

Sygn. akt II Kop 3/13

POSTANOWIENIE

E., dnia 12 marca 2013 roku

Sąd Okręgowy w Elblągu w II Wydziale Karnym w składzie:

Przewodniczący: SSO Marek Omelan

Protokolant: st. sekr. sąd. Kamila Kajut

przy udziale Prok. Prok. Okręg. w Elblągu A. Kniga-Wężik

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniach 01 oraz 12 marca 2013 roku,

sprawy **A. Z. (1)**

ściganej na podstawie Europejskiego Nakazu Aresztowania wydanego przez Sąd Pierwszej Instancji Królestwa Belgii sygn. akt 12/104

z wniosku Prokuratora Okręgowego w Elblągu

w przedmiocie wykonania europejskiego nakazu aresztowania

na podstawie art. 607p § 1 pkt 2 kpk i art. 607p § 2 kpk

postanowił:

odmówić wykonania Europejskiego Nakazu Aresztowania wydanego w dniu 10.01.2013 r. nr akt 12/104 przez Sąd Pierwszej Instancji w Tongeren (Belgia) w celu przeprowadzenia postępowania karnego o występki z art. 432 § 2 i § 3 belgijskiego kodeksu karnego przeciwko obywatelce polskiej **A. Z. (1) ur. (...) w B., córce M. i K. .**

UZASADNIENIE

Obywatelka polska A. Z. (1) jest ścigana przez stronę belgijską na podstawie Europejskiego Nakazu Aresztowania z dnia 10.01.2013 r. nr akt 12/104 wydanego przez Sąd Pierwszej Instancji w Tongeren w celu przeprowadzenia przeciwko niej postępowania karnego o czyn zakwalifikowany z art. 432 § 2 i § 3 belgijskiego kodeksu karnego.

Z informacji zawartych w sekcji „D” ENA (karta 117-118 akt) wynika, że:

- A. Z. (1) ze związku z obywatelem belgijskim G. R. posiada syna A. R. ur. w L. w dniu (...)
- w lipcu 2008 r. A. Z. (1) wraz z małoletnim dzieckiem wyjechała z Belgii do Polski lub Włoch.
- postanowieniem Sądu Apelacyjnego w Antwerpii z dnia 05.12.2011 r. prawo wykonywania władzy rodzicielskiej nad A. R. zostało przyznane wyłącznie G. R. i miejsce pobytu dziecka ustalono przy ojcu zamieszkałym w Belgii w miejscowości T..
- w dniu 05.03.2012 r. Sąd Okręgowy w Elblągu postanowił o uznaniu wykonalności tego orzeczenia na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.
- A. Z. (1) nie przestrzegала orzeczenia sądów belgijskich i porwała małoletnie dziecko za granicę, przypuszczalnie do Polski i/lub do Włoch.

Czyn jej został zakwalifikowany jako porwanie rodzicielskie małoletniego za granicę w przypadku kiedy wydana została decyzja o sprawowaniu pieczy nad małoletnim dzieckiem (art. 432 § 2 i § 3 belgijskiego kodeksu karnego).

W dniu 01.02.2013 r. Prokurator Okręgowy w Elblągu złożył wniosek o wykonanie powyższego nakazu i przekazanie A. Z. (1) stronie belgijskiej.

(wniosek Prokuratora Okręgowego w Elblągu k. 42-44)

Ponieważ przytoczone wyżej informacje zawarte w sekcji „D” ENA odnośnie daty i miejsca popełnienia przestępstwa zarzucanego A. Z. (1) były nieprecyzyjne, Sąd Okręgowy w trybie art. 607 „z” k.p.k. zażądał od strony belgijskiej ich uzupełnienia.

(vide pismo z dnia 05.02.2013 r. k. 89)

W odpowiedzi pismem z dnia 08.02.2013 r. Sąd w Tongeren wyjaśnił, że postanowieniem tymczasowym Sądu Apelacyjnego w Antwerpii z dnia 20.06.2011 r. Panu R. przyznane zostało prawo widywania z synem A. w okresie od 30.06.2011 r. do 31.07.2011 r. włącznie i A. Z. (1) tego postanowienia nigdy nie przestrzegła, albowiem dziecko przebywało w Polsce. Na tej podstawie A. Z. (1) zarzuca się, że:

1) od 30.06.2011 r. do 31.07.2011 r. w T. trzymała w ukryciu małoletnie dziecko A. R. nie chcąc udzielić informacji o miejscu przebywania,

- nie wydała dziecka Panu G. R., który był do tego uprawniony na mocy postanowienia tymczasowego Sądu Apelacyjnego w Antwerpii z dnia 20.06.2011 r.,

co stanowi czyn z art. 432 § 2 belgijskiego kodeksu karnego polegającego na przetrzymywaniu dziecka przez okres dłuższy niż pięć dni w ukryciu przed osobami mającymi prawo żądać jego wydania oraz czyn z art. 432 § 3 tegoż kodeksu polegający na tym, że z chwilą wydania decyzji w sprawie sprawowania pieczy nad dzieckiem (in casu postanowienia tymczasowego z dnia 20.06.2011 r.) matka uchyla dziecko od prawa sprawowania nad nim pieczy przez ojca i nie oddaje dziecka tym, którzy mają prawo żądać jego wydania;

Ponadto zdaniem władz belgijskich A. Z. (1) w sposób świadomy nie zastosowała się do postanowienia kończącego Sądu Apelacyjnego w Antwerpii z dnia 05.12.2011 r. na mocy którego wyłączną władzę rodzicielską nad A. R. przyznano jego ojcu G. R. i na tej podstawie zarzuca się jej, że:

2) w okresie od dnia 05.12.2011 do chwili obecnej w T. wielokrotnie:

- trzymała w ukryciu małoletnie dziecko nie chcąc udzielić informacji, gdzie dziecko się znajdowało i gdzie się w tej chwili znajduje,

- przetrzymywała dziecko poza terytorium Królestwa Belgii (Polska, Włochy),

- nie wydała dziecka Panu G. R., który jest do tego uprawniony na mocy wspomnianego postanowienia kończącego Sądu Apelacyjnego w Antwerpii z dnia 05.12.2011 r., co stanowi czyn z art. 432 § 2 i 432 § 3 belgijskiego kodeksu karnego

(vide pismo Sądu Pierwszej Instancji w Tongeren z dnia 08.02.2013 r. k. 101-103)

Nadesłany przez Sąd Pierwszej Instancji w Tongeren w załączeniu do pisma z dnia 08.02.2013 r. nakaz aresztowania A. Z. (1) stanowiący podstawę wydania ENA powielał te same treści, które zostały ujęte w sekcji D europejskiego nakazu.

(vide Pro Justitia – nakaz aresztowania zaocznie in fine przekazane k. 108-109)

Pismem z dnia 27.02.2013 r. Prokurator Okręgowy w Elblągu zmodyfikował własne stanowisko i wniósł o odmowę wykonania nakazu podnosząc, że w niniejszej sprawie zaistniały bezwzględne przesłanki, o których mowa w art. 607 p § 2 k.p.k. (vide wniosek Prokuratora Okręgowego w Elblągu k. 144-147).

Z uwagi na dysonans pomiędzy treścią europejskiego nakazu a treścią wspomnianego wyżej pisma Sądu Pierwszej Instancji w Tongeren z dnia 08.02.2013 r. odnośnie liczby przestępstw, których popełnienia zarzuca się A. Z. (1) Sąd Okręgowy w Elblągu na posiedzeniu w dniu 01.03.2013 r. podjął decyzję, by zwrócić się do strony belgijskiej o dodatkowe informacje w tym zakresie.

(vide pismo z dnia 04.03.2013 r. k. 168-169)

W odpowiedzi strona belgijska wyjaśniła, że fakty ujawnione w sprawie „dotyczą naruszenia jednego i tego samego artykułu prawa i świadczą o ciągu jednego, tego samego zamiaru przestępczego, mianowicie świadomego i rozmyślnego nieoddania dziecka oraz trzymania dziecka poza terytorium Królestwa”. Ponadto wskazano na wyrok belgijskiego Sądu Kasacyjnego zgodnie z którym „... uważa się że przestępstwo z zaniechania zostało popełnione w miejscu, w którym niespełnione zobowiązanie musi zostać wykonane, tak by postanowienie uzasadniło zgodnie z prawem swą decyzję, że występki „nieoddania dziecka” zostaje mianowicie popełniony w miejscu, w którym decyzja sądu będąca jego podstawą, zobowiązuje ojca lub matkę małoletniego dziecka do oddania tegoż dziecka osobie, która ma prawo tego żądać...”

(vide: pismo Sądu Pierwszej Instancji w Tongeren z dnia 08.03.2013 r. k. 178-179)

Ponadto Sąd Okręgowy ustalił, że postanowieniem z dnia 11.03.2013 r. Sąd Rejonowy w Braniewie utrzymał w mocy postanowienie Prokuratora Rejonowego w Braniewie, na mocy którego w oparciu o art. 17 § 1 pkt 3 kpk w zw. z art. 1 § 2 kk. umorzono dochodzenie wobec A. Z. (1) w sprawie Ds 762/12 w związku z zarzutem popełnienia przestępstwa polegającego na tym, że w dniu 16.12.2011 r. w miejscowości G. w Republice Włoch, wbrew woli G. R. powołanego z mocy wyroku Sądu Apelacyjnego w Antwerpii z dnia 05.12.2011 r. o sygn. akt(...), do opieki i nadzoru nad małoletnim A. R., zatrzymała go w swoim miejscu zamieszkania, nie wydając osobie uprawnionej to jest o czyn kwalifikowany z art. 211 kk., wobec stwierdzenia, że społeczna szkodliwość czynu jest znikoma.

W toku posiedzenia Sądu w dniu 12.03.2013 r. prokurator podtrzymał swój zmodyfikowany wniosek w przedmiocie odmowy wykonania europejskiego nakazu.

Obrońca ściganej również wniósł o odmowę wykonania europejskiego nakazu.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Zmodyfikowany wniosek Prokuratora Okręgowego w Elblągu oraz korelujący z nim wniosek obrońcy ściganej A. Z. (1) zasługuje na uwzględnienie.

Tytułem wstępu wyjaśnić należy zasadniczą kwestię, a mianowicie w związku z popełnieniem jakiego przestępstwa A. Z. (1) jest ścigana przez organy belgijskiego wymiaru sprawiedliwości, ponieważ jest to okoliczność istotna dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

Otóż z treści sekcji „D” europejskiego nakazu Sądu Pierwszej Instancji w Tongeren, gdyby odczytać ją wprost, należałoby przyjąć, że zarzut stawiany ściganej polega na porwaniu małoletniego dziecka z terytorium Belgii.

Jak się jednak okazało w efekcie dodatkowych informacji uzyskanych z Sądu w Tongeren w rzeczywistości zarzut ten dotyczy innej postaci modalnej przestępstwa określonego w art. 432 § 2 i § 3 belgijskiego kodeksu karnego, a mianowicie bezprawnego zatrzymania w ukryciu i niewydania małoletniego dziecka osobie uprawnionej na mocy orzeczenia sądu belgijskiego.

(pismo organu belgijskiego z dnia 08.02.2013 r. k. 101-103 oraz z dnia 08.03.2013 r. k. 178-179).

Za przyjęciem takiego sposobu popełnienia przestępstwa, a tym samym za wykluczeniem możliwości przypisania A. Z. (1) porwania dziecka, przemawiają także ustalenia poczynione przez Sąd Cywilny w Hasselt Trzecia Izba do Spraw Nieletnich w orzeczeniu wydanym w dniu 28.06.2010 r. w sprawie Rep. (...) z powództwa G. R. przeciwko A. Z. (1), z którego jednoznacznie wynika, że „(...) nie ma tu mowy o zabronionym przemieszczeniu (uprowadzeniu przez rodzica) w myśl art. 10 Rozporządzenia 2201/2003/WE ze względu na to, że ojciec (tj. G. R.) wraz z A. Z. (1) i dzieckiem pojechał do Polski”. Fakt ten miał miejsce w lipcu 2008 r.

(vide orzeczenie Sądu w Hasselt k. 160)

Powyzsza okoliczność co prawda pozostaje bez wpływu na przyjętą przez władze belgijskie kwalifikację prawną czynu zarzucanego A. Z. (1), jednakże jest ona kluczowa dla kwestii podstawowej, a mianowicie weryfikacji istnienia lub nie przesłanek warunkujących możliwość wykonania europejskiego nakazu aresztowania na gruncie prawa polskiego.

A. Z. (1) jest obywatelką polską. W związku z powyższym, zgodnie z treścią art. 607 p § 2 kodeksu postępowania karnego stanowiącym transpozycję art. 55 ustęp 2 Konstytucji RP wykonanie nakazu wydanego w stosunku do jej osoby przez państwo członkowskie Unii Europejskiej może nastąpić wyłącznie pod warunkiem, że czyn, którego nakaz europejski dotyczy, nie został popełniony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (...) oraz stanowił przestępstwo wg prawa Rzeczypospolitej Polskiej (...).

Każdorazowo więc w myśl przywołanego wyżej przepisu w toku postępowania w przedmiocie wykonania ENA wobec obywatela polskiego niezbędnym jest zweryfikowanie przez Sąd wymogu podwójnej przestępności czynu zarzucanego osobie ściganej oraz ustalenie miejsce popełnienia przestępstwa.

Odnosząc się do pierwszej z wymienionych przesłanek zauważyć należy, że odpowiednikiem art. 432 § 2 i 3 belgijskiego kodeksu karnego w prawie polskim jest przepis art. 211 kk.

Porównanie treści tychże przepisów wskazuje, iż istnieją pomiędzy nimi istotne różnice.

Mianowicie wg prawa belgijskiego penalizowane są także działania rodzica dysponującego pełnią władzy rodzicielskiej (art. 432 § 2). Tymczasem przywołany wyżej przepis art. 211 polskiej ustawy karnej ogranicza ściganie za działania lub zaniechania w nim opisane wyłącznie do rodzica, który został pozbawiony władzy rodzicielskiej lub władza ta została mu ograniczona bądź zawieszona.

Innymi słowy podmiotem przestępstwa z art. 211 kk. nie może być rodzic, któremu przysługuje pełna władza rodzicielska.

W tym kontekście należy stwierdzić, że według polskiego kodeksu działania podejmowane przez A. Z. (1), skutkiem których było pozbawienie G. R. możliwości kontaktu z dzieckiem przed datą 05.12.2011 r., nie stanowią przestępstwa, ponieważ wymieniona do tej daty korzystała z nieograniczonej władzy rodzicielskiej.

Dla oceny zachowania A. Z. (1) przed wspomnianą datą nie może mieć znaczenia na gruncie prawa krajowego treść postanowienia tymczasowego Sądu Apelacyjnego w Antwerpii z dnia 20.06.2011 r. na mocy którego przyznano G. R. tylko prawo widywania się z dzieckiem w czasie wakacji. Treść tego postanowienia bowiem w żaden sposób nie ograniczała pełni jej władzy rodzicielskiej.

W konsekwencji nie ma żadnych podstaw, aby w oparciu o polskie przepisy karne penalizować zachowanie A. Z. (1), które zgodnie ze stanowiskiem strony belgijskiej wyrażonym w piśmie z dnia 08.02.2013 r. (k. 101-103) miało polegać na „trzymaniu w ukryciu i niewydaniu małoletniego dziecka ojcu w okresie od 30.06.2011 r. do 31.07.2011 r. - wbrew treści postanowienia tymczasowego Sądu Apelacyjnego w Antwerpii z dnia 20.06.2011 r.”

W tym zakresie nie został więc spełniony wymóg podwójnej przestępności czynu wynikający z art. 607p § 2 kpk.

Z uwagi na powyższe przedmiotem analizy Sądu Okręgowego, w kontekście istnienia podstaw do wykonania europejskiego nakazu Sądu Pierwszej Instancji w Tongeren, mogą być okoliczności i fakty związane z zachowaniem A. Z. (1) po dniu 05.12.2011 r., kiedy to Sąd Apelacyjny w Antwerpii przyznał G. R. wyłączną władzę rodzicielską nad małoletnim A. R..

Powyższe orzeczenie pozbawiło A. Z. (1) władzy rodzicielskiej i dlatego jej zachowanie polegające na zatrzymaniu małoletniego dziecka wbrew woli ojca od chwili, gdy ścigana powzięła wiadomości o jego treści wyczerpuje znamiona przestępstwa z art. 211 kk. Dlatego wymóg podwójnej przestępności czynu został w tym zakresie spełniony.

Ujawnione w sprawie dowody dają podstawę do przyjęcia, że ścigana dowiedziała się o treści postanowienia końcowego Sądu w Antwerpii w dniu 16.12.2011 r. kiedy przebywała na terytorium Włoch skąd po kilku miesiącach wyjechała wraz z dzieckiem do Polski, gdzie przebywa do chwili obecnej.

(vide postanowienie Prokuratora Rejonowego w Braniewie k. 34-36, korespondencja nadesłana przez G. R. k. 175)

Okoliczność ta wynika także z treści ENA oraz informacji uzupełniających nadesłanych przez Sąd Pierwszej Instancji w Tongeren. Niewątpliwym więc jest, że od lipca 2008 r. ścigania w ogóle nie przebywała na terytorium Belgii, a małoletnie dziecko cały czas pozostawało pod jej pieczą.

Przytoczone okoliczności mają kluczowe znaczenie w kontekście potrzeby kontroli czy w niniejszej sprawie nie zaistniała druga z negatywnych przesłanek wykonania ENA wynikająca z art. 607 p § 2 kpk odnoszące się do miejsca popełnienia przestępstwa.

Jak wynika z treści ENA oraz kolejnych pism Sądu w Tongeren z dnia 08.02.2013 r. oraz z dnia 08.03.2013 r. strona belgijska konsekwentnie twierdzi, iż miejscem popełnienia czynu przez A. Z. (1) jest miejscowość T. w Belgii, ponieważ zgodnie z postanowieniem Sądu Apelacyjnego w Antwerpii miejsce pobytu małoletniego A. R. ustalono przy ojcu, który mieszka w T..

Zauważyć przy tym należy, że mimo wyraźnej prośby zawartej w piśmie Sądu Okręgowego w Elblągu z dnia 04.03.2013 r. (k. 168-169) organ belgijski nie nadesłał informacji o treści przepisów stanowiących podstawę ustalenia miejsca popełnienia przestępstwa według tamtejszego prawa. Przytoczono jedynie treść judykatu Sądu Kasacyjnego bez wskazania daty jego wydania i określenia sprawy, której dotyczy (k. 179).

Pomimo tego braku należy jednoznacznie stwierdzić, że w postępowaniu dotyczącym wykonania europejskiego nakazu aresztowania wyłącznie przepisy prawa krajowego, a nie przepisy państwa wydania ENA stanowią podstawę weryfikacji i formułowania ocen odnośnie występowania lub nie przesłanek warunkujących jego wykonanie określonych w art. 607 p § 1 i 2 i następne kpk.

W świetle powyższego pierwszoplanowe znaczenie ma wyrażający zasadę terytorialności przepis art. 5 kk. zgodnie z którym należy stosować ustawę karną polską do sprawcy, który popełnił czyn zabroniony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (...).

W myśl art. 6 § 2 kk. czyn zabroniony uważa się za popełniony w miejscu w którym sprawca działał lub zaniechał działania do którego był obowiązany albo gdzie skutek stanowiący znamię czynu zabronionego nastąpił lub według zamiaru sprawcy miał nastąpić.

Cytowany przepis wyraża zasadę „wielomiejscowości” popełnienia czynu zabronionego ustanawiając regułę równowartości miejsca działania sprawcy i miejsca wystąpienia skutku przestępstwa.

Na gruncie prawa polskiego przyjmuje się, że przestępstwo określone w art. 211 kk. niezależnie od tego, czy mamy do czynienia z uprowadzeniem dziecka, czy też z zatrzymaniem go wbrew woli osoby powołanej do opieki lub nadzoru ma charakter skutkowy.

Biorąc pod uwagę znaczenia językowe znamion czasownikowych czynu z art. 211 kk. w doktrynie dominuje pogląd, akceptowany także przez Sąd Okręgowy, że znamię „zatrzymuje” może zostać zrealizowane zarówno przez aktywną jak też przez pasywną postać zachowania sprawcy.

W ocenie Sądu, rzeczywiście można przyjąć, że skutkiem czynu jaki można przypisać A. Z. (1) jest pozbawienie możliwości sprawowania przez ojca opieki nad dzieckiem w miejscowości T., a więc na terytorium Belgii. Jednakże nie może ulegać wątpliwości, iż w istotnym czasookresie zachowanie A. Z. (1) polegające na zatrzymaniu dziecka oprócz terytorium Włoch miało miejsce na terytorium Polski. W tym konkretnym przypadku ścigana nie ograniczyła się tylko i wyłącznie do zaniechania wydania dziecka ojcu. Istotnym jest, że w ramach zatrzymania małoletniego podjęła ona aktywne działania polegające na ukrywaniu dziecka na terytorium Polski zmieniając przy tym miejsce jego pobytu.

W tych warunkach zupełnie nie odpowiadałoby realiom sprawy przyjęcie fikcji prawnej zgodnie z którą miejscem działania ściganej było terytorium Belgii.

W świetle powyższych argumentów, skoro czyn jakiego dopuściła się A. Z. (1) w istotnym jego fragmencie został popełniony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, dlatego zgodnie z art. 611 p § 2 kpk należało odmówić wykonania europejskiego nakazu Sądu Pierwszej Instancji w Tongeren.

Decyzja tego rodzaju jest również konsekwencją ujawnienia w toku postępowania innej okoliczności, która stanowi samoistną obligatoryjną podstawę do odmowy wykonania nakazu.

Zgodnie z treścią art. 607 p § 1 pkt 2 kpk przeszkodą w wykonaniu ENA jest stwierdzenie, że w stosunku do osoby ściganej zapadło prawomocne orzeczenie co do tych samych czynów, których nakaz dotyczy.

Właśnie taka sytuacja wystąpiła w niniejszej sprawie.

Jak się bowiem okazało w dniu 22.06.2012 r. G. R. złożył w Prokuraturze Rejonowej w Braniewie zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa zatrzymania małoletniego dziecka wbrew woli przez A. Z. (1).

Wszczęte na tej podstawie postępowanie karne przeciwko A. Z. (1) zostało zakończone postanowieniem z dnia 26.11.2012 r. Na mocy tego orzeczenia Prokurator Rejonowy w Braniewie umorzył postępowanie wobec A. Z. (1) o czyn z art. 211 kk. polegający na tym, że w dniu 16.12.2011 r. w miejscowości G. we Włoszech, wbrew woli G. R. powołanego z mocy wyroku Sądu Apelacyjnego w Antwerpii z dnia 05.12.2011 r., do opieki i nadzoru nad małoletnim A. R., zatrzymała go w swoim miejscu zamieszkania, nie wydając osobie uprawnionej. Podstawą umorzenia postępowania było stwierdzenie, że społeczna szkodliwość czynu jest znikoma (art. 17 § 1 pkt 3 kpk w zw. z art. 1 § 2 kpk).

Powyzsze postanowienie na skutek zażalenia złożonego przez pełnomocnika G. R. zostało utrzymane w mocy decyzją Sądu Rejonowego w Braniewie z dnia 11.03.2013 r.

Podstawa odmowy wykonania ENA unormowana w art. 607 p § 1 pkt 2 kpk związana jest z zasadą ne bis in idem określoną w art. 54 Konwencji Wykonawczej Schengen oraz w nawiązującym do tego przepisu art. 114 § 3 pkt 3 kk.

Wymóg tożsamości podmiotowej wynikający z powyższej zasady w sprawie związanej z europejskim nakazem Sądu Pierwszej Instancji w Tongeren oraz w sprawie zakończonej przez Prokuraturę Rejonową w Braniewie został spełniony, albowiem w obydwu przypadkach postępowanie dotyczy A. Z. (1).

Szerszego wyjaśnienia wymaga jedynie kwestia tożsamości przedmiotowej obydwu postępowań.

Zgodnie z utrwalonym w tym zakresie stanowiskiem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, decydującym kryterium dla stosowania zasady ne bis in idem stanowi kryterium tożsamości zdarzenia rozumianego jako istnienie całości, na którą składają się nierozzerwalnie związane ze sobą zachowania niezależnie od przyjętej kwalifikacji prawnej tych zachowań lub rodzaju interesu chronionego prawem.

(wyrok ETS z dnia 09.03.2006 r. w sprawie C-436/04 przeciwko L.H. van E., wyrok ETS z dnia 28.09.2006 r. w sprawie C-150/05 J.L. van S. przeciwko Holandii i Republice Włoskiej).

Ocena czy dane zdarzenie stanowi „ten sam czyn” nie może być pozostawiona organom sądowym każdego państwa członkowskiego w zależności od ich prawa krajowego. Z wymogu jednolitego stosowania prawa Unii wynika, że jest to pojęcie autonomiczne Unii.

Wykładnia tego pojęcia zaprezentowana w powyższych wyrokach ETS pozostaje aktualna również w kontekście decyzji ramowej. Konsekwencją tego stanu rzeczy organ sądowy wykonujący nakaz powziąwszy wiadomość o istnieniu orzeczenia obejmującego „te same czyny” co przedstawione w ENA powinien odmówić wykonania nakazu (...).

(wyrok ETS z dnia 16.11.2010 r. w sprawie C-261/09)

Przenosząc treść przywołanych wyżej orzeczeń ETS na grunt niniejszej sprawy Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, iż przedmiot postępowania karnego przeprowadzonego i prawomocnie zakończonego przez Prokuratora Rejonowego w Braniewie oraz objętego europejskim nakazem Sądu w Tongeren w tym zakresie, w jakim spełnia wymóg podwójnej przestępności jest tożsamy.

W obydwu przypadkach bowiem A. Z. (1) zarzuca się popełnienie przestępstwa rodzajowo tego samego tj. zatrzymania małoletniego dziecka A. R. i niewydania go ojcu G. R. uprawnionemu do wyłącznego wykonywania władzy rodzicielskiej na mocy postanowienia Sądu Apelacyjnego w Antwerpii z dnia 05.12.2011 r.

Pewne wątpliwości może budzić fakt, że Prokurator Rejonowy w Braniewie w toku prowadzonego przez siebie postępowania w sposób bardzo wąski zakreślił ramy czasowe czynu zarzucanego A. Z. (1) oraz miejsce jego popełnienia wskazując, iż przestępstwo zaistniało w dniu 16 grudnia 2011 r. w miejscowości G. we Włoszech.

Uwzględniając przytoczone wyżej rozważania odnośnie niepenalizowanego przez prawo polskie zachowania A. Z. (1) przed datą, w której powzięła wiadomość o orzeczeniu Sądu Apelacyjnego w Antwerpii z dnia 05.12.2011 r., powtórzyć i podkreślić należy, iż europejski nakaz może być rozpatrywany wyłącznie przez pryzmat tych działań, jakie ścigana podejmowała od 16.12.2011 r. aż do chwili obecnej.

Stwierdzona wyżej rozbieżność odnośnie określenia w obydwu analizowanych przypadkach czasookresu działania A. Z. (1) ma jednak charakter pozorny.

Otóż Prokuratorowi Rejonowemu w Braniewie w toku wszczętego dochodzenia od początku był znany fakt, że A. Z. (1) przez cały czas utrzymywała stan rzeczy jaki zaistniał w dniu 16.12.2011 r. tj. przetrzymywała we Włoszech, a następnie w Polsce małoletnie dziecko wbrew woli ojca, któremu przyznano wyłączne prawa rodzicielskie.

Okoliczność ta była również przedmiotem uwagi i analizy Sądu Rejonowego w Braniewie rozpoznającego środek odwoławczy od decyzji prokuratora, o czym przekonuje treść uzasadnienia postanowienia z dnia 11.03.2013 r.

W tym miejscu podkreślenia wymaga, że na gruncie prawa krajowego przestępstwo z art. 211 kk. ma charakter trwały, który polega na wywołaniu przez sprawcę określonego stanu bezprawia i utrzymywanie go przez określony czas, do chwili w której stan ten zostanie zakończony.

Powyższe oznacza, że dalsze zachowanie A. Z. (1) polegające na utrzymywaniu stanu „zatrzymania” dziecka po dacie 16 grudnia 2011 r. stanowi naturalną konsekwencją zamiaru i decyzji o nieoddaniu dziecka ojcu podjętej właśnie tego dnia.

W tych warunkach, zdaniem Sądu Okręgowego, należy przyjąć, że zakończone przez Prokuratora Rejonowego w Braniewie postępowanie przeciwko A. Z. (2) o czyn zaistniały w dniu 16.12.2011 roku swoją prawomocnością obejmuje również ten stan rzeczy jaki ścigana utrzymywała od tej daty do chwili rozpoznania zażalenia przez Sąd Rejonowy w Braniewie w dniu 11.03.2013 rok.

W efekcie, skoro nie może ulegać wątpliwości fakt, że postanowienie o umorzeniu postępowania stanowi orzeczenie końcowe i merytorycznie rozstrzygające kwestię odpowiedzialności A. Z. (1), a czyn którego ono dotyczy jest tożsamy z czynem objętym ENA, dlatego w niniejszej sprawie zaistniał stan powagi rzeczy osądzonej (rei iudicata), wykluczający możliwość wykonania tego nakazu.

Uwzględniając przytoczone okoliczności na podstawie art. 607 p § 1 pkt. 2 kpk. i art. 607 p § 2 kpk. Sąd Okręgowy postanowił jak na wstępie, mając na uwadze fakt wystąpienia w sprawie dwóch obligatoryjnych przesłanek skutkujących odmową wykonania ENA.