.

Pogląd ten opiera się na założeniu, że w toku postępowania przed TK sąd pytający niewłaściwie oznaczył przedmiot kontroli. Artykuł 607 § 1 k.p.k. nie formułuje bowiem przesłanek odmowy wykonania nakazu europejskiego, lecz wyraża gwarancję, zgodnie z którą przekazanie obywatela polskiego oraz osoby korzystającej w Polsce z prawa do azylu może nastąpić pod tym warunkiem, że osoba ta będzie odesłana na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej po prawomocnym zakończe-

⁸⁴ Podkreślają to E.A. STEFANOM, A.KAPARDIS: *The First Two Years...*, s. 84.

⁸⁵ P. HOFMAŃSKI, *Glosa*, s. 115–116.

⁸⁶ Por. S. WALTOŚ: *Proces karny...*, s. 598; P. HOFMAŃSKI: *Glosa...*, s. 114–115. Takie też stanowisko zajęła Komisja Kodyfikacyjna w stanowisku powołanym w przypisie 53.

niu postępowania w państwie wydania nakazu europejskiego. Krytycy orzeczenia TK podkreślają w tym kontekście, że w przypadku bezskutecznego upływu terminu utraty mocy obowiązującej przez niekonstytucyjne unormowanie ta gwarancja zostanie uchylona. Wydawanie obywateli polskich w trybie ENA będzie natomiast możliwe także po bezskutecznym upływie terminu wskazanego w sentencji wyroku TK, a to ze względu na poddanie kontroli przepisu, który nie formułuje przesłanek odmowy wykonania nakazu europejskiego. Obligatoryjne przesłanki odmowy wykonania nakazu europejskiego określa bowiem art. 607p k.p.k. nie wskazany jako przedmiot kontroli w postępowaniu przed TK i nie poddany w związku z tym kontroli ze względu na związanie TK granicami zaskarżenia. W ocenie niektórych autorów art. 607p k.p.k. w ogóle nie mógłby być przedmiotem merytorycznej oceny TK z perspektywy jego zgodności z art. 55 ust. 1 Konstytucji RP, gdyż ten nie jest „ustawodawcą negatywnym” i nie może kontrolować zaniechania ustawodawczego⁸⁷.

Nie podzielam stanowiska, iż w przedmiotowej sprawie TK poddał kontroli przepis niewłaściwie określony z perspektywy wskazanego wzorca kontroli. Określona w nim gwarancja jest wszak powiązana z dopuszczalnym w kontekście tego przepisu przekazaniem obywatela polskiego. Z przepisu poddanego kontroli wynika zatem norma, zgodnie z którą obywatela polskiego można przekazać w trybie ENA. Odwołując się do utrwalonej linii orzeczniczej TK, należy tu ponadto przypomnieć, że choć zaniechanie ustawodawcze zasadniczo nie może stanowić przedmiotu zaskarżenia, to sytuacji tej TK przeciwstawia jednak sytuację, w której kontrola konstytucyjności dotyczy obowiązującego aktu normatywnego z punktu widzenia tego, czy w jego przepisach nie brakuje unormowań, bez których może on budzić wątpliwości natury konstytucyjnej⁸⁸. Nawet zatem uznanie, że w postępowaniu przed

⁸⁷ Por. P. HOFMAŃSKI *Głosa...*, s. 115.

⁸⁸ Por. wyrok TK z 9 X 2001 r., Sk 8/00, OTK nr 7/2001, poz. 211 oraz powoływane tam wcześniejsze orzecznictwo TK.

TK błędnie oznaczony został przedmiot zaskarżenia, nie pozbawiałoby TK kompetencji do merytorycznej oceny art. 607p k.p.k., gdyby ten przepis został w przyszłości zakwestionowany⁸⁹.

Niezależnie od stanowiska zajmowanego w ciągle jeszcze powracającej wątpliwości, czy sąd orzekający zobligowany jest do wystąpienia do TK z pytaniem prawnym w przedmiocie konstytucyjności przepisu, który ma zastosować, czy też może pominąć niekonstytucyjny przepis i – ze względu na art. 8 ust. 1 i 2 Konstytucji RP - orzec na podstawie konstytucji, w omawianym zakresie rezultat będzie taki sam. Artykuł 55 ust. 1 Konstytucji RP gwarantuje bowiem obywatelom polskim pełną ochronę przed ekstradycją. Próba ratowania instytucji ENA zgodnie ze wskazanymi wcześniej argumentami nie mogła zatem, niestety, przynieść pożądaných rezultatów. Wyrok TK stwierdzający niezgodność art. 607t § 1 k.p.k. z art. 55 ust. 1 Konstytucji RP ma charakter zakresowy. TK stwierdził niekonstytucyjność poddanego kontroli przepisu „w zakresie, w jakim zezwala na przekazanie obywatela polskiego do państwa członkowskiego Unii Europejskiej na podstawie europejskiego nakazu aresztowania”. Przedmiotem badania TK w ogóle zatem nie była ta jego część, w której mowa jest o warunkowym przekazaniu⁹⁰. ■

⁸⁹ Osobnym problemem, przekraczającym ramy niniejszego opracowania jest pytanie o dopuszczalność merytorycznego orzekania w takiej sprawie, ze względu na tożsamość możliwego do podniesienia zarzutu oraz wzorca kontroli z tymi, które TK poddał analizie w wydanym już wyroku w przedmiocie konstytucyjności ENA.

⁹⁰ Bliżej zob. B. NITA: *Das Urteil des polnischen Verfassungsgreichtshofs über den Europäischen Haftbefehl*, *The European Criminal Law Associations's Forum – eu-rocrim* nr 1–2/2006, 36 i n.

5. KONSTYTUCYJNY NAKAZ PRZESTRZEGANIA ZOBOWIĄZAŃ MIĘDZYNARODOWYCH A PERSPEKTYWY PEŁNEJ IMPLEMENTACJI DECYZJI RAMOWEJ W SPRAWIE ENA

Zarówno polskiemu, jak i niemieckiemu sądowi konstytucyjnemu zarzucono w piśmiennictwie mało przyjazną postawę wobec prawa europejskiego. Moim zdaniem, ten zarzut można odnieść raczej do orzeczenia niemieckiego ZTK, a i to w ograniczonym zakresie.

Orzekając o niekonstytucyjności przepisu kodeksu postępowania karnego implementującego decyzję ramową, polski TK odroczył utratę mocy obowiązującej przez ten przepis na maksymalny, dopuszczalny konstytucyjnie termin, tj. na 18 miesięcy. Należy tu przypomnieć, że polski TK konsekwentnie stoi w swoim orzecznictwie na stanowisku, że do dnia nadejścia terminu wskazanego w wyroku przepis uznany za niezgodny z Konstytucją RP zachowuje moc obowiązującą - a co za tym idzie - musi być przestrzegany i stosowany przez wszystkich jego adresatów⁹¹. W okresie odroczonej utraty mocy obowiązującej przez art. 607t § 1 k.p.k. nie zmienił się stan prawny w kwestii dopuszczalności przekazywania w trybie ENA osób mających obywatelstwo polskie.

Uzasadnieniem decyzji o odroczeniu utraty mocy obowiązującej przez zakwestionowany przepis było dążenie do osiągnięcia kompromisu między zakazem wydawania własnych obywateli a nakazem realizacji zobowiązań międzynarodowych⁹². Przyczyna odroczenia wiąże się z tym, że natychmiastowe wyeliminowanie przepisu uznanego za niekonstytucyjny powodowałoby stan niezgodny z wiążącymi Polskę

⁹¹ Por. np. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 2 lipca 2003 r., sygn. K 25/01, OTK ZU nr 6A/2003, poz. 60.

⁹² Bliżej zob. B. NITA, Europejski nakaz aresztowania..., s. 56.

zobowiązaniami międzynarodowymi. Zwracając uwagę na tę okoliczność, TK podkreślił, iż obowiązek implementacji decyzji ramowych jest wymogiem konstytucyjnym, wynikającym z art. 9 Konstytucji RP.

Odraczając utratę mocy obowiązującej przez niezgodny z Konstytucją RP art. 607t § 1 k.p.k., TK niejako „zawiesił“ na 18 miesięcy stosowanie przepisu o charakterze gwarancyjnym. Miał przy tym świadomość, że z tą decyzją wiąże się pozbawienie obywateli ochrony wynikającej z art. 55 ust. 1 Konstytucji RP. Z uzasadnienia wyroku wyraźnie wynika, że orzeczenie o odroczeniu utraty mocy obowiązującej przez przepis uznany za niekonstytucyjny dążyło do odpowiedniego wyważenia wynikającego z art. 9 Konstytucji RP nakazu przestrzegania przez Polskę wiążących ją zobowiązań międzynarodowych oraz wolności gwarantowanej przez art. 55 ust. 1 Konstytucji RP. Ostatecznie pierwszeństwo zdecydował się przydać art. 9 Konstytucji RP, uzasadniając ten wybór m. in. argumentem, że „Polskę i pozostałe państwa członkowskie Unii Europejskiej łączy wspólnota zasad ustrojowych, zapewniających prawidłowy wymiar sprawiedliwości i proces przed niezawisłym sądem”. Ten argument nie jest tu jednak w pełni adekwatny. Ustalając cel gwarancji określonej w art. 55 ust. 1 Konstytucji RP, TK wskazał wszak, że jest to prawo do osądzenia przed sądem polskim, nie zaś ochrona innych wartości, np. prawa do sprawiedliwego procesu, gwarantowanego przez inny przepis konstytucji.

Jedynym uzasadnieniem, w moim przekonaniu trudnej do zaakceptowania⁹³, decyzji o odroczeniu utraty mocy obowiązującej przez zakwestionowany przepis było zatem dążenie do osiągnięcia kompromisu między zakazem wynikającym z art. 55 ust. 1 Konstytucji RP a nakazem realizacji zobowiązań międzynarodowych, określonym w art. 9 Konstytucji RP. Przyczyna odroczenia wiąże się z tym, że w tym konkretnym przypadku natychmiastowe wyeliminowanie przepisu uznanego za

⁹³ Tak też s. STEINBORN w głosie do analizowanego wyroku TK, „Przegląd Sejmowy” nr 5/2005, s. 192 i n.

niekonstytucyjny powodowałoby stan niezgodny z wiążącymi Polskę zobowiązaniami międzynarodowymi. Zwracając uwagę na tę sprzeczność, TK podkreślił, iż obowiązek implementacji decyzji ramowych jest wymogiem konstytucyjnym, wynikającym z art. 9 Konstytucji RP. Jednak najbardziej nawet przychylna postawa wobec procesu integracji europejskiej w zakresie prawa karnego nie mogła w postępowaniu przed polskim sądem konstytucyjnym doprowadzić do innego aniżeli zapadłe orzeczenie, a to ze względu na kategoryczne brzmienie art. 55 ust. 1 Konstytucji RP.

Dużo mniej przyjaznym gestem wobec procesu integracji europejskiej było stwierdzenie przez ZTK nieważności całej ustawy o ENA. W uzasadnieniu wyroku sąd ten wskazał, iż rozwiązanie problemu konstytucyjnego nie jest możliwe przez zastosowanie interpretacji przepisów ustawy o ENA w zgodzie z konstytucją. Za niewystarczające uznał także orzeczenie o częściowej nieważności tej ustawy, ze wskazaniem, że chodzi tu o ochronę wolności osobistej. W tym kontekście wyraźnie podkreślił, że do czasu uregulowania problematyki ENA na nowo, w sposób zgodny z ustawą zasadniczą, przekazywanie niemieckich obywateli w tym trybie jest niedopuszczalne. Ta decyzja spotkała się z bardzo krytyczną oceną sędzi G. Lübe-Wolff w zgłoszonym do tego wyroku zdaniu odrębnym.

W mojej ocenie ta radykalna decyzja była usprawiedliwiona. Orzeczenie o niekonstytucyjności ustawy o ENA zapadło bowiem nie tylko ze względu na niezgodność jej przepisów z art. 16 ust. 2 ustawy zasadniczej, ale także z uwagi na kolizję z przepisem gwarantującym prawo do odwołania od decyzji o przekazaniu w trybie ENA⁹⁴.

Orzeczenie TK wyraźnie wskazuje kierunek zmian legislacyjnych, które powinny nastąpić w jego następstwie⁹⁵. W jego uzasadnieniu zna-

⁹⁴ Zob. także U. HUFELD: j.w., s. 866 i n.; CH. TOMUSCHAT: Ungereimtes – Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juli 2005 über den Europäischen Haftbefehl, Europäische Grundrechte – Zeitschrift 2005, s. 453.

⁹⁵ Podkreśla to S. STEINBORN w głosie do analizowanego wyroku TK, s. 182–183.

lazło się doniosłe stwierdzenie, iż bezpośrednio skutek w postaci utraty mocy obowiązującej przez przepis uznany za niekonstytucyjny (rzecz jasna, po upływie 18-miesięcznego terminu, na który została odroczonego utrata jego mocy obowiązującej) nie będzie równoznaczny z zapewnieniem zgodności stanu prawnego z konstytucją. Cel ten możliwy jest bowiem wyłącznie poprzez ingerencję ustawodawcy, skoro z art. 9 Konstytucji RP wynika m. in. obowiązek pełnej implementacji decyzji ramowych. Wobec brzmienia art. 9 Konstytucji RP jest to istotnie jedyna zmiana, która może doprowadzić do stanu zgodności przepisów kodeksu postępowania karnego z Konstytucją RP, a jednocześnie zapewnić realizację przez Polskę zobowiązań międzynarodowych.

W kontekście koniecznych zmian legislacyjnych wiążących się z wyrokiem TK warto podkreślić, że w uzasadnieniu niemieckiego ZTK, w nawiązaniu do jego wcześniejszego orzecznictwa, znalazła się myśl, iż zmiana tamtejszej ustawy zasadniczej, wprowadzająca wyłom w bezwzględny dotychczas zakazie wydawania obywateli niemieckich, „nie jest niekonstytucyjnym przepisem Konstytucji”. Wydawanie własnych obywateli do innych państw członkowskich UE nie narusza bowiem ani godności oskarżonego (art. 1), ani też zasady państwa prawnego (art. 2). W uzasadnieniu wyroku ZTK podkreślił ponadto, że ratyfikując traktaty amsterdamski i nicejski, Niemcy zobowiązały się do uczestnictwa w budowie przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości. Stanowienie przepisów ułatwiających procedurę ekstradycyjną jest jednym z jej elementów. Nie jest zatem tak, iżby w kontekście gwarancji konstytucyjnych ENA był, co do zasady, instrumentem prawnym nieproporcjonalnym, tj. nadmiernie ingerującym w prawa i wolności obywatelskie.

Podobna myśl pojawiła się również w znacznie wcześniejszej opinii z 26 września 2002 r., w której francuska Rada Stanu stwierdziła, że decyzja ramowa w sprawie ENA zawiera katalog powodów, które mogą uzasadniać odmowę przekazania osoby, której dotyczy. Wśród

powodów tych nie ma okoliczności, że przestępstwo ma charakter polityczny. Tymczasem utrwalone orzecznictwo Rady do fundamentalnych zasad prawa zalicza możliwość odmowy ekstradycji, jeżeli ściganiu podlega przestępstwo o charakterze politycznym. Rada podkreśliła, iż stanowi to przeszkodę dla pełnej transpozycji ENA. Przeszkoda ta może jednak zostać usunięta przez odpowiednią zmianę konstytucji. Tak też wskazano w uzasadnieniu wyroku cypryjskiego Sądu Najwyższego stwierdzającym niekonstytucyjność przepisów implementujących ENA, i w orzeczeniu czeskiego Sądu Konstytucyjnego⁹⁶. Te uwagi, ze względu na treść art. 9 Konstytucji RP, należy odnieść odpowiednio do polskiego ustrojodawcy. ■

⁹⁶ Bliżej J. KOMAREK: European Constitutionalism and the European Arrest Warrant: in search of the Limits of „Contrapunctual Principles”, *Criminal Market Law Review* nr 44/2007, s. 9–40.

6. PERSPEKTYWY INTEGRACJI EUROPEJSKIEJ NA PŁASZCZYŹNIE PRAWA KARNEGO W KONTEKŚCIE ORZECZEŃ SĄDÓW KONSTYTUCYJNYCH PAŃSTW CZŁONKOWSKICH UE

Problem konstytucyjny rozstrzygnięty przez niemiecki ZTK wskazuje, że nawet modyfikacja Konstytucji RP w kierunku sugerowanym w uzasadnieniu orzeczenia TK nie musi oznaczać końca problemów konstytucyjnych związanych z ENA. Stwierdzenie niekonstytucyjności ustawy o ENA, mimo że art. 16 ust. 2 ustawy zasadniczej dopuszcza możliwość wydania własnych obywateli w ramach UE, wskazuje, że takie postanowienie nie do końca neutralizuje absolutny charakter zakazu wydawania własnych obywateli. Wyjątki od zakazu ekstradycji własnych obywateli podlegają bowiem ocenie konstytucyjnej, m.in. z perspektywy ich zgodności z zasadą proporcjonalności (w Konstytucji RP wynika ona z treści art. 31 ust. 3) ograniczeń w korzystaniu z konstytucyjnie gwarantowanych wolności i praw.

Niemiecki ZTK podkreślił, iż stanowiąc przepisy implementujące ENA do niemieckiego systemu prawnego, tamtejszy ustawodawca był zobligowany do realizacji celu decyzji ramowej tak, aby wiązało się to z jak najmniejszą ingerencją w wolność gwarantowaną w art. 16 ust. 2 ustawy zasadniczej. Co do zasady, niemieccy obywatele są bowiem chronieni przed ekstradycją. W sytuacjach wskazanych w zdaniu drugim tego przepisu ochrona może być ograniczona, lecz przy wytyczaniu jej granic ustawodawcę wiążą inne przepisy ustawy zasadniczej. Odstępstwa od tej zasady muszą być interpretowane z zachowaniem wymogów wynikających z konstytucyjnej zasady proporcjonalności.

Ukłonem w stronę idei integracji europejskiej była wielokrotnie powtórzona w uzasadnieniu wyroku ZTK myśl, iż orzeczenie o nie-

konstytucyjności następuje ze względu na niewykorzystanie przez ustawodawcę możliwości ograniczenia przekazywania własnych obywateli, jaką stwarza sama decyzja ramowa⁹⁷.

W uzasadnieniu próżno by szukać zachęty do wyjścia przez ustawodawcę poza granice zakreślone tu przez samą decyzję ramową. W tym zakresie wyrok spotkał się z bardzo krytyczną oceną sędziego S. Broßa, który w zdaniu odrębnym - z powołaniem się na zasadę subsydiarności, wbrew idei integracji europejskiej - wywodził konieczność takiego ukształtowania przepisów nowej ustawy o ENA, by ograniczały one dopuszczalność przekazywania w tym trybie obywateli niemieckich także wówczas, gdy czyn, którego dotyczy nakaz europejski, został popełniony w całości poza terytorium Niemiec⁹⁸.

Niemiecki ZTK stwierdził, że konstytucyjnie dopuszczalna ekstradycja obywateli niemieckich do państw członkowskich UE usprawiedliwiona jest tym, że państwa te respektują EKPC, a w szczególności jej art. 6. Jednocześnie nałożył na ustawodawcę powinność takiego ukształtowania przepisów o ENA, które będą przewidywać obowiązek kontroli, czy przepisy państwa, do którego ma nastąpić przekazanie obywatela niemieckiego, realizują standardy państwa prawnego. Podkreślił tu, że mimo wspólnej dla wszystkich państw członkowskich „bazy” w postaci EKPC, przepisy poszczególnych państw członkowskich różnią się między sobą⁹⁹.

W kontekście brzmienia art. 16 ust. 2 niemieckiej ustawy zasadniczej, który ogranicza dopuszczalność ekstradycji obywateli niemieckich

⁹⁷ L. KNOPP: Bundesverfassungsgericht contra EU-Haftbefehl – Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juli 2005, Juristische Rundschau 2005, s. 452–453.

⁹⁸ Aprobujaćo do tej myśli odniósł się O. RANFT: Die Verfassungswidrigkeit des (deutschen) Europäischen Haftbefehlsgesetzes – Bemerkungen zum Urteil des BVerfG vom 18-7-2005, wistra 2005, s. 361. Zob. także B. SCHÜNEMANN: Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum europäischen Haftbefehl: markiges Ergebnis, enttäuschende Begründung, Strafverteidiger 2005, s. 681–685.

⁹⁹ Aprobujaćo do tego wymogu odniósł się B. BRUNN: Die Hürden der Auslieferung – Folgerung aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juli 2005 zum Europäischen Haftbefehl, Betrifft Justiz 2005, s. 130 i n.

do państw członkowskich UE wymogiem zachowania reguł państwa prawnego w państwie, do którego ma nastąpić ekstradycja, ten wymóg jest zrozumiały.

Nie sposób przewidzieć, w jakim kierunku pójdzie praktyka orzecznicza w zakresie interpretacji tej dodatkowej przesłanki odmowy wykonania nakazu europejskiego.

Moim zdaniem, nie sposób zakładać, iżby mógł w przyszłości odegrać istotną rolę, poza jedną może sytuacją. W piśmiennictwie niemieckim, poprzedzającym orzeczenie ZTK zapadłe w przedmiocie przepisów implementujących ENA, podkreślano wątpliwość co do zgodności z zasadą państwa prawnego przepisów dopuszczających jako tryb szczególny postępowanie w stosunku do nieobecnych¹⁰⁰. Problem ten powrócił w wypowiedziach formułowanych w kontekście ENA. W szczególności D. Krapac¹⁰¹ podkreślił, że ten specyficzny tryb postępowania nie jest znany wszystkim europejskim procedurom karnym, stwierdzając przy tym, że niektóre systemy prawne uznają tryb postępowania w stosunku do nieobecnych za niezgodny z zasadą uczciwego procesu (*fair-trial*). To zaś może prowadzić do kolizji uregulowania zawartego w decyzji ramowej z przepisami wewnętrznymi państw członkowskich, zwłaszcza tymi o randze konstytucyjnej. Obawa ta jest, moim zdaniem, zasadna.

Tryb postępowania w stosunku do nieobecnych występuje, w szczególności, we włoskiej powszechnej procedurze karnej. W Polsce takie postępowanie szczególne występuje tylko w postępowaniu karnym skarbowym. Kwestia zgodności artykułów 713-177 kodeksu karnego skarbowego, odnoszących się do tego trybu postępowania, była przedmiotem badania TK w zakresie ich zgodności z art. 42 ust. 2 Konstytucji RP (prawo do obrony) oraz 45 ust. 1 Konstytucji RP (prawo do sądu). Postępowanie w tej sprawie zakończyło się orzeczeniem o zgodności badanych przepisów ze wskazanymi wzorcami kontroli konstytu-

¹⁰⁰ Por. M. BÖSE: Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung..., s. 236.

¹⁰¹ Por. D. KRAPAC: Verdicts in Absentia (w:) Handbook on the European Arrest Warrant., s. 119 i n.

cyjnej¹⁰². Ze względu na specyfikę postępowania karnego skarbowego nie wszystkie argumenty, którymi TK posłużył się w celu uzasadnienia zgodności tego uregulowania na gruncie prawa karnego skarbowego, można by odnieść zasadnie do powszechnej procedury karnej.

Obowiązek wynikający z uzasadnienia orzeczenia niemieckiego ZTK ma jeszcze jeden, donioślejszy wymiar. Formułując wymóg kontroli przepisów obowiązujących w państwie, do którego ma nastąpić przekazanie, niemiecki sąd konstytucyjny dopuścił jednocześnie możliwość odmowy wykonania nakazu europejskiego w przypadku stwierdzenia tu niezgodności. Tym samym wskazał na możliwość poszerzenia określonego w decyzji ramowej katalogu przyczyn odmowy wykonania nakazu europejskiego z powołaniem się na ustawę zasadniczą.

Szeroka wykładnia tej dodatkowej przesłanki odmowy, wynikającej bezpośrednio z treści niemieckiej ustawy zasadniczej, może doprowadzić do sparaliżowania ENA. Odwołanie się przez niemiecki ZTK do przesłanek bezpośrednio pomieszczonych w ustawie zasadniczej, jako do podstawy odmowy wykonania ENA, nie jest pomysłem odosobnionym. Warto tu zwrócić uwagę na pogląd wyrażony ostatnio przez S.de Groot, iż odmowa wykonania ENA może się opierać nie tylko na przesłankach wyraźnie wskazanych w decyzji ramowej, lecz także z powołaniem się na prawa zasadnicze określone w nicejskiej Karcie Praw Zasadniczych UE (miała się ona stać podstawą jednolitej konstytucji UE) oraz w konstytucjach krajowych¹⁰³. W podobnym duchu wypowiedział się P. Garlick, stwierdzając niedopuszczalność wykonania ENA w Wielkiej Brytanii w sytuacji, gdyby miało się z tym łączyć naruszenie Human Right Act z 1998 r¹⁰⁴.

¹⁰² Por. Wyrok TK z 9 lipca 2002 r., sygn. P 4/01, OTK nr 4A/2002, poz. 52.

¹⁰³ Por. S. DE GROOT: *Mutual Trust in (European) Extradition Law* [w:] *Handbook on the European Arrest Warrant*, j.w., s. 83.

¹⁰⁴ Por. P. GARLICK: *The European Arrest Warrant and the ECHR...*, s. 167. Tak też G. CONWEY: *Juridical Interpretation and the Third Pillar. Ireland's Acceptance of the European Arrest Warrant and the Gözütok and Brügge Case*, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* nr 2/2005, s. 256 i n.

Na uwagę zasługuje tu również stanowisko fińskiej Komisji Parlamentarnej Prawa Konstytucyjnego. Jej stanowisko w przedmiocie implementacji decyzji ramowej w sprawie ENA stanowi wyraźną próbę osiągnięcia kompromisu pomiędzy wymogami płynącymi z przepisów prawa europejskiego a gwarancjami konstytucyjnymi. Komisja przyjęła, iż możliwe jest ustanowienie w ustawodawstwie wyjątkowym przepisów sprzecznych z konstytucją, skoro chodzi o wprowadzenie do wewnętrznego systemu prawnego uregulowań narzuconych przez prawo europejskie. Ustanowienie takiego ustawodawstwa wyjątkowego wymaga jednak tego samego trybu, który jest potrzebny do zmiany konstytucji. Ta koncepcja ustawodawstwa wyjątkowego została zastosowana do implementacji ENA. Komisja stwierdziła, że decyzja ramowa pozostaje w ewidentnej kolizji z gwarancjami przewidzianymi w fińskiej konstytucji, zwłaszcza w kwestii dopuszczalności przekazywania własnych obywateli. W opinii stwierdzono wręcz, że decyzja uchyla fundamentalne prawo Fina do tego, by nie być ekstradowanym. Stąd fragmentaryczna implementacja decyzji ramowej w sprawie ENA została powiązana z opracowaniem projektu zmiany art. 9 ust. 3 konstytucji w kierunku dopuszczającym ekstradycję Fina do państwa członkowskiego UE. Zgodnie z art. 173 tamtejszej konstytucji ta zmiana zalecana przez Komisję może, jako ustawodawstwo wyjątkowe, zostać uchwalona dopiero przez parlament następnej kadencji w stosunku do tej, w czasie której Komisja wydała opinię¹⁰⁵. ■

¹⁰⁵ T. OJANEN: *The European Arrest Warrant...*, s. 92.

7. PERSPEKTYWY INTEGRACJI EUROPEJSKIEJ NA PŁASZCZYŹNIE PRAWA KARNEGO W KONTEKŚCIE ZMIAN LEGISLACYJNYCH, KTÓRE NASTĄPIŁY W WYNIKU ORZECZEŃ KWESTIONUJĄCYCH KONSTYTUCYJNOŚĆ ENA

W związku z powołaną wyżej opinią francuskiej Rady Stany we francuskiej konstytucji ustawą konstytucyjną z 25 marca 2003 r. została dokonana zmiana. Na jej mocy w art. 88-2 konstytucji dodano akapit trzeci, zgodnie z którym „Ustawa reguluje zasady związane z europejskim nakazem aresztowania, zgodnie z aktami prawnymi przyjętymi na podstawie Traktatu o Unii Europejskiej”.

Na Cyprze opracowano projekt ustawy mającej wprowadzić do konstytucji przepis przewidujący, że prawo europejskie ma charakter nadrzędny nad konstytucją. Tamtejszy parlament podjął nad nim debatę 26 maja 2006 r.¹⁰⁶.

W związku z orzeczeniem polskiego TK stwierdzającym niekonstytucyjność art. 607t § 1 k.p.k. 12 maja 2006 r. do Sejmu wpłynął prezydencki projekt ustawy o zmianie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Proponowana w nim zmiana miała wejść w życie 6 listopada 2006 r., czyli ostatniego dnia odroczonej utraty mocy obowiązującej tego przepisu¹⁰⁷.

Zgodnie z założeniami projektu dotychczasowy ustęp pierwszy art. 55 Konstytucji RP miał pozostać niezmieniony. Projektowane brzmienie ustępu drugiego zakładało natomiast dopuszczalność ekstradycji obywatela polskiego do innego państwa oraz wydanie go międzynarodowemu organowi sądowemu w sytuacji, gdy możliwość taka wynika

¹⁰⁶ Autorka nie dysponuje danymi dotyczącymi postępów prac nad projektem tej ustawy. Bliżej na ten temat zob. E.A. STEFANOM, A. KAPARDIS: *The First Two Years...*, s. 85–86.

¹⁰⁷ Druk sejmowy nr 580. Informacja na ten temat dostępna jest na stronie internetowej <http://www.sejm.gov.pl>

z ratyfikowanej przez Rzeczpospolitą Polską umowy międzynarodowej lub ustawy stanowiącej wykonanie aktu prawa stanowionego przez organizację międzynarodową, której RP jest członkiem. Niezmieniony miał pozostać dotychczasowy ust. 2, którego oznaczenie w projekcie prezydenckim zmieniło się na ust. 3, zakazujący ekstradycji osoby podejrzanej o popełnienie bez użycia przemocy przestępstwa z przyczyn politycznych.

W uzasadnieniu projektu podkreślono związek proponowanej zmiany konstytucji z międzynarodowymi zobowiązaniami Polski wynikającymi z faktu przynależności do UE oraz z treścią art. 9 konstytucji.

Zmiana art. 55 konstytucji zaproponowana w projekcie prezydenckim nie rozwiązywała wszystkich problemów konstytucyjnych wiążących się z ENA. Projekt zakładał, w szczególności, pozostawienie w niezmienionym kształcie art. 55 ust. 2 konstytucji, gwarantującego pełną ochronę przed ekstradycją osobie podejrzanej o popełnienie bez użycia przemocy przestępstwa o charakterze politycznym. Jak już była o tym mowa, decyzja ramowa nie przewiduje w takiej sytuacji możliwości odmowy wykonania nakazu europejskiego. Ze względu na niezmienioną w projekcie treść tego przepisu uchwalenie ustawy w brzmieniu zaproponowanym w projekcie prezydenckim przekreślałoby więc możliwość pełnej implementacji decyzji ramowej.

W odniesieniu do kwestii ekstradycji obywatela polskiego podejrzanego o inne przestępstwo projekt prezydencki zakładał jednak zmianę art. 55 Konstytucji RP w kierunku sugerowanym w uzasadnieniu wyroku TK. W brzmieniu uchwalonym przez Sejm ustawa znacznie odbiega od pierwowzoru. Zmiana ta jest wyraźnie „antyeuropejska”.

Uchwalony tekst ustawy pozostawia art. 55 ust. 1 Konstytucji RP niezmieniony w tym zakresie, w jakim przepis ten, jako reguła, gwarantuje obywatelom polskim ochronę przed ekstradycją. Odmiennie aniżeli pierwotne brzmienie konstytucji, dopuszcza od niej odstępstwa. Wskazują je dwa dalsze ustępy art. 55 konstytucji.

Zgodnie z ustępem drugim, „Ekstradycja obywatela polskiego może być dokonana na wniosek innego państwa lub sądowego organu międzynarodowego, jeżeli możliwość taka wynika z ratyfikowanej przez Rzeczpospolitą Polską umowy międzynarodowej lub ustawy wykonującej akt prawa stanowionego przez organizację międzynarodową, której Rzeczpospolita Polska jest członkiem, pod warunkiem że czyn objęty wnioskiem o ekstradycję: 1) został popełniony poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz 2) stanowił przestępstwo według prawa Rzeczypospolitej Polskiej lub stanowiłby przestępstwo według prawa Rzeczypospolitej Polskiej w razie popełnienia na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zarówno w czasie jego popełnienia, jak i w chwili złożenia wniosku”.

Dopuszczając wyjątek w bezwzględnie dotychczas obowiązującej ochronie obywatela polskiego przed ekstradycją, nowe brzmienie art. 55 ust. 2 Konstytucji RP ograniczyło go zatem na dwa sposoby.

Ograniczenia te nie mają zastosowania do ekstradycji mającej nastąpić na wniosek sądowego organu międzynarodowego powołanego na podstawie ratyfikowanej przez Polskę umowy międzynarodowej, w związku z objętą jurysdykcją tego organu zbrodnią ludobójstwa, zbrodnią przeciwko ludzkości, zbrodnią wojenną lub zbrodnią agresji. Przepis ten odnosi się do przekazania obywatela polskiego Międzynarodowym Trybunałom Karnym. I nie pozostaje w związku z ENA. Decyzja ramowa dotyczy bowiem wyłącznie relacji między państwami członkowskimi UE. Pierwszym ograniczeniem dopuszczalności przekazywania obywateli polskich, wynikającym z art. 55 ust. 2 Konstytucji RP w nowym brzmieniu, jest bezwzględne wymaganie, ażeby czyn, którego dotyczy nakaz europejski, został popełniony poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Ze względu na przyjętą w art. 6 § 2 kodeksu karnego w odniesieniu do miejsca popełnienia przestępstwa wielomiejscowość, przepis ten wymaga, aby wszystkie elementy wyznaczające miejsce popełnienia przestępstwa, tj. miejsce, w którym sprawca działał, zaniechał działania,

do którego był zobowiązany, oraz miejsce, w którym skutek przestępstwa nastąpił albo miał nastąpić, wystąpiły poza terytorium Polski.

Wymaganie to koliduje z postanowieniami decyzji ramowej w sprawie ENA. Jej art. 4 ust. 7 w punkcie a uznaje bowiem za - fakultatywną tylko - przyczynę odmowy wykonania ENA sytuację, gdy nakaz aresztowania dotyczy przestępstw, które zgodnie z prawem państwa członkowskiego wykonania zostały popełnione w całości lub w części na terytorium państwa członkowskiego wykonania lub w miejscu za takie uznawanym oraz - w punkcie b - takich, które zostały popełnione poza terytorium państwa członkowskiego wydania nakazu i gdy prawo państwa członkowskiego wykonania nie zezwala na ściganie takich samych przestępstw popełnionych poza jego terytorium.

Ratio tej przesłanki odmowy wykonania nakazu europejskiego na gruncie decyzji ramowej wiąże się z tym, że nawiązująca do miejsca popełnienia przestępstwa zasada terytorialności, jako zasada uzasadniająca jurysdykcję krajową poszczególnych państw ma absolutnie pierwszorzędne znaczenie. Jest to jedyna zresztą zasada, zgodnie z którą jurysdykcja krajowa uzasadniana jest we wszystkich systemach prawnych¹⁰⁸. Przyjmowana w poszczególnych systemach prawnych wielomiejskowość - do określenia miejsca popełnienia przestępstwa - powoduje, że już na gruncie tej zasady może dojść do kolizji jurysdykcji karnej kilku państw. Pozostawienie przez decyzję ramową w omawianej tu sytuacji swobody decyzji co do przekazania wiąże się z tą właśnie okolicznością¹⁰⁹.

W tym zakresie zatem art. 55 ust. 2 Konstytucji RP w brzmieniu nadanym analizowaną ustawą nie dość, że nie ma umocowania w decyzji ramowej, to jeszcze nie znajduje żadnego racjonalnego uzasadnienia.

¹⁰⁸ Bliżej A. EICKER: *Transstaatliche Strafverfolgung. Ein Beitrag zur Europäisierung, Internationalisierung und Fortentwicklung des Grundsatzes ne bis in idem*, St. Gallen-Harbolzheim 2004, s. 106-107.

¹⁰⁹ Bliżej na temat tej przesłanki odmowy wykonania nakazu na gruncie decyzji ramowej zob. N. KEIJZER: *The Double Criminality Requirement (w:) Handbook on the European Arrest Warrant...op. cit.*, s. 137 i n.

Nadanie tej przeszkodzie na gruncie konstytucji charakteru obligatoryjnego spowoduje, że uniemożliwi ona przekazanie w trybie ENA osoby podejrzanej o popełnienie przestępstwa np. wówczas, gdy sprawca przestępstwa działał na terytorium Polski, lecz skutek przestępstwa wystąpił poza jej terytorium, tam też toczy się postępowanie, w ramach którego przeprowadzono rozmaite czynności procesowe niewymagające udziału podejrzanego, w szczególności przesłuchano świadków mieszkających w miejscu wystąpienia skutku. W sytuacji gdy sprawca takiego przestępstwa, będący obywatelem polskim, zbiegł na terytorium Polski, jego przekazanie w trybie ENA będzie niedopuszczalne. Rzecz jasna, w takiej sytuacji pozostanie możliwość sądenia go przed sądem polskim. Obligatoryjny charakter zakazu przyjęty w art. 55 ust. 2 Konstytucji RP urąga jednak względom ekonomii procesowej.

Należy tu podkreślić, że fakultatywne ujęcie tej przesłanki odmowy wykonania nakazu europejskiego w decyzji ramowej nabiera szczególnego znaczenia, jeżeli zważyć, że jednym z celów ENA było usprawnienie postępowania ekstradycyjnego, zwłaszcza w związku z koniecznością podjęcia skutecznej walki z ponadpaństwową przestępczością zorganizowaną (w tym terrorystyczną)¹¹⁰.

Analizując ten problem, warto tu raz jeszcze odwołać się, porównawczo, do powołanego wyżej wyroku niemieckiego ZTK dotyczącego kwestii konstytucyjności przepisów niemieckiej ustawy z 21 lipca 2004 r. o europejskim nakazie aresztowania (*Europäischer Haftbefehlgesetz*), implementującej do niemieckiego systemu prawnego ENA. Kwestia dopuszczalności przekazywania własnych obywateli do osądenia przed obcym organem sądownym w sytuacji, gdy przestępstwo zostało popełnione na terytorium państwa wykonania nakazu, nie jest bowiem oczywista.

Jak już wskazano, odpowiednikiem art. 55 Konstytucji RP jest w niemieckim systemie prawnym art. 16 ustawy zasadniczej. Przepis ten w zdaniu pierwszym statuuje zakaz wydawania własnych obywate-

¹¹⁰ D. ROHLFF: Der Europäische Haftbefehl...s. 26 i 29.

li, natomiast w zdaniu drugim dopuszcza wydanie ich państwu członkowskiemu UE oraz Międzynarodowym Trybunałom Karnym, o ile zachowane są zasady państwa prawnego. Zdanie drugie, statuujące wyjątek od zakazu wydawania własnych obywateli, zostało dodane ustawą o zmianie ustawy zasadniczej (*Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes*) z 29 listopada 2000 r.¹¹¹. Wcześniej przepis ten gwarantował obywatelom niemieckim pełną ochronę przed ekstradycją.

W uzasadnieniu analizowanego wyroku ZTK stwierdził, iż treść art. 16 ust. 2 ustawy zasadniczej nie upoważnia ustawodawcy zwykłego do nieograniczonych odstępstw od zakazu ekstradycji obywateli niemieckich. Wyrażony w tym przepisie wymóg zachowania zasad państwa prawnego, ograniczający dopuszczalność odstąpienia od tego zakazu, oznacza przede wszystkim, że państwo członkowskie UE lub Międzynarodowy Trybunał Karny, któremu ma być przekazany (wydany) obywatel niemiecki, musi odpowiadać art. 23 ust. 1 ustawy zasadniczej, tj. przepisowi odnoszącemu się do warunków udziału Niemiec w UE. W przepisie tym mówi się m. in. o ochronie praw podstawowych, porównywalnej co do istoty z ochroną gwarantowaną przez ustawę zasadniczą. ZTK podkreślił ponadto, iż stanowiąc przepisy implementujące ENA do niemieckiego systemu prawnego, tamtejszy ustawodawca był zobligowany do realizacji celu decyzji ramowej, tak aby wiązało się to z jak najmniejszą ingerencją w wolność gwarantowaną w art. 16 ust. 2 ustawy zasadniczej. Co do zasady, obywatele niemieccy są bowiem chronieni przed ekstradycją. W sytuacjach wskazanych w zdaniu drugim tego przepisu ochrona może być ograniczona, lecz przy wytyczaniu jej granic ustawodawcę wiążą inne przepisy ustawy zasadniczej. Odstępstwa od tej zasady muszą być interpretowane z zachowaniem wymogów wynikających z ustawy zasadniczej.

W ślad za tym stwierdzeniem ZTK nałożył na ustawodawcę zwykłego obowiązek zrealizowania w ustawie transponującej celów decyzji

¹¹¹ BGBl I, s. 1633.

ramowej w ten sposób, aby ograniczenie prawa obywatela do wolności przed ekstradycją mieściło się w granicach wyznaczonych przez zasadę proporcjonalności. W tym kontekście ZTK za niezbędne uznał ustanowienie przepisów ustawowych odpowiadających przyjętym w państwie prawnym wymaganiom określoności, wyposażając organy orzekające w kwestii wykonania nakazu europejskiego co najmniej w takie instrumenty prawne, które pozwolą rozważyć w każdej sprawie z osobna racje związane z ochroną obywatela oraz racje przemawiające za jego przekazaniem. W uzasadnieniu wydanego wyroku ZTK zawarł istotną dla czynionych tu rozważań myśl, iż zaufanie obywatela do własnego porządku prawnego wymaga ochrony, zwłaszcza wówczas gdy czyn, w związku z którym został wydany ENA, ma istotny kontekst krajowy. Jest tak w szczególności wówczas, gdy zarówno zachowanie sprawcy, jak i skutki tego zachowania w istotnej części mają miejsce na terytorium Niemiec. W ślad za tym spostrzeżeniem ZTK stwierdził, iż obywatel niemiecki popełniający przestępstwo w swoim kraju w zasadzie nie powinien być w związku z tym przestępstwem przekazany do osądzenia innemu państwu.

Te pomieszczone w uzasadnieniu analizowanego tu wyroku ZTK wskazówki dla ustawodawcy zwykłego dotyczą obowiązku określenia w ustawie zwykłej czytelnych przesłanek, od których będzie zależało przekazanie obywatela niemieckiego w sytuacji określonej w art. 4 ust. 7 decyzji ramowej. Nie naruszają zatem fakultatywnego charakteru przyczyn odmowy wykonania nakazu europejskiego określonych tym przepisem decyzji ramowej.

W kontekście przytoczonego wyżej stanowiska ZTK (w mojej ocenie - zasługującego na pełną aprobatę), nawet gdyby przeszkoda określona w art. 55 ust. 2 pkt a konstytucji miała mieć charakter fakultatywny, przepis ten należałoby poddać krytyce. Z perspektywy przekazywania w trybie ENA uregulowanie takie nic nie wносиłoby do sprawy, skoro – jak w kontekście analogicznego stanu konstytucyjnego

stwierdził ZTK - na ustawodawcy zwykłym cięży powinność wykorzystania w ramach możliwości dopuszczonych przez decyzję ramową wszelkich mechanizmów pozwalających na ochronę własnych obywateli przed ekstradycją. Niewydawanie własnych obywateli jest bowiem regułą, od której konstytucja (zarówno niemiecka, jak i polska w nowym brzmieniu) dopuszcza wyjątki podlegające ocenie z perspektywy konstytucyjnej zasady proporcjonalności oraz innych zasad konstytucyjnych. Powinność takiej interpretacji przepisów implementujących decyzję ramową, która - w granicach przez nią wyznaczonych - będzie chronić własnych obywateli przed przekazaniem, jest obowiązkiem organów stosujących prawo.

Podobna myśl znalazła się w uzasadnieniu orzeczenia czeskiego Sądu Konstytucyjnego dotyczącego konstytucyjności przepisów implementujących ENA. Stwierdzając, że przepisy transponujące decyzję ramową do czeskiego porządku prawnego nie przewidują, *expressis verbis*, możliwości odmowy wykonania ENA w przypadku określonym w art. 4 ust. 7 decyzji ramowej, sąd ten podkreślił, że ich wykładnia zgodna z prawem europejskim, w związku z konstytucyjną zasadą pewności prawa i ochrony zaufania, zakłada uwzględnienie treści tego przepisu decyzji ramowej przez sądy orzekające w przedmiocie wykonania nakazu europejskiego. W tym zakresie orzeczenie czeskiego sądu konstytucyjnego jest zatem znacznie liberalniejsze aniżeli analogiczny wyrok niemieckiego ZTK. Przyjmuje bowiem, że w granicach wyznaczonych przez przepisy decyzji ramowej ochrona własnych obywateli przed przekazaniem w trybie ENA jest możliwa na drodze stosowanej przez sądy interpretacji, bez konieczności istnienia przepisu powtarzającego treść art. 4 ust. 7 decyzji ramowej w ustawie zwykłej.

Jeszcze więcej komplikacji powoduje warunek drugi, uzależniający dopuszczalność przekazania obywatela polskiego od wymogu, ażeby czyn, którego dotyczy nakaz europejski, stanowił przestępstwo według prawa Rzeczypospolitej Polskiej lub stanowiłby przestępstwo według

prawa Rzeczypospolitej Polskiej w razie popełnienia na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zarówno w czasie jego popełnienia, jak i w chwili złożenia wniosku.

Wymaganie podwójnej karalności (podwójnej przestępności) czynu, w związku z którym pozostaje wniosek o ekstradycję, nawiązuje do zasady *nullum crimen sine lege* oraz powiązanego z nią zakazu wstecznego oddziaływania prawa. Zasada ta ma w polskim systemie prawnym wymiar konstytucyjny. Wyraża ją art. 42 ust. 1 Konstytucji RP.

Na gruncie analizowanego tu przepisu warunek podwójnej karalności (przestępności) czynu przyjęty został w postaci ekstremalnej. Czyn, którego dotyczy wniosek, ma być bowiem przestępstwem (upraszczając tu problem) zarówno w czasie popełnienia przestępstwa, jak w czasie złożenia wniosku o przekazanie. Na marginesie należy tu stwierdzić, że skoro wymaganie to wiąże się ze wspomnianymi powyżej zasadami, to ten drugi punkt czasowy nie powinien być zrelatywizowany do momentu złożenia wniosku, lecz momentu jego rozpoznania, tj. orzekania w przedmiocie przekazania.

Niezależnie od sposobu jej ujęcia, przesłanka ta pozostaje w kolizji z założeniami decyzji ramowej. W jej art. 2 ust. 2 pomieszczony jest bowiem katalog, tzw. korpus przestępstw europejskich, w stosunku do których wyłączona jest możliwość odmowy wykonania ENA ze względu na niespełnienie warunku podwójnej karalności (przestępności) czynu. Warunkiem ograniczającym jest tu wymóg, ażeby czyn, którego wniosek dotyczy, był zagrożony w państwie wydania ENA karą co najmniej trzech lat pozbawienia wolności¹¹².

Powstaje więc pytanie, czy ograniczenie takie, w kontekście uregulowań dotyczących ekstradycji, jest na płaszczyźnie konstytucyjnej zasadne.

Rozważając ten problem, warto tu porównawczo ponownie się odwołać do przytoczonych na wstępie orzeczeń sądów konstytucyjnych niemieckiego i czeskiego.

¹¹² Bliżej por. A. GÓRSKI, A. SAKOWICZ: Europejski nakaz aresztowania... *op. cit.*, s. 39 i n.

W skardze konstytucyjnej od wyroku (*Urteilverfassungsbeschwerde*), którą zainicjowane zostało postępowanie przed ZTK, zakończone analizowanym wyrokiem, pojawił się zarzut kolizji założeń, na których opiera się europejski nakaz aresztowania z art. 103 ust. 2 ustawy zasadniczej, wyrażającym zasady: *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Zarzut ten wiązał się z tym, że wzorem decyzji ramowej, w niemieckiej ustawie o europejskim nakazie aresztowania nie przewidziano badania podwójnej karalności czynu mieszczącego się w katalogu określonym w art. 2 ust. 2 decyzji ramowej. Mieścił się w nim czyn zarzucony skarżącemu. Elementem stanu faktycznego, na gruncie którego powstał problem konstytucyjny rozstrzygnięty analizowanym wyrokiem, było popełnienie przez podejrzanego czynu polegającego na uczestnictwie w organizacji terrorystycznej Al Kaida, które w hiszpańskim systemie prawnym wyczerpywało znamiona przestępstw określonych w art. 515.2 i 516.2 tamtejszego kodeksu karnego i jako takie zagrożone było karą pozbawienia wolności do lat 20. W ramach postępowania prowadzonego równoległe w Niemczech organy postępowania przygotowawczego uznały, że brak jest przesłanek do przedstawienia podejrzanemu zarzutu popełnienia przestępstwa wspierania organizacji terrorystycznej, które mogłoby zostać zakwalifikowane z paragrafu 129a lub 129b tamtejszego kodeksu karnego. Należy tu dodać, że przestępstwa te penalizują wskazane wyżej zachowanie od 30 września 2002 r.

W ocenie Wyższego Sądu Krajowego w Hamburgu, orzekającego w sprawie dotyczącej skarżącego (zarzut niekonstytucyjności skarżący podniósł już w toku postępowania toczącego się w przedmiocie przekazania, dążąc do tego, by sąd orzekający w jego sprawie skierował do ZTK pytanie prawne), ustawa o europejskim nakazie aresztowania nie narusza zasady określonej w art. 103 ust. 2 ustawy zasadniczej, gdyż oskarżony przekazany w trybie ENA nie jest sądzony przed sądem niemieckim, lecz przed sądem obcym, skrępowanym zasadą *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Ustosunkowując się do tego zarzutu, niemiecki ZTK nawiązał do omówionego wyżej problemu popełnienia przestępstwa poza terytorium Niemiec. W tym kontekście trafnie wskazał, że w sytuacji gdy czyn, w związku z którym wydany został nakaz europejski, popełniony został częściowo przynajmniej poza terytorium Niemiec i tam w chwili jego popełnienia był zabroniony pod groźbą kary, nie można mówić o naruszeniu zasady gwarantowanej przez art. 103 ust. 2 ustawy zasadniczej.

Należy tu podkreślić, że kierując pytanie prejudycjalne do ETS w przedmiocie zgodności decyzji ramowej z Traktatem o Unii Europejskiej, belgijski sąd konstytucyjny objął nim m. in. wątpliwość co do zgodności nienadania przesłance odmowy wykonania ENA określonej w art. 4 ust. 7 decyzji ramowej obligatoryjnego charakteru. .

Przesłanką odpowiedzialności karnej we wszystkich państwach członkowskich UE jest zasada *nullum crimen sine lege*. Zasada ta jednak sama przez się nie określa znamion czynów zabronionych. Znamienne jest stanowisko zajęte w tym zakresie przez czeski sąd konstytucyjny. W kontekście art. 39 Karty podstawowych praw i swobód, stanowiącego odpowiednik art. 42 ust. 1 Konstytucji RP, sąd ten stwierdził, iż wyrażona w tym przepisie zasada *nullum crimen sine lege* nie implikuje wymagania obustronnej karalności w odniesieniu do wykonywania ENA. Takie wymaganie o charakterze gwarancyjnym jest stosowane w ramach „klasycznego” postępowania ekstradycyjnego. Nie znajdowałyby jednak uzasadnienia w odniesieniu do przekazania na podstawie ENA, bowiem państwa członkowskie UE charakteryzują się wysokim stopniem wspólnoty wyznawanych wartości i wzajemnego zaufania, opartych na zasadzie demokratycznego państwa prawnego.

Zestawienie tego spostrzeżenia z ustaleniami poczynionymi przy okazji omawiania zasadności ograniczenia dopuszczalności przekazywania własnych obywateli w trybie ENA przesłanką popełnienia przestępstwa poza terytorium Polski wskazują na nieracjonalność przesłanki podwójnej karalności (przestępności) czynu.

Koncepcja, na której opiera się ENA, jest osadzona w specyficznych realiach obecnego etapu rozwoju stosunków społecznych, politycznych i prawnych w ramach UE. Pozostaje w związku z przyjętą w konwencji z 19 VI 1990 r. z Schengen zasadą swobodnego przepływu osób w ramach UE. Jej negatywnym następstwem są komplikacje w ściganiu i sądzeniu sprawców, z czym wiąże się konieczność poszukiwania nowych, efektywnych form walki z przestępczością.

W sytuacji gdy nakaz europejski dotyczy czynu, który w czasie jego popełnienia nie był zabroniony pod groźbą kary według przepisów państwa wykonania nakazu europejskiego, osądzenie oskarżonego nie będzie tam więc możliwe. Niestosowanie ekstradycji w takiej sytuacji jest zatem równoznaczne z ochroną sprawcy przed osądzeniem i karą za popełnione przestępstwo. W sytuacji gdy ustrojodawca decyduje się na uczynienie wyłomu w zasadzie niestosowania ekstradycji do własnych obywateli, to nie może kształtować przesłanek tej instytucji w sposób chroniący podejrzanych przed sprawiedliwą karą.

Dalsze przeszkody ekstradycyjne określone są w art. 55 ust. 4 Konstytucji RP. Ma on następujące brzmienie: „Ekstradycja jest zakazana, jeżeli dotyczy osoby podejrzanej o popełnienie bez użycia przemocy przestępstwa z przyczyn politycznych lub jej dokonanie będzie naruszać wolności i prawa człowieka i obywatela”.

Analizowany przepis odnosi się do dwóch zupełnie różnych sytuacji. W części, w jakiej przepis ten zakazuje ekstradycji osoby podejrzanej o popełnienie bez użycia przemocy przestępstwa z przyczyn politycznych, stanowi on powtórzenie art. 55 ust. 2 Konstytucji RP w pierwotnym brzmieniu. Zakaz ten nie jest ograniczony przesłanką obywatelstwa.

Istotną nowość normatywną stanowi natomiast ta część omawianego przepisu, z którego wynika zakaz ekstradycji w sytuacji, gdyby jej dokonanie naruszało „wolności i prawa człowieka i obywatela” (art. 55 ust. 4 *in fine*). Ten zakaz również nie jest ograniczony przesłanką obywatelstwa.

W części, w jakiej art. 55 ust. 4 Konstytucji RP stanowi powtórzenie art. 55 ust. 2 Konstytucji RP w jej pierwotnym brzmieniu, niemożliwa jest pełna implementacja ENA. Decyzja ramowa nie dopuszcza bowiem możliwości odmowy wykonania nakazu europejskiego, jeżeli dotyczy on osoby podejrzanej o popełnienie bez użycia przemocy przestępstwa z przyczyn politycznych. W celu stworzenia możliwości pełnej implementacji ENA ustrojodawca musi więc zrezygnować z tego zakazu.

W tym kontekście warto raz jeszcze przywołać opinię francuskiej Rady Stanu z 26 września 2002 r. (sygn. 368/282). Rada stwierdziła w niej, że decyzja ramowa zawiera katalog powodów, które mogą uzasadniać odmowę przekazania osoby, której dotyczy nakaz. Wśród przesłanek odmowy nie ma okoliczności nawiązującej do politycznego charakteru przestępstwa. Tymczasem ustalone orzecznictwo Rady do niezapisanych w konstytucji fundamentalnych zasad prawa zalicza możliwość odmowy ekstradycji, jeżeli dotyczy to osoby podejrzanej o popełnienie przestępstwa z przyczyn politycznych. W opinii Rady stanowi to przeszkodę dla pełnej transpozycji decyzji ramowej, ale przeszkoda ta może być usunięta przez odpowiednią zmianę konstytucji. W opinii Rady zatem założenia, na których się opiera ENA, nawet w odniesieniu do tak delikatnej kwestii, jaką jest ekstradycja osoby podejrzanej o popełnienie przestępstwa z przyczyn politycznych, są możliwe do pogodzenia z wartościami chronionymi konstytucyjnie. Zmiana konstytucji w kierunku postulowanym w opinii Rady została ostatecznie dokonana ustawą konstytucyjną z 25 marca 2003 r.¹¹³

Wynikający z art. 55 ust. 4 konstytucji *in fine* zakaz ekstradycji w sytuacji, gdyby jej dokonanie naruszało „wolności i prawa człowieka i obywatela”, stanowi, oprócz przesłanek wskazanych w art. 55 ust. 2 konstytucji, dodatkowe ograniczenie dopuszczalności ekstradycji.

Posłużenie się sformułowaniem „wolności i prawa człowieka i obywatela” może nasuwać wątpliwości, czy analizowany przepis odwołuje się

¹¹³ Informacja na ten temat jest dostępna na stronie internetowej <http://www.senat.fr>

do wolności i praw określonych w samej konstytucji, czy też do wolności i praw gwarantowanych przepisami prawa międzynarodowego, w tym zwłaszcza postanowieniami EKPCz. Moim zdaniem, interpretacja tego określenia powinna być szeroka, gdyż obejmuje ono zarówno te prawa, które są gwarantowane przez przepisy wiążących Polskę aktów prawa międzynarodowego, jak i wolności i prawa chronione konstytucyjnie.

W każdym razie art. 55 ust. 4 Konstytucji RP *in fine* statuuje nieznaną decyzji ramowej, obligatoryjną przeszkodę ekstradycyjną w sytuacji, gdyby przeprowadzenie ekstradycji naruszało wolności i prawa wskazane w tym przepisie. Dotyczy to zarówno obywateli polskich, jak i wszelkich osób niemających polskiego obywatelstwa, bez względu na rodzaj popełnionego przestępstwa. W porównaniu z pierwotną wersją konstytucji przepis ten bardzo zatem ograniczył dopuszczalność ekstradycji.

Na poziomie konstytucyjnym przepisy o ekstradycji nie ograniczają się do relacji zachodzących w tym zakresie między państwami członkowskimi UE, lecz mają charakter bardziej ogólny. Norma ta znajduje zastosowanie także w odniesieniu do przekazania obywatela polskiego oraz osoby niemającej polskiego obywatelstwa na podstawie ENA do państwa członkowskiego UE i w takim zakresie poddana tu zostanie analizie.

Sama decyzja ramowa w punkcie dwunastym preambuły deklaruje nienaruszalność zasad konstytucyjnych państw członkowskich, odnoszących się do poszanowania prawa do sprawiedliwego procesu. Punkt trzytnasty wyklucza zaś dopuszczalność ekstradycji, jeżeli wiązałoby się z tym poważne ryzyko, że w państwie, do którego oskarżony ma być wydany, „zostanie wobec niego zastosowana kara śmierci, tortury lub inne kary lub działania nieludzkie lub poniżające”. Jak już wskazano, ze względu na związanie EKPCz, w ramach UE niebezpieczeństwo takie jest mało realne.

W powołanym wyżej wyroku ZTK stwierdził, że konstytucyjnie dopuszczalna ekstradycja obywateli niemieckich do państw członkowskich UE usprawiedliwiona jest tym, że państwa te respektują EKPC, a w szczególności jej art. 6. Jednocześnie jednak nałożyl na ustawodawcę powinność

takiego ukształtowania przepisów o ENA, które będą przewidywać obowiązek kontroli, czy przepisy państwa, do którego ma nastąpić przekazanie obywatela niemieckiego, realizują standardy państwa prawnego ze względu na różnice w poziomie ochrony praw w poszczególnych państwach członkowskich¹¹⁴. Diametralnie odmienne stanowisko w tym zakresie wyraził czeski sąd konstytucyjny. Stwierdził on mianowicie, że nie ma podstaw, by zakładać, że inne państwa członkowskie gwarantują niższy standard ochrony praw podstawowych w porównaniu ze standardem wyznaczonym w tym zakresie przez przepisy obowiązujące w Republice Czeskiej.

Być może odmiennosc zapatrywań sądów konstytucyjnych niemieckiego i czeskiego na tę kwestię ma związek z większą podejrzliwością wobec gwarancji obowiązujących w tym zakresie w odniesieniu do „nowych” państw członkowskich UE. Nie bez znaczenia był tu również różny kontekst konstytucyjny.

Stwierdzenie przez niemiecki ZTK niekonstytucyjności ustawy o ENA, mimo, że art. 16 ust. 2 ustawy zasadniczej dopuszcza możliwość wydania własnych obywateli w ramach UE, wskazuje bowiem, że takie postanowienie nie do końca neutralizuje przyjętą w niemieckiej ustawie zasadniczej regułę, jaką jest zakaz wydawania własnych obywateli.

W tym kontekście rozważenia wymaga, czy problem odmowy wykonania nakazu europejskiego bezpośrednio w nawiązaniu do przepisów konstytucji (a więc ponad przesłanki wskazane w samej decyzji ramowej) mógłby się pojawić także wówczas, gdyby ustrojodawca zdecydował się na zmianę art. 55 konstytucji w kierunku wskazanym w pierwotnej wersji projektu prezydenckiego, tj. bez zawężenia odstępstwa od przyjętej w art. 55 ust. 1 konstytucji zasady niewydawania własnych obywateli o warunki wskazane w dalszych ustępach tego przepisu.

W uzasadnieniu wyroku zapadłego przed niemieckim ZTK znalazła się myśl, iż charakter relacji zachodzącej pomiędzy obywatelem

¹¹⁴ Aprobując do tego wymogu odniósł się B. BRUNN: Die Hürden der Auslieferung – Folgerung aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juli 2005 zum Europäischen Haftbefehl, *Betrifft Justiz* 2005, s. 130 i n.

a wspólnotą państwową opartą na zasadach wolności i demokracji sprawia, że, co do zasady, obywatel nie może być z tej wspólnoty wykluczony. Zakaz ekstradycji własnych obywateli jest zaś nie tylko wyrazem odpowiedzialności państwa za swoich obywateli; gwarantowany jest bowiem jako wolność osobista. W tym zakresie zbieżne były stanowiska sądów konstytucyjnych polskiego i niemieckiego. Rozwijając tę myśl, niemiecki sąd konstytucyjny stwierdził, iż *ratio* tej wolności nie pozostaje w związku z ochroną przed karą sprawiedliwą. Wiąże się natomiast z ochroną obywatela przebywającego na własnym terytorium przed niepewnością związaną z sądzeniem go na podstawie obcego prawa przed obcym organem sądowym, w warunkach trudnych dla niego do rozeznania¹¹⁵. Wyrażone w art. 16 ust. 2 ustawy zasadniczej wymaganie zachowania zasad państwa prawnego, jako warunek konstytucyjnie dopuszczalnej ekstradycji własnych obywateli, nie jest przy tym powtórzeniem ogólnej zasady państwa prawnego, wyznaczającej granice każdego zawężenia praw i wolności obywatelskich. Jak już wskazano, wymaganie to oznacza, że poziom ochrony praw w państwie, któremu ma być wydany własny obywatel, ma odpowiadać takiemu poziomowi, jaki gwarantowany jest przez ustawę zasadniczą.

Problem konstytucyjny analogiczny do tego, który rozstrzygnął niemiecki ZTK, mógłby się zatem pojawić przed polskim sądem konstytucyjnym także wówczas, gdyby odpowiednik art. 55 ust. 4 Konstytucji RP został przyjęty w pierwotnej wersji projektu prezydenckiego.

Mając na uwadze wspomnianą już, porównywalną – co do zasady – ochronę praw i wolności obywatelskich w systemach prawnych państw wchodzących w skład UE, zdeterminowaną wiążącą je wszystkie EKPCz, przesłanka ta w przypadku przekazania na podstawie ENA nie powinna odegrać istotnej roli. Niemniej formułując wymóg kontroli przepisów obowiązujących w państwie, do którego ma nastąpić przekazanie przyjęty przez Sejm i Senat przepis art. 55 ust. 4 Konstytucji RP

¹¹⁵ Bliżej zob. B. NITA, Europejski nakaz aresztowania...*op. cit.*

dopuszczył jednocześnie możliwość odmowy wykonania nakazu europejskiego w przypadku stwierdzenia tu niezgodności. Tym samym wskazał na możliwość poszerzenia określonego w decyzji ramowej katalogu przyczyn odmowy wykonania nakazu europejskiego z powołaniem się na ustawę zasadniczą. Konieczność uwzględniania tej wynikającej z przepisów konstytucji, dodatkowej przesłanki odmowy wykonania nakazu europejskiego może prowadzić do niejednorodności orzeczniczej w tym zakresie. Można się też spodziewać licznych postępowań przed TK dotyczących tego wzorca kontroli. Nałożony na sądy obowiązek badania poziomu ochrony praw i wolności obywatelskich w państwie, do którego ma nastąpić przekazanie w trybie ENA, przyczyni się też zapewne do spowolnienia postępowań toczących się w tym przedmiocie.

W związku z uregulowaniem pomieszczonym w art. 55 ust. 4 Konstytucji RP *in fine* powstaje problem, czy dopuszczalne konstytucyjnie byłoby uznanie mocą przepisu ustawy zwykłej, że standardy prawne obowiązujące w państwach związanych decyzją ramową realizują standardy, o których mowa w tym przepisie.

Moim zdaniem, z uwagi na treść art. 8 Konstytucji RP przepis taki nie zwalniałby sądów orzekających w przedmiocie wykonania nakazu europejskiego z obowiązku kontroli tej kwestii oraz – w razie powzięcia wątpliwości – odmowy wykonania nakazu z bezpośrednim odwołaniem się do treści art. 54 Konstytucji RP.

Warto tu podkreślić, że w kontekście analogicznego problemu niemiecki ZTK stwierdził, że chociaż każde państwo członkowskie jest zobligowane do poszanowania zasad państwa prawnego mocą art. 6 ust. 1 TUE, to ustawodawca niemiecki nie może przejść do porządku nad tą ewentualnością, że procedura w danym państwie członkowskim nie odpowiada tym zasadom. Inaczej aniżeli to przyjął czeski sąd konstytucyjny, w ocenie sądu niemieckiego niewystarczające jest związanie sądów orzekających w przedmiocie wykonania ENA gwarancjami praw i wolności obywatelskich. Za niezbędne uznał bowiem ustanowienie

takich przepisów ustawowych, które pozwolą na rozważenie tej kwestii na gruncie każdej konkretnej sprawy.

Należy tu zaznaczyć, że w niemieckiej nowej ustawie implementującej ENA z 20 lipca 2006 r. (*Europäisches Haftbefehlgesetz*)¹¹⁶, zgodnie ze wskazówkami zawartymi w uzasadnieniu wyroku ZTK, zostały przewidziane przepisy, które - w ramach wyznaczonych w art. 4 pkt 7 decyzji ramowej - chroniłyby obywatele niemieckich przed przekazaniem w trybie ENA, jeżeli nakaz europejski dotyczy przestępstwa popełnionego częściowo przynajmniej na terytorium Niemiec. Paragraf 80 ustawy wskazuje ponadto, że przekazanie obywatela niemieckiego w trybie ENA dopuszczalne jest tylko wtedy, gdy zostanie zapewnione, że po prawomocnym orzeczeniu kary pozbawienia wolności lub innej sankcji skazany na swoje życzenie zostanie przekazany do Niemiec w celu odbycia kary. Wymóg gwarancji przekazania do wykonania kary na życzenie wiąże się z możliwością skutecznej resocjalizacji. Przekazanie takie jest w ogóle niedopuszczalne, gdy czyn, którego dotyczy ENA, został w całości lub częściowo popełniony na terytorium państwa wykonania nakazu europejskiego. Zgodnie z wymogami wynikającymi z uzasadnienia wyroku ZTK nowa ustawa transponująca ENA do niemieckiego systemu prawnego przewiduje procedurę kontroli zgodności przepisów państwa wydania nakazu europejskiego z wymogami państwa prawnego. Istotne znaczenie ma § 80 ust. 4, który wszystkie gwarancje odnoszące się do obywatela niemieckiego rozciąga na obcokrajowca przebywającego na stałe w Niemczech wraz z współmałżonkiem lub partnerem będącym obywatelem niemieckim albo ze swoją najbliższą rodziną, której członkowie mają obywatelstwo niemieckie. W uzasadnieniu wskazano, że ma to na celu realizację konstytucyjnie gwarantowanej ochrony rodziny¹¹⁷.

¹¹⁶ BGBl I, 1721. Ustawa obowiązuje od 2 sierpnia 2006 r.

¹¹⁷ Bliżej zob. E. VON BUBNOFF: *Der Europäische Haftbefehl. Ein Leitfaden für die Auslieferungspraxis*, Heidelberg 2005, z suplementem: *Das Europäische Haftbefehlsgesetz 2006. Ergänzung zum Leitfaden Der Europäische Haftbefehl. Auslieferung und Neuregelungen des Gemeinschaftsinstruments*, Heidelberg 2006, *passim*.

Dodatkowe przesłanki odmowy wykonania nakazu europejskiego przewidują także przepisy implementujące ENA w Finlandii. Chodzi tu, w szczególności, o zakaz przekazania w trybie ENA, jeżeli osoba, której to dotyczy, mogłaby z powodu pochodzenia, wyznania, przynależności do grupy społecznej lub poglądów politycznych zostać poddana prześladowaniu, zwłaszcza grożącemu jej życiu lub wolności. Tamtejsze przepisy implementujące ENA przewidują ponadto absolutny zakaz przekazania osoby, jeżeli groziłoby jej naruszenie wolności wypowiedzi lub zrzeszania się. Podobnie jak w Niemczech, ze względu na konstytucyjną gwarancję ochrony rodziny przepisy implementujące ENA pozwalają na odmowę przekazania osoby stale przebywającej w Finlandii. Do obligatoryjnych przesłanek odmowy wykonania nakazu europejskiego dodano ponadto wzgląd na wiek, stan zdrowia i inne okoliczności lub cechy osobiste osoby, której dotyczy wniosek¹¹⁸.

Ze względu na rozbieżność przesłanek odmowy wykonania nakazu europejskiego, określonych w decyzji ramowej na gruncie nowej wersji art. 55 konstytucji, powraca problem relacji między prawem europejskim a prawem krajowym.

Granice wykładni proeuropejskiej wyznaczone w sprawie *Marii Pupino* nie pozwolą na rozwiązanie problemu kolizji między przepisami decyzji ramowej w sprawie ENA a ograniczeniami w dopuszczalności ekstradycji własnych obywateli wynikającymi z art. 55 ust. 2 konstytucji. Określona w tym przepisie przesłanka podwójnej karalności oraz popełnienia przestępstwa poza terytorium Polski uniemożliwi więc pełną implementację decyzji ramowej.

Uwagę tę należy odnieść do art. 55 ust. 4 Konstytucji RP w zakresie, w jakim przepis ten dotyczy kwestii ekstradycji osoby podejrzanej o popełnienie przestępstwa z przyczyn politycznych bez użycia przemocy. Bezwzględne brzmienie analizowanego przepisu nie pozwoli tu na skuteczne wybrnięcie z problemu kolizji między przepisem decyzji ramowej a treścią konstytucji poprzez zastosowanie wykładni proeuropejskiej.

¹¹⁸ T. OJANEN: *The European Arrest Warrant in Finland...*, s. 92–98.

Artykuł 55 Konstytucji RP wymaga ponownej, pilnej ingerencji ustrojodawcy w zakresie przesłanek pomieszczonych w ust. 2 i ust. 4 w zakresie, w jakim odnosi się do zakazu ekstradycji osoby podejrzanej o popełnienia bez użycia przemocy przestępstwa z przyczyn politycznych. Przesłanka określona w art. 55 ust. 4 *in fine* w odniesieniu do przekazania na podstawie ENA zostanie bowiem zapewne zneutralizowana w orzecznictwie sądowym, przy zastosowaniu wykładni proeuropejskiej.

Nakaz proeuropejskiej wykładni w odniesieniu do aktów prawnych w III filarze, wynikający z orzeczenia ETS wydanego w sprawie *Pupino* w odniesieniu do przesłanki wskazanej w art. 55 ust. 4 konstytucji *in fine*, nastraja natomiast optymistycznie. Ze względu na wspólną wszystkim państwom członkowskim „bazę” w postaci EKPC zawarta w tym przepisie przesłanka ograniczająca dopuszczalność ekstradycji w relacjach między państwami członkowskimi UE zostanie zapewne zneutralizowana na drodze proeuropejskiej interpretacji stosowanej w praktyce orzeczniczej.

Należy tu podkreślić, że mimo iż wyrok polskiego TK zapadł przed wydaniem przez ETS orzeczenia w sprawie *Pupino*, Trybunał nie wykluczył stosowania wykładni proeuropejskiej decyzji ramowej. Uznał, że nawet zastosowanie takiej interpretacji w badanej sprawie nie może przynieść pozytywnego rezultatu. Przyjazne stanowisko w odniesieniu do proeuropejskiej interpretacji aktów prawnych w III filarze wynika z uzasadnień sądów konstytucyjnych niemieckiego i czeskiego.

Porównawczo warto podkreślić, że w związku z orzeczeniem Sądu Najwyższego, stwierdzającym niekonstytucyjność przepisów o ENA, rząd cypryjski wniósł do Izby Reprezentantów propozycję odpowiedniej zmiany konstytucji. W uzasadnieniu projektu tej ustawy napisano, że dla koncepcji zmiany konstytucji nie ma alternatywy. ■

8. PODSUMOWANIE

Wobec stwierdzenia niekonstytucyjności ustawy o ENA przez sądy konstytucyjne polski i niemiecki oraz późniejszego orzeczenia cypryjskiego Sądu Najwyższego, stwierdzającego niedopuszczalność wydawania własnych obywateli z powołaniem się na zakaz konstytucyjny, w niemieckim piśmiennictwie O. Lagodny wystąpił z propozycją rozważenia kompleksowej rewizji założeń ENA przez Radę UE¹¹⁹.

Wobec zmian legislacyjnych, jakie nastąpiły w ustawodawstwach państw członkowskich, w których stwierdzono niekonstytucyjność przepisów o ENA, realizacja tego pomysłu nie wydaje się realna. Nie bez znaczenia jest tu także i to, że w odpowiedzi na pytanie prejudycjalne belgijskiego Sądu Konstytucyjnego, w wyroku z 7 maja 2007 r., sygn. C 303/05 w sprawie *Advocaten voor de Wereld*, ETS stwierdził, iż decyzja ramowa w sprawie ENA nie narusza art. 34 ust. 2 litera b Traktatu o Unii Europejskiej, a nieobligatoryjny charakter przesłanki podwójnej karalności (przestępności) przestępstwa tak, jak to przyjmuje art. 4 ust. 7 decyzji ramowej, nie koliduje z art. 6 tego traktatu¹²⁰.

Jak wskazano na wstępie, w kontekście ENA w piśmiennictwie zwracano uwagę, że zasada wzajemnego uznawania stanowi alternatywną drogę w stosunku do harmonizacji przepisów między państwami członkowskimi UE¹²¹.

Orzeczenie polskiego TK oraz – w znacznie większym stopniu – wyroki: niemieckiego ZTK i cypryjskiego Sądu Najwyższego, jak również fińskiej Komisji Parlamentarnej Prawa Konstytucyjnego wskazują

¹¹⁹ Por. o. LAGODNY: Eckpunkte für die zukünftige Ausgestaltung des deutschen Auslieferungsverfahrens – zugleich Besprechung des BVerfG-Urteils zum Europäischen Haftbefehlsgesetz, *Strafverteidiger* 2005, s. 515–519.

¹²⁰ Wyrok w tej sprawie jest dostępny na stronie internetowej: <http://www.curia.eu.int>

¹²¹ Por. D. ROHLFF: *Der Europäische Haftbefehl...*, s. 27.

tu jednak wyraźnie, że realizacja idei integracji europejskiej na płaszczyźnie prawa karnego i zgodnie z tą zasadą nie będzie procesem łatwym ze względu na ograniczenia konstytucyjne¹²².

Nie jest to jednak bariera niemożliwa do przezwyciężenia. Wskazuje na to zarówno przychylna prawu europejskiemu postawa tych organów, w tym w szczególności zawarte w uzasadnieniach orzeczeń stwierdzających niekonstytucyjność przepisów o ENA konkretne sugestie zmiany Konstytucji, jak i zmiany legislacyjne, które nastąpiły w wyniku tych orzeczeń.

Ograniczone zaufanie do poziomu ochrony praw i wolności w systemach innych państw, które ujawniło się zwłaszcza w wyroku niemieckiego ZTK, oraz ustanowiona w wyniku tego orzeczenia dodatkowa przesłanka odmowy wykonania nakazu europejskiego zostaną zapewne zneutralizowane w orzecznictwie sądowym przy zastosowaniu proeuropejskiej wykładni wskazanej przez ETS w sprawie *Pupino*.

Dalsze zaś zbliżenie się do siebie systemów karnoprawnych państw członkowskich UE niewątpliwie uchyli większość problemów wiążących się z integracją europejską na płaszczyźnie prawa karnego¹²³. ■

¹²² Taki pogląd, jeszcze przed stwierdzeniem niekonstytucyjności ENA, wyraziły s. ALEGRE, M. LEAF: *European Arrest Warrant...*, s. 14 i n. Zob. także tych samych autorek: *Mutual Recognition in European Judicial Cooperation: A Step Too Far Too Soon. Case Study – the European Arrest Warrant*, "European Law Journal" nr 2/2004, s. 200 i n.

¹²³ Tak także z. DEEN-RACSMÁNY: *The European Arrest Warrant and Surrender of Nationals Revisited: The Lessons of Constitutional Challenges*, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, nr 3/2006, s. 271–306 oraz C. GÓMEZ-JARA DIEZ: *European Arrest Warrant and the Principle of Mutual Recognition*, *The European Criminal Law Association's Forum – eurocrim* nr 1–2/2006, s. 23–24.

O Autorce

Barbara Nita jest doktorem nauk prawnych, adiunktem w Katedrze Prawa Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie oraz asystentem sędziego Trybunału Konstytucyjnego.

Ukończyła aplikację sądową i złożyła egzamin sędziowski w Sądzie Okręgowym w Krakowie. Jest wpisana na listę radców prawnych.

Odbyła staże naukowe w niemieckim Związkowym Trybunale Konstytucyjnym (Bundesverfassungsgericht) oraz w niemieckim Związkowym Sądzie Najwyższym (Bundesgerichtshof), w polskim Trybunale Konstytucyjnym, Instytucie Prawa Karnego Międzynarodowego i Porównawczego im Maxa Plancka we Freiburgu Bryzgowijskim (RFN), na Uniwersytetach w Lipsku i w Getyndze (RFN) oraz w Uniwersyteckim Instytucie Europejskim we Florencji (Włochy). Otrzymała stypendium Komisji Europejskiej (Marie Curie Actions – Human resources and mobility), co pozwoliło jej na udział w drugiej edycji programu “Comparing Constitutional Adjudication: Comparative Interpretation of European Constitutional Jurisprudence” na Uniwersytecie w Trydencie (Włochy).

Jest autorką blisko siedemdziesięciu publikacji naukowych z zakresu prawa i postępowania karnego oraz prawa konstytucyjnego.

The europeanisation of criminal law
and the constitutional standards in the
member states of the European Union



Europeizacja prawa karnego a standardy
konstytucyjne państw członkowskich
Unii Europejskiej

1. PRIMACY OF EUROPEAN LAW AND THE SUPERIOR NATURE OF THE CONSTITUTION

For some time now, the legal doctrine has showed an interest in the question of how to reconcile the principles of the superior nature of the Constitution, guaranteed by the constitutions of the European Union (hereinafter abbreviated as the “EU”) with the primacy of European law, as well as in doubts whether the requisite bodies which oversee the constitutionality of law in the EU Member States are empowered to check the constitutionality of the provisions of European law¹.

The bodies appointed to exercise constitutionality checks in the EU Member States as well as the European Court of Justice (hereinafter ‘the ECJ’) have repeatedly stated their position on this issue, considered against the background of the relationship between the constitutional law and that part of European law which is not Community law.

The position of the ECJ expressed *inter alia* in the judgements: of 5 March 1963 (file 26/62) in *Van Gend en Loos* case of 17 December 1970 (case 11/70) in *Internationale Handelsgesellschaft* case of 22 December 1998 (C-10/97 through C 22/97) in *IN.CO.GE.*’90 of 13 January 2004 (C-453/00) and in *Kühne & Heitz* case, has consistently emphasized the principle of the primacy of Community law ².

¹ For more, see S. BIERNAT: Wykładnia prawa krajowego w zgodzie z prawem Wspólnoty Europejskiej (in:) Implementacja prawa integracji europejskiej w krajowych porządkach prawnych, C. MIK (ed.), Toruń 1998, p. 123ff; P. ROSIAK: Prawo wspólnotowe w orzecznictwie polskich sądów i Trybunału Konstytucyjnego, Kwartalnik Prawa Publicznego No 4/2002, p. 120; K. KOWALIK-BAŃCZYK: Prowspólnotowa wykładnia prawa polskiego, Europejski Przegląd Sądowy No 3/2005, p. 9ff and ample references cited there, and J. GALSTER, Z. WITKOWSKI: Akcesja Rzeczypospolitej Polskiej do Unii Europejskiej. Konsekwencje dla sadownictwa (in:) Sądy i trybunały w konstytucji i w praktyce, Warszawa 2005, p. 143ff.

² The cited judgments are available at <http://www.europa.eu.int> website.

The authorities appointed in the EU Member States to check the constitutionality of law do not present any uniform stance on these matters. The matter is made particularly complicated by the various constitutional premises regulating the place of European law and its relations to the internal law system³.

Irrespective of these disparities, all the Members States of the EU recognize that because of the principle of primacy of EU law over national law, in the event of any incompatibility the European law has to prevail over the internal law that is not of a constitutional rank.

In this context, it is worth referring in particular to the judgment of the Italian Constitutional Court (*Corte Costituzionale*) of 5 June 1984 (file 170/84) in *Granital* case, which stated that in the event of an emerging incompatibility between constitutional law and European law in the process of applying the law, it is inadmissible for the adjudicating court to refer to the Constitutional Court in order to check the constitutionality of an internal legislative act. The presence of such incompatibility allows the court to refuse the application of national provisions and to base the decision directly on the provision of European law⁴. The identical premise also appeared in the decision of the German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*, hereinafter “BVerfG” and “BvR”) of 9 June 1971 (file 2 BvR 225/69) in the *powdered milk* case⁵, and in the decisions of the Austrian Constitutional Court (*Verfassungsgerichtshof*): of 26 June 1997 (file B 877/96) in the *veterinary medicine studies*, and of 5 March 1999 (file B 3073/96) in the case of the *pay scale for pharmacist* ⁶. A similar statement was given in the decision

³ For more, see A. ALBI: Supremacy of EC Law in the New Member States. Bringing Parliaments into the Equation of, Co-operative Constitutionalism”, *European Constitutional Law Review*, 3/2007, p. 25–67.

⁴ GC 1984, p. 1098ff.

⁵ BVerfGE 31, 145.

⁶ The judgments are available at: <http://www.ris.bka.gv.at/vgh/> website.

of 10 June 2004 (file 2004-496 – DC) by the French Constitutional Council (*Conseil Constitutionnel*)⁷.

The issue looks different when European law collides with constitutional law. The monistic understanding of the primacy of European law assumes its precedence over internal legal provisions of the EU Member States, including constitutional law. This concept has been adopted by those states that do not see sovereignty as an essential constitutional value, in particular: Estonia, the Czech Republic, the Netherlands, and Slovenia⁸. This solution is adopted also in Article 133 of the Austrian Constitution of 1 October 1920. The primacy of Community law over internal law of constitutional rank was also confirmed by the Austrian Constitutional Court in the judgement of 28 November 2003 (file KR 1/00) in *Rechnungshof* case⁹.

When viewed pluralistically, the principle of primacy of European law prescribes that an attempt should be made to interpret national law, including also the provisions of constitutional rank, in conformity with European law. However, in the event of incompatibility between European law and constitutional law, the Constitution prevails. This concept is adopted in particular in the Lithuanian¹⁰ and Romanian¹¹ systems of law.

Also of special importance is the position adopted by the Polish Constitutional Court (*Trybunał Konstytucyjny* hereinafter abbreviated as „TK”) in its judgement of 11 May 2005 (file K 18/04)¹². On the one

⁷ JO of 20 June 2004, p. 11182.

⁸ C. GREWE: The Interaction between European Law and National Law in the Case Law of Constitutional Courts, a paper presented during the conference on „Comparing Constitutional Adjudication: Comparative Interpretation of European Constitutional Jurisprudence” at the University of Trent (Italy) on 9 August 2007 r. – in Author’s collection of references.

⁹ The judgments are available at the website: <http://www.ris.bka.gv.at/vgh/>

¹⁰ The judgment of the Lithuanian Constitutional Court of 14 March 2006, file No 17/02-24/02-06/03-22/04, is available at the website: <http://www.lrkt.lt/dokumentai/2006/r060314.htm>

¹¹ The judgment of the Romanian Constitutional Court of 17 May 2007, file No 59D/2007 – in the Author’s collection of references.

¹² OTK No 5A/2005, item 49.

hand, the TK found itself lacking the competence to proceed on its own with constitutionality checks on EU primary law. On the other hand, however, referring to Article 188 subparagraph 1 of the Constitution of the Republic of Poland, it considered itself competent to check the constitutionality of the Act of Accession as an international agreement ratified by Poland.

The Danish Supreme Court, in the judgement of 6 June 1998 (file I 361/1997) in Maastricht case¹³, even though Denmark had transferred to the ECJ the competence to examine the validity of Community legal acts, allowed for the exceptional possibility where courts might refuse to apply a Community legal act, if such an act – despite its having been upheld by the ECJ – exceeded the scope of competence transferred to the Community under the Danish legislation.

The French Council of State (*Conseil d'Etat*) in its decision of 24 December 2004 found that the French system of law is closely integrated with the European system. However, it had decided earlier, in the judgement of 3 December 2001 (file 226514) in *Syndicat* case, that the principle of primacy of Community law might not undermine the supreme binding force of the Constitution¹⁴.

The judgement of the German Federal Constitutional Court, of 12 October 1993 (file 2 BvR 2134, 2159/92), issued in *Maastricht* case¹⁵, in continuing the line adopted in an earlier decision of 22 October 1986 (file 2 BvR 197/83) in *Solange I* case¹⁶, warrants particular attention. As regards the act of secondary EU law, the German Constitutional Court offered to co-operate with the ECJ in checking the admissibility of applying this law in Germany, thereby limiting the German Constitutional Court to the role of a guarantor watching the observance of general standards of fundamental rights enacted in the Basic Law (constitution). The line of

¹³ Document in the Author's collection of references.

¹⁴ Document in the Author's collection of references.

¹⁵ BVerfGE 89, 155.

¹⁶ BVerfGE 73, 339.

judgements that evolved in the *Solange II* and *Maastricht* cases, were further developed in the judgement of 7 June 2000 (file. 2 BvL I/97) in the *banana market* case¹⁷, although in this case, the Federal Constitutional Court toughened the conditions for formal examination of the constitutionality of the secondary Community law by imposing an obligation on the person instituting the proceedings to indicate the arguments substantiating at least differences in the levels of protection concerning a given fundamental right in Community law and national law.

For a long time, these doubts and disputes did not concern criminal law because European law did not regulate this domain of the law, that is, until quite recently. Criminal law has traditionally been left to the domain of the state sovereignty¹⁸. With the establishment of the European Community and the associated free movement of goods, and in connection with the need to effectively combat crime of a supranational nature, and organised crime in particular, it is necessary to co-ordinate fragmentary regulation also in this domain of law.

European law, entering this particularly sensitive area, which has always been the preserve of the state sovereignty, has lent currency (also in the context of criminal law) to the question of the relationship between the regulations originating from the sphere of European law and internal law of a constitutional rank in particular EU Member States.

The method of co-operation on which the sources of law in the Third Pillar are based, has rendered both the arguments brought into the discussions about the relationships between Community law and constitutional law, and the jurisprudence of constitutional courts or the ECJ, unsuitable for the task of a straightforward projection onto this sphere of law.

The situation is undoubtedly complicated by the multitude and detailed nature of constitutional provisions directly pertaining to criminal law.

¹⁷ BVerfGE 102, 147.

¹⁸ A. GRZELAK, F. JASIŃSKI: Przekazanie zamiast ekstradycji. Europejski nakaz aresztowania konsekwencją wzajemnego zaufania do systemu wymiaru sprawiedliwości państwa członkowskiego Unii Europejskiej, „Rzeczpospolita” No 257/2003, p. C3.

A particular place among the positions adopted by the bodies appointed in the EU Member States to check the constitutionality of laws concerning the relations between European law in the Third Pillar and their internal laws of constitutional, is occupied by those which are associated with the implementation of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States (2002/584/JHA)¹⁹.

The Framework Decision on the European arrest warrant (the EAW) introduced immensely important changes into the extradition procedure hitherto followed, based primarily on the European convention on extradition of 1957. In view of reservations made during its ratification and the unsatisfactory progress made in ratifying conventions aimed at improving the efficiency of the original convention, the extradition process – including that between the EU Member States – has not been very effective²⁰.

Pursuant to Article 34 subparagraph 1 of the Framework Decision, the EU Member States were obligated to take the necessary measures to comply with the provisions of the Framework Decision to ensure the implementation of the EAW into internal national legal systems by 31 December 2003, at the latest. In the case of Poland and other states that acceded to the EU after that date, the deadline fell on the date of their accession to the EU.

In the legal doctrine there have been some doubts as to the prospects of a timely implementation of the Framework Decision by all EU Member States, *inter alia*, in view of the incompatibility of some tenets on which the EAW is based, with the guarantees enshrined in their constitutions. ■

¹⁹ Whenever mention is made further on in the text about a framework decision without more detailed designation, it pertains to the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States.

²⁰ S. ALEGRE, M. LEAF: European Arrest Warrant. A solution ahead of its time?, London 2003, p. 6; M. PŁACHTA: Europejski nakaz aresztowania (wydania): kłopotliwa „rewolucja” w ekstradycji, „Studia Europejskie” No 3/2002, p. 51–53.

2. THE PRINCIPLE OF MUTUAL RECOGNITION OF JUDICIAL DECISIONS AS A METHOD OF CO-OPERATION IN THE THIRD PILLAR OF THE EUROPEAN UNION VIS-À-VIS CONSTITUTIONAL GUARANTEES IN THE EU MEMBER STATES

The EAW is an action taken up by a judicial authority of a EU Member State in order to arrest and surrender a person concerned in the warrant to the requesting state, enabling either criminal proceedings against such a person to proceed, or the execution of a penalty or a detention order involving deprivation of liberty.

The concept on which the EAW is based, is embedded in a specific stage representing social, political and legal developments within the UE. It is related to the Convention implementing the Schengen Agreement of 14 June 1985 and signed in Schengen on 19 June 1990 on the gradual abolition of checks at their common borders,²¹ i.e. the principle of free movement of persons within the EU. The adverse aspects of the free movement of persons and abolition of checks at common internal borders are the complications involved in prosecuting perpetrators and bringing them to justice. Thus, there is a need to look for new, effective forms of combating crime.

Increasing the efficiency of extradition proceedings, particularly in connection with effective combating of supranational organised crime (including terrorist activities), is not the sole objective of the EAW. The fifth subparagraph of the Preamble to the Framework Decision also indicates the drive towards the Union becoming an area of freedom, security and justice, through abolishing extradition between the EU Member States and replacing it with a system of surrender between judicial authorities.

²¹ OJ UE of 22 September 2000, L 239, p. 19 – Special edition (Polish version), OJ EU, Ch. 19, vol. 2, p. 9.

The drafters of the Framework Decision intended that the EAW was to constitute a significant step on the road to the Europeanisation of criminal law²².

In the body of legal literature it is emphasised that the principal legal Framework of the EAW has been delineated by the Amsterdam Treaty of 1997, which introduced a new source of European law; namely the framework decision binding all EU Member States and the obligation to implement its provisions in their internal systems of law²³.

As indicated above, the Framework Decision on the European arrest warrant is related to the principle of free movement of persons within the EU, adopted under the Schengen Agreement. An adverse, and inevitable consequence of the free movement of persons and abandoning of checks on the internal borders within the European Union has been, on the one hand, an increase in crime, and on the other hand, an easy escape from justice. For these reasons, at the 1999 Tampere summit, the Council of the European Union indicated the creation of a common space for co-operation in cri-

²² On the origin of this institution and the legal instruments preceding it, as well as on detailed provisions of the Framework Decision, see R. BLEKXTOON, W. VAN BALLEGOOIJ (Ed.): Handbook on the European Arrest Warrant, the Hague 2005, *passim*. As regards the changes which this institution has introduced into the "classic" extradition procedure, see in particular the papers published there by M. PEACHTA, W. VAN BALLEGOOIJ: The Framework Decision on the European Arrest Warrant and Surrender Procedures Between Member States of the European Union, p. 13ff and O. LAGODNY: „Extradition” Without a Granting Procedure: The Concept of “Surrender”, p. 39ff; D. ROHLFF: Der Europäische Haftbefehl, Frankfurt am Main 2003, p. 26 and p. 29. See also N. KEIJZER: The European Arrest Warrant Framework Decision between Past and Future (in:) Constitutional Challenges to the European Arrest Warrant, E. GUILD (Ed.), Nijmegen 2006, p. 13ff; B. GILMORE: The EU Framework Decision on the European Arrest Warrant: An Overview from the Perspective of International Criminal Law, ERA-Forum No 3/2002, p. 144ff, and A. GÓRSKI, A. SAKOWICZ: Europejski nakaz aresztowania – uwagi *de lege ferenda* na gruncie nowelizacji Kodeksu postępowania karnego [in:] Problemy znowelizowanej procedury karnej, Z. SOBOLEWSKI, G. ARTYMIAK, CZ. P. KŁAK [Ed.], Kraków 2004, p. 201ff.

²³ P. KRUSZYŃSKI: Europejski nakaz aresztowania jako realizacja idei wzajemnej współpracy w zakresie wymiaru sprawiedliwości między państwami Unii Europejskiej (in:) Współczesne problemy procesu karnego i jego efektywności. Księga pamiątkowa prof. Andrzeja Blusiewicza, A. MAREK (Ed.), Toruń 2004, p. 191.

minimal matters between the judicial authorities of the EU Member States²⁴, setting itself a goal of reaching a stage where the judicial co-operation in criminal matters is based on the principle of mutual recognition²⁵.

The principle of mutual recognition of decisions taken by authorities of the administration of justice in other Member States, enshrined in Article 28 of the Treaty establishing the European Union (hereinafter referred to as “the TEU”) is genetically associated with private law²⁶. It has been “translated” into the area of criminal law, with an indication of the “base”, common to all EU Member States, constituted by the standards of human rights protection set out by the European Convention on Human Rights (hereinafter referred to as “ECHR”)²⁷. It is intended to prevent manifest dissimilarities of protection levels in particular Member States²⁸. It is worthy of mention that shortly before

²⁴ M. PŁACHTA: Europejski nakaz aresztowania..., p. 54.

²⁵ For more details see M. KULA: Ewolucja III filaru Unii Europejskiej (in:) Zwalczanie przestępczości w Unii Europejskiej. Współpraca sądowa i policyjna w sprawach karnych, Warszawa 2006, p. 23ff and A. GÓRSKI, A. SAKOWICZ: Europejski nakaz aresztowania i jego implementacja do prawa krajowego, also there p. 359ff; M. WASMEIER: The „Battle of the Pillars”; does the European Community have the Power to Approximate National Criminal Law, *European Law Review* No 5/2004, p. 613–635; I. BANTEKAS: The Principle of Mutual Recognition in the EU Criminal Law, *European Law Review* No 3/2007, p. 365–385; L. YLI-VAKKURI: Building upon the Schengen Acquis, *ERA-Forum* No 2/2001, p. 53 ff.

²⁶ For more details see D.C. HORNG: The Principle of Mutual Recognition, the European Union’s Practice and Development, *World Competition* 1999, p. 135 ff.

²⁷ It has been emphasised by R. BLEKXTOON in the preface to collection of papers referred to in footnote 22, p. 6. The same in S. ALEGRE: Human rights and the future of extradition in the European Union: Implications of recent case law in the United Kingdom, France and Spain, *ERA-Forum* No 4/2003, p. 68–69, and R. ESSER: Die Europäische Menschenrechtskonvention als „zweiter Rahmen” der Auslieferung in Europa, *ERA-Forum* No 4/2003, p. 70 ff; H.G. NILSSON: From Classical Judicial Cooperation to Mutual Recognition, *Revue Internationale de Droit Penal* No 1–2/2006, p. 53 ff.

²⁸ For more details see B. NITA: Europejski nakaz aresztowania – europeizacja prawa karnego a standardy konstytucyjne the EU Member States, *PiP* No 5/2007, p. 56 ff; A. GÓRSKI, A. SAKOWICZ: Zasada wzajemnego uznawania orzeczeń organów wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych na obszarze Unii Europejskiej (in :) *Zwalczanie przestępczości w Unii Europejskiej*..., p. 411 ff.

the enlargement of the EU by 10 new states, including Poland, some doubts had been expressed in the English-language legal publications as to whether the legal standards of the candidate states in this field match those prevailing in the “old” Member States²⁹. This situation is undoubtedly complicated still further by the lack of a uniform European criminal procedure, although initiatives have been taken within the EU, aimed at creating its foundations³⁰.

The EAW is based on the principle of mutual recognition of the decisions from the judicial authorities of other Member States. It has been clearly indicated in the sixth recital of the Preamble to the Framework Decision.

The essence of the concept of mutual recognition includes the acceptance of dissimilarities between various legal systems, as well an inherent confidence in the decisions originating from the judicial authorities of other states.

In criminal law, this principle provides the grounds for solving problems that emerge in connection with the collision of criminal jurisdictions in accordance with a supranational prohibition resulting from the *ne bis in idem* principle, laid down in Article 54 of the Convention implementing the Schengen Agreement³¹.

²⁸ For more details see B. NITA: Europejski nakaz aresztowania – europeizacja prawa karnego a standardy konstytucyjne the EU Member States, PiP No 5/2007, p. 56 ff; A. GÓRSKI, A. SAKOWICZ: Zasada wzajemnego uznawania orzeczeń organów wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych na obszarze Unii Europejskiej (in:) *Zwalczanie przestępczości w Unii Europejskiej...*, p. 411 ff.

²⁹ S. ALEGRE, M. LEAF: *European ...op. cit.*, p. 14, see also M. MACKAREL: The European Arrest Warrant – the Early Years: Implementing and Using the Warrant, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2007, p. 37–65.

³⁰ On this topic, see M. KADRIC, O. SCHEIBER: Ausgangspunkt Tampere: Unterwegs zum europäischen Strafprozess, „Juridicum“ No 4/2004, p. 207 ff; H. KUCZYŃSKA: Problem kodeksu postępowania karnego dla Unii Europejskiej, „Przegląd European law“ No 3–4/2005, p. 46 ff.

³¹ For more details see B. NITA: *Zasada ne bis in idem w międzynarodowym obrocie karnym*, „Państwo i Prawo” No 3/2005, p. 18 ff; by the same author: *Rozstrzygnięcie problemów wiążących się z kolizją jurysdykcji karnej pomiędzy państwami członkowskimi Unii Europejskiej w oparciu o zasadę ne bis in idem*, *Materiały Robocze* No 6/06, Centrum Europejskie Natolin, Forum – Wymiar Sprawiedliwości i Sprawy Wewnętrzne EU, Warsaw 2006, *passim*.

It needs to be pointed out that according to the established case law of the ECJ, the principle of mutual recognition under Article 54 of the Schengen Agreement does not depend on the harmonisation or mere approximation of the systems of law of the states bound by the Convention³². Applying the supranational prohibition implied by Article 54 of the Convention has not resulted in any constitutional complications in the EU Member States. From the constitutional perspective, embracing the decisions from other Member States with the prohibition resulting from the *ne bis in idem* principle, presents an utterly different problem than that of extradition.

In the event that an earlier proceeding has been concluded with a conviction and a punishment, the binding force of the *ne bis in idem* principle in the international transactions in the area of criminal law is based on a tenet that the punishment adjudicated on by a court in another Member State “absorbs” the guilt of the perpetrator and illegality of the action attributed to him. Consequently, the repeated punishment for the same act would collide with an imperative to use a proportional criminal judicial response³³, which stems from the principle of the rule of law. More arguments to support the notion that this principle is also binding in an international setting is provided by the principle of stability of final and valid decisions, which

³² For more on this topic see B. NITA: O zasadzie *ne bis in idem* w art. 54 Konwencji wykonawczej z Schengen, Europejski Przegląd Sądowy No 7/2006, p. 4 ff, and of the same author: Article 54 of the Convention implementing the Schengen Agreement in ECJ’s judgments of 28.09.2006 in cases: C-467/04 Criminal proceedings against Giuseppe Francesco Gasparini and Others, and C-150/05 Jean Leon Van Straaten v Staat der Nederlanden and Republiek Italië. „Europejski Przegląd Sądowy” No 9/2007, p. 44 ff.

³³ H. THOMAS: Das Recht auf Einmaligkeit der Strafverfolgung. Vom nationalen zum internationalen *ne bis in idem*, Baden-Baden 2002, p. 142; G. DANNECKER: Die Garantie des Grundsatzes “*ne bis in idem*” in Europa (in:) Festschrift für Günter Kohlmann zum 70. Geburtstag, H.J. HIRSCH, J. WOLTER, U. BRAUNS (Ed.), Köln 2003, p. 600; W. SCHOMBURG: Germany. Concurrent National and International Criminal Jurisdiction and the Principle “*ne bis in idem*“, Revue International de Droit Penal No 3–4/2002, p. 942.

constitutes an element of the principle of legal certainty and security, derived from the principle of a democratic legal state. When considering a specific case, an order to conclude a case with a single decision would effectively solve the case in terms of both outcomes; namely: an acquittal or conviction. From the perspective of the constitutional principle of rule of law, the declaration of unconstitutionality has not been avoided with respect to the regulation failing to recognise the decision as an adverse premise in the trial. A sovereign state cannot be a guarantor of legal certainty that could be provided by the valid legal decisions issued by the judicial authorities of other Member States.

Justifying the binding nature of the *ne bis in idem* principle through constitutional considerations, the German legal authors emphasize that presenting charges which mark the beginning of the *in personam* stage of the proceedings, involves interference with the dignity and freedom of the accused. This interference ceases only at the time of the valid conclusion of the proceeding that resolves the issue of guilt of the accused. Retrying the same person for the same act would involve another interference with the person's rights and freedoms. This could be justified by the will to preserve other values, e.g. by aiming to achieve a desired state in which a valid decision corresponds to the material truth³⁴. A drive to discover the material truth could justify a departure from the *ne bis in idem* principle in international criminal-law transactions, only under the assumption that the decision from a court in another Member State would guarantee it.

In the case of the EAW, the situation is different. The prohibition derived from the *ne bis in idem* principle laid down in Article 54 of the Schengen Agreement works to the advantage of the accused. In the case of the EAW it is not so.

³⁴ O. LAGODNY: *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte. Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik; dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung*, Tübingen 1996, p. 96 ff.

The reservations of a constitutional nature presented in legal writings in connection with the idea behind the EAW, concerned primarily the catalogue of grounds for refusing the execution of a European warrant.

As already mentioned, the framework decisions are binding only as to the effect defined therein, leaving the selection of forms and means applied to the discretion of particular EU Member States. As concerns the premises for the refusal to execute a European warrant, the Framework Decision on the EAW granted to the EU Member States only a very narrow margin of discretion³⁵. From the viewpoint of constitutional complications caused in the EU Member States legal systems by the necessity to implement the EAW, the obligation to surrender own nationals under the EAW procedure has been of prime importance. Renouncing a premise of conditioning the surrender upon the double criminality of the act indicated in the request – a traditional requirement in extradition law – has also been significant. Another issue emerging during the transposition of the Framework Decision has been the lack of a provision permitting a refusal to execute the European warrant, concerning a perpetrator committing an act for political reasons.

The Framework Decision on the EAW has not indicated, among the premises for refusing to execute a European warrant, such situations that exclude the surrender, which are enshrined in provisions of the constitutional rank in the EU Member States.

For this reason, since the adoption of the Framework Decision both in Polish and in international legal literature, numerous critical opinions have been voiced towards the EAW³⁶. A typical objection has been that the implementation of the Framework Decision may not bring about the expected effects, in the situation where it does

³⁵ Critically on this issue see: B. VON HEINTSCHEL-HEINEGG, D. ROHLFF: *Der Europäische Haftbefehl*, „Goldammer’s Archiv für Strafrecht“ No 1/2003, p. 44.

³⁶ More details in B. NITA: *Europejski nakaz aresztowania...*, p. 57.

not respect the rights enshrined in the constitutional provisions of the EU Member States³⁷.

The lack of an option allowing a refusal to execute a European warrant, involving the surrender of own nationals, has not been a problem in the EU Member States bound by the Framework Decision of the “common law culture” i.e. Great Britain and Ireland. In these states, the domestic provisions regulating extradition do not envisage limitations in applying extradition on account of the nationality of the person concerned³⁸.

For the majority of the EU Member States, the obligation implied by the Framework Decision to establish provisions, allowing the application of the EAW on their own nationals, contravenes their traditions³⁹.

The lack of any possibility to refuse the request to execute a European warrant was particularly difficult for those states where the provisions of constitutional rank envisaged explicitly the prohibition of the extradition of their nationals.

In this context it is worth pointing out that Austria, because of the prohibition on the extradition of own nationals guaranteed by an internal provision of constitutional rank, i.e. by § 12 of the Act on extradition and legal assistance (*Auslieferungs- und Rechtshilfe gesetz*), has reserved, in the Framework Decision, the right to refuse to execute an EAW concerning an Austrian national till the annulment of this guarantee, up to 31 December 2008, at the latest⁴⁰.

³⁷ P. GARLICK: *The European Arrest Warrant and the ECHR* [in:] *Handbook on the European Arrest Warrant...*, p. 167.

³⁸ For more details, see N. KEIJZER: *The European Arrest Warrant Framework Decision between Past and Future* (in:) *Constitutional Challenges...*, p. 22.

³⁹ See also A. ZWIERZYŃSKA: *Instytucja ekstradycji w konstytucjach wybranych państw współczesnych*, “Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” fasc. 1/2003, p. 23ff.

⁴⁰ See art. 33 para. 2 Framework Decision. On the Austrian dilemmas associated with the implementation of the Framework Decision, see H. EPP: *European Extradition in the 21st Century. Overcoming constitutional barriers – The public law challenges for the EWA in national constitutional courts*, the paper is available at the website <http://www.justice.org.uk/images/pdfs/eurepp.pdf>, passim.

The implementation of the Framework Decision has also given the Polish parliament a difficult task to adjust Polish internal law to such standards adopted by the European Union which – verbally at least – seemed to be evidently contravening the guarantees implied by the provisions of the Constitution. According to the language of Article 55 subparagraph 1 of the Constitution of the Republic of Poland in its original form, the extradition of a Polish national was prohibited. Because of the contents of Article 55 of the Constitution of the Republic of Poland, the Polish legal literature expressed doubts as to the prospect of implementing the EAW without amending the Constitution at the same time. In admitting such a possibility the authors indicated particularly the argument that surrendering under the EAW is a legal institution different from that of extradition and inferred still further that the guarantee enshrined in this provision of the Constitution would not offer protection against a surrendering under the EAW procedures⁴¹.

As has become apparent over time, the problem connected with the imperative to surrender its own nationals implied by the Framework Decision, does not concern only those EU Member States that have a prohibition of extradition written into their constitutional-rank provisions.

The issue of the constitutionality of surrendering own nationals under the EAW procedure has also emerged in the relation to the Cypriot, Czech and Finnish Constitutions, which do not contain a provision explicitly excluding the extradition of own nationals.

The issue of the constitutionality of the provisions implementing the EAW, considered in the context of surrendering own nationals, has emerged also in Germany.

Article 16 subparagraph 2 of the German Basic Law (*Grundgesetz*) in its first sentence establishes the prohibition of surrendering

⁴¹ As regards this issue, two opposite positions appeared, presented in detail in the reasons for the judgment of the TK of 27April 2005, P 1/05, OTK No 4A/2005, item 42.

own nationals, whereas in the second sentence it permits surrendering to an EU Member State and the International Criminal Courts, provided that the principles of the state of law are retained. The second sentence admitting the possibility of surrendering German nationals, *inter alia*, to other EU Member States, was added to Article 16 subparagraph 2 of the Basic Law, by the Act on the change of the Basic Law (*Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes*) of 29 November 2000⁴². Previously, this provision guaranteed to German nationals full protection against extradition⁴³.

In German legal publications preceding the transposition of the Framework Decision, an objection concerning the collision between the assumption on which the EAW is based and the premises of the state of law has been raised. Also questioned was the admissibility of such a dramatic incursion into the sovereignty of the state, associated with this legal institution. Another point emphasised was the breach of constitutional prohibition of the retroactive effect of the law, in the situation when a particular European warrant concerned an action committed at the time when it had not been prohibited and punishable in the executing state⁴⁴.

This latter issue has also been discussed in the Spanish legal publications⁴⁵.

⁴² BGBl I, p. 1633.

⁴³ For more details, see F. GEYER: The European Arrest Warrant in Germany. Constitutional Mistrust towards the Concept of Mutual Trust (in:) Constitutional challenges..., p. 103.

⁴⁴ Cf. B. SCHÜNEMANN: Europäischer Haftbefehl und EU-Verfassungsentwurf auf schiefer Ebene, „Zeitschrift für Rechtspolitik“ No 6/2003, p. 185–189; of the same author: Europeizacja prawa karnego niebezpieczeństwem dla demokratycznego państwa prawnego?, „Jurysta“ No 7–8/2004, p. 7–8. A critical position towards these objections J. MEYER: Die künftige Europäische Verfassung und das Strafrecht [in:] Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, München 2005, p. 797.

⁴⁵ For more details, see M. JIMENO-BULNES: Spain and the European Arrest Warrant – The View of a „Key User” (in:) Constitutional challenges..., p. 168ff.

Another point was raised in the Polish legal publications, pointing out the incompatibility of the Framework Decision with Article 55 subparagraph 2 of the Polish Constitution. In its original language, this provision established a ban on extradition of a person who committed a political offence without using violence. Such grounds for refusing the execution of the European warrant have not been provided for in the Framework Decision.

The twelfth recital of the Preamble to the Framework Decision on the EAW declares the inviolability of the constitutional principles of the Member States, concerning the respect of the right to a fair trial. Recital 13 excludes the admissibility of extradition, should there be a serious risk that in the requesting state such a person could face “a serious risk that he or she would be subjected to the death penalty, torture or other inhuman or degrading treatment or punishment”. Such risk is hardly realistic because the EU is bound by the ECHR.

The comparability of the levels of protection of fundamental civil rights and freedoms in particular EU Member States does not exhaust all problems associated with the idea of the EAW. The justification is needed for the admissibility of interfering with constitutionally guaranteed rights and freedoms of the accused, including e.g. constitutionally guaranteed protection against being surrendered to the judicial authorities of another state, and other constitutional guarantees⁴⁶.

The constitutional doubts, raised in the context of the EAW, have been partly confirmed in the case law of the authorities appointed to perform constitutional checks on the law in the Member States bound by the Framework Decision.

In its judgement of 27 April 2005, the Polish Constitutional Court (Trybunał Konstytucyjny “TK”) stated that Article 607t § 1 of the

⁴⁶ This issue has also been pointed out by M. BÖSE: *Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung in der transnationalen Strafrechtspflege in der EU [in:] Fragmentarisches Strafrecht. Beiträge zum Strafrecht, Strafprozeßrecht und zur Strafrechtsvergleichung. Festschrift für Manfred Mainwald, C. MOMSEN, R. BLOY, P. RACKOW [Ed.], Frankfurt am Main 2003, p. 236.*

Polish Code of Criminal Procedure Criminal (hereinafter “CCP”), as it permits the surrendering of a Polish national to a EU Member State under the EAW, is incompatible with Article 55 subparagraph 1 of the Polish Constitution. Adjudicating on the incompatibility of the provision concerned, the TK utilised the option resulting from Article 190 subparagraph 3 of the Constitution, to postpone the annulment of the binding force of such an unconstitutional provision, indicating the maximum-length postponement admitted by the Constitution, i.e. 18 months from the date of publication in the Journal of Laws. This date elapsed on 5 November 2006⁴⁷. Because of the binding force incurred by the scope of review, the TK has not dealt with other constitutional doubts concerning the EAW, raised in the legal literature. They pertain particularly to the incompatibility of that legal instrument with Article 55 subparagraph 2 of the Constitution in its original wording, which prohibited the extradition of a person suspected to have committed an offence for political reasons without using violence, irrespective of his/her citizenship.

Almost three months later, the German Federal Constitutional Court in the judgement of 18 July 2005, invoked the principle of proportionality, and found the entire Act on the EAW unconstitutional, before declaring it null and void⁴⁸. The reasons for the judgement do not imply that the Federal Constitutional Court deemed the EAW as such

⁴⁷ In the context of this part of the judgment, the body of publications in the field of criminal trial law has seen revival of disputes about binding the courts with the decision of the Constitutional Court. For some time after issuing this decision, the jurisprudence in matters concerning surrender of own national has not been uniform. The doubts regarding the possibility of executing the European arrest warrant during the period of postponed binding force of the provision questioned by the TK was finally resolved by the order of the Supreme Court of 13 December 2005, file No III KK 318/05, OSNKW No 4/2006, item 37. See also glosses to this order: a critical one by P. HOFMAŃSKI, published in „Europejski Przegląd Sądowy” 2006, No 7, p. 44–46, and approving one by B. NITA: „Przegląd Sejmowy” 2006, No 5 (76), p. 160 ff.

⁴⁸ This judgment was published in „Neue Juristische Wochenschrift” 2005, p. 2289. This conclusion with reasons is also available at the website of the German Federal Constitutional Court: <http://www.bundesverfassungsgericht.de>

to be a disproportionate legal instrument, as considered from the constitutional perspective. However, it nevertheless formulated several objections addressing ordinary legislators. Above all, the Court has found that when transposing the Framework Decision, the ordinary legislators have not utilised the possibility of restricting the surrender of own nationals under the EAW provided in Article 4 para. 7 of the Framework Decision. The second objection concerned the lack of judicial control over the decision to surrender. Additionally, the BVerfG found that the legislators failed to properly define in national law the reasons for refusing to execute the European warrant. In this case the constitutional models have been: Article 19 subparagraph 4 of the German Basic Law, and Article 2 subparagraph 1 in connection with Article 20 subparagraph 3, Article 16 subparagraph 2, and Article 19 subparagraph 4 of the German Basic Law (*Grundgesetz*)⁴⁹.

These two decisions met with varied, although predominantly highly critical reaction in the legal literature⁵⁰. The common objection raised with respect to the decisions of these two courts was that they both

⁴⁹ For more details, see U. BUERMEYER: Grundrechtsschutz in Deutschland und Europa: Das BVerfG hebt die Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl auf, *Höchstrichterliche Rechtsprechung* 2005, p. 273–283.

⁵⁰ Critical attitude towards the stance of the TK was adopted in the glosses to the judgment by: W. CZAPLIŃSKI: „Państwo i Prawo” 2005, No 9, p. 107–112; P. HOFMAŃSKI: „Państwo i Prawo” 2005, No 9, p. 113–117; P. KRUSZYŃSKI: „Palestra” 2005, No 7–8, p. 290ff. So did also S. WALTOŚ: *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2005, p. 596 and p. 598; A. GÓRSKI, A. SAKOWICZ: *Bariery prawne integracji europejskiej*, „Materiały Robocze” 2005, No 3, p. 21ff; by the same authors: *Europejski nakaz aresztowania i jego implementacja...*, p. 359ff; P. HOFMAŃSKI: *Przekazanie obywatela polskiego innemu państwu członkowskiemu Unii Europejskiej na podstawie europejskiego nakazu aresztowania – glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 13.12.2005 r. (III KK 318/05)*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2006, No 7, p. 44–46. Partly critical were: A. GRZELAK: *Europejski nakaz aresztowania – orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z punktu widzenia European law*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2005, No 2, p. 24ff, and E. GIERACH in the gloss published in „Przegląd Sejmowy” 2005, No 5, p. 196–204. Approving evaluations of the judgments were given in the glosses by: M. PŁACHTA, R. WIERUSZEWSKI: „Państwo i Prawo” 2005, No 9, p. 117–125, and S. STEINBORN: „Przegląd Sejmowy” 2005, No 5, p. 182–195, so did also B. NITA: *Europejski nakaz aresztowania...*, p. 56 ff.

went against the process of European integration. In the German legal literature, the decision given in the case of the EAW has been described simply as „*Solange III*”, with the added criticism that the BVerfG in twelve years after the judgement in *Maastricht* and nineteen years after the judgement in *Solange II*, had come to the conclusion that a different perspective is needed on the limits of European integration⁵¹. A definitely negative stance towards the judgement of the Polish TK was taken by the Codification Commission for Criminal Law, working for the Minister of Justice, in its statement issued on 2 June 2005. In this case the reservations were formulated principally on the account of the effects associated with the issued decision⁵².

In its judgement of 7 November 2005 in *Konstantinou* case (file No 29/4/2005), the Cypriot Supreme Court in its full composition decided on the unconstitutionality of the provisions of the Act No 133 (1)/2004 on the European arrest warrant and the surrender procedures within the European Union, because of the guarantee enshrined in Article 11 subparagraph 2 point f of the Constitution. Pursuant to this provision, “Every person has the right to liberty and security of person. No person shall be deprived of his liberty save in the following cases when and as provided by law: (...) the arrest or detention of a person to prevent him effecting an unauthorised entry into the territory of the Republic or of an alien against whom action is being taken with a view to deportation or extradition.”⁵³.

⁵¹ It is emphasized by F. GEYER: *The European Arrest Warrant in Germany...*, p. 107.

⁵² The Commission shared the view that Article 55 subparagraph 1 of the Polish Constitution does not allow extradition of a Polish national in any form, therefore also under the European arrest warrant. The content of the opinion was published in „*Europejski Przegląd Sądowy*” No 2/2005, p. 63.

⁵³ The full text of the judgment together with reasons in Greek, and a summary account in English are available at the website <http://www.eurowarrant.net/>. For more details, see E. A. STEFANOM, A. KAPARDIS: *The First Two Years of Fiddling around with the Implementation of the European Arrest Warrant (EAW) in Cyprus* (in:) *Constitutional challenges...*, p.79 ff.

In view of the language of § 9 subparagraph 1 of the Finnish Constitution (*Suomen Perustuslaki*)⁵⁴ of 11 June 1999, the Finnish Parliamentary Commission for Constitutional Law⁵⁵ stated the impossibility of a full implementation of the Framework Decision into the legal system of Finland. According to the provision, „Finnish citizens shall not be prevented from entering Finland or deported or extradited or transferred from Finland to another country against their will”⁵⁶.

Also worthy of note is the judgement of the Czech Constitutional Court (*Ustavní Soud*) of 3 May 2006 (file No Pl. US 66/04)⁵⁷, declaring the compatibility of the provisions on the EAW with the Constitution. The model for constitutional control in the proceedings before the Czech Constitutional Court was taken from Article 14 subparagraph 4 second sentence of the Charter of Fundamental Rights and Freedoms (*Listina základních práv a svobod*) of 1991, under which a Czech national may not be forced to leave his/her homeland. The meaning of this guarantee is not identical with that expressed in Article 55 subparagraph 1 of the Polish Constitution in its original wording, which was expressly pointed out by the Czech Constitutional Court in the reason for its judgement.

A mention should also be made of the opinion of the French Council of State (*Conseil d'Etat*) of 26 September 2002 (file No 368/282)⁵⁸,

⁵⁴ Act No 731/1999.

⁵⁵ The Finnish system of law has no constitutional judiciary. An abstract and purely preventive role in verifying the constitutionality of law is exercised by the Parliamentary Commission. In the process of applying law, the courts have also competence to control the constitutionality of legal provisions .

⁵⁶ T. OJANEN The European Arrest Warrant in Finland – Taking Fundamental and Human Rights Seriously (in:) *Constitutional challenges ...*, p. 89 ff.

⁵⁷ Document in Author's collection of references.

⁵⁸ Document in Author's collection of references. See also R. ERRER: *The Relationship of Extradition Law in International Treaties with the European Arrest Warrant and its Application in France* (in:) *Constitutional challenges...*, p. 147 ff, and P. PFÜTZNER: *Der Europäische Haftbefehl und seine Umsetzung in das französische Recht*, *The European Criminal Law Associations' Forum – eurocrim* No 1–2/2006, p. 29 ff.

stating that the rights and freedoms guaranteed in the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen of 1789 and in the Preamble to the French Constitution, do not oppose the extradition of a French national. In view of certain unwritten, fundamental principles of law, the transposition of the institution of the European arrest warrant to the French legislation should, however, be preceded by a relevant amendment of the Constitution.

Next, the Belgian Constitutional Court (*Arbiterhof*), in the course of proceedings concerning the constitutionality of the provisions implementing the EAW, raised doubts as to the compatibility of the Framework Decision on the EAW with the Treaty of European Union, in its substantive and procedural aspects, and referred the relevant question to the ECJ for preliminary ruling⁵⁹.

The constitutional contexts in which the aforementioned decisions occur are not identical. The comparative analysis of these decisions yields interesting observations, concerning the way in which the constitutional courts of the EU Member States view the relationship between constitutional law and the third-pillar provisions of European law, particularly because the judgement of the Polish Constitutional Court as well the decisions of courts in other Member States have been subjected to criticism in a number of legal publications. ■

⁵⁹ The content of the question is available at the website <http://www.curia.eu.int>. For more details, see L. WALLEYN: The Belgian Court of Arbitration and the European Arrest Warrant (in:) Constitutional challenges..., p. 137 ff.

3. INTERPRETATION OF EXPRESSIONS USED IN THE PROVISIONS OF CONSTITUTIONAL RANK CONTAINING GUARANTEES THAT RESTRICT THE ADMISSIBILITY OF EXTRADITION

Defining the scope of the constitutional guarantee banning the surrender of own nationals has been of key importance in solving constitutional issues submitted to all authorities appointed to exercise control of the constitutionality of law, and which have taken stances on the constitutionality of regulations on the EAW.

Dispelling the doubts as to whether the surrender under the EAW is a variety of extradition has been of prime importance.

As mentioned earlier, in the period preceding the implementation of the EAW two opposing views of this issue have emerged in the Polish legal literature.

Some of the representatives of the legal doctrine have accepted the possibility of implementing the Framework Decision into the Polish system of law, without a simultaneous change of Article 55 of the Polish Constitution. This view has been primarily based on the assumption that surrendering under the EAW is a legal institution different from extradition. Based on linguistic interpretation, the followers of this idea indicate that in the Framework Decision on the European arrest warrant, two different expressions are used: “surrender” and “extradition”. As a supportive argument for the dissimilarity between surrendering under the EAW and extradition, the followers of this view have also referred to the content of the Preamble to the Framework Decision, which indicates that these differences were not coincidental. They were to serve the creation of a new legal institution to replace extradition between the EU Member States. Additionally,

after the implementation of the Framework Decision, the subscribers to this view referred to the dissimilarity between extradition and surrendering under the EAW in the provisions of the Polish Code of Criminal Procedure. Drawing on Article 9 of the Polish Constitution, the adherents to this view indicated also the necessity of a „conforming interpretation” as regards the conformity with the Constitution of the Polish internal provisions, established in connection with the requirements resulting from European law⁶⁰.

A comparable number of representatives of legal doctrine have questioned the possibility of the implementation of the Framework Decision in the Polish system of law, without a simultaneous amendment to Article 55 of the Polish Constitution. In justifying their stance, the subscribers to this view emphasised that the procedure of surrender under extradition, and the procedure of surrender in the European arrest warrant, indicate that the European arrest warrant is a form of extradition⁶¹. The supporters of this view have obtained supportive arguments from the content of the Preamble to the Framework Decision on the European arrest warrant. Pursuant to the first and thirteenth recitals, the intent of the drafters of this act was to simplify extradition procedures between the EU Member States. Therefore, the Preamble to the Framework Decision itself indicates the similarity between these institutions in terms of the designated functions.

It should be mentioned at this point that in the process of drafting the Act amending the Code of Criminal Procedure with respect to the European arrest warrant, an opinion was sought from the Legislative Council concerning the compatibility with the Constitution of these provisions that envisaged the surrendering to other EU Member States of Polish nationals prosecuted under the European arrest warrant, as

⁶⁰ Cf. P. KRUSZYŃSKI: Europejski nakaz aresztowania ..., p. 197–199.

⁶¹ Cf. M. PŁACHTA: Europejski nakaz aresztowania a ekstradycja, „Jurysta” No 11–12/2002, p. 14 ff; P. WINOCZOREK: Europejskie aresztowanie a polska konstytucja, „Rzeczpospolita” of 17 November 2003, p. C 3.

well as persons other than Polish nationals, who committed non-violent offences for political reasons. The opinion of the Legislative Council on this issue was not unanimous. In its opinion of 23 July 2003, however, the majority of its members decided that the surrender under the European arrest warrant might be considered admissible in the constitutional order of the Republic of Poland⁶².

In my opinion, when dispelling the doubt as to whether the surrender effected under the EAW is a form of extradition, the Polish Constitutional Court was right to reject the view that different expressions (surrender and extradition) used in the Framework Decision to juxtapose the EAW with the „classic” extradition should – even with the conforming, pro-European interpretation of the Constitution – determine that the guarantee derived from Article 55 of the Polish Constitution and concerning the surrender under the EAW does not apply.

At the level of the Constitution, the expression „extradition” has an autonomous meaning that is independent of the meaning given to it in the ordinary legislation. When interpreting constitutional concepts, definitions formulated in legal acts of a lower order may not be of binding significance nor determine the manner of their interpretation. Adopting the opposing assumption would allow circumvention of constitutional guarantee via formal qualification (in ordinary laws) of legal institutions having the characteristics of extradition as a different legal instrument⁶³.

As a supplementary note, it should be pointed out that the Framework Decision does not exclude the possibility of EAW implementation through suitable modifications to internal provisions of the Member States concerning extradition.

⁶² A. GRZELAK, F. JASIŃSKI: Przekazanie zamiast ekstradycji..., p. C 3. The positions taken by individual members are presented in the reasons of the discussed judgment of the Constitutional Court.

⁶³ For more details, see B. NITA, Europejski nakaz aresztowania..., p. 60.

In this respect the position taken by the Polish Constitutional Court has met with the approval of the majority of the writers in legal doctrine⁶⁴.

In this context, it is worth pointing out that the idea of the surrender under the EAW being treated at the constitutional level, as an institution different from extradition, has also been clearly rejected by the Supreme Court of Cyprus in the above-cited decision of 7 November 2005.

In the context of a dispute whether the EAW is a legal instrument different from extradition, it is worth mentioning that no similar argument has emerged in the case pending before the German BVerfG.

Shortly before this court issued a decision, a view was expressed in the German legal publications stating outright that the EAW did not introduce a sufficiently radical change in the extradition procedure, which would allow one to regard the term „extradition” as no longer appropriate for this legal institution⁶⁵.

Underscoring the sovereignty of the state is not the sole objective for which a constitutional dimension is given to the prohibition to surrender own nationals. In both the Polish and Finnish constitutions, as well as in the German one, the prohibition of surrendering own nationals is included as a guarantee of individual liberty.

In emphasising this aspect of the said guarantee, the German BVerfG pointed out that the surrender prohibition of a national to another state’s judicial authority is to protect him from being tried in the other state’s system of law and from serving a sentence there. The guarantee included in Article 16 subparagraph 2 of the German Basic Law stresses therefore the particular link between a national and the

⁶⁴ The Codification Commission for Criminal Law agreed with the position adopted on this issue by the Constitutional Court of Poland. Critical attitudes, although with different justification were presented in glosses to this judgment of the TK: P. KRUSZYŃSKI: „Palestra” No 7–8/2005, p. 290, and W. CZAPLIŃSKI: „PiP” PiP No 9/2005, p. 108.

⁶⁵ Cf. O. LAGODNY: „Extradition” Without a Granting Procedure..., p.41.

system of law in his homeland, which guarantees to him particular rights and freedoms. The ban on extradition guarantees the right to be tried before „his own” court.

The Polish Constitutional Court specified identically the objective of the ban contained in Article 55 subparagraph 1 of the Constitution of Poland, within the scope needed to resolve the constitutional issue presented to it. The Court stated that the prohibition of extradition guarantees the right to be tried by a Polish court. The TK has therefore rejected the view that within the meaning of the Constitution of Poland the essence of the right resulting from the prohibition of extradition is the right of the citizen to assistance from the Republic of Poland to guarantee him a fair and open trial before an independent court where the rights of individual are respected⁶⁶, as these rules are protected by other provisions of the Constitution of Poland. The prohibition of extradition formulated in Article 55 subparagraph 1 of the Constitution of Poland in its original wording expresses, however, the right of the citizen to face criminal proceedings before a Polish court. If it were so, the surrender under the EAW to another Member State would be associated with breaching the essence of this constitutional guarantee. As a consequence of this, the TK recognised that the categorically formulated prohibition of extradition of a Polish national, guaranteed by Article 55 subparagraph 1 of the Constitution, in the wording in force at the time of adjudication, was of absolute nature, and thus the individual right of the citizen may not be subject to any limitation. Introducing any limitations would prevent the use of this right. Since the ban on extradition expresses the right of the citizen to be liable to criminal proceedings before a court in his homeland, the surrender under the EAW, effected in order to try a person in other state, or to serve a sentence there, obviously breaches the essence of this constitutional guarantee.

⁶⁶ Such opinions have been presented in critical glosses to the TK judgment published in „P i P”, No 9/2006 by P. KRUSZYŃSKI: p. 293; W. CZAPLIŃSKI: p. 109; P. HOFMAŃSKI: p. 116.

It is characteristic that the same idea is included in the reasons of the decision of the Supreme Court of Cyprus, which declared the unconstitutionality of the national provisions implementing the EAW where they admit the possibility of surrendering one's own citizens. The Supreme Court of Cyprus evidently referred to the position taken by the Polish Constitutional Court, concerning the guarantee included in Article 55 subparagraph 1 of the Constitution of Poland⁶⁷.

Also worthy of note is the position expressed by the Finnish Parliamentary Commission for Constitutional Law, which has found that the implementation of EU measures is not admissible where it effectively lowers the standard of constitutional guarantee, as well as those concerning the protection of human rights. In other words there are limits to the primacy of European law over internal law⁶⁸.

It is worth observing that in this context the German BVerfG stressed that the constitutionally guaranteed prohibition of extradition of own citizens compensates for justifying own national jurisdiction by an active personality principle (subjective nationality). One cannot agree fully with this remark. In the event that the European warrant concerns the act which, at the time of its commitment, was not a punishable act under the laws in the country of execution of the EAW, then trying the accused there is not possible. Such a situation was incidentally one of the facts in a case that constituted grounds for filing a constitutional complaint to the BVerfG, resolved by the analysed judgement

In the context of deliberations concerning the constitutional ban on surrendering one's own nationals, both in the proceedings before the Polish Constitutional Court and before the German BVerfG, the issue emerged concerning the effect of nationality on the scope of this warrant.

Even before the Polish Constitutional Court ruled on the unconstitutionality of the EAW, the body of legal references presented the view

⁶⁷ For more details, see E. A. STEFANOY, A. KAPARDIS: *The First Two Years...*, p. 76 and p. 83.

⁶⁸ T. OJANEN: *The European Arrest Warrant in Finland...*, p. 92.

that after Poland obtained membership of the EU, when Polish nationals also became EU citizens, then the concept of nationality would assume a new meaning⁶⁹. A Polish national in the territory of another EU Member State would no longer be an alien subject.

The Polish Constitutional Court rejected this view, on the basis that EU citizenship may not reduce the guarantee function of the provisions of the Constitution of Poland, concerning rights and freedoms. On this matter, the Court referred to the content of Article 17 subparagraph 1 TEU, pursuant to which „Citizenship of the Union shall be additional to and not replace national citizenship”, quoted as an auxiliary. This position has not attracted any polemical remarks⁷⁰.

An identical idea appeared in the reasons underpinning the judgement of the BVerfG, although it has not been universally approved in the German legal publications⁷¹.

It does not mean that the decisions of constitutional courts, whether Polish, German, or the judgement of the Cypriot Supreme Court, imply that the constitutional guarantees of individual rights and freedoms could never be restricted because of the provisions of European law. The above-cited decisions were issued in the context of a specific guarantee protecting own nationals from extradition. ■

⁶⁹ Cf. E.g. E. PIONTEK, Europejski nakaz aresztowania, P i P No 4/2004, p. 40–41.

⁷⁰ The full approval of this opinion has been presented in glosses by M. PŁACHTA, R. WIERUSZEWSKI, p. 122.

⁷¹ The critical opinion towards the idea has been presented by U. HUFELD: Der Europäische Haftbefehl vor dem BVerfG – NJW 2005, 2289, „Juristische Schulung“ 2005, p. 865–871.

4. RELATIONS BETWEEN NATIONAL PROVISIONS TRANSPOSING THE EU PROVISIONS IN THE THIRD-PILLAR AND THE CONSTITUTION

In the context of the constitutional issue concerning the EAW, in the case law of the authorities appointed to exercise control over the constitutionality of law in the EU Member States, an essential issue of a more general nature was taken up, pertaining to the relationships existing between the national provisions established as a result of the implementation of the EU third-pillar provisions and the Constitution.

Neither the Polish nor German constitutional court examined the topic of the place occupied by the Third-Pillar legal acts in the systems of sources of national law. The constitutional evaluation did not concern provisions of European law, but the internal national provisions⁷².

Performing the substantive evaluation of the questioned provisions, both Polish and German constitutional courts conclusively recognised their competence to exercise control over the constitutionality of national provisions implementing framework decisions.

Considering the relations between the provisions implementing the EAW and these of the Framework Decision, the Supreme Court of Cyprus found, however, that framework decisions, while obligating the states bound by them to have full transposition of their provisions into their internal systems of law, still leave a scope in terms of the selection of forms and means for achieving this objective at their discretion. It

⁷² There is no doubt that these may not prevail over the provisions of constitutional rank. It seems that the idea of primacy of the Constitution, even over the secondary Community law prevails in the Polish legal publications. For more details, see P. WINCZOREK: *Konstytucja RP a prawo wspólnotowe*, PiP No 11/ 2004, p. 11; s. BIERNAT: *Prawo Unii Europejskiej a Konstytucja RP i prawo polskie – kilka refleksji*, in the same publication, p. 18 ff; s. WALTOŚ: *Proces karny...*, p. 138–139.

emphasised the fact that, although the transposition of a framework decision is mandatory, the framework decision has no direct effect. It means the necessity to develop the regulations transposing the EAW to the system of law in Cyprus, in a way compatible with the Constitution. As a consequence, the Cypriot Supreme Court stated that the means and forms for transposing the Framework Decisions might not infringe the provisions of the Constitution⁷³. It clearly rejected the view represented by the Prosecutor General in the proceedings finalised in the discussed judgement; namely, that the principle of the primacy of European law over national law should, *mutatis mutandis*, concern the law of the European Union in the Third Pillar.

A diametrically different position on this point was adopted by the Czech Constitutional Court, stating in the aforementioned judgement of 3 May 2006 that the Article 1 subparagraph 2 of the Constitution, according to which „The Czech Republic shall observe its obligations resulting from international law”, interpreted in connection with the principle of cooperation expressed in Article 10 of EC Treaty⁷⁴, results in a constitutional principle, according to which the provisions of national law, including also provisions of constitutional rank, should be interpreted in conformity with the principles of European integration and co-operation between the authorities of the Member States and the Community..

In my opinion, the above position of the Czech Constitutional Court – in stating the necessity of interpreting national provisions, including those of constitutional rank, in conformity with the principles of European integration – should not be overestimated. In the later parts of the judgement, there was a statement indicating that the position of

⁷³ For more details, see E.A. STEFANOY, A. KAPARDIS: *The First Two Years...*, p. 84.

⁷⁴ Pursuant to this provision, Member States shall take all appropriate measures, whether general or particular, to ensure fulfillment of the obligations arising out of this Treaty or resulting from action taken by the institutions of the Community. They shall facilitate the achievement of the Community's tasks.

the Czech Constitutional Court on this matter corresponds with the statement of the ECJ in *Pupino* case. Namely, the Czech court noted that in the situation where there are several different interpretations of the Charter of Fundamental Rights and Freedoms, with only some of them meeting the obligations of the Czech Republic resulting from EU membership, adoption of just such an interpretation is necessary. The Czech Constitutional Court stressed that it pertained particularly to the interpretation of Article 14 subparagraph 4 of the Charter, which prohibits forcing citizens to leave their homeland. Meaning of this provision is not identical with that of Article 55 subparagraph 1 of the Constitution of Poland in its original wording, which the Czech Constitutional court clearly emphasised in the reasons for its judgement

It is notable that after the accession of Finland to the European Union (which took place on 1 March 1995), in the context of relationships between the Finnish Constitution and European law, the views expressed initially in the legal literature were that these legal systems concern different spheres of application. Any possibility of a collision between dispositions, resulting from internal provisions of constitutional rank and European law, was thereby excluded. The evident interactions and relationships between these legal systems have soon invalidated the legitimacy of such a view⁷⁵.

The focus of polemical comments concerning the judgement of the Polish TK concerns the relationships between European law and constitutional law.

As noted earlier, framework decisions are not of a directly binding character. Nevertheless, the EU Member States have the duty to implement them. Within this context, the Polish legal references have noted that although the constitutionality test done by the Constitutional Court concerned the provisions of the Code of Criminal Procedure, the evaluation indirectly affects the evaluation of the provisions in the

⁷⁵ For more details, see: T. OJANEN: *The European Arrest Warrant in Finland...*, p. 91.

Framework Decision itself. Considering the background, some of the authors have stated even that the TK lacks the competence to check the constitutionality of the provisions resulting from the implementation of the Framework Decision⁷⁶.

The issue of the admissibility of testing the constitutionality of national provisions, resulting from the implementation of the Framework Decision, also appeared in the proceedings before the German BVerfG. In these proceedings, the view of the German Government, presented by its agent Professor J. Masing LL.D., was that the verification of the constitutionality of the Law on the EAW was inadmissible. This view was based on the assumption of primacy of European legal provisions, whose implementation is mandatory, over national law, including also constitutional provisions. As a consequence of this, the German Government stated that in the situation when the BVerfG had doubts as to the compatibility of the provisions of the Framework Decision with constitutional guarantees, it should refer a question to the ECJ.

However, the BVerfG has not responded to this plea but has recognised conclusively its own competence to verify the constitutionality of provisions established as the result of implementing framework decisions. The decision of the German Federal Constitutional Court was reached with three dissenting opinions. The plea of inadmissibility to adjudicate in the case by the BVerfG, due to the lack of cognisance was raised in only one of the dissenting opinions, by Judge M. Gerhardt. In a fairly extensive report containing a critical analysis of this judgement, this plea was not mentioned.

The issue of relations between the ECJ and the constitutional courts of the EU Member States will definitely be back on the agenda at some stage. This issue is highly controversial; the legal literature does not present any uniform opinion on this issue. In the context of the

⁷⁶ Cf. P. HOFMAŃSKI: *Glosa*, p. 116; S. WALTOŚ: *Proces karny...* p. 598; A. GÓRSKI, A. SĄKOWICZ: *Bariery prawne integracji europejskiej...*, p. 18.

judgement of the BVerfG, it is worth mentioning that Professor S. Broß – a judge of the BVerfG, also an author of another dissenting opinion to the judgement analysed, in the period preceding this judgement represented a hardly acceptable view that the BVerfG is never required to refer to the ECJ, because their areas of cognisance do not overlap on any matters⁷⁷.

It should be emphasised at this point that, unlike Germany, Poland has not hitherto decided to submit a declaration on recognising the jurisdiction of the ETS in the Third Pillar, under Article 35 of the Treaty of the European Union⁷⁸. For this reason alone, the Polish constitutional court could not refer a question to the ECJ for a preliminary ruling on the nature of the European arrest warrant.

The judgements verifying the constitutionality of the regulations implementing the EAW reflect on the evaluation of the Framework Decision within the range of issues covered in the decision. The issues solved in all the cases concerned constitutional doubts relating to the provisions of national laws. In its case law, the ECJ has consistently emphasised that its competence exclusively concerns interpreting and examining the validity of European legal acts and does not extend to an evaluation of national laws⁷⁹. In my assessment, the ECJ's evaluation of the Framework Decision alone could not in any way influence the view expressed in the decisions of the authorities adjudicating on the constitutionality of the EAW-implementing provisions.

In the context of relationships between European law and national law in the proceedings before constitutional courts, the issue of a con-

⁷⁷ s. BROSS: The Federal Constitutional Court is never required to refer a question for the preliminary ruling to the European Court of Justice of the European Communities – the paper presented during the seminar organised by the Constitutional Court of the Czech Republic, in Brno, 3 December 2004 – in Author's collection of references.

⁷⁸ Cf. M. PŁACHTA, R. WIERUSZEWSKI: *Glosa...*, p. 118–119.

⁷⁹ Cf. Glosses to the judgment concerned: W. CZAPLIŃSKI: p. 110–111; Z. PŁACHTA, R. WIERUSZEWSKI: p. 119.

forming interpretation in the Third Pillar (EU legal acts which are not a part of the *acquis communautaire*) has appeared.

The question whether there is an obligation regarding the conforming interpretation of provisions implementing the EAW has not been answered unambiguously by the Polish Constitutional Court, which has justified this by saying that in the case in question, it is not necessary. The TK referred to an earlier case law of the ECJ, according to which the conforming interpretation may not be involved when it could adversely affect the situation of individuals, in particular in the field of criminal liability.

Because of the categorical wording of Article 55 of the Constitution of Poland, in the version in force at the time of adjudication by the TK, the conforming interpretation could not bring about the desired result.

In connection with the regulations resulting from Article 11 paragraph 2 subparagraph f of the Constitution of Poland, a view coinciding with the position of the Polish TK has also been adopted by the Supreme Court of Cyprus in the judgement referred above, declaring the unconstitutionality of the provisions of the law implementing the EAW.

This stance – and a correct one, in my opinion – of the Polish TK, left some commentators somewhat dissatisfied. It has not avoided declaring the unconstitutionality of Article 607t § 1 CCP. Some authors indicated that Poland had effectively transferred a part of their competence to the EU under the Treaty of Accession. In the scope of the competences so transferred, EU law prevails over national law.

Against the background of these comments, an allegation was made that the TK had violated the requirements of the conforming interpretation concerning the Framework Decision, referring in particular to the opinion expressed by the ECJ in the later, much publicised case of *Pupino*. Had the ECJ judgement been timed earlier, i.e. preceding the decision by the TK, then as some authors have suggested, the latter decision could have been different⁸⁰.

⁸⁰ A. GRZELAK: *Europejski nakaz aresztowania.*, p. 24 ff.

In my opinion, the position adopted by the TK in rejecting the possibility of defending the constitutionality of the reviewed provision of the Code of Criminal Procedure, by applying the concept of a conforming interpretation of the Constitution of Poland, has been simply confirmed in the arguments presented in the reasons for the decision in *Pupino* case.

In this well-known judgement, in response to a reference for a preliminary ruling from the Tribunale di Firenze, concerning the Framework Decision of 15 March 2001 on the standing of victims in criminal proceedings (2001/220/JHA – Standing of victims in criminal proceedings — Protection of vulnerable persons — Hearing of minors as witnesses — Effects of a framework decision), the ECJ expressed the view that fulfilling the EU's mission would be difficult, if the principle of loyal cooperation referred to in Article 10 TEU had not been binding in the police and judicial co-operation in criminal matters elaborated in Title VI of the Treaty on European Union (hereinafter the “TEU”). Following the judgement, the ECJ declared that the binding nature of framework decisions imposed on national authorities of the EU Member States, and on courts in particular, the obligation to ensure a conforming interpretation of their internal legal provisions (i.e. interpretation of national law in conformity with EU law), in that their interpretation should aim to achieve the objective indicated in a framework decision. The ECJ has thereby adopted the view that the obligation of conforming interpretation concerns also legal acts in the Third Pillar of the EU. In justifying this view, the ECJ emphasised that it did not alter the fact that under provisions of Article 35 TUE, the competences of the ECJ are narrower than those implied by the EC Treaty. The Court also pointed out another circumstance: that Title VI TEU, concerning police and judicial cooperation, lacks a complete system of measures of appeal and procedures for ensuring the conformity of the acts of EU institutions with law.

Yet, the obligation of conforming interpretation is not binding in an unlimited way. When marking out their limits in *Pupino* case, the ECJ pointed out that the obligation placed upon a national court to relate to the Framework Decision when interpreting national criminal law, is subject to limitations stemming from general principles of law, in particular from the principle of legal certainty and of non-retroactivity. These principles are barring, *inter alia*, the possibility that on the basis of the Framework Decision and irrespective of the law implementing it, the interpretation in conformity with European law could lead to either finding or aggravating the criminal liability of persons breaching the provisions of criminal law.

It is worth of pointing out that the ECJ took a similar position in joined cases C-387/02 and C-403/02 in *Berlusconi*, determined by the judgement of 3 May 2005⁸¹.

In the *Pupino* case, the ECJ emphasised that the obligation borne by a national court to relate to the content of a framework decision when interpreting relevant provisions of national law, ceases when national law cannot be applied in a way that would bring about a result that conforms to the objective set out by the framework decision. The obligation to apply this conforming interpretation may not be a basis for giving an interpretation of national law that is *contra legem*; it may not therefore provide a basis for interpreting national law. In this context, the ECJ stressed that in delineating the limits of applying the principle of conforming interpretation, a national court is obligated to take note of the entire corpus of national law in order to evaluate the extent to which this law can be applied so as not to bring about a result contrary to the purpose of the framework decision involved⁸².

⁸¹ The judgment available at the website <http://www.europa.eu.int>

⁸² See also M. FLETCHER: Extending „Indirect Effect” to the Third Pillar: The Significance of *Pupino*, *European Law Review* No 6/2005, p. 862ff, and D. CHALMERS: The Court of Justice and the Third Pillar, *European Law Review* No 6/2005, p. 773–774.

One may ponder whether the issue covered in the judgement from the Polish TK concerned the scope of criminal liability or a purely procedural problem. In my opinion, irrespective of the resolution of this doubt, the evaluation of whether the admissibility of surrender of Polish nationals is constitutional or unconstitutional could not end up with any different outcome. Declaring the compatibility of Article 607t § 1 CCP with Article 55 paragraph 1 of the Constitution of Poland, the TK would have to establish the meanings of both the verified provision and the provision referred as the ground for verification exercise, contrary to their undoubted literal meaning⁸³.

Some time later, a clear reference to the view of the ECJ expressed in *Pupino* case appeared in the reasons of the judgement of the Supreme Court of Cyprus, declaring the unconstitutionality of the EAW-implementing provisions in this judgment. The Supreme Court emphasised in particular that in this judgement the ECJ has left a decision on the constitutionality of provisions implementing the EAW to the discretion of the courts in the EU Member States⁸⁴.

Parenthetically, it is worth remembering that some critics of the position adopted by the Polish TK raised the following point: if the Polish judges are, at the same time, Community judges, and given the primacy of European law over internal law, they are under an obligation to apply the unconstitutional provision on the EAW, even after the 18-month period during which the TK postponed the removal of the binding force from it⁸⁵. In the opinion of many, this view cannot be accepted, both

⁸³ Also in the same vein: J. BARCZ: Europejski nakaz aresztowania – konsekwencje braku transpozycji lub wadliwej transpozycji Framework Decision w państwie członkowskim EU, „Europejski Przegląd Sądowy” No 1/2005, p. 17; E. SPAVENTA: Opening Pandora’s Box: Some Reflections on the Constitutional Effects of the Decision in *Pupino*, *European Constitutional Law Review* No 3/2007, p. 5–24. See also M. PEACHTA, R. WIERUSZEWSKI: Glosa..., p. 117. A different view in A. GRZEŁAK, *Europejski nakaz aresztowania...*, p. 27.

⁸⁴ So pointed out by E.A. STEFANOM, A. KAPARDIS: *The First Two Years...*, p. 84.

⁸⁵ P. HOFMAŃSKI, *Glosa*, p. 115–116.

because the framework decisions do not apply directly, and also because of the limits of the conforming interpretation, as delineated in the reasons given in the ECJ in judgement in Pupino case.

There is no way, in my opinion, of sharing the views of some of authors in the legal doctrine, who maintain that after the ineffective lapse of the deadline indicated in the judgement of the TK, the surrender of a Polish national under the EAW would still be possible⁸⁶.

This astonishing view of those critical towards the judgement of the TK is based on the assumption that during the proceedings before the TK the referring court had incorrectly marked the subject matter of the verification exercise. Article 607 § 1 CCP does not formulate the premises for rejection of the execution of the European warrant but only expresses the guarantee, under which the surrender of either a Polish citizen, or a person enjoying the right of asylum in Poland may take place, provided that the person would be returned to the Republic of Poland after the final and valid conclusion of the proceedings in the issuing Member State. Those critical of the decision by the TK emphasize that in the event of the ineffective lapse of the deadline for the binding force of this unconstitutional norm, the guarantee will be revoked. The surrender of Polish citizens under the EAW will, however, also be possible after an ineffective lapse of the deadline indicated in the conclusion of the TK's judgement, as the result of verifying a provision that does not state the premises for the rejection to execute an EAW. The mandatory premises for the rejection to execute the EAW are laid out in Article 607p CCP, which has not been named as a subject matter of verification by the TK and hence not subject to the exercise, because the TK has been bound by the limits of the appeal. In the assessment of some authors, Article 607p CCP could not constitute the subject matter of the substantive evaluation by the TK for its substantive confor-

⁸⁶ Cf. s. WALTOŚ: *Proces karny...*, p. 598; P. HOFMAŃSKI: *Glosa...*, p. 114–115. The same view has been adopted by the Codification Commission in the position referred to in footnote 53.

mity with Article 55 paragraph 1 of the Constitution of Poland, as the Constitutional Court is not a “negative legislator” and may not control the legislative failure to act⁸⁷.

I do not share the view that in the case concerned, the Constitutional Court evaluated the provision incorrectly matching the indicated pattern of verification. After all, the guarantee laid down therein is linked with the surrender of a Polish national admissible in this provision. The evaluated provision therefore implies a legal norm under which a Polish national may be surrendered under the EAW procedure. Invoking the established case law of the TK, it should be also remembered that a failure to legislate may not, in principle, constitute an actionable subject matter, although the TK juxtaposes that with the situation where the constitutionality test concerns a normative act currently in force, reviewed from the perspective of whether it could lack the provisions without which it may raise doubts of a constitutional nature⁸⁸. Therefore, even recognising that in the proceedings before the TK the subject matter of the appeal has been defined incorrectly would not deprive the Constitutional Court of the competence to evaluate the substance of Article 607p CCP, in the event that this provision is challenged in the future⁸⁹. The outcome in the area concerned will be the same, irrespective of the position adopted on the still resurfacing doubt as to whether the adjudicating court is obliged to refer a judicial question to the TK, on the constitutionality of the provision it has to apply or, whether it can disregard the unconstitutional provision and, in view of Article 8 paragraphs 1 and 2 of the Constitution of Poland, adjudicate on the grounds of the Constitution. Article 55 paragraph 1 of the Polish Constitution

⁸⁷ Cf. P. HOFMAŃSKI *Glosa...*, p. 115.

⁸⁸ Cf. judgment of the TK of 9 October 2001, Sk 8/00, OTK No 7/2001, item. 211 and earlier case law of the TK there cited.

⁸⁹ A separate issue, going beyond the scope of this work, is the question of the admissibility of adjudication on substance in such case when the possibility of the objection and the pattern of control are identical with these analysed by the TK in the judgment which has been issued already concerning the constitutionality of the EAW.

gives Polish nationals full protection from extradition. Unfortunately, an attempt to save the EAW legal institution in line with the arguments indicated earlier could not yield the desired results. The judgement of the TK in declaring the incompatibility of Article 607t § 1 CPC with Article 55 paragraph 1 of the Polish Constitution marks the scope. The TK found the unconstitutionality of the checked provision “within the scope allowing the surrender of a Polish citizen to a Member State of the European Union subject to the European Arrest Warrant”. So the part of the provision referring to the conditional surrender has not been examined by the TK⁹⁰. ■

⁹⁰ For more details, see B. NITA: Das Urteil des polnischen Verfassungsgerichtshofs über den Europäischen Haftbefehl, *The European Criminal Law Association's Forum – eurocrim* No 1–2/2006, 36 ff.

5. CONSTITUTIONAL IMPERATIVE TO OBSERVE INTERNATIONAL COMMITMENTS CONSIDERED VIS-À-VIS THE PERSPECTIVE OF FULL IMPLEMENTATION OF THE FRAMEWORK DECISION ON THE EAW

In legal publications, both Polish and German Constitutional Courts have faced criticism for their alleged unfriendly attitude towards European law.

In my opinion, this objection could be rather addressing the decision of the German BVerfG, and even this only to a limited extent.

In adjudicating on the unconstitutionality of a provision of the Code of Criminal Procedure implementing the EAW, the Polish Constitutional Court has postponed the expiry date of this provision for the maximum admissible period constitutionally, i.e. 18 months. It must be remembered that the TK is very consistent in its resolve that till the date indicated in a judgement, any provision considered to be incompatible with the Constitution of Poland retains its binding force and therefore has to be observed and applied by all those concerned by it⁹¹. During the period when the binding force of Article 607t § 1 CCP is postponed, the state of the law regarding the admissibility of a surrender under the EAW procedure of persons having Polish citizenship has not changed.

The justification behind deciding on the postponed expiry date of the binding force by the challenged provision was driven by the willingness to find a compromise between the prohibition of surrendering one's own nationals and the imperative to follow international commit-

⁹¹ Cf. e.g. the judgment of the Constitutional Court of 2 July 2003, file No K 25/01, OTK ZU No 6A/2003, item 60.

ments⁹². The cause of the postponement was associated with the fact that an instantaneous elimination of the provision found to be unconstitutional would result in a state of law incompatible with international obligations binding Poland. In bringing this circumstance to the fore, the Constitutional Court stressed that the obligation to implement a framework decision is a constitutional requirement resulting from Article 9 of the Constitution of Poland.

By postponing the termination of validity of the constitutionally incompatible Article 607t § 1 CCP, the TK in effect „suspended“ for 18 months the application of a provision with the characteristics of a guarantee. In so deciding, the Court was aware that Polish nationals would be deprived of a protection stemming from Article 55 paragraph 1 of the Polish Constitution. The reasons for the judgement clearly imply that postponing the expiry of the binding force of the provision declared unconstitutional was designed to strike the right balance between the imperative resulting from Article 9 of the Polish Constitution, which adheres to international obligations binding on Poland, and the liberty guaranteed by Article 55 paragraph 1 of the Polish Constitution. Ultimately the Court decided to give primacy to Article 9 of the Constitution, supporting it *inter alia* by the following argument: “Poland and other Member States of the European Union are bound by the community of principles of the political system, assuring proper administration of justice and trial before an independent court of law”.

At this point, the above argument is not fully appropriate. When establishing the purpose of the guarantee laid down in Article 55 paragraph 1 of the Polish Constitution, the TK has indicated, however, that this purpose consists in the right to be tried before a Polish court rather than the protection of other values, e.g. the right to a fair trial, guaranteed by other provisions of the Constitution.

⁹² For more details, see B. NITA: Europejski nakaz aresztowania..., p. 56.

The only justification – and, in my opinion, one that is difficult to accept⁹³ – for deciding on the postponement of the loss of binding force by the challenged provision, has been an attempt to reach a compromise between a prohibition resulting from Article 55 paragraph 1 of the Polish Constitution and the imperative of observing international obligations laid down in Article 9 of the Polish Constitution. The reason for the postponement consists in the fact that an immediate elimination of the provision deemed unconstitutional would result in a state of law incompatible with the international commitments that Poland must honour. In highlighting this contradiction, the TK stressed that the obligation to implement framework decisions is a constitutional requirement resulting from the provision of Article 9 of the Constitution of Poland. In the proceedings before the Polish Constitutional Court, and because of the categorical wording of Article 55 subparagraph 1 of the Constitution of Poland, even the most favourable attitude towards the process of European integration in the field of criminal law could not lead to another outcome than the judgement given in the case.

A less friendly gesture towards the process of European integration was the declaration, by the BVerfG, of the invalidity of the law on the EAW. In its reasoning, the German court pointed out that solving the constitutional issue is not possible through application of the interpretation of the provision of the law on the EAW in conformity with the Constitution. The German Court also regarded as unsatisfactory, another judgement declaring a partial invalidity of the law, indicating that it was a matter of protecting personal freedom. In this context, the German Court emphasised that until such time as the issues of the EAW are regulated anew, in a manner compliant with the Basic Law, the surrendering of German nationals under this procedure was inadmissible. This decision was sharply criticised by Judge G. Lübe-Wolff in the dissenting opinion to the judgement.

⁹³ The same opinion expressed by S. STEINBORN in the gloss to the discussed TK judgement, „Przegląd Sejmowy” No 5/2005, p. 192 ff.

In my opinion this radical decision was justified. The judgement on the unconstitutionality of the Law on the EAW was adopted, not only because of the incompatibility of its provisions with Article 16 paragraph 2 of the Basic Law, but also because of the collision with the provision guaranteeing the right of appeal against the decision on surrendering under the EAW procedure⁹⁴.

The decision of the Polish Constitutional Court indicates clearly the direction of legislative changes that should occur as its consequence⁹⁵. In the reasons given, there was an important statement that a direct result in the form of a loss of binding force by a provision found later to be unconstitutional (obviously after the 18-month long period for which the expiry of its binding force was postponed), would not be tantamount to the law achieving compatibility with the Constitution. This latter state is achievable solely by the intervention of the legislator, since Article 9 of the Constitution of Poland implies, for example, the obligation to fully implement framework decisions.

In view of the wording of Article 9 of the Constitution of Poland, it is, indeed, the only change that may bring about conformity of the provisions in the Code of Criminal Procedure with the Constitution of Poland, and at the same time ensure that Poland meets its international obligations.

In the context of necessary legislative changes, associated with the judgement of the TK, it is worth mentioning that the reasons given by the German BVerfG, in a reference to its earlier case law, contain an idea that the amendment to the German Basic Law introducing a departure from a hitherto absolute prohibition of surrendering German citizens, “is not an unconstitutional provision of the Constitution”. Surrendering one’s own nationals to another EU Member State does not

⁹⁴ See also U. HUFELD: as above, p. 866 ff; CH. TOMUSCHAT: Ungereimtes – Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juli 2005 über den Europäischen Haftbefehl, *Europäische Grundrechte – Zeitschrift* 2005, p. 453.

⁹⁵ It has been emphasized by S. STEINBORN in the gloss to this judgment of the TK, p. 182–183.

violate the human dignity of the accused (Article 1) or the principles of the rule of law (Article 2). Above this, in the reasons for the judgement, the BVerfG also stressed that by ratifying the treaties of Amsterdam and Nice, Germany has taken upon itself the obligation to participate in developing the single European area of freedom, security and justice. One of its elements is to enact regulations facilitating the extradition procedure. It might not be so, therefore, that in the context of the constitutional guarantee, the EAW is – as to the principle – a disproportionate legal instrument, in the sense that it may interfere excessively with citizens' rights and freedoms.

A similar thought appeared in a much earlier opinion of 26 September 2002, where the French State Council found that the Framework Decision on the EAW includes a catalogue of reasons that could justify the rejection to surrender the person named in the warrant. Among these reasons there is no mention of circumstances of political nature. At the same time, the established case law of the Council retains, among the fundamental principles of law, the possibility of refusing extradition when the prosecution concerns an offence of a political nature. The Council stressed that it constituted an obstacle for the full transposition of the EAW. Yet, this obstacle can be removed by a suitable amendment to the Constitution.

The same has been indicated in the reasons for the judgement of the Supreme Court of Cyprus, declaring as unconstitutional the provisions implementing the EAW, and in the decision from the Czech Constitutional Court⁹⁶.

In view of the content of Article 9 of the Constitution of Poland, these remarks should also be considered pertinent to the Polish lawmakers. ■

⁹⁶ More details in: J. KOMAREK: European Constitutionalism and the European Arrest Warrant: in search of the Limits of „Contrapunctual Principles”, *Criminal Market Law Review* No 44/2007, p. 9–40.

6. PERSPECTIVES OF EUROPEAN INTEGRATION IN THE FIELD OF CRIMINAL LAW IN THE CONTEXT OF THE DECISIONS OF CONSTITUTIONAL COURTS OF THE EU MEMBER STATES

The constitutional issue settled by the German BVerfG indicates that even the modification of the Polish Constitution, in line with the reasoning for the decision of the TK, may not mark an end to the constitutional problem associated with the EAW. Finding the unconstitutionality of the law on the EAW, despite the fact that Article 16 paragraph 2 of the Basic Law allows for the possibility of surrendering an own national under the EAW, shows that such orders do not neutralise the absolute nature of the ban on surrendering one's own nationals. The exceptions to the prohibition of surrendering own nationals are subject to a constitutional test, *inter alia*, against the compatibility of restrictions upon the use of the constitutionally guaranteed rights and freedoms with the principle of proportionality (in the Polish Constitution this results from the content of Article 31 paragraph 3).

The German BVerfG emphasised that while enacting provisions implementing the EAW in the German system of law, the German legislator was obliged to implement the objective of the Framework Decision while encroaching on the freedoms guaranteed in Article 16 paragraph 2 of the Basic Law to the least extent possible. As a matter of principle, German citizens are protected against extradition. In the situations indicated in the second sentence of this provision, the scope of this protection could be restricted but in delineating it, the legislators are bound by other provisions of the Basic Law. Any departures from this principle must be interpreted with due observance of the requirements resulting from the constitutional principle of proportionality.

There was a notion repeated several times in the reasons given for the judgement of the BVerfG – somewhat a tribute to an idea of European integration – namely that a judgement declaring a law unconstitutional occurs because of the legislator’s failure to use existing possibilities to restrict the surrender of one’s own citizens, whereby those possibilities are created by the Framework Decision itself⁹⁷.

The reasons underpinning the judgement have nevertheless failed to present any encouragement for the legislator to reach beyond the limits set in the Framework Decision itself. As such, the judgement has faced the very critical evaluation of Judge S. Broßa who – in his dissenting opinion, in referring to the principle of subsidiarity, contrary to the idea of European integration – has deemed the formulation of a new law on the EAW to be a necessity in order to restrict the admissibility of surrendering German nationals under this procedure, including when the act concerned in the European warrant has been committed beyond German national territory⁹⁸.

The German BVerfG found that the constitutionally admissible extradition of German citizens to other EU Member States was justified, in that these states also observe the ECHR and Article 6 in particular. At the same time, the Court imposed on the legislator the obligation to develop the provisions on the EAW, which would envisage an obligation to check whether the country where a German national is to be surrendered, observes the standards of the rule of law. He stressed also that despite the „common basis” for all Member States in the form of the ECHR, provisions differ considerably between particular Member States⁹⁹.

⁹⁷ L. KNOPP: Bundesverfassungsgericht contra EU-Haftbefehl – Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juli 2005, *Juristische Rundschau* 2005, p. 452–453.

⁹⁸ Approvingly about this idea: O. RANFT: Die Verfassungswidrigkeit des (deutschen) Europäischen Haftbefehlsgesetzes – Bemerkungen zum Urteil des BVerfG vom 18-7-2005, *wistra* 2005, p. 361. See also B. SCHÜNEMANN: Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum europäischen Haftbefehl: markiges Ergebnis, enttäuschende Begründung, *Strafverteidiger* 2005, p. 681–685.

⁹⁹ Approvingly about this requirement: B. BRUNN: Die Hürden der Auslieferung – Folgerung aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juli 2005 zum Europäischen Haftbefehl, *Betrifft Justiz* 2005, p. 130 ff.

In view of the wording of Article 16 paragraph 2 of the German Basic Law, which limits the admissibility of the extradition of German nationals to other EU Member States through the requirement that the rule of law must be observed in the state requesting the extradition, this requirement is understandable.

There is no way of predicting in which direction the adjudicating practice will lean with respect to this additional premise for the refusal to execute the European warrant.

In my opinion, this premise should not be of essential significance in future, perhaps with one exception. In the German body of legal publications preceding the judgement of the BVerfG, issued on the topic of the provisions implementing the EAW, the doubt had been raised as to the compatibility of regulations allowing special default proceedings (verdicts in absentia) with the principles of the rule of law¹⁰⁰. This issue resurfaced in the statements formulated on the theme of the EAW. In particular, D. Krapac¹⁰¹ emphasised that this procedure is not known to some European regulations on criminal proceedings, adding that some systems of law regard the default proceedings as being contrary to the principle of a fair trial. This may, in turn, lead to the collision of the regulation contained in the Framework Decision with the internal provisions of the Member States, particularly those of constitutional rank. In my opinion, this fear is legitimate.

The default proceedings occur particularly in the Italian ordinary criminal procedure. In Poland this special procedure occurs only in fiscal (penal) proceedings. The issue of compatibility of Articles 713-177 of the Fiscal Penal Code, pertinent to this type of proceedings, were examined by the TK for their compatibility with Article 42 paragraph 2 (the right to defence) and Article 45 paragraph 1 of the Constitution of Poland (the right to a competent, impartial and

¹⁰⁰ Cf. M. BÖSE: *Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung...*, p. 236.

¹⁰¹ Cf. D. KRAPAC: *Verdicts in Absentia* (in:) *Handbook on the European Arrest Warrant...*, p. 119 ff.

independent court). The proceedings in this case were concluded with a decision declaring the compatibility of the provisions in question with the indicated patterns of their constitutional verification¹⁰². Taking into account the specialised nature of the proceedings for fiscal offences, not all arguments used by the TK in order to justify the constitutionality of this provision can be justifiably used with respect to the general criminal procedure.

The obligation resulting from the reasons given by the BVerfG for the judgement has yet another important dimension. When formulating the requirement for verifying regulations in the state to which surrender is to be effected, the German constitutional court admitted, at the same time, the refusal to execute the European arrest warrant in case of finding discrepancies in this respect. It indicated thereby the possibility of extending the catalogue of grounds for refusing an execution of the European warrant given in the Framework Decision, by invoking the Basic Law.

A broad interpretation of this additional premise of the refusal, resulting directly from the German Basic Law, could lead to the paralyzing of the EAW.

Invoking by the German BVerfG of the premises included right in the Basic Law as grounds for refusal to execute the EAW, is not a unique idea. It is worth pointing out a view expressed lately by S. de Groot; namely that the refusal to execute the EAW may be based not only on the premises distinctly indicated in the Framework Decision, but also by invoking fundamental rights laid down in the Nice Charter of Fundamental Rights (which was later to become the basis for the uniform EU Constitution) and in national constitutions¹⁰³. The statement by P. Garlick, who declared the inadmissibility of the EAW's execution in

¹⁰² Cf. Judgment of the TK of 9 July 2002, file No P 4/01, OTK No 4A/2002, item 52.

¹⁰³ Cf. s. DE GROOT: Mutual Trust in (European) Extradition Law [in:] Handbook on the European Arrest Warrant, as above, p. 83.

Great Britain in a situation that possibly involves a breach of the 1998 Human Right Act, has followed a similar path¹⁰⁴.

Also noteworthy is the stance taken by the Finnish Parliamentary Commission for Constitutional Law. Its position on the implementation of the Framework Decision on the EAW represents a clear attempt to attain a compromise between the requirements derived from the provisions of European law and constitutional guarantees. The Commission assumed that it is possible to establish in extraordinary legislation some provisions contrary to the Constitution, when they concern regulations whose introduction into national law is imposed by European law. Yet, adopting such extraordinary legislation requires the same procedure as the one needed for amending the Constitution. This concept of extraordinary legislation has been applied to the implementation of the EAW. The Commission found that the Framework Decision collides directly with the guarantees envisaged in the Constitution of Finland, particularly on the issue of surrendering own nationals. The opinion states simply that the Framework Decision revokes a fundamental right of a Finn not to be extradited. Thus, the fragmentary implementation of the Framework Decision on the EAW has been associated with the drafting of an amendment to Article 9 paragraph 3 of the Finnish Constitution, towards allowing extradition of a Finn to another EU Member State. Pursuant to Article 173 of the Finnish Constitution, this amendment recommended by the Commission as emergency legislation, may only be passed by the parliament of the next term following that in which the Commission gave its opinion¹⁰⁵. ■

¹⁰⁴ Cf. P. GARLICK: *The European Arrest Warrant and the ECHR...*, p. 167. Similarly also G. CONWEY: *Juridical Interpretation and the Third Pillar. Ireland's Acceptance of the European Arrest Warrant and the Gözütok and Brügge Case*, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* No 2/2005, p. 256 ff.

¹⁰⁵ T. OJANEN: *The European Arrest Warrant.....*, p. 92.

7. PERSPECTIVES OF EUROPEAN INTEGRATION IN THE DOMAIN OF CRIMINAL LAW IN THE CONTEXT OF LEGISLATIVE AMENDMENTS FOLLOWING THE DECISIONS QUESTIONING THE CONSTITUTIONALITY OF THE EAW

In connection with the aforementioned opinion of the French Council of State, an amendment was introduced to the French Constitution by a constitutional law of 25 March 2003. Pursuant to it, a third subparagraph was added to Article 88-2 of the Constitution according to which “Statutes shall determine the rules relating to the European arrest warrant pursuant to acts adopted on the basis of the Treaty on the European Union”.

In Cyprus, a draft law was prepared in which an addition was to be introduced into the Constitution of a provision stating that European law has primacy over the Constitution. The Parliament of Cyprus initiated the debate on this issue on 26 May 2006¹⁰⁶.

In connection with the decision of the Polish TK in ruling on the unconstitutionality of Article 607t § 1 CCP, on 12 May 2006 a presidential draft law on amending the Constitution of the Republic of Poland was submitted to the Polish Parliament (the Sejm). The proposed amendment was due to come into force on 6 November 2006, i.e. on the last day of the postponed expiry period relating to the binding force of the relevant provision¹⁰⁷.

Under the presumptions of the draft, the present paragraph 1 of Article 55 of the Constitution of Poland would be left unchanged. The

¹⁰⁶ The Author has no information about the progress in the work on drafting this law. For more details see E.A. STEFANOM, A. KAPARDIS: *The First Two Years...*, p. 85–86.

¹⁰⁷ Druk sejmowy No 580. Information on this topic is available at the website: <http://www.sejm.gov.pl>

proposed wording of the second paragraph presumed the admissibility of a surrender of a Polish citizen to another state and the surrender to an international judicial authority, in the situation where such a possibility has been implied by an international agreement ratified by the Republic of Poland, or by a law executing a legal act promulgated by an international organisation of which the Republic of Poland is a member. The hitherto paragraph 2 (subsequently renumbered in the presidential draft as paragraph 3) banned the extradition of a person suspected of an offence committed for political motives, not involving the use of violence.

In the reasons for the draft, the connection was stressed between the proposed amendment to the Constitution with the international obligations agreed by Poland resulting from its membership of the EU, and with the contents of Article 9 of the Constitution.

The amendment of Article 55 of the Constitution, suggested in the presidential draft, has not solved all the constitutional issues associated with the EAW. The draft assumed the continued presence of Article 55 paragraph 2 of the Constitution, guaranteeing full protection from extradition to a person suspected of having committed a political offence without using violence. As already mentioned, in such a situation, the Framework Decision does not envisage the possibility of refusal to execute the European warrant. In the light of leaving unchanged the contents of this provision, promulgating the law with the wording proposed in the presidential draft would thwart the possibility of full implementation of the Framework Decision.

Yet, with respect to the issue of extraditing a Polish citizen suspected of a different offence, the presidential draft presumed a change in Article 55 of the Constitution of Poland, in line with the reasoning underpinning the judgement of the TK.

In the wording passed by the Sejm, the law deviates markedly from the original draft. The change is evidently “anti-European”.

The adopted text of the law leaves Article 55 paragraph 1 of the Constitution of Poland, as a rule, unchanged in the scope that guarantees Polish citizens protection against extradition. In a difference to the original wording of the Constitution, it permits exceptions to the rule, which are indicated in two subsequent paragraphs of Article 55 of the Constitution.

Pursuant to the second paragraph, the extradition of a Polish citizen may be granted upon a request made by a foreign state or an international judicial body, if such a possibility stems from an international treaty ratified by Poland, or a statute implementing a legal instrument enacted by an international organisation of which the Republic of Poland is a member, provided that the act covered by a request for extradition: 1) was committed outside the territory of the Republic of Poland, and 2) constituted an offence under the law in force in the Republic of Poland or would have constituted an offence under the law in force in the Republic of Poland if it had been committed within the territory of the Republic of Poland, both at the time of its commission and at the time the request was made.

Thus, allowing for an exception in the hitherto binding protection for Polish citizens from extradition, the new wording of Article 55 paragraph 2 of the Constitution of Poland has thereby restricted it in two ways.

These restrictions are not applicable to the extradition, which is to take place under the request from an international judicial authority, established on the basis of an international agreement ratified by Poland, in connection with a crime of genocide, a crime against humanity, a war crime, or a crime of aggression, covered by the jurisdiction of this authority. The provision concerns the surrender of a Polish citizen to International Criminal Courts and bears no relation to the EAW. The Framework Decision concerns solely the relationships between the EU Member States. The first limitation of the admissibility of surrendering

Polish citizens, resulting from Article 55 paragraph 2 of the Constitution of Poland in its new wording, is an absolute requirement that an act covered in the European warrant be committed outside the national territory of Poland. In view of the rule assuming that an offence can be committed in a number of places, adopted in Article 6 § 2 of the Criminal Code, this provision requires that all determinants of the place of commission, i.e. the place where the perpetrator acted, failed to act as required, and the place where the result of the offence occurred or should have occurred, were outside the territory of Poland.

This requirement collides with the provisions of the Framework Decision on the EAW. Article 4 paragraph 7 of the latter recognizes – only as facultative – the grounds for the refusal to execute the EAW in a situation where the arrest warrant concerns offences, are regarded by the law of the executing Member State as having been committed in whole or in part in the territory of the executing Member State or in a place treated as such, and – under subparagraph b – [where] such offences have been committed outside the territory of the issuing Member State and the law of the executing Member State does not allow for prosecution for the same offences when committed outside its territory.

The *ratio* of this premise for the refusal to execute the European warrant, on the basis of the Framework Decision, is associated with the principle of territoriality linked with the place of commission, as the principle justifying the national jurisdiction of particular states is of absolutely prime significance. It is, by the way, the only principle under which national jurisdiction is justified in all systems of law¹⁰⁸. The rule that the offence could be committed in a number of places adopted in various systems of law, to identify where an offence is committed, results, just as under this principle, in a possible collision between several criminal jurisdictions of several states. The discretion left in the Frame-

¹⁰⁸ More details: A. EICKER: *Transstaatliche Strafverfolgung. Ein Beitrag zur Europäisierung, Internationalisierung und Fortentwicklung des Grundsatzes ne bis in idem*, St. Gallen-Harbolzheim 2004, p. 106–107.

work Decision, as to the decision to surrender in this situation, with the Member States, is associated with this very circumstance¹⁰⁹.

Thus, in this field, Article 55 paragraph 2 of the Polish Constitution in the wording given to it by the above law, not only lacks any source of authority in the Framework Decision but it also has no rational justification at all. Giving mandatory status to this obstacle on the basis of the Constitution will result in the prevention of a surrender under the EAW procedure of any person suspected of having committed an offence when the perpetrator acted within the territory of Poland, but where the effects of the offence appeared outside its territory, and the proceedings on the case occurred there, with various acts of legal procedure which do not require the presence of the suspect, including in particular examination of some witnesses residing where the effects of the offence were felt.

In the event that a perpetrator of such an offence has absconded into the territory of Poland, his surrender under the EAW procedure will be impossible. Obviously, the possibility of trying him before a Polish court will still be open. The mandatory nature of the prohibition adopted in Article 55 paragraph 2 of the Constitution of Poland blatantly contravenes the principle of procedural efficiency.

It should be stressed at this point that the optional approach to this premise for the refusal to execute the European warrant adopted in the Framework Decision, assumes a particular importance when one considers that one of the EAW's objectives was to streamline the extradition procedure, especially in connection with the necessity to effectively combat supranational organised crime (including terrorism)¹¹⁰.

In analysing this issue, it is worthwhile invoking again, comparatively, the aforementioned judgement of the German BVerfG concerning

¹⁰⁹ For more details on this premise for refusal to execute the warrant under the Framework Decision, see N. KEIJZER: The Double Criminality Requirement (in:) Handbook on the European Arrest Warrant... *op. cit.*, p. 137 ff.

¹¹⁰ D. ROHLFF: Der Europäische Haftbefehl... p. 26 i 29.

the issue of constitutionality of the provisions of a German law of 21 July 2004 on the European arrest warrant (*Europäischer Haftbefehlgesetz*), implementing the EAW into the German system of law. The issue of admissibility of surrendering own nationals to be tried before a judicial authority of another Member State, in the situation when the offence has been committed in the territory of the executing Member State, is not obvious.

As indicated earlier, Article 55 of the Constitution of Poland has its equivalent in the German system of law in Article 16 of the Basic Law. In its first sentence, this provision states that no German citizen may be extradited to a foreign country, while in the second sentence it permits their extradition to a EU Member State or surrender to International Criminal Courts, provided that the rule of law is observed. The second sentence, which established the exception from the prohibition of surrendering own citizens, was added by a law amending the Basic Law (*Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes*) of 29 November 2000¹¹¹. Prior to the amendment, the provision guaranteed to German citizens full protection against extradition.

In the reasons for the judgement, the BVerfG has stated that the content of Article 16 paragraph 2 of the Basic Law does not authorise an ordinary legislator to unlimited departures from the prohibition of the extradition of German citizens. The requirement stated in the provision that the extradition could be only effected to a state observing the rule of law, which limits the said departure, means above all that the EU Member State or an International Criminal Court to which a German citizen is to be delivered (surrendered), has to meet the standard of Article 23 paragraph 1 of the Basic Law, i.e. the provision concerning the condition under which Germany acceded to the EU. This provision pertains to, *inter alia*, the protection of fundamental rights and is comparable in its essence to the protection guaranteed by

¹¹¹ BGBl I, p. 1633.

the Basic Law. The BVerfG stressed also that in enacting the provisions implementing the EAW into the German system of law, the legislator has been obligated to achieve the objective of the Framework Decision in a way involving the least possible interference with the freedom guaranteed in Article 16 paragraph 2 of the Basic Law. As a rule, however, the German citizens are protected against extradition. In the situations presented in the second sentence of the provision, the protection could be limited, but in demarcating their limits, the legislators are restricted by other provisions of the Basic Law. Any departures from this rule must therefore be interpreted in the manner meeting the requirements implied by the Basic Law.

Following this statement, the BVerfG charged the ordinary legislator with the obligation of achieving the objectives of the Framework Decision in the law transposing it, in such a manner that the restriction on the citizen's right to be protected against extradition should stay within the limits demarcated by the principle of proportionality. In this context, the BVerfG deemed it necessary to establish statutory provisions corresponding to the requirements of transparent definition of the law adopted in a country governed by the rule of law. This measure included providing the authorities appointed to adjudicate in matters concerning execution of the European warrant with the legal instruments that would allow them, in each separate case, to consider arguments associated with the protection of a citizen to be weighed against arguments for his surrender. In the reasons provided with the judgement, the BVerfG included an idea, significant for the discussion pursued in this Section; namely that the trust which a citizen gives to the law in his own state requires protection, particularly when an act for which this particular EAW was issued had an essential national element. This is particularly the case when both the behaviour of the perpetrator and the effects thereof took place within the territory of Germany to a significant degree. Following this finding, the BVerfG stated that a German

citizen committing an offence in his country should not, in principle, be surrendered abroad to another Member State to be tried in connection with this offence.

The guidelines for the ordinary legislator, included in the reasons of the judgement by the BVerfG, concern the obligation to provide, in an ordinary law, clear premises on which the surrender of a German citizen would depend in the situation described in Article 4 paragraph 7 of the Framework Decision. They therefore do not breach the optional nature of the grounds for refusing the execution of the European warrant, as defined in this provision of the Framework Decision.

In the context of the above-mentioned position of the BVerfG (in my opinion, worthy of being approved in full), and even if the obstacle specified in Article 55 paragraph 2 subparagraph a) of the Polish Constitution could be termed as being of optional nature, this provision should be criticised. Viewed from the perspective of surrendering under the EAW procedure, this regulation would contribute nothing, since – as found by the BVerfG in an analogous constitutional setting – it is the ordinary legislature which bears the duty to use all means to protect one's own citizens from extradition, as admitted by the Framework Decision. The ban on surrendering own nationals is a rule, from which the Constitution (both the German Constitution and the Polish Constitution in its new wording) admits exceptions, subject to evaluation from the perspective of the constitutional principle of proportionality and other constitutional principles. The duty of such interpretation of the provisions implementing the Framework Decision that – within the limits demarcated by it – will protect own citizens against a surrender, is borne by the authorities applying the law.

A similar idea was expressed in the reasons underpinning the decision of the Czech Constitutional Court concerning the constitutionality of provisions implementing the EAW. On finding that the provisions transposing the Framework Decision to the Czech system of law

do not envisage, *expressis verbis*, the option to refuse the execution of the EAW, in the case laid down in Article 4 paragraph 7 of the Framework Decision, the Court emphasised that in its opinion their interpretation in conformity with European law, in connection with the constitutional principle of certainty of law and protection of trust, presumes taking into account the content of this provision of the Framework Decision by the courts adjudicating on the execution of the European warrant. Therefore, in this respect, the judgement of the Czech Constitutional Court is markedly more liberal than the analogous judgement of the German BVerfG. The former assumes that within the limits demarcated by the provisions of the Framework Decision, the protection of own citizens against surrender under the EAW procedure is possible through the interpretation applied by courts, without necessarily repeating the content of Article 4 paragraph 7 of the Framework Decision in an ordinary law.

Even more complications are created by the second condition, which makes the admissibility of the surrender of a Polish citizen contingent upon the requirement that the act underlying the European warrant should constitute an offence under the law of the Republic of Poland, or should have constituted it in the event of its commission within the territory of the Republic of Poland, both at the time when it was committed and at the time when the request for surrender was submitted.

The requirement of double criminality of the act associated with the request for extradition draws on the principle of *nullum crimen sine lege* and the prohibition on a retroactive effect of the law associated with it. In the Polish system of law this principle has a constitutional dimension and is expressed in Article 42 paragraph 1 of the Constitution of Poland.

Within the scope of the provision concerned, the requirement of double criminality has been adopted in an extreme form. The act concerned in the request must constitute an offence (to put it in a simplified way) both at the time when it was committed and at the time the requ-

est for surrender is submitted. Parenthetically, it should be noted that if this requirement is associated with both principles mentioned earlier, the second point on the time scale should not be related to the time of request but to the time of its examination, i.e. the adjudication on the issue of surrender.

Irrespective of the way it is approached, this premise collides with the assumptions of the Framework Decision. In Article 2 paragraph 2 there is a catalogue, or so-called corpus of European offences, for which the possibility to refuse the execution of the EAW is excluded, because of the failure to meet the requirement of double criminality of the act. The limiting condition set out in the provision is that the offence is punishable in the issuing Member State by a custodial sentence or a detention order for a period of at least three years¹¹².

A question can thus be raised, as to whether this limit when applied to regulations on extradition is constitutionally legitimate.

When considering the above question, it is worth invoking again, in a comparative manner, the decisions of the Czech and German constitutional courts, referred to early in this paper.

In the constitutional complaint against the judgement (*Urteilverfassungsbeschwerde*), upon which the proceedings before the BVerfG were initiated, concluded by the judgement under discussion, there has been a plea of the collision between assumptions providing the basis for the European arrest warrant with Article 103 paragraph 2 of the Basic Law expressing the principles: *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

This plea has been connected with the fact that, following the example of the Framework Decision, the German law on the European arrest warrant did not envisage the examination of the double criminality of the act, covered in the catalogue laid down in Article 2 paragraph 2 of the Framework Decision. This included the act with which the plaintiff

¹¹² For more details, cf. A. GÓRSKI, A. SAKOWICZ: *Europejski nakaz aresztowania... op. cit.*, p. 39 ff.

has been charged. The component of the state of facts against which the constitutional issue concluded by the judgement concerned has emerged, has been the commitment by the suspect of an act consisting in participation in a terrorist organisation such as al-Qaeda, which in the Spanish system of law fulfilled the attributes of an offence as defined in Articles 515.2 and 516.2 of the Spanish Criminal Code and as such were punishable with the penalty of deprivation of liberty of up to 20 years. In another proceeding conducted in parallel in Germany, in carrying out preparatory proceedings the authorities found that there were no premises to charge the suspect with the offence of supporting a terrorist organisation, to be qualified as such under § 129a or 129b of the said Criminal Code. It has to be added that the above-mentioned offences have been penalised since 30 September 2002.

In the assessment of the Oberlandesgericht in Hamburg adjudicating in the case of the plaintiff (and the plea of unconstitutionality was raised by the plaintiff as early as in the course of preparatory proceedings on the matter of surrender, trying to direct the court adjudicating in his case to refer a legal question to the BVerfG), the law on the European arrest warrant does not breach the principle laid down in Article 103 paragraph 2 of the Basic Law, because the accused surrendered under the EAW procedure is not tried before a German court, but by the court of another Member State bound by the principle of *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

In taking a stand on this plea, the German BVerfG referred to the above issue of an offence being committed outside the territory of Germany. In this context, it indicated accurately that in the situation when an act, in connection with which the European warrant has been issued, has at least been partly committed outside the territory of Germany and has been prohibited and punishable there at the time of its commission, no issue of breaching the principle guaranteed by Article 103 paragraph 2 of the Basic Law could be raised.

At this point, it should be noted that the Belgian constitutional court, in referring a question for preliminary ruling to the ECJ concerning the compatibility of the Framework Decision with the Treaty on European Union, also included in the reasoning its doubts about not giving mandatory status to the premise for refusing to execute the EAW as laid down in Article 4 paragraph 7 of the Framework Decision.

The principle of *nullum crimen sine lege* constitutes a premise for criminal liability in all EU Member States. This principle does not in itself determine the characteristics of prohibited acts. The stance of the Czech constitutional court on this issue is characteristic. Considering the matter in the context of Article 39 of the Charter of Fundamental Rights and Freedoms, which represents an equivalent of Article 42 paragraph 1 of the Constitution of Poland, this court has stated that the principle of *nullum crimen sine lege* expressed in this provision does not imply the requirement of the criminality on both sides with regard to executing the EAW. Such a requirement of a guarantee status is applied in the “classical” extradition proceedings. It would not be justified, however, with respect to the surrender under the EAW, because the EU Member States are characterised by a high level of commonly shared values and mutual trust, based on the principles of a democratic state governed by the rule of law.

Juxtaposing this finding with the points established in the discussion of the justification for restrictions on the admissibility of surrender of own citizens under the EAW, through the premise of the commission of the offence outside the territory of Poland, points to the irrationality of the premise of the double criminality of the act concerned.

The concept on which the EAW has been developed is set within the specific realities of the present stage of development of social, political and legal relationships within the EU. It remains connected with the principle of free movement of persons within the EU, adopted in the Schengen Agreement of 19 June 1990. Its more negative effects

involve complications in terms of prosecuting and trying perpetrators and the associated necessity to develop new methods to combat crime more effectively.

In the situation when the European warrant concerns an act that, at the time of commission, was not punishable under the laws of the state of execution, then trying the accused there will simply be impossible in the latter state. Failing to proceed with extradition in this situation is paramount to shielding the offender from being tried, sentenced and ultimately punished for the offence committed. In the situation when the lawmakers decide to make an exception to the principle of not agreeing to the extradition of own citizens, this will not affect the premises of this legal institution in a way that protects suspects from just punishment.

Further obstacles to extradition are set out in Article 55 paragraph 4 of the Constitution of Poland. It reads as follows: “The extradition of a person suspected of the commission of a crime for political reasons but without the use of force shall be forbidden, so as will an extradition which would violate the rights and freedoms of persons and citizens.”

The provision under discussion concerns two utterly different situations.

In the part in which the provision prohibits the extradition of a person suspected of the commission of a crime for political reasons, Article 55 paragraph 2 of the Constitution of Poland is repeated in its original wording. This prohibition is not limited by the premise of citizenship.

An essential normative novelty is represented by this part of the same provision which forbids extradition in the situation where carrying it out would violate the “rights and freedoms of persons and citizens” (Article 55 paragraph 4 *in fine*). This prohibition is not limited by the premise of citizenship either.

In the part in which Article 55 paragraph 4 of the Constitution of Poland repeats Article 55 paragraph 2 of the Polish Constitution in its

original wording, the full implementation of the EAW is impossible. The Framework Decision does not admit the possibility to refuse the execution of the European warrant, if the latter concerns a person suspected of the commission of a crime for political reasons but without the use of force. In order to create the prospect of full implementation of the EAW, the lawmakers must surrender this prohibition.

In this context it is worth to consider once again the opinion of the French Council of State of 26 September 2002 (file No 368/282), in which it stated that the Framework Decision contains a catalogue of reasons that could justify the refusal to surrender the person named in the European warrant. However, among these premises for refusal there is not a single circumstance connected with the political nature of the offence. The established case law of the Council, however, has listed among the fundamental rights not written into the Constitution, the one right by which the extradition could be refused where this concerns a person suspected of the commission of a crime for political reasons. In the opinion of the Council it constitutes an obstacle to full transposition of the Framework Decision, but this obstacle could be removed by a suitable amendment to the Constitution. Yet, in the opinion of the Council, the assumptions upon which the EAW is based, even concerning such a delicate matter as the extradition of a person suspected of the commission of a crime for political reasons, could be reconciled with the constitutionally protected values. The amendment to the Constitution, in the direction suggested in the Council's opinion, was finally concluded in a constitutional law of 25 March 2003¹¹³.

The prohibition resulting from Article 55 paragraph 4 Constitution *in fine* of an extradition in the situation when its execution would violate the „rights and freedoms of persons and citizens”, constitutes an additional limitation of the admissibility of extradition, beyond the premises indicated in Article 55 paragraph 2 of the Polish Constitution.

¹¹³ Information on this topic is available at the website: <http://www.senat.fr>

The use of the expression „rights and freedoms of persons and citizens” may bring about doubts as to whether the provision in question refers to the rights and freedoms defined in the Constitution itself, or to the rights and freedoms guaranteed by the provisions of international law, in particular by the provisions of the ECHR. In my opinion the interpretation of this expression should be broad, because it covers both the rights which are guaranteed by the acts on international law binding Poland, but also by constitutionally protected rights and freedoms.

In any event, Article 55 paragraph 4 of the Constitution of Poland *in fine* establishes a mandatory obstacle to extradition, not present in the Framework Decision, for the situation when carrying out the extradition would violate the rights and freedoms indicated in this provision. It pertains to both Polish citizens and any persons who do not have Polish citizenship, irrespective of the offence committed. Compared with the original version of the Constitution, the provision greatly limited the admissibility of extradition.

At the constitutional level, the provisions on extradition are not limited to relations occurring in this area between the EU Member States, but are of general nature. This norm applies also to the surrender of a Polish citizen or a person not having Polish citizenship under the EAW procedure to a EU Member State and will be analysed below from this point of view.

The Framework Decision itself in the twelfth recital of its Preamble declares the inviolability of constitutional principles of the Member States, concerning the right to due process. The thirteenth recital excludes the admissibility of extradition, if in a state to which the accused is to be extradited there is a serious risk that „he or she would be subjected to the death penalty, torture or other inhuman or degrading treatment or punishment”. In the light of this being bound by the ECHR, as mentioned earlier, this risk is not very real within the EU.

In the judgement discussed above, the BVerfG stated that the constitutionally admissible extradition of German citizens to other EU Member States is justified by those states respecting the ECHR and particularly Article 6. At the same time the Court obliged the legislator to formulate the provisions on the EAW in such a way that they include the duty to check whether the legal regulations in the state to which the German citizen is to be surrendered, observe the rule of law. The BVerfG has done so with the view to the differences in the level of protection of rights in particular member States¹¹⁴. A diametrically different position on this issue has been adopted by the Czech constitutional court. It stated that there are no grounds to assume that other Member States guarantee a lower standard of protecting fundamental rights compared with the standard set in the Czech Republic.

Perhaps the difference between the views of the German and Czech constitutional courts has been somewhat connected with a greater suspicion towards the guarantees in force in the “new” EU Member States. The different constitutional contexts have not been without significance.

The German BVerfG’s finding that the law on the EAW is unconstitutional, despite the fact that Article 16 paragraph 2 of the Basic Law admits the possibility to surrender own citizens within the EU, indicates thereby that such an order fails to neutralise completely the principle adopted in the German Basic law; namely the prohibition of surrendering own nationals.

In view of the above one should consider whether the issue of refusal to execute the European warrant, so linking it directly with the provisions of the Constitution (therefore above the premises indicated in the Framework Decision itself), could also appear should the lawmakers decide to go ahead with the amendment of Article 55

¹¹⁴ Approvingly about this requirement: B. BRUNN: Die Hürden der Auslieferung – Folgerung aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juli 2005 zum Europäischen Haftbefehl, *Betrifft Justiz* 2005, p. 130 ff.

of the Constitution, in the direction indicated in the initial version of the presidential draft, i.e. without restricting the departure from the principle of not surrendering own nationals adopted in Article 55 paragraph 1 of the Constitution, by the conditions included in further paragraphs of this Article.

The reasons for the judgement handed down by the German BVerfG contained an idea that the nature of the relationship between a citizen and the state community, based on the principles of freedom and democracy results in the fact that, as a rule, a citizen may not be excluded from such a community. The prohibition on the extradition of own citizens is not only a token of the responsibility assumed by the state; it is guaranteed as a personal freedom. In this respect the positions of the Polish and German constitutional courts have coincided. Elaborating on this idea, the German constitutional court stated that the *ratio* of this freedom has nothing to do with shielding someone from a just punishment. It is connected, however, with protecting a citizen residing in its own state against the uncertainty associated with being tried under a law foreign to him, before a foreign judicial authority, under difficult linguistic and cultural conditions¹¹⁵. The requirement expressed in Article 16 paragraph 2 of the Basic Law about observing the rule of law, as a condition for a constitutionally admissible extradition of own citizens, is not a repetition of a general principle of a state governed by the rule of law, demarcating the limits of each case of limiting civil rights. As already mentioned, this requirement means that the level of protection of rights in the state, to which an own citizen is to be surrendered, must correspond to the level guaranteed by the Basic Law.

The constitutional issue, analogous to that solved by the German BVerfG, could therefore appear before the Polish constitutional court also, should the equivalent of Article 55 paragraph 4 of the Polish Constitution been adopted in the original form of the presidential draft.

¹¹⁵ For more details, see B. NITA: *Europejski nakaz aresztowania...op. cit.*

With a view to the aforementioned and, as a rule, comparable protection of civil rights and freedoms in the systems of law of the states in the European Union, as determined by the ECHR which binds them all, this premise should not play any essential role in the event of surrender under the EAW. Nevertheless, when formulating the requirement for checking the regulations in the state to which the surrender is to take place, the provision of Article 55 paragraph 4 of the Constitution of Poland as adopted by the Sejm and the Senate, show at the same time the possibility that the execution of the European warrant may be refused, in cases where discrepancies arise. It indicated, therefore, the possibility of extending the catalogue of grounds for refusing a European warrant provided in the Framework Decision, referring to the Constitution. The necessity to take into account this additional premise for refusal to execute the European warrant, derived from the Constitution, can lead to inconsistencies in the corpus of judgements. A number of proceedings can also be expected before the TK concerning this pattern of exercising control. The obligations to examine the level of protection of civil rights and liberties in the state to which the surrender under the EAW is to be effected will perhaps contribute to slowing down of proceedings on these matters.

In connection with the regulation placed in Article 55 paragraph 4 of the Constitution of Poland *in fine*, a problem emerges as to whether it would be constitutionally admissible to recognise through an ordinary law that the legal standards in force in the states bound by the Framework Decision in effect implement the standards referred to in this provision.

In my opinion, in the light of the content of Article 8 of the Constitution of Poland, such a provision will not relieve the Polish courts adjudicating on the execution of the European warrant from the obligation to verify this matter and, in the event that doubts are raised, from refusing to execute the warrant with direct reference to the content of Article 54 of the Constitution of Poland.

It is worth pointing out that within the context of this analogous problem, the German BVerfG declared that although each Member State is obliged to respect the principles of the rule of law through Article 6 paragraph 1 TEU, the German legislature may not waive aside the possibility that the procedure in a given Member State may not conform to these principles. Unlike the Czech constitutional court, in the assessment of the German court, binding the courts adjudicating on an execution of an EAW with guarantees of civil rights and liberties, is not enough. Thus, it has been deemed necessary that such statutory provisions should be established as to permit separate consideration of this issue given the circumstances in each specific case.

It must be mentioned at this point that in a new German Act of 20 July 2006 implementing the EAW (*Europäisches Haftbefehlgesetz*)¹¹⁶, following the guidelines given in the reasons for the judgement of the BVerfG, provisions have been included which, within the scope set in Article 4 paragraph 7 of the Framework Decision, would protect German citizens against surrendering under the EAW procedure when the European warrant concerns an offence committed partly at least on German soil. Additionally, § 80 of the Act indicates that surrendering a German citizen under the EAW is admissible only when it is assured that after a final and valid decision on sentencing to deprivation of liberty or other sanctions, the sentenced person would then be surrendered, on his/her wishing so, to Germany to serve out the sentence. The requirement of surrender for serving the punishment upon such a wish is associated with effective re-socialisation. Such a surrender is not at all admissible when the act concerned in the EAW has been committed partly or entirely within the territory of the state of execution of the European warrant. According to the requirements resulting from the reasons of the judgement given by the BVerfG, the new Act transposing the EAW to the German system of law envisages the procedure for checking the

¹¹⁶ BGBl I, 1721. The law has been in force since 2 August 2006.

compatibility of the legal provisions of the European warrant-issuing state with the standards existing in the state ruled by law. Its § 80 paragraph 4 is also of essential importance, in which all the guarantees given to a German citizen are extended to an alien permanently residing in Germany together with a spouse or partner being a German citizen, or with the closest family whose members have German citizenship. The reasons for the judgement note that the purpose thereof has been to achieve the constitutionally guaranteed protection of the family¹¹⁷.

Additional premises for refusing to execute the European warrant are also envisaged in the provisions implementing the EAW in Finland. These regard, in particular, the prohibition on surrendering under the EAW when the person concerned could, for reasons of origin, religious denomination, an affiliation to a social group, or of political views be subject to persecution, particularly when it could pose a risk to such a person's life or liberty. The Finnish provisions implementing the EAW also envisage an absolute prohibition on surrendering a person where there is a risk of depriving such a person of freedom of speech or freedom of association. As in Germany, again because of the constitutional guarantee protecting the family, the provisions implementing the EAW allow for the refusal to surrender a person permanently residing in Finland. The mandatory premises for refusing the execution of the European warrant have been additionally extended, through consideration of age, health conditions and other circumstances or personal characteristics of the person concerned in the request¹¹⁸.

Because of the divergence between premises for a refusal to execute the European warrant, specified in the Framework Decision and the

¹¹⁷ For more details, see E. VON BUBNOFF: *Der Europäische Haftbefehl. Ein Leitfadens für die Auslieferungspraxis*, Heidelberg 2005, with a supplement: *Das Europäische Haftbefehlsgesetz 2006. Ergänzung zum Leitfaden Der Europäische Haftbefehl. Auslieferung und Neuregelungen des Gemeinschaftsinstruments*, Heidelberg 2006, *passim*.

¹¹⁸ T. OJANEN: *The European Arrest Warrant in Finland...*, p. 92–98.

new version of Article 55 of the Polish Constitution, the issue of relations between European law and national law has resurfaced.

The limits of the interpretation conforming with European law demarcated in the case of *Maria Pupino* do not represent a solution to the issue of this collision between the provision of the Framework Decision on the EAW and restriction in the admissibility of extradition concerning own citizens, resulting from Article 55 paragraph 2 of the Polish Constitution. The premise of double criminality specified in this provision and the commission of a crime outside the territory of Poland will therefore preclude a full implementation of the Framework Decision.

This remark should be related to Article 55 paragraph 4 of the Constitution of Poland; within the scope where this provision concerns the extradition of person suspected of an offence committed for political motives, not involving the use of violence. The categorical wording of the provision in question will not allow avoiding effectively the issue of collision between the provision of the Framework Decision and the content of the Constitution by applying a conforming interpretation.

Article 55 of the Constitution of Poland calls for another urgent intervention from the lawmakers with regard to the premises placed in paragraph 2 and paragraph 4, where it concerns the prohibition of extraditing a person suspected of an offence, not involving the use of violence, committed for political motives. The premise specified in Article 55 paragraph 4 *in fine* with regard to surrendering under the EAW procedure, will probably be neutralised in the judgements of the courts, using the conforming interpretation.

The imperative of a conforming interpretation concerning the legal acts in the Third Pillar, resulting from the decision of the ECJ in *Pupino* case, does not evoke an optimistic frame of mind when considering the premise indicated in Article 55 paragraph 4 of the Polish Constitution *in fine*. In view of the common “base” in the form of the ECHR, the premise contained in this provision, which limits the ad-

missibility of extradition between the EU Member States, will probably be neutralised through a conforming interpretation applied in the adjudication practice.

It should be noted that although the judgement of the Polish TK was given before the ECJ issued its decision in *Pupino* case, the former had not excluded the application of a conforming interpretation of the Framework Decision. The TK found that even applying such an interpretation in the case before it, did not bring about a positive result. The supporting attitude towards the conforming interpretation of the European legal acts in the Third Pillar results from the reasons provided by the constitutional courts of Germany and the Czech Republic.

Comparatively, it might be worth stressing that in connection with the decision of the Supreme Court of Cyprus, on finding the provisions on the EAW unconstitutional, the government of Cyprus submitted to the House of Representatives a draft of a suitable amendment to the Constitution. The justification for a relevant draft law declared that there was no alternative to the concept of amending the Constitution. ■

8. CONCLUSION

On account of the respective laws on the EAW being declared unconstitutional by the Polish and German constitutional courts, and the later decision of the Supreme Court of Cyprus, in declaring the inadmissibility of surrendering own citizens by invoking the constitutional prohibition, in the German legal writings a contribution by O. Lagodny has called for a comprehensive revision of the EAW's assumptions by the EU Council¹¹⁹.

In the light of legislative changes which occurred in the legislation of those Member States where the unconstitutionality of the provisions on the EAW have been found, following this idea does not seem realistic. Also noteworthy is that responding to the reference for a preliminary ruling from the Belgian constitutional court, the ECJ responded in the judgement of 7 May 2007 in C 303/05 *Advocaten voor de Wereld* case, that the Framework Decision on the EAW does not breach Article 34 subparagraph b of the Treaty on European Union, and the non-mandatory nature of the premise of the double criminality of the offence as adopted in Article 4 paragraph 7 of the Framework Decision, does not clash with Article 6 of the same Treaty¹²⁰.

As noted earlier, in the legal writings on the EAW suggestions have been made that the principle of mutual recognition constitutes an alternative avenue to the harmonisation of regulations in the EU Member States¹²¹.

The decision of the Polish TK and – to a much greater extent – the judgements of the German BVerfG, and the Cypriot Supreme Court, as

¹¹⁹ Cf. O. LAGODNY: Eckpunkte für die zukünftige Ausgestaltung des deutschen Auslieferungsverfahrens – zugleich Besprechung des BVerfG-Urteils zum Europäischen Haftbefehlsgesetz, *Strafverteidiger* 2005, p. 515–519.

¹²⁰ The judgment in this case is available at the website: <http://www.curia.eu.int>

¹²¹ Cf. D. ROHLFF: *Der Europäische Haftbefehl...*, p. 27.

well as the opinion of the Finnish Parliamentary Commission on Constitutional Law indicate clearly that implementing the idea of European integration in the domain of criminal law and in compliance with this principle will not be an easy process in view of the constitutional restrictions¹²².

It is not, however, an insurmountable obstacle. This is indicated by the attitude of those authorities favourable to European law, presented particularly in the reasons for the judgements declaring the unconstitutionality of the provisions on the EAW, the specific suggestions for amending the corresponding Constitutions, as well as the legislative changes that have occurred in the wake of these judgements

The limited trust in the level of protection of rights and freedoms in the systems of law in other countries, which appeared particularly in the judgement of the German BVerfG, and the additional premise for the refusal to execute the European warrant established in the wake of this judgement, will probably be neutralised in the court judgements by applying the conforming interpretation as indicated by the ECJ in *Pupino* case.

Further approximation of the systems of criminal law of the EU Member States will undoubtedly remove most of the problems associated with European integration in the domain of criminal law¹²³. ■

¹²² Even prior to finding unconstitutionality of the EAW, such view was expressed by S. ALEGRE, M. LEAF: *European Arrest Warrant...*, p. 14ff; See also, of the same authors: *Mutual Recognition in European Judicial Cooperation: A Step Too Far Too Soon. Case Study – the European Arrest Warrant*, “*European Law Journal*” No 2/2004, p. 200 ff.

¹²³ The same view in, Z. DEEN-RACSMÁNY: *The European Arrest Warrant and Surrender of Nationals Revisited: The Lessons of Constitutional Challenges*, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, No 3/2006, p. 271–306, and C. GÓMEZ-JARA DIEZ: *European Arrest Warrant and the Principle of Mutual Recognition*, *The European Criminal Law Association's Forum – eurocrim* No 1–2/2006, p.23–24.

On the Author

Barbara Nita is a Doctor of Law, an Associate Professor in Cracow University of Economics, and the Assistant Advisor to a Judge of the Trybunał Konstytucyjny (the Constitutional Court of Poland). She completed a prescribed court training programme and passed judges exam in the Sąd Okręgowy [the District Court] in Cracow. She is on the Register of Legal Advisers. She completed scientific internships in the German Federal Constitutional (Bundesverfassungsgericht) and in the German Federal Supreme Court (Bundesgerichtshof), in the Polish Trybunał Konstytucyjny (the Constitutional Court of Poland), Max-Planck Institute of International and Comparative Criminal Law in Freiburg in Breisgau (Germany), in Leipzig and Goettingen Universities (Germany) and in European University Institute in Florence (Italy). She received a scholarship from the European Commission (Marie Curie Actions – Human resources and mobility) which allowed her to participate in the second edition of the programme: “Comparing Constitutional Adjudication: Comparative Interpretation of European Constitutional Jurisprudence” at Trent University (Italy). She has also authored some seventy scientific publications in the fields of criminal law, criminal procedure, and constitutional law.