FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT ELEANOR SHARPSTON
föredraget den 15 juni 2006 [1]

1. Genom denna begäran om förhandsavgörande har Sección Primera de la Audencia Provincial de Málaga (förstainstansdomstol, Málaga) (nedan kallad den hänskjutande domstolen) sökt få klarhet i omfattningen av principen om *ne bis in idem* som fastställs i artikel 54 i konventionen om tillämpning av Schengenavtalet (nedan kallad konventionen). [2]

2. Den hänskjutande domstolen vill särskilt veta huruvida, enligt denna princip, en dom som har meddelats av en domstol i en medlemsstat, och som hindrar vidare straffrättsliga förfaranden beträffande en gärning på grund av att det föreligger åtalspreskription enligt nationell rätt, medför att åtal inte kan väckas vid brottmålsdomstolarna i en annan medlemsstat mot samma eller andra misstänkta för brott avseende samma gärning.

3. Domstolen måste för att kunna besvara denna fråga fastställa en av de grundläggande aspekterna av principen *ne bis in idem* enligt artikel 54 i konventionen (och följaktligen nödvändigtvis mer allmänt i gemenskapsrätten), nämligen huruvida principen endast kan tillämpas när den första domstolens dom har föregåtts av en sakprövning.

Tillämpliga bestämmelser

Bestämmelser avseende Schengenregelverket och konventionen

4. Enligt artikel 1 i protokollet om införlivande av Schengenregelverket inom Europeiska unionens ramar [3] (nedan kallat protokollet), har tretton medlemsstater, däribland Spanien och Portugal, bemyndigats att upprätta ett närmare samarbete sinsemellan inom tillämpningsområdet för det så kallade Schengenregelverket.

1 — Originalspråk: engelska.

2 — EGT L 239, 2000, s. 19.

3 — Fogas genom Amsterdamfördraget till Fördraget om Europeiska unionen och Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen.

5. I bilagan till protokollet fastställs att Schengenregelverket omfattar det avtal om gradvis avskaffande av kontroller vid de gemensamma gränserna mellan regeringarna i de stater som ingår i den ekonomiska unionen Benelux, Förbundsrepubliken Tyskland och Franska republiken, som undertecknades i Schengen den 14 juni 1985 [4] (nedan kallat Schengenavtalet) och särskilt konventionen.

6. Parterna i Schengenavtalet och konventionen har som strävan "att avskaffa kontroller vid de gemensamma gränserna vad gäller rörligheten för personer [...]" [5], eftersom "den allt fastare sammanslutningen mellan folken i Europeiska gemenskapernas medlemsstater bör få sitt uttryck i rätten till fritt passerande av de inre gränserna för alla medborgare i medlemsstaterna [...]" [6]. Enligt första stycket i ingressen till protokollet syftar Schengenregelverket "till att förstärka den europeiska integrationen och särskilt till att göra det möjligt för Europeiska unionen att snabbare utvecklas till ett område med frihet, säkerhet och rättvisa".

7. Enligt artikel 2 första stycket fjärde strecksatsen EU skall ett av unionens mål vara att bevara och utveckla unionen som ett område med frihet, säkerhet och rättvisa, där den fria rörligheten för personer garanteras samtidigt som lämpliga åtgärder vidtas avseende kontroller vid yttre gränser, asyl, invandring och förebyggande och bekämpande av brottslighet.

8. Enligt artikel 2.1 första stycket i protokollet skall Schengenregelverket från och med den tidpunkt då Amsterdamfördraget träder i kraft omedelbart gälla för de tretton medlemsstater som avses i artikel 1 i nämnda protokoll.

9. Rådet antog, med tillämpning av artikel 2.1 andra stycket andra meningen i protokollet, beslut 1999/436/EG om fastställande, i enlighet med relevanta bestämmelser i Fördraget om upprättande av Europeiska gemenskapen och Fördraget om Europeiska unionen, av rättslig grund för samtliga bestämmelser och beslut som utgör Schengenregelverket. [7] Det framgår av artikel 2 i detta beslut, jämförd med bilaga A till detsamma, att rådet valde artiklarna 31 EU och 34 EU, vilka ingår i avdelning VI i Fördraget om Europeiska unionen, "Bestämmelser om polissamarbete och straffrättsligt samarbete", som rättslig grund för artiklarna 54–58 i konventionen.

4 — EGT L 239, 2000, s. 13.

5 — Andra stycket i ingressen till konventionen.

6 — Första stycket i ingressen till Schengenavtalet.

7 — Av den 20 maj 1999, EGT L 176, s 17.

10. Artiklarna 54–58 i konventionen utgör tillsammans kapitel 3, vilket benämns Principen *non bis in idem* (icke två gånger för samma sak) i avdelning III, med rubriken Polis och säkerhet. [8]

Internationella konventioner rörande principen om ne bis in idem

11. I artikel 54 föreskrivs att "[e]n person beträffande vilken fråga om ansvar prövats genom lagakraftägande dom hos en avtalsslutande part, får inte åtalas för samma gärning av en annan part, under förutsättning att, vid fällande dom, straffet avtjänats eller är under verkställighet eller inte längre kan verkställas enligt lagarna hos den part hos vilken avkunnandet ägt rum".

12. I artikel 57 föreskrivs bestämmelser för att säkerställa att de avtalsslutande parternas behöriga myndigheter samarbetar för att utbyta upplysningar i syfte att principen om *ne bis in idem* beaktas.

13. Ett flertal konventioner reglerar direkt eller indirekt tillämpningen av principen *ne bis in idem* internationellt och på europeisk nivå. [9] Bland dessa behandlas i artikel 4 i protokoll nr 7 till konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna specifikt principen *ne bis in idem.*

14. I artikel 4.1 i protokoll nr 7 föreskrivs att "[i]ngen får lagföras eller straffas på nytt i en brottmålsrättegång i samma stat för ett brott för vilket han redan blivit slutligt frikänd eller dömd i enlighet med lagen och rättsordningen i denna stat". I artikel 4.2 före-

8 — Texten i dessa bestämmelser är hämtad från texten i konventionen mellan Europeiska gemenskapens medlemsstater om förbud mot dubbel lagföring, vilken undertecknades den 25 maj 1987, men vilken inte har trätt i kraft då tillräckliga ratifikationer saknas. Bland andra gemenskapsbestämmelser i kraft i vilka hänvisas till principen om *ne bis in idem* finns artikel 6 i förening med tionde skälet i rådets förordning (EG, Euratom) nr 2988/95 av den 18 december 1995 om skydd av Europeiska gemenskapernas finansiella intressen (EGT L 312, s. 1), artikel 7 i konventionen om skydd av Europeiska gemenskapernas finansiella intressen (EGT C 316, 1995, s. 49), artikel 10 i konventionen om kamp mot korruption som tjänstemän i Europeiska gemenskaperna eller Europeiska unionens medlemsstater är delaktiga i (EGT C 195, 1997, s. 1) och artiklarna 3.2, 4.3 och 4.5 i rådets rambeslut om en europeisk arresteringsorder (EGT L 190, 2002, s. 1). I artikel II-110 i utkastet till fördraget om upprättande av en konstitution för Europa "konstitutionaliserades" principen om *ne bis in idem* som en av unionens grundläggande rättigheter. Den bestämmelsen, med titeln "Rätt att inte bli dömd eller straffad två gånger för samma brott", lyder enligt följande: "Ingen får lagföras eller straffas på nytt för en lagöverträdelse för vilken han eller hon redan har blivit frikänd eller dömd i unionen genom en lagakraftvunnen brottmålsdom i enlighet med lagen."

9 — På FN-nivå föreskrivs i artikel 14.7 i 1966 års internationella konvention om medborgerliga och politiska rättigheter att "[i]ngen må rannsakas eller straffas på nytt för ett brott, för vilket han redan blivit slutligt fälld till ansvar eller frikänd i enlighet med lagen och rättegångsordningen i varje land". På europeisk nivå behandlades principen om *ne bis in idem* i identiska termer i artiklarna 53–55 i 1970 års europeiska konvention om brottmålsdoms internationella rättsverkningar och i artiklarna 35–37 i 1972 års europeiska konvention om överförande av lagföring i brottmål, vilken antogs inom ramen för Europarådet. Båda dessa konventioner har emellertid uppnått väldigt få ratifikationer. För en allmän granskning av de internationella instrument rörande *ne bis in idem* som har antagits inom ramen för Europarådet, se J. Verveale, The transnational ne bis in idem principle in the EU: Mutual Recognition and equivalent protection of human rights. 2005, *Utrecht Law Review*, Volym I, nummer 2 (december) 100, punkt 103 ff.

skrivs emellertid att "[b]estämmelserna i föregående punkt [inte skall] utgöra hinder mot att målet tas upp på nytt i enlighet med lagen och rättsordningen i den berörda staten, om det föreligger bevis om nya eller nyuppdagade omständigheter eller om ett grovt fel har begåtts i det tidigare rättegångsförfarandet, vilket kan ha påverkat utgången i målet".

15. Domstolen hänvisade till artikel 4.2 i protokoll nr 7 när den slog fast att principen om *ne bis in idem* utgör en grundläggande gemenskapsrättslig princip. [10]

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

16. Begäran om förhandsavgörande grundar sig på ett brottmål i Spanien mot ett antal individer knutna till det spanska bolaget Minerva SA, angående utsläppande av olivolja på marknaden.

17. Det framgår av beslutet om hänskjutande att Minerva, med säte i Málaga, grundades 1989 i syfte att raffinera och idka grossisthandel med olivolja. Bolaget saluförde sina produkter både i Spanien och i utlandet. 1997 inleddes ett brottmålsförfarande i Portugal mot bolagets aktieägare och ledning, nedan kallade "de tilltalade i Portugal". I det målet gjordes det uppenbarligen gällande att aktieägarna och ledningen år 1993 hade överenskommit om att importera bomolja från Tunisien och Turkiet via hamnen i Setúbal, Portugal, att en rad leveranser anlänt till Setúbal, att oljan inte deklarerats till tullmyndigheterna utan transporterats med lastbil till Málaga, Spanien, och att ett system med falska fakturor utvecklats för att ge intryck av att oljan härrörde från Schweiz.

18. Det framgår att de tilltalade i brottmålet vid den spanska domstolen (nedan kallade de tilltalade i Spanien) omfattar två av de tilltalade i Portugal.

19. I beslutet om hänskjutande anges att Supremo Tribunal de Justiça i Portugal (Portugals högsta domstol), efter överklagande av den dom som meddelats av Vara Competência Mista (nedan kallad brottmålsdomstolen i Setúbal), fastställde "att bomoljan som importerats till Portugal i tio fall kom från Tunisien och i ett fall från Turkiet och att en mindre mängd än den som

10 — Domstolens dom av den 15 oktober 2002 i de förenade målen C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P, C-252/99 P och C-254/99 P, LimburgseVinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen (REG 2002, s. I-8375). Se punkt 57 i detta förslag.

verkligen hade införts hade deklarerats i Portugal. Supremo Tribunal fastställde att det förelåg åtalspreskription [enligt portugisisk brottslagstiftning] och frikände de tilltalade [i Portugal]".

20. Det skall genast påpekas att de tilltalade i Spanien i hög grad har bestritt riktigheten av den hänskjutande domstolens beskrivning av de faktiska omständigheterna. Jag behandlar denna fråga närmare i min undersökning av huruvida målet skall tas upp till sakprövning. [11]

21. I Spanien inleddes även ett brottmålsförfarande i Málaga 1997. Juzgado de Instrucción (förundersökningsdomaren) meddelade ett beslut, som innebar att ett förenklat straffrättsligt förfarande skulle tillämpas. De tilltalade i Spanien överklagade detta beslut till den hänskjutande domstolen.

22. Deras grund för överklagandet var i huvudsak att dom redan hade meddelats för samma gärningar i Portugal. Nämnda gärningar kunde därför, mot bakgrund av *res judicata*-principen, inte göras till föremål för ett nytt brottmål i Spanien. De gjorde vidare gällande att principen om *res judicata* i brottmål skulle utsträckas till att gälla alla de tilltalade i Spanien, oaktat det förhållandet att de ifrågavarande domarna som meddelats av de portugisiska domstolarna endast gällde två av de tilltalade i Spanien. De påpekade även att det inte i det portugisiska brottmålsförfarandet hade fastställts att varorna kom från tredjeland.

23. Åklagarmyndigheten gjorde gällande att det spanska brottmålet inte avsåg den olagliga importen av oljan (för vilken dom redan meddelats i Portugal) utan den omständigheten att varorna därefter släpptes ut på den spanska marknaden, vilket var en fristående gärning i förhållande till importen. Åklagarmyndigheten gjorde vidare gällande att det förhållandet att det i Portugal inte hade ansetts styrkt att varorna kom från ett land utanför gemenskapen inte utgjorde hinder för andra medlemsstater, i vilka varorna därefter hade sålts, att utvidga undersökningen i syfte att bevisa att varorna hade sitt ursprung i ett land utanför gemenskapen och hade smugglats in i syfte att undvika den gemensamma tulltaxan.

24. De tilltalade invände att varusmuggling är en verksamhet som fullgörs när varorna har importerats och att syftet med smugglingen var att släppa ut varorna på markna-

11 — Se punkterna 29–33 i detta förslag.

den. Dessa två verksamheter är därför så intimt sammanknippade med varandra att de inte kan prövas som två separata gärningar.

25. Den hänskjutande domstolen har därför vilandeförklarat målet och ställt följande frågor till domstolen:

"Den hänskjutande domstolen vill

beträffande principen om res judicata i brottmål ha hjälp med tolkningen av artikel 54 i [konventionen] med avseende på följande frågor:

1. Är ett avgörande genom vilket en domstol i en medlemsstat har prövat huruvida ett brott är preskriberat bindande för domstolarna i övriga medlemsstater?

2. Kan ett frikännande på grund av brottspreskription ha verkningar för personer som står åtalade i en annan medlemsstat när gärningarna är identiska? Omfattas med andra ord personer som står åtalade för samma gärning i en annan medlemsstat av denna preskription?

3. Kan, i de fall brottmålsdomstolar i en medlemsstat i ett mål om smuggling inte anser det vara styrkt att varorna kommer från tredjeland och därför frikänner de tilltalade, domstolarna i en annan medlemsstat vidga undersökningen i syfte att bevisa att varorna har förts in från tredjeland utan att tull har erlagts?

beträffande begreppet fri omsättning ha hjälp med tolkningen av artikel 24 EG med avseende på följande frågor:

(4) Kan, i de fall en brottmålsdomstol i en medlemsstat inte har ansett det vara styrkt att varor har förts in illegalt i gemenskapen eller har ansett att smugglingsbrottet är preskriberat,

a) varorna anses vara i fri omsättning i övriga medlemsstater?

b) varornas utsläppande på marknaden i en annan medlemsstat, efter importen till den medlemsstat som meddelat frikännande dom, anses vara en fristående och därmed

straffbar gärning eller skall den i stället ses som en integrerad del av importen?"

26. Skriftliga yttranden har inkommit från de tilltalade i Spanien, med undantag för José Hormiga Marrero och Sindicatura Quiebra, och från kommissionen, Spanien, Italien, Nederländerna och Polen. Vid det muntliga förfarandet avgav samma parter, med undantag för Polen, samt Frankrike muntliga yttranden.

28. Spanien angav vid det muntliga förfarandet att den hänskjutande domstolen omfattas av artikel 35.3 a EU med avseende på det förevarande målet, eftersom dess avgörande i det överklagandemål som inletts av de tilltalade, [12] vilket har givit upphov till förevarande begäran om förhandsavgörande, inte kan överklagas vidare enligt nationell rätt. Således skall den hänskjutande domstolen, med tillämpning av domstolens rättspraxis enligt artikel 234 EG angående vad som avses med en domstol "mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning", anses vara en domstol i sista instans i den mening som avses i artikel 35.3 a EU. Förevarande begäran om förhandsavgörande kan därför i princip upptas till sakprövning.

Bedömning

Upptagande till sakprövning

27. Spanien har i enlighet med artikel 35 EU accepterat domstolens behörighet att meddela förhandsavgöranden om giltighet och tolkning av konventioner som upprättats enligt avdelning VI i EU-fördraget. Spanien har valt det alternativ som föreskrivs i artikel 35.3 a EU, enligt vilket endast en domstol i medlemsstaten, mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning, får begära att EG-domstolen meddelar ett förhandsavgörande.

29. En känsligare fråga beträffande huruvida begäran om förhandsavgörande kan tas upp till sakprövning gäller det sätt på vilket beslutet om hänskjutande är avfattat. Ingen av de parter som inkommit med yttranden har uttryckligen påstått att tolkningsfrågorna inte skulle kunna upptas till sakprövning av denna anledning, men några av dem har i väsentliga delar bestritt de faktiska omständigheter som beskrivs i beslutet om hänskjutande.

12 — Se punkt 21 ovan.

30. De tilltalade i Spanien har gjort gällande att den hänskjutande domstolens beskrivning av den faktiska bakgrunden, och särskilt omskrivningen av det avgörande som meddelats av Portugals högsta domstol, är direkt felaktig.

31. De tilltalade har i sitt skriftliga yttrande återgivit delar av den domstolens dom. De har även i det muntliga förfarandet i stor utsträckning hänvisat till den dom som meddelats av brottmålsdomstolen i Setúbal i första instans. De hävdar att båda domstolarna, efter att ha undersökt den bevisning som lagts fram, i själva verket förklarade att åklagarmyndigheten *inte* kunnat styrka att olaglig import hade skett, vilket är den direkta motsatsen till vad som anges i beslutet om hänskjutande.

32. Kommissionen, och i mindre utsträckning Nederländernas regering, har på liknande sätt i sina yttranden anmärkt att den hypotes som förefaller ligga till grund för den tredje och den fjärde tolkningsfrågan (att det för att styrka smugglingsbrott *inte* har fastställts att olaglig import skett och att varorna kom från ett land utanför gemenskapen) står i strid med den ovan sammanfattade beskrivningen av de faktiska omständigheterna som anges i beslutet om hänskjutande. [13]

33. Efter att ha undersökt de domar som meddelats av brottmålsdomstolen i Setúbal respektive Portugals högsta domstol, [14] anser jag att det är uppenbart att beslutet om hänskjutande är förvirrande och sammanfattar de faktiska omständigheterna på ett sätt som står helt i strid med ordalydelsen i nämnda domar. Av domarna framgår att de tilltalade i Portugal hade åtalats för fyra brott avseende en enda rad av gärningar, nämligen import vid flera tillfällen av olika sorters olja till Portugal. Två av dessa brott förklarades preskriberade i första instans genom ett separat beslut av brottmålsdomstolen i Setúbal. Det framgår att de tilltalade i Portugal frikändes från de två resterande åtalspunkterna i första instans på grund av att åklagarmyndigheten inte kunnat styrka brott. Båda dessa avgöranden fastställdes sedan efter överklagande av Portugals högsta domstol. Det framgår emellertid inte av handlingarna huruvida de två frikännandena skedde i ett brottmålsförfarande i egentlig mening, eller genom det parallella civilrättsliga förfarande i vilket de tilltalades eventuella civilrättsliga ansvar prövades av samma domstolar. [15]

34. Jag anser emellertid att tolkningsfrågorna skall kunna tas upp till sakprövning.

13 — Se punkterna 17–19 ovan.

14 — Vilka båda har registrerats som handlingar i målet vid den nationella domstolen.

15 — Jag vill i detta skede påpeka att mitt resonemang bygger på antagandet att artikel 54 i konventionen endast skall tillämpas på domar som meddelas i nationella brottmål och inte skall omfatta domar som meddelas i civilrättsliga mål.

I enlighet med fast rättspraxis är det upp till den nationella domstolen att själv avgöra syftet med de frågor som den önskar hänskjuta till domstolen enligt artikel 234 EG. [16] Den nationella domstolen har angett att den behöver hjälp med tolkningen av omfattningen av vissa aspekter av principen om *ne bis in idem* i artikel 54 i konventionen (frågorna 1, 2 och 3) och av vad som utgörs av begreppet varor "i fri omsättning" i den mening som avses i artikel 24 EG (fråga 4). De första tre frågorna är uppenbart relevanta, och det kan inte uteslutas att ett svar på den fjärde frågan också kan vara av relevans för någon del av brottmålet vid den nationella domstolen.

35. Följaktligen anser jag att alla tolkningsfrågorna kan tas upp till sakprövning och bör besvaras.

Prövning i sak

Domstolens rättspraxis angående principen om *ne bis in idem*

36. Domstolen har hittills tolkat principen om *ne bis in idem,* som föreskrivs i artikel 54 i konventionen, i tre domar: Gözütok och Brügge, [17] Miraglia, [18] och Van Esbroeck. [19]

37. Dessutom har domstolen tolkat den allmänna principen om *ne bis in idem* på andra områden inom gemenskapsrätten. [20] Den mest extensiva tillämpningen av principen har gjorts i mål rörande åläggande av gemenskapssanktioner inom gemenskapens konkurrensrätt. [21] De mest relevanta av dessa rättsfall, i förhållande till förevarande fall, är Vinyl Maatschappij [22] och Cement [23].

16 — Se bland annat domstolens dom av den 5 februari 2004 i mål C-380/01, Gustav Schneider (REG 2004, s. I-1389), punkt 21, och där nämnda rättspraxis.

17 — Dom av den 11 februari 2003 i de förenade målen C-187/01 och C-385/01, Gözütok och Brügge (REG 2003, s. I-1345).

18 — Dom av den 10 mars 2005 i mål C-469/03, Miraglia (REG 2005, s. I-2009).

19 — Dom av den 9 mars 2006 i mål C-436/04, Van Esbroeck (REG 2006, s. I-2333). Vidare meddelade generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomer den 8 juni 2006 sitt förslag till avgörande i mål C-150/05, dom av den 28 september 2006, REG 2006, s. I-9327, s. I-9331, Van Straaten, i vilket en annan aspekt av principen om *ne bis in idem* i artikel 54 i konventionen undersöks.

20 — Den första tillämpningen av principen var i dom av den 15 mars 1967 i de förenade målen 18/65 och 35/65, Gutman (REG 1967, s. 6), i samband med disciplinära förfaranden mot anställda inom gemenskapen.

21 — Se bland annat förstainstansrättens dom av den 29 april 2004 i de förenade målen T-236/01, T-239/01, T-244/01–T-246/01, T-251/01 och T-252/01, Tokai Carbon m.fl mot kommissionen (REG 2004, s. II-1181), punkt 130 ff., vilken innehåller en sammanfattning av domstolens rättspraxis angående tillämpning av principen på detta område inom gemenskapsrätten.

22 — Se fotnot 10 ovan.

23 — Se domstolens dom av den 7 januari 2004 i de förenade målen C-204/00 P, C-205/00 P, C-213/00 P och C-219/00 P, Ahlborg Portland m.fl. mot kommissionen (REG 2004, s. I-123) (nedan kallad Cement).

Rättspraxis angående artikel 54 i konventionen

38. I målet Gözütok och Brügge ställdes till domstolen frågan om huruvida *ne bis in idem*-principen i artikel 54 i konventionen skulle tillämpas på nationella förfaranden som har lagts ned på grund av "utomrättsliga uppgörelser" enligt vilka åklagarmyndigheten, utan medverkan av en behörig domstol, kan besluta att lägga ned ett förfarande under förutsättning att den tilltalade har uppfyllt vissa villkor, i synnerhet betalning av penningböter. Godtagandet av dessa villkor medför att straffrättsligt åtal enligt inte längre kan väckas avseende samma gärning enligt nationell straffrätt.

39. Domstolen besvarade den frågan jakande. Enligt domstolen måste "när ett straffrättsligt förfarande definitivt har lagts ned till följd av att ett sådant förfarande som det som är i fråga [...] den berörda personens ansvar för de gärningar som han anklagas för anses ha 'prövats genom lagakraftägande dom' i den mening som avses i artikel 54 i konventionen". [24]

40. Domstolen motiverade sitt svar enligt följande:

41. Först konstaterade den att "det illegala beteende som den brottsmisstänkte anklagats för *påförs straff* genom [...] ett förfarande av denna art". [25]

42. Vidare ansåg domstolen att den omständigheten att någon domstol inte medverkade "förändrar inte denna tolkning, eftersom sådana processuella och formella omständigheter inte påverkar [de verkningar som medför att åtal inte längre kan väckas]. Dessa verkningar måste anses tillräckliga för att principen *ne bis in idem* enligt artikel 54 i konventionen skall vara tillämplig, eftersom någon uttrycklig regel av annan innebörd än nämnda bestämmelse inte finns". [26]

43. För det tredje påpekade domstolen att harmonisering av nationell straffrättslig lagstiftning inte är en förutsättning för tillämpning av artikel 54 i konventionen: "varken i bestämmelserna i Fördraget om Europeiska unionen i avdelning VI om polissamarbete och straffrättsligt samarbete [...] eller i bestämmelserna i Schengenavtalet eller konventionen föreskrivs att en harmonisering eller åtminstone en tillnärmning av den straffrättsliga lagstiftningen i medlemsstaterna måste ha skett vad gäller förfaranden som medför att åtal inte längre kan väckas

24 — Punkt 30.

25 — Punkt 29 (min kursivering).

26 — Punkt 31.

för att artikel 54 i konventionen skall kunna tillämpas". [27]

44. För det fjärde fäste domstolen särskild vikt vid den princip om ömsesidigt förtroende som ligger till grund för artikel 54 i konventionen. Den principen ansågs nödvändigtvis innebära "att det råder ömsesidigt förtroende mellan medlemsstaterna vad gäller deras respektive straffrättsliga system och att var och en av dem godtar att den gällande straffrätten i övriga medlemsstater tillämpas, även om en tillämpning av den egna nationella rätten skulle leda till ett annat resultat". [28]

45. För det femte ansåg domstolen att den tolkning som antogs var "den enda tolkning som innebär att ändamålet med [artikel 54 i konventionen] ges företräde framför hänsyn till förfarandet eller till rent formella regler — vilka hänsyn för övrigt ter sig olika i de berörda medlemsstaterna — och som säkerställer en ändamålsenlig tillämpning av nämnda princip". [29]

46. Slutligen underströk domstolen EU-fördragets mål. Den erinrade om att "Europeiska unionen [...] har ställt upp målet att bevara och utveckla unionen som ett område med frihet, säkerhet och rättvisa där den fria rörligheten för personer garanteras" och att "genomförandet av Schengenregelverket (som artikel 54 i konventionen utgör del av) inom Europeiska unionen [har] till syfte att förstärka den europeiska integrationen och särskilt göra det möjligt för unionen att snabbare utvecklas till ett sådant område med frihet, säkerhet och rättvisa som den har som mål att bevara och utveckla". [30] Mot denna bakgrund kan emellertid "[a]rtikel 54 i konventionen, som har till syfte att säkerställa att en person inte kan åtalas för samma gärning i flera medlemsstater på grund av att han utövat sin rätt till fri rörlighet, [...] på ett ändamålsenligt sätt bidra till att detta mål helt uppnås endast om den även är tillämplig på beslut genom vilka straffrättsliga förfaranden i en medlemsstat definitivt läggs ned, oavsett om dessa beslut har fattats utan medverkan av någon domstol och inte har form av en dom". [31]

47. Jag vill påpeka att domstolen i domen framhöll att den ifrågavarande typen av förfaranden tillämpas i begränsad omfattning och i allmänhet beträffande brott som inte är allvarliga. [32] Jag vill även understryka att domstolens utgångspunkt för sin bedömning var att det illegala beteendet i fråga verkligen *påfördes straff* genom de förenklade förfarandena i fråga. [33]

27 — Punkt 32.
28 — Punkt 33.
29 — Punkt 35.
30 — Punkterna 36 och 37.
31 — Punkt 38.
32 — Punkt 39.
33 — Se punkt 41 i detta förslag.

48. I Miraglia ombads domstolen klargöra en aspekt av artikel 54 i konventionen. Domstolen slog fast att "[e]tt rättsligt avgörande, [...] som har meddelats efter att åklagarmyndigheten har beslutat att inte väcka åtal endast av det skälet att ett brottmålsförfarande redan pågår i en annan medlemsstat mot den misstänkte för samma gärningar, och som inte innehåller någon bedömning i sak, kan inte utgöra en lagakraftägande dom avseende den berörda personen i den mening som avses i artikel 54 i konventionen. [34] Följaktligen kunde inte *ne bis in idem*-principen tillämpas.

49. Domstolens resonemang i Miraglia liknade det i Gözütok och Brügge, men ledde fram till den motsatta slutsatsen. Liksom i Gözütok och Brügge angav domstolen att denna tolkning var den enda som "innebär att ändamålet med bestämmelsen och dess innehåll ges företräde framför hänsyn till förfarandet — hänsyn som för övrigt varierar mellan olika medlemsstater — och [...] säkerställer en meningsfull tillämpning av [artikel 54 i konventionen]". [35] Domstolen prioriterade emellertid, till skillnad från i Gözütok och Brügge, behovet av att säkerställa straff för brottet och gav mindre tyngd åt främjandet av fri rörlighet för personer. Den angav att "[e]n tillämpning av [artikel 54 i konventionen] på ett beslut om att avsluta ett brottmålsförfarande, såsom det som var i fråga i målet vid den nationella domstolen, skulle dock *försvåra, eller till och med praktiskt omöjliggöra* ett utdömande i någon av de berörda medlemsstaterna av *straff för det olagliga handlande* som den misstänkte har anklagats för". [36] Domstolen påpekade att "det förevarande beslutet om att målet är avslutat [hade] fattats av de rättsvårdande myndigheterna i en medlemsstat *utan någon bedömning av det olagliga handlande som* tillskrivs den misstänkte". [37] Domstolen påpekade vidare att "inledandet av ett brottmålsförfarande i en annan medlemsstat avseende samma gärningar [skulle] äventyras, trots att det är detta åtal som har motiverat att åklagarmyndigheten i den första medlemsstaten avstår från att väcka åtal. En sådan konsekvens skulle uppenbarligen strida mot själva syftet med bestämmelserna i avdelning VI i Fördraget om europeiska unionen, vilket anges i artikel 2 första stycket fjärde strecksatsen i EU-fördraget, det vill säga att bevara och utveckla unionen som ett område med frihet, säkerhet och rättvisa, där den fria rörligheten för personer garanteras *samtidigt som lämpliga åtgärder vidtas avseende ... förebyggande och bekämpande av brottslighet.*" [38]

50. Slutligen ombads domstolen, i målet Van Esbroeck, att bringa klarhet bland annat i omfattningen av begreppet "samma gärning" i artikel 54 i konventionen. Frågan uppkom i samband med ett straffrättsligt förfarande som hade inletts i två avtalsslutande stater,

34 — Punkt 30.
35 — Punkt 31.
36 — Punkt 33 (min kursivering).
37 — Punkt 34 (min kursivering).
38 — Ibidem (min kursivering).

(Norge och Belgien) [39] mot samma person avseende samma gärning, nämligen transport av narkotika från Belgien till Norge. Den tilltalade var åtalad i Norge för brottet införsel av narkotika och i Belgien för brottet export av narkotika. Den första tolkningsfrågan var huruvida "samma gärning" endast avsåg identisk gärning, eller om det dessutom förutsatte att gärningen skulle kategoriseras som samma brott i de båda nationella rättssystemen. Med andra ord, krävdes det "att det är samma rättsliga intresse som skyddas" såsom domstolen hade slagit fast beträffande gemenskapsrättsliga sanktioner för överträdelser av gemenskapens konkurrensrätt? [40]

51. Domstolen valde att ge *ne bis in idem* en vidare tolkning än den tidigare hade gjort inom gemenskapsrätten, och slog fast att det inte krävdes att "de rättsliga intressen som skyddas är identiska" för att artikel 54 i konventionen skulle tillämpas. Enligt domen i målet Van Esbroeck är det "enda relevanta kriteriet" för tillämpningen av artikel 54 i konventionen det som avser huruvida "de sakförhållanden som gärningarna i fråga utgör är identiska i den meningen att de består av en rad konkreta och sinsemellan oskiljaktiga omständigheter". [41]

52. För att komma fram till den slutsatsen tillämpade domstolen samma resonemang som i Gözütok och Brügge.

53. Inledningsvis hänvisade den till ordalydelsen i artikel 54 i konventionen. Bestämmelser avser dock endast de sakförhållanden som gärningarna utgör och inte deras rättsliga klassificering. [42]

54. Vidare hänvisade domstolen till det "fri rörlighets- och ömsesidigt förtroende-resonemang" som den använt i målet Gözütok och Brügge. Domstolen erinrade om att det inte enligt någon av de relevanta bestämmelserna angående tillämpning av artikel 54 i konventionen förutsätts harmonisering eller åtminstone tillnärmning av nationell straffrättslagstiftning. [43] *Ne bis in idem*-principen förutsätter att det råder ömsesidigt förtroende

39 — I konventionen används termen "avtalsslutande stat" snarare än "medlemsstat". Domstolen har använt "medlemsstat" när målet i fråga gällde medlemsstater (såsom i målen Gözütok och Brügge och Miraglia) och "avtalsslutande stat" när målet gäller en part i Schengenavtalet och konventionen som inte är en EU-medlemsstat (såsom i målet Van Esbroeck, i vilket Norge var inblandat). Jag följer domstolens praxis.

40 — I målet Cement, till vilket det hänvisas i fotnot 22 ovan, fastställde domstolen att det faktum att "det är samma rättsliga intresse som skyddas" är en del av det tredubbla kravet för att principen om *ne bis in idem* skall tillämpas inom gemenskapens konkurrensrätt. Se punkterna 58 och 155–158 i detta förslag.

41 — Punkt 36. Det är kanske olyckligt att varken domstolen eller generaladvokaten förefaller ha tagit hänsyn till domen i målet Cement vid prövningen i målet Van Esbroeck.

42 — Punkt 27.

43 — Punkt 29.

mellan de avtalsslutande staterna vad gäller deras respektive straffrättsliga system. [44] Av denna anledning bör inte det förhållandet att olika brottsrubriceringar kan tillämpas på samma gärning i två olika avtalsparter utgöra hinder för tillämpningen av artikel 54 i konventionen.

55. För det tredje hänvisade domstolen till ändamålet med artikel 54 i konventionen och slog fast att den fria rörligheten endast kan säkerställas effektivt om den som gjort sig skyldig till en gärning för vilken han redan ådömts och avtjänat straff eller frikänts genom lagakraftägande dom i en medlemsstat vet att han kan förflytta sig inom Schengenområdet utan fruktan för att åtal väcks i en annan medlemsstat med motiveringen att gärningen enligt den statens rättssystem utgör ett annat brott. [45]

56. Domstolen kom fram till slutsatsen att eftersom de nationella strafflagstiftningarna inte har harmoniserats, skulle "ett kriterium som grundas på gärningarnas rättsliga kvalificering eller på det rättsliga intresse som skyddas kunna ge upphov till lika många hinder för den fria rörligheten inom Schengenområdet som det finns straffrättsliga system i de avtalsslutande staterna". [46]

Rättspraxis angående den grundläggande *ne bis in idem*-principen i gemenskapens konkurrensrätt

57. Domstolen slog i målet Vinyl Maatschappij fast att principen om *ne bis in idem* "utgör en grundläggande gemenskapsrättslig princip som dessutom fastställs i artikel 4.1 i protokoll nr 7 till Europakonventionen". [47] Den slog vidare fast att den principen "utgör däremot inte i sig hinder för att på nytt inleda ett förfarande enligt konkurrensreglerna som avser samma konkurrensbegränsande beteende, när ett första beslut har ogiltigförklarats på formella grunder, *utan att de påtalade omständigheterna har prövats i sak.* Ogiltigförklaringen *utgör således inte ett'frikännande' i den mening som detta begrepp har i straffrättsliga sammanhang.*" [48]

58. I målet Cement underkastade domstolen tillämpningen av den grundläggande principen om *ne bis in idem* på gemenskapskonkurrensrättens område ett "tredubbelt krav på identitet mellan de faktiska omständighe-

44 — Punkt 30

45 — Punkt 34.

46 — Punkt 35.

47 — Se fotnot 10 ovan, punkt 59. Se även målet Van Esbroeck i fotnot 19 ovan, punkt 40.

48 — Punkt 62 (min kursivering). Det är uppenbart att en sådan åtskillnad kan och bör göras mellan a) begreppet frikännande som lånats från straffrätten och tillämpats i konkurrensrättsliga sammanhang och b) begreppet frikännande i själva straffrätten. Domstolen förefaller inte själv uttryckligen ha gjort denna åtskillnad. Förevarande fall rör åtalspreskription snarare än en ogiltigförklaring på formella grunder av en redan meddelad dom.

terna, att det är fråga om en och samma regelöverträdare och att det är ett och samma rättsliga intresse som skyddas". [49]

Motsägelser i aktuell rättspraxis

59. Vid en genomgång av dessa rättsfall kan urskiljas två typer av motsägelser i domstolens gällande rättspraxis angående *ne bis in idem*.

60. För det första föreligger en viss grad av självmotsägelse i domstolens rättspraxis angående artikel 54 i konventionen.

61. I målen Gözütok och Brügge och i Van Esbroeck förefaller domstolen ha valt en vid tolkning av artikel 54 i konventionen genom att prioritera fri rörlighet för personer framför brottsbekämpning och skydd för den allmänna säkerheten. I Miraglia tillämpade domstolen emellertid en snävare tolkning och prioriterade förebyggande och bekämpning av brott framför fri rörlighet för personer.

62. Vidare betonade domstolen i sina domar i målen Gözütok och Van Esbroeck principen om "ömsesidigt förtroende" som ligger bakom artikel 54 i konventionen och ansåg inte att avsaknaden av harmonisering av nationella straffrättslagstiftningar och brottmålsförfaranden utgjorde något hinder för att tillämpa principen om *ne bis in idem*. Följaktligen tillämpade domstolen i målet Gözütok och Brügge den principen på ett särskilt förfarande som hindrar att vidare åtal väcks i den första medlemsstaten. I Miraglia slog domstolen emellertid fast att en tillämpning av artikel 54 i konventionen förutsatte att en sakprövning skett innan dom meddelats. Domstolen antyder således i sin dom i målet Miraglia att ett förfarande som har lagts ned på rent formella grunder i den "första" medlemsstaten normalt sett inte räcker för att artikel 54 i konventionen skall vara tillämplig.

63. Vidare föreligger en inkonsekvens *mellan* rättspraxis avseende artikel 54 i konventionen och domstolens rättspraxis avseende *ne bis in idem* som en "grundläggande gemenskapsrättslig princip". Enligt förstnämnda rättspraxis (förefaller) det inte förutsättas att "de rättsliga intressen som skyddas är identiska" för att *ne bis in idem* skall kunna tillämpas, utan räcker med "identitet mellan de faktiska omständigheterna" [50] och att de tilltalade är desamma

49 — Målet Cement (fotnot 23 ovan), punkt 338. Det "tredubbla kravet" har sedan dess tillämpats konsekvent av förstainstansrätten i de konkurrensrättsmål som den avgjort i vilka principen om *ne bis in idem* åberopades. Se exempelvis målet Tokai Carbon (fotnot 21 ovan), punkt 130 ff., eller domstolens senare dom av den 25 oktober 2005 i mål T-38/02, Danone mot kommissionen (REG 2005, s. II-4407), punkt 134 ff.

50 — Målet Van Esbroeck, se fotnot 19 ovan.

inför båda domstolarna,[51] medan det enligt sistnämnda rättspraxis förutsätts ett "tredubbelt krav" på "identitet mellan de faktiska omständigheterna, att det är fråga om en och samma regelöverträdare och att det är ett och samma rättsliga intresse som skyddas".[52]

Den första tolkningsfrågan

64. Genom den första tolkningsfrågan har den hänskjutande domstolen önskat få klarhet i huruvida principen om *ne bis in idem* i artikel 54 i konventionen skall tolkas så att den kan tillämpas på en situation där en behörig domstol i den "första" medlemsstaten har meddelat en lagakraftägande dom (*res judicata*), enligt vilken åtal mot vissa individer inte längre kan väckas på grund av att preskription föreligger enligt straffrättsliga bestämmelser i den medlemsstaten.

Inledande anmärkningar

65. Innan den första tolkningsfrågan besvaras förefaller det nödvändigt att göra några inledande anmärkningar.

Preskriptionstider

66. I de flesta kontinentala rättssystem föreskrivs preskriptionstider för statens rätt att väcka åtal. När denna tid har löpt ut föreligger preskription enligt den aktuella bestämmelsen. När en behörig domstol i sista instans fastställer att det brott för vilket åtal har väckts är preskriberat blir saken *res judicata*. Något straffrättsligt förfarande mot den brottsmisstänkte kan då inte längre inledas avseende gärningen i fråga i den medlemsstaten.

67. Preskriptionstiden bestäms i förhållande till brottets grad av allvar. Det föreligger emellertid stora skillnader mellan medlemsstaterna beträffande vilka preskriptionstider som gäller avseende brott som är relativt likartade.[53]

68. I motsats därtill gäller enligt det engelska, det skotska och det irländska systemet

51 — Se mitt svar på den andra frågan nedan, punkterna 121–124.

52 — Målet Cement, se fotnot 23 ovan.

53 — I Frankrike gäller exempelvis en tioårig preskriptionstid i fråga om åtal för allvarliga brott, en femårig preskriptionstid för mindre allvarliga brott ("délits") och endast en ettårig preskriptionstid för förseelser ("contraventions"). I Spanien gäller, beroende på det straff eller den påföljd som kan följa, en preskriptionstid om tjugo, femton, tio, fem eller tre år för åtal för brott (i ordets allmänna betydelse).

som huvudregel inga preskriptionstider för straffrättsliga förfaranden. [54]

69. Det föreligger därför inget universellt erkännande av åtalspreskription som en allmän princip i alla medlemsstaters straffrättsliga system.

70. Ett flertal skäl har anförts för att berättiga en tidsfrist för statens rätt att väcka åtal. Det har exempelvis argumenterats att det efter ett antal år har gått är bättre för det sociala lugnet att låta det förgångna bero istället för att återväcka den sociala oro som orsakats av det påstådda brottet. Om staten beter sig försumligt genom att inte ställa den tilltalade inför rätta inom den preskriptionstid som fastställts, kan detta medföra att staten förlorar sin rätt att utdöma straff avseende de berörda individerna. Slutligen, på ett mer praktiskt plan, är det ju mer tid som har förflutit sedan det påstådda brottet, desto mindre troligt att tillräcklig bevisning kan frambringas och att en rättvis rättegång kan hållas.

54 — Det finns vissa undantag. Exempelvis gällde fram till dess upphörande genom 2003 års sexualbrottslag en preskiptionstid på tolv månader för åtal för illegalt samlag med flickor under 16 år (se för en analys av den preskriptionstiden House of Lords dom i målet Regina mot J (sökande), 2004, UKHL 42). Den allmänna avsaknaden av preskriptionstider utesluter naturligtvis inte möjligheten att tillämpa sådana principer som åsidosättande av handläggningsregler, vilket kan hindra åklagarmyndigheten att väcka åtal under vissa förhållanden. Resultatet blir således i praktiken detsamma om än via ett annat intellektuellt resonemang.

71. Alla dessa skäl hänför sig till den effektiva förvaltningen av det straffrättsliga systemet och till det allmänna intresset. [55]

Skäl som ligger bakom principen om *ne bis in idem*

72. Principen om *ne bis in idem* har däremot andra bakomliggande skäl. Den principen, vars ursprung i västerländska rättssystem kan spåras tillbaka till antiken, [56] anses

55 — För en kritisk diskussion angående principen och dess bakomliggande skäl se allmänt A. Merle och A. Vitu, *Traité de Droit Criminel, Tome II, Procédure Pénale*, fjärde upplagan, 1979, punkt 46 och följande punkter och den där angivna bibliografin.

56 — Hänvisningar till principen står att finna redan hos Demosthenes, som angav att "the laws forbid the same man to be tried twice on the same issue" (lagen förbjuder att samma man lagförs två gånger för samma sak) (Tal "Against Leptines" (355 f.k.). *Demosthenes I*, översatt till engelska av J. H. Vince, Harvard University Pres. 1962) och i romersk rätt där den framträdde i Justinianus Corpus Juris Civilis (Dig.48.2.7.2 och Cj.9.2.9pr: 529–534 AD). Det första nedtecknande uttrycket för en motsvarande princip i common law härrör från 1100-talets tvist mellan ärkebiskop Thomas Becket och Henry II. Becket ansåg att tjänstemän som dömts i de kyrkliga domstolarna inte skulle påföras nytt straff i King's courts eftersom sådant vidare sekulärt straff skulle strida mot det kyrkliga lagförbudet mot dubbelt straff (vilket i sin tur var grundat på St Jerome's kommentar (AD 391) "For God judges not twice for the same offence" (För gud dömer inte två gånger för samma brott)). Kungens domare, som troligen hade influerats av folkets vördnad för (och sedermera kanonisering av) Becket efter mordet på honom av kungens riddare i katedralen i Canterbury och av Henry II:s sista offentliga botgöring framför Beckets grav, började tillämpa denna maxim som en rättsprincip. Se allmänt, om principens historia, J.A. Sigler, "A history of Double Jeopardy", 1963, 7 *Am J of Legal HistoryDouble Jeopardy*, 1969, OUP, s. 5–15, och P. McDermott, *Res Judicata and Double Jeopardy*, Butterworths. 1999, s. 199–201.

huvudsakligen (men inte uteslutande) [57] vara ett medel för skydd av individer mot statens eventuella missbruk av sin *jus puniendi*. [58] Staten bör inte ha rätt att göra upprepade försök att döma en individ för ett påstått brott. När en rättegång har hållits med vederbörliga processuella garantier, och frågan om individens eventuella skuld till samhället har avgjorts, bör staten inte kunna utsätta denna individ för de umbäranden som en ny rättegång medför (eller, som det beskrivs i de anglo-amerikanska systemen, utsätta honom för "dubbel lagföring" [59]). Som Black J vid Förenta staternas högsta domstol uttryckte det, "den bakomliggande idén, [...] är att staten med alla sina tillgångar och all sin makt inte skall ha rätt att genom upprepade försök döma en individ för ett påstått brott, och därmed utsätta honom för umbäranden och utgifter och tvinga honom att leva i ständig ångest och osäkerhet, samt öka risken att han blir oskyldigt dömd". [60]

73. Rätten att inte åtalas två gånger för samma gärning har utvecklats till en grundläggande mänsklig rättighet att skyddas från statens *jus puniendi*, och har kodifierats i ett flertal internationella konventioner. [61]

74. Även om det är detta skäl som ligger bakom *ne bis in idem* förutsätter principen icke desto mindre att samhället redan har fått en fullständig möjlighet att ställa den individ till svars som den misstänker har begått ett brott mot samhället.

75. Det kan anses att detta endast kan ske om en riktig rättegång har hållits och den tilltalades handlande har prövats av samhällets utsedda företrädare. Stöd för denna åsikt finns i ordalydelsen i artikel 4.2 i protokoll nr 7 till Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna, i vilken föreskrivs att ett mål emellertid kan tas upp på nytt i

57 — Principen syftar också, såsom Spanien har anfört i sitt yttrande, till att tvinga polisstyrkor och allmänna åklagare att förbereda och föra deras talan på ett så effektivt sätt som möjligt. Se om detta W.P.J. Wils, "The principle of ne bis in idem in EC antitrust enforcement: a legal and economic analysis", 2003, World Competition 26.2, 131, särskilt 138. Principen om att avgörandet i ett brottmål är slutgiltigt ligger också till grund för principen om *ne bis in idem*. Värdet av ett slutgiltigt avgörande är emellertid nära knutet till det huvudsakliga skäl som ligger bakom principen om *ne bis in idem*, nämligen skydd för individen mot statens *jus puniendi*. Se vidare om detta i Law Commissions rapport *Double Jeopardy and Prosecution Appeals*, mars 2001, tillgänglig på www.lawcom.gov.uk, punkterna 37–38.

58 — Se för en diskussion angående de skäl som ligger bakom principen om *ne bis in idem* både i common law- och kontinentalrättsliga traditioner, Friedland, se fotnot 56 ovan, s. 3–5, McDermott, se fotnot 56 ovan, kapitel 21–22. En aktuell djupgående diskussion finns i Law Commissions rapport från mars 2001, se fotnot 57 ovan.

59 — Begreppet beskrivs exempelvis så i femte tillägget till Amerikas förenta staters författning i vilken fastställs att ingen skall "för samma brott mer än en gång underkastas äventyr till liv eller lem".

60 — I Green mot Förenta staterna, 1957, 355 U.S. 184, s. 187–188, omnämns av Friedland, se fotnot 56 ovan, s. 4.

61 — Se punkt 13 i detta förslag och fotnoten i den punkten.

enlighet med lagen och rättsordningen i den berörda staten, om det föreligger bevis om nya eller nyuppdagade omständigheter eller om ett grovt fel har begåtts i det tidigare rättegångsförfarandet, vilket kan ha påverkat utgången i målet.[62] Med andra ord har samhället normalt sätt rätt till en enda chans att ställa den tilltalade inför rätta, men har i undantagsfall rätt till en "andra omgång" efter ett första frikännande när antingen a) nytt (viktigt) bevismaterial har lags fram eller b) den tilltalades handlande inte vederbörligen har bedömts i det första brottmålsförfarandet. I EU-sammanhang kan artikel 4 i protokoll nr 7 med fog påstås innehålla det högsta rättsliga uttrycket för principen om *ne bis in idem* som en grundläggande mänsklig rättighet.

76. Det alternativa synsättet är att samhällets enda chans att ställa den brottsmisstänkte till svars i sig är underställd samhällets egeninstiftade åtalsfrister, och att det inte spelar någon roll om det — av denna anledning — inte äger rum någon prövning i sak. Även om jag respekterar logiken bakom detta synsätt, förefaller det enligt min mening kunna medföra väsentlig oro i konventionens multinationella, multi-samhälleliga värld. När det rör sig om ett enda "samhälle" är det rimligt att anse att detta samhälle självt har gett upp möjligheten till en rättegång efter att X antal år har förflutit. Samma argument förefaller mindre skäligt när det tillämpas på 17 samhällen, det vill säga de 13 medlemsstater som för närvarande har implementerat Schengenregelverket fullt ut, och därutöver Island och Norge såsom avtalsparter till konventionen och Förenade kungariket[63] och Irland[64] vad gäller bland annat artiklarna 54–58 i konventionen.[65]

77. Jag anser därför att förevarande måls rättsvetenskapliga huvudfråga är huruvida ett beslut om att ogilla ett åtal på grund av att det brott för vilket åtal väckts är preskriberat medför att personen "är föremål för lagföring" i den mening som avses i artikel 54 i konventionen och såtillvida ger honom rätt att utöva sin grundläggande rättighet att inte bli utsatt för "bis" "in idem".

62 — Liknande undantag tillämpas i de flesta medlemsstaters rättssystem.

63 — Artikel 1 i rådets beslut 2000/365/EG av den 29 maj 2000 om en begäran från Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland om att få delta i vissa bestämmelser i Schengenregelverket (EGT L 131, 2000, s. 43) och rådets beslut 2004/926/EG av den 22 december 2004 om att vissa bestämmelser i Schengenregelverket skall börja tillämpas på Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland (EGT L 395, 2004, s. 70).

64 — Artikel 1 i rådets beslut 2002/192/EG av den 28 februari 2002 om Irlands begäran om att få delta i vissa bestämmelser i Schengenregelverket (EGT L 64, s. 20). De relevanta bestämmelserna måste emellertid träda i kraft genom ett andra beslut av rådet.

65 — När Schweiz och de medlemsstater som gick in i EU 2004 implementerar Schengenregelverket fullt ut är det uppenbart att skillnaderna mellan de straffrättsliga systemen kommer att öka. Se vidare punkterna 108–114 i detta förslag.

Som jag förklarar nedan, anser jag inte att detta är fallet om inte detta beslut fattats till följd av en prövning av huruvida talan är välgrundad. Endast i detta fall kan personen i fråga verkligen anses ha blivit "lagförd" på så sätt att han omfattas av artikel 54 i konventionen. [66]

Omfattning av principen om *ne bis in idem*

78. Även om de skäl som ligger bakom principen om *ne bis in idem* är allmänt erkända, och en variant av denna princip (som det kan förväntas) som regel står att finna i konventionsstaternas rättsordningar och i de flesta välutvecklade rättsordningar, framgår det av en kort komparativ studie att det inte finns någon enda riktigt allmän definition av precis vad denna princip innebär, vilken dess exakta omfattning är, precis när den skall tillämpas och så vidare. [67]

79. I EU-sammanhang framgår avsaknaden av ett bakomliggande gemensamt synsätt tydligt av det förhållandet att gemenskapsinstitutionerna och medlemsstaterna i de många lagstiftningsåtgärder som de vidtagit och initiativ som de tagit enligt avdelning VI i EU-fördraget i syfte att definiera omfattningen av principen i artikel 54 i konventionen har misslyckats med detta. [68]

66 — Se punkterna 92–96 i detta förslag. Generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomer anger även i sitt förslag till avgörande i målet Van Straaten (se fotnot 19 ovan), att *ne bis in idem* skall tillämpas under förutsättning att frikännandet har föregåtts av en prövning av huruvida talan är välgrundad (punkterna 65 och 67). I kommissionens grönbok om behörighetskonflikter och ne bis in idem-principen i straffrättsliga förfaranden (KOM (2005) 696 slutlig) ställs denna fråga på s. 54–56.

67 — Till och med rättspraxis från Europadomstolen för de mänskliga rättigheterna är motstridig beträffande omfattningen av principen i artikel 4.1 i protokoll nr 7, i synnerhet beträffande huruvida det räcker med identiska faktiska omständigheter eller det även krävs att de rättsliga intressen som skyddas är identiska. Se i detta avseende domare Repkis skiljaktiga mening i Europadomstolens dom av den 30 juli 1998 i mål nr 25711/94, Oliveira v Switzerland, ECHR *Reports of Judgments and DecisionsInternational and Comparative Law Quarterly*, Volym 48, s. 779. I kommissionens grönbok (se fotnot 66 ovan) behandlas utförligt de svårigheter som tillämpning av principen om *ne bis in idem* medför i EU-sammanhang.

68 — 1987 års konvention om dubbel lagföring (se fotnot 8 ovan), trädde i brist på tillräckliga ratifikationer aldrig i kraft. Mer nyligen, år 1999, bad Europeiska rådet i Tammerfors rådet och kommissionen att senast i december 2000 anta ett åtgärdsprogram för att implementera principen om ömsesidigt erkännande av domar i både civilmål och brottmål. I detta program föreslogs 24 vagt angivna åtgärder ordnade efter prioritet. Ingen egentlig implementering av de föreslagna åtgärderna beträffande principen om *ne bis in idem* har skett. År 2003, till följd av domstolens dom i målet Gözütok och Brügge lade det grekiska ordförandeskapet fram ett initiativ inför antagandet av rådets rambeslut om tillämpning av *ne bis in idem*-principen (EUT C 100, 2003, s. 24). Ändamålet med detta var att förse medlemsstaterna med gemensamma bestämmelser med hänsyn till principen om *ne bis in idem* i syfte att säkerställa en enhetlighet vid tolkning och praktisk implementering av dessa regler. Medlemsstaterna har ännu inte givit samtycke till rådets rambeslut.

Ne bis in idem som *propriae naturae*-princip inom gemenskapsrätten

80. Det förefaller inom gemenskapsrätten följaktligen nästan oundvikligt att begreppet *ne bis in idem* (vilket, som domstolen slog fast i sin dom i målet Vinyl Maatschappij, är en grundläggande gemenskapsrättslig princip) uppfattas som en fristående, eller *propriae naturae*-princip. I avsaknad av vidare initiativ i form av fördragsändring eller sekundär gemenskapslagstiftning, skall den därför preciseras och vidareutvecklas av domstolen inom ramen för utövandet av dess "tolkningsmonopol" avseende sådana gemenskapsrättsliga nyckelbegrepp.[69] Den specifika tillämpningen av principen på särskilda områden (må det vara konkurrensrätten eller genom artikel 54 i konventionen) bör utgöra en del av den centrala förståelsen av vad denna grundläggande princip innebär (eller borde innebära) inom gemenskapens rättsordning.

81. Förslaget att *ne bis in idem* bör uppfattas som en fristående princip i EU-sammanhang är, vågar jag påstå, inte alltför orealistiskt. Gemenskapen utgör en ny rättsordning,[70] och den europeiska integrationsprocessen är en unik internationell konstruktion. Artikel 54 i konventionen utgör ett av de första lyckade försöken att tillämpa *ne bis in idem*-principen på ett multilateralt sätt i ett gränsöverskridande sammanhang.[71] Det förefaller därför naturligt att definitionen av denna princip bör vara *propriae naturae*, anpassad till de särskilda egenskaper som tillkommer det supranationella sammanhang i vilket den skall tillämpas.

Balansen mellan fri rörlighet för personer och kravet på att bekämpa brott och ge medborgarna en hög säkerhetsnivå inom "ett område med frihet, säkerhet och rättvisa"

69 — Den formulering som används av den bortgångne domaren Mancini i "The free movement of workers in the case-law of the ECJ" i *Constitutional Adjudication in EC and National Law*, D. Curtin och D. O'Keefe (red.), 1992, Butterworths, s. 67. Domstolen har från första början gett en gemenskapsrättslig definition av EG-fördragets nyckelbegrepp. Se exempelvis rättspraxis angående definitionen av "arbetare" eller "anställning" (vilka började i dom av den 19 mars 1964 i mål 75/63, Hoekstra (född Unger), REG 1964, s. 177, punkt 184, respektive av den 23 mars 1982 i mål 53/81, Levin, REG 1982, s. 1035, punkt 11). Det är nu fast rättspraxis att det följer "av såväl kravet på en enhetlig tillämpning av gemenskapsrätten som likhetsprincipen att en gemenskapsbestämmelse som inte innehåller någon uttrycklig hänvisning till medlemsstaternas rättsordningar när det gäller att bestämma dess betydelse och räckvidd normalt skall ges en självständig och enhetlig tolkning inom hela gemenskapen, vilket skall göras med hänsyn tagen till sammanhanget och syftet med föreskrifterna i fråga" (se bland annat domstolens dom av den 27 februari 2003 i mål C-373/00, Adolf Truley, REG 2003, s. I-1931, punkt 35 och där angiven rättspraxis).

70 — Domstolens dom av den 5 februari 1963 i mål 26/62, Van Gend en Loos (REG 1963, s. 3; svensk specialutgåva, s. 161, punkt II B).

71 — Dessa internationella konventioner som reglerar tillämpningen av principen i ett gränsöverskridande sammanhang har misslyckats väsentligt med att uppnå ratifikation. Se fotnot 9 ovan.

82. Slutligen är det nödvändigt att placera denna diskussion i sitt bredare sammanhang som gäller en lämplig balans mellan två lika grundläggande och viktiga begrepp: fri rörlighet för personer å ena sidan och en effektiv kamp mot brottsligheten och säkerställandet av en hög säkerhetsnivå "inom ett område med frihet, säkerhet och rättvisa" å den andra.

83. Jag vill här erinra om att enligt artikel 29 EU (den första bestämmelsen i avdelning VI "Bestämmelser om polissamarbete och straffrättsligt samarbete", vilken ligger till grund för artiklarna 54–58 i konventionen), "... skall unionens mål vara att ge medborgarna en hög säkerhetsnivå inom ett område med frihet, säkerhet och rättvisa genom att bland medlemsstaterna utforma gemensamma insatser på områdena polissamarbete och straffrättsligt samarbete". Även om genomförandet av den fria rörligheten för personer är viktigt, är det således av lika stor vikt att uppnå en "hög säkerhetsnivå". I artikel 2 ges lika stor tyngd åt genomförandet av den fria rörligheten för personer och åt förebyggande och bekämpning av brott. [72]

84. Enligt min mening är den fria rörligheten för personer, även om den är av stor vikt, inte oinskränkt. [73] Vad konventionen syftar till att uppnå är fri rörlighet *inom* ett område med frihet, säkerhet och rättvisa. En integrerad del av denna process är att finna en *propriae naturae*-definition av *ne bis in idem* som tillåter rätt till fri rörlighet *inom* ett område med frihet, säkerhet och rättvisa som karakteriseras av en hög säkerhetsnivå. Det var (naturligtvis) nödvändigt att infoga en bestämmelse som integrerar *ne bis in idem* i konventionen. Ett utelämnande av ett sådant grundläggande begrepp skulle ha inneburit en allvarlig brist. Samtidigt får inte principen snedvridas på ett oproportionerligt vis. Med andra ord, den måste ges en lämplig omfattning, men inte en obegränsad omfattning.

Svaret på den första tolkningsfrågan

85. När domstolen skall besvara den första tolkningsfrågan står den inför ett avgörande val mellan att slå fast att en formell preskriptionstid (vars tillämpning i princip inte kräver någon sakprövning av talan i målet mot den tilltalade) räcker för att *ne bis in idem* skall vara tillämplig, och att slå fast att det för att denna princip skall tillämpas

72 — Vilket domstolen uttryckligen bekräftade i sin dom i målet Miraglia (se fotnot 49 ovan).

73 — Den är enligt traditionella EG-fördragstermer inte oinskränkt. Artiklarna 39.3 EG (arbetstagare), artikel 46 EG (etableringsrätt) och artikel 55 EG (tjänster) tillåter alla uttryckligen undantag från principen om fri rörlighet för personer med stöd av allmänintresset, den allmänna säkerheten och folkhälsan. Dessa undantag har utvidgats vidare genom domstolens rättspraxis angående "tvingande krav". Se vidare punkterna 110–112 i detta förslag.

krävs viss sakprövning inom ramen för det första åtalet (och om detta är fallet, i vilken grad). För enkelhetens skull kommer jag att hänvisa till det förstnämnda som ett "formellt synsätt" och till det senare som ett "sakbaserat synsätt".

86. Parternas synpunkter kan kort summeras enligt följande.

87. De tilltalade i Spanien har i huvudsak förespråkat ett formellt synsätt.

88. Alla de medlemsstater som har inkommit med yttranden har däremot antagit ett sakbaserat synsätt. Spanien, Nederländerna, Polen och Frankrike har i huvudsak gjort gällande att artikel 54 i konventionen endast skall tillämpas när den behöriga domstolen i en lagakraftägande dom har prövat saken i målet och gjort en bedömning av den tilltalades straffrättsliga ansvar. Detta är inte fallet när ett brottmålsförfarande definitivt har avslutats på den enda grund att åtalspreskription har inträtt. Italien har i samma andemening hävdat att artikel 54 i konventionen endast skall tillämpas när det lagakraftägande beslutet att avsluta förfarandet på grund av åtalspreskription har föregåtts av ett förfarande med sakprövning och prövning av den tilltalades straffrättsliga ansvar.

89. Kommissionen har antagit ett formellt synsätt, av rent praktiska skäl. Den anser att "frikännanden" på formella grunder, beroende på omständigheterna på nationell nivå, kan omfatta eller inte omfatta en sakprövning. Kommissionen föreslår, i syfte att undvika problem som kan uppkomma för de nationella domstolarna om de måste fastställa huruvida ett tidigare avgörande i ett annat rättssystem faktiskt har omfattat en sådan prövning, att varje lagakraftägande beslut som förhindrar framtida straffrättsliga förfaranden beträffande samma gärning i en medlemsstat som en allmän regel skall anses som ett lagakraftägande avgörande i den mening som avses i artikel 54 i konventionen.

90. Jag instämmer med kommissionen i följande delar: Enligt min mening kan nationella förfaranden som leder fram till beslut om åtalspreskription omfatta eller inte omfatta (beroende på exakt hur, när och av vem preskriptionsfrågan åberopats) en sakprövning.[74] Enligt min uppfattning skall emellertid inte avslutande av ett straffrätts-

74 — Se fotnot 78 nedan.

ligt förfarande genom tillämpning av en preskriptionsregel utan någon sakprövning omfattas av principen om *ne bis in idem* i artikel 54 i konventionen.

91. Jag redogör i följande del för skälen till varför jag anser att ett sakbaserat synsätt är den bästa tolkningen av artikel 54 i konventionen. Jag undersöker sedan ett antal motargument som hävdats av dem som förespråkar det formella synsättet.

Argument för ett sakbaserat synsätt avseende *ne bis in idem*

92. För det första stämmer det sakbaserade synsättet bättre överens med de skäl som ligger bakom principen om *ne bis in idem*. Enligt denna princip har staten en enda möjlighet att pröva talan och meddela dom avseende brott som en individ är misstänkt för. Det är endast efter en prövning *i sak* som man rimligen kan anse att den berörda personen har "lagförts" och att det, utom i exceptionella fall, inte bör göras någon andra prövning ("*ne bis*") av samma sak ("*in idem*").

93. Preskriptionsregler grundar sig däremot, som jag har påpekat, på andra skäl. Samhället dömer genom dessa inte den tilltalade utan bedömer vilken tyngd som objektivt skall tillmätas ett visst brott, [75] en bedömning som varierar betydligt från en stat till en annan, och hur länge det mot bakgrund av denna är rimligt för staten att upprätthålla sin rätt till åtal.

94. Jag vill erinra om att det här rör sig om ett överstatligt sammanhang i vilket det saknas en gemensam avgränsning av principens omfattning, och i vilket det också saknas en direkt relevant extern myndighet. [76] I ett sådant sammanhang anser jag att olika betydelser, avseende *ne bis in idem*, kan och skall tillmätas a) ett "definitivt avslutande av ett brottmålsförfarande" på grund av åtalspreskription och b) omöjligheten av ett nytt brottmålsförfarande avseende samma gärning efter ett "definitivt frikännande" av individen efter en fullständig rättegång. Detta är fallet även om båda förfarandena, i ett rent

75 — Brottet folkmord är exempelvis, i ett flertal länder som tillämpar åtalspreskription för andra brott, inte föremål för någon preskription.

76 — Tyvärr är omfattningen av artikel 4 i protokoll nr 7 i konventionen om skyddet för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna uttryckligen begränsad till ett nationellt sammanhang (det vill säga för varje stat som har undertecknat protokollet), se den förklarande rapporten till protokoll nr 7, punkt 27. Av denna anledning är varken själva texten eller den tolkning som Europadomstolen har gjort till någon hjälp, för att finna den rätta tolkningen av artikel 54 i konventionen. Detsamma gäller artikel 14.7 i 1966 års internationella konvention om medborgerliga och politiska rättigheter, vilken också var menad att tillämpas i nationella sammanhang i varje individuellt undertecknande stat.

nationellt sammanhang, kan leda till samma resultat (det vill säga att inget framtida brottmålsförfarande kan inledas mot samma person för samma gärning).

95. En rättegång i vilken en rättslig bedömning av den tilltalades handlande görs av brottmålsdomstolen och i vilken detta handlande följaktligen prövas i sak, är enligt min mening ett nödvändigt krav för tillämpning av *ne bis in idem*-principen i artikel 54 i konventionen. [77] Detta är självklart fallet när en lagakraftägande materiell dom har avkunnats. Jag skulle dock inte sträcka mig så långt att det skall krävas ett formellt avgörande av huruvida den tilltalade är "skyldig" eller "icke skyldig" för att principen skall vara tillämplig. Detta skulle enligt min mening medföra att tillämpning av artikel 54 i konventionen underställs onödigt stränga villkor och att dess praktiska relevans reduceras till en oacceptabel nivå.

96. Jag skulle därför föreslå att en tilltalad också skall kunna åberopa *ne bis in idem* när han de facto har lagförts men talan mot honom slutligen har ogillats på grund av åtalspreskription. [78] Om det nationella brottmålsförfarandet har omfattat en betydande sakprövning anser jag att den tilltalade har varit föremål för lagföring. [79] Han skall därför med framgång kunna åberopa *ne bis in idem*, och varje senare åtal som väcks mot samma brottsmisstänkta person i en annan medlemsstat avseende samma gärning skall vara utesluten enligt artikel 54 i konventionen. [80] Detta överensstämmer med de skäl som ligger bakom *ne bis in idem*. Följaktligen, om ett beslut om att åtal inte längre kan väckas meddelas *innan* någon sakpröv-

77 — Det förevarande målet gäller domar som meddelats av domstol, och denna diskussion avgränsas därför på detta sätt. I målet Gözütok och Brügge hade samhället på liknande sätt haft, och utnyttjat, möjligheten till en uppgörelse med den tilltalade (i det fallet genom administrativa förhandlingar före rättegången som bestod av att båda de tilltalade erbjöds och accepterade att erkänna sin skuld och accepterade ett lägre straff än om deras fall hade avgjorts i domstol). Denna del av den bakomliggande analysen beror inte på huruvida en domstol formellt sett är inblandad.

78 — En kort komparativ studie visar att även om frågan huruvida åtalspreskription föreligger vanligtvis avgörs ex officio av den behöriga domstolen vid rättegångens början (för det fall åtalsmyndigheten inte redan har insett detta innan talan ens väcks mot den tilltalade) kan denna fråga också tas upp i vilket skede som helst under brottmålsförfarandet av vem som helst av parterna, även efter det att muntlig förhandlig har ägt rum och bevisning lagts fram. Enligt min mening har i det senare fallet sakprövning skett, även om inte någon formell materiell dom i realiteten har meddelats. En tilltalad som har deltagit i ett brottmålsförfarande fram till dess har klart varit föremål för statlig lagföring. Principen om *ne bis in idem* skall därför tillämpas.

79 — Jag inser att vad detta innebär i praktiken kan variera från en medlemsstat till en annan och att den nationella domstolen i den "andra" medlemsstaten kan behöva göra ytterligare undersökningar. Som jag diskuterar i punkterna 117–118 i detta förslag kan dessa praktiska svårigheter dock reduceras genom att existerande mekanismer för samarbete mellan nationella brottmålsdomstolar åberopas. Det kan också vara så att det i själva den nationella straffrätten anges i vilket skede den tilltalade är "lagförd". Det är även fallet i exempelvis USA, där lagföring sker i en rättegång med jury när jurymedlemmarna är utvalda och har svurit ed. En sådan regel anses utgöra en del av kärnan i principen om dubbel lagföring som fastställs i det femte tillägget. Se Crist v Bretz, 1978, 437 U.S. 28. För en diskussion angående denna fråga i ett common law-sammanhang, se Friedland (se fotnot 56 i detta förslag), kapitlen 2–3.

80 — Min analys i förevarande fall är avsiktligen begränsad till frågan om åtalspreskription. Utan att här göra någon detaljerad bedömning av de hypoteser som generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomer kort framförde i punkt 65 i sitt förslag till avgörande i målet Van Straaten (se fotnot 19 ovan), delar jag inte hans uppfattning att alla de exempel han anger nödvändigtvis omfattar en sakprövning och därför ger den tilltalade rätt att åberopa *ne bis in idem*.

ning har skett, skall, även om förfarandet såtillvida har avslutats definitivt, detta inte omfattas av principen om *ne bis in idem*. [81]

97. För det andra anser jag att det sakbaserade synsättet ger en bättre balans mellan de två ändamål som önskas uppnås, nämligen att främja den fria rörligheten för personer å ena sidan, och att säkerställa att denna rätt till fri rörlighet utövas inom ett område med "frihet, säkerhet och rättvisa", som karaktäriseras av en hög säkerhetsnivå och inom vilket en effektiv brottskontroll utövas å den andra. Som jag har påpekat, [82] ges varken i artikel 2 EU eller i artikel 29 EU prioritet åt fri rörlighet för personer framför förebyggande och bekämpande av brott och uppnående av en hög säkerhetsnivå. Domstolen gav i sin dom i målet Miraglia företräde åt det senare ändamålet framför det förstnämnda. Genom den nödvändiga avvägningen mellan dessa två lika grundläggande ändamål, drar jag slutsatsen att en person avseende vilken ett straffrättsligt förfarande har avslutats i en medlemsstat på grund av att åtal inte längre kan väckas utan att en sakprövning har skett inte skall dra fördel av tillämpningen av artikel 54 i konventionen.

98. För det tredje är det sakbaserade synsättet enligt min mening inte bara en logisk tillämpning av innebörden av principen om *ne bis in idem*, utan finner även stöd i domstolens rättspraxis hittills.

99. Av de rättsfall som rör artikel 54 i konventionen, krävde domstolen uttryckligen i Miraglia en sakprövning för att principen om *ne bis in idem* skulle anses vara tillämplig. I Van Esbroeck och i Gözütok och Brügge hade de respektive tilltalade antingen redan ställts inför rätta genom en formell rättegång och avtjänat en del av det straff som ålagts dem, eller erkänt brott under förundersökningen. I både Van Esbroeck och i Gözütok och Brügge hade de därför straffats för brotten i fråga. Domstolen tillämpade således i alla tre målen *de facto* ett sakbaserat synsätt.

100. Den sakbaserade tolkningens riktighet framgår dessutom av domstolens rättspraxis på konkurrensrättens område, i synnerhet domen i målet Vinyl Maatschappij. Domstolen slog i det målet uttryckligen fast att "... 'frikännande' i den mening som detta begrepp har i straffrättsliga sammanhang" endast har skett, och endast ger upphov till att principen om *ne bis in idem* tillämpas, när ett avgörande har meddelats beträffande saken i målet. [83]

81 — Detta är enligt min uppfattning också den mening som skall tillskrivas ordet "frikänd" i artikel II-110 i fördraget om upprättande av en konstitution för Europa (se fotnot 8 ovan).

82 — Se punkt 83 i detta förslag.

83 — Se punkt 57 i detta förslag.

101. För det fjärde skall *ne bis in idem* ges samma tolkning på gemenskapsrättens alla områden. Denna slutsats följer av artikel 6 EU, som omfattas av avdelning I "Gemensamma bestämmelser", vilken är tillämplig på alla EU-fördragets pelare. I artikel 6.1 föreskrivs att "[u]nionen bygger på principerna om frihet, demokrati och respekt för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna samt på rättsstatsprincipen, vilka principer är gemensamma för medlemsstaterna". I artikel 6.2 föreskrivs vidare att "[u]nionen skall som allmänna principer för gemenskapsrätten respektera de grundläggande rättigheterna, såsom de garanteras i Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna [...] och såsom de följer av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner". Den grundläggande principen om *ne bis in idem* utgör således en överordnad rättsprincip i EU:s rättsordning. Tolkningen av denna måste därför vara konsekvent på alla verksamhetsområden som lyder under EU-fördraget, det vill säga både EG-fördraget och Schengenregelverket inkluderade. [84]

102. Följaktligen, om det enligt EG-fördragets konkurrensregler krävs en sakprövning för att den grundläggande principen om *ne bis in idem* skall tillämpas (vilket det gör), måste detsamma gälla när principen tillämpas enligt artikel 54 i konventionen.

103. Det skulle kunna hävdas att *ne bis in idem* i konkurrensrätten kan och skall skilja sig från *ne bis in idem* enligt artikel 54 i konventionen. Jag undersöker detta argument senare. [85] Frågan huruvida det för att *ne bis in idem* skall tillämpas krävs att en sakprövning har skett utgör emellertid en av själva principens grunder. Denna grund måste förbli konstant, oaktat i vilket juridiskt sammanhang principen sedan tillämpas. Jag kan inte se hur en grund för en grundläggande princip skulle kunna variera betydligt i sitt innehåll beroende på huruvida *ne bis in idem* tillämpas enligt artikel 54 i konventionen eller allmänt som en grundläggande gemenskapsrättslig princip (exempelvis inom konkurrensrätten).

104. För det femte skulle det sakbaserade synsättet dessutom hjälpa till att förebygga möjligheten (vilken jag uppfattar som icke önskvärd) till "straffrättslig forumshopping". En oinskränkt tillämpning av principen om ömsesidigt förtroende skulle kunna leda till att en individ avsiktligen ser till att åtal mot

84 — Detta resonemang finner stöd i domstolens rättspraxis i vilken den tillämpat artikel 6 EU. Se exempelvis dom av den 23 september 2003 i mål C-109/01, Akrich (REG 2003, s. I-9607), punkt 58, och av den 20 maj 2003 i de förenade målen C-465/00, C-138/01 och C-139/01, Österreichischer Rundfunk (REG 2003, s. I-4989), punkterna 68-69. I målet Van Esbroeck (se fotnot 19 ovan) förefaller domstolen tyst ha accepterat detta resonemang, eftersom den hänvisade (i punkt 40) till målet Vinyl Maatschappij när den fastställde att artikel 54 i konventionen erkänns som en grundläggande princip i gemenskapsrätten.

85 — Se punkterna 155–158 i detta förslag.

honom väcks i en medlemsstat där han vet att åtalet med nödvändighet kommer att ogillas till följd av preskription, och sedan förlitar sig på *ne bis in idem* för att röra sig fritt inom gemenskapen. [86]

Möjliga invändningar mot det sakbaserade synsättet

105. De invändningar som jag bör framföra är till antalet tre: den roll som den princip om "ömsesidigt förtroende" som ligger bakom artikel 54 i konventionen spelar, domstolens uttryckliga förkastande av argumentet att harmonisering måste ha skett för att artikel 54 i konventionen skall kunna tillämpas, och de praktiska svårigheter som kan uppkomma vid tillämpning av ett sakbaserat synsätt. Jag undersöker dem en i taget.

106. Inledningsvis, kommer ett sakbaserat synsätt i konflikt med den betydelse som domstolen hittills har tillmätt att det råder ett "ömsesidigt förtroende" mellan medlemsstater?

107. I Gözütok och Brügge och Van Esbroeck fäste domstolen nämligen avsevärd vikt vid den princip om "ömsesidigt förtroende" [87] som ligger bakom artikel 54 i konventionen och medlemsstaters straffrättsliga samarbete enligt Amsterdamfördraget [88] (vilket uttryckligen bekräftades av rådet i Tammerfors). [89]

108. Begreppet ömsesidigt förtroende sträcker sig emellertid enligt min mening inte så långt att det utgör ett meningsfullt skäl för att tillämpa *ne bis in idem*-principen på alla nationella beslut genom vilka ett förfarande avslutas på grund av att åtal inte längre kan väckas.

109. Enligt min uppfattning förefaller det tvärtom som om en åtskillnad kan och skall

86 — Detta är långt ifrån en teoretisk fråga. För att illustrera detta, har det framkommit att både Belgien och Nederländerna på grund av sin milda behandling av brott som rör handel av stulna konstverk länge har varit forum för olaglig handel av sådana föremål.

87 — Detta begrepp har klart nära samhörighet med det "ömsesidiga erkännande" som utgör en traditionell del av de fyra friheterna enligt EG-fördraget. Domstolen hänvisar i sina domar till "ömsesidigt förtroende" snarare än "ömsesidigt erkännande", vilket är den term som används av Europarådet, rådet och kommissionen (se fotnot 89 nedan). Jag utgår dock från att detta är två olika begrepp för samma sak.

88 — Se punkterna 44 och 54.

89 — Principen om "ömsesidigt erkännande" i brottmål godkändes, på förslag av Förenade kungariket, av Europeiska rådet i Tammerfors 1999, där det uttalade att "Europeiska rådet stöder [...] principen om ömsesidigt erkännande, som enligt dess förmenande bör bli en hörnsten i det rättsliga samarbetet på både det civilrättsliga och det straffrättsliga området inom unionen. Principen bör gälla såväl domar som andra avgöranden av rättsliga myndigheter" (punkt 33 i ordförandeskapets slutsatser). Enligt inledningen i Åtgärdsprogram för genomförande av principen om ömsesidigt erkännande av domar i brottmål, som senare antogs av rådet och kommissionen (EGT C 12, 2001, s. 10), förutsätter "genomförandet av principen om ömsesidigt erkännande av brottmålsdomar [...] att medlemsstaterna har förtroende för varandras straffrättsliga system. Detta förtroende vilar särskilt på den gemensamma grund som deras trohet mot principerna om frihet, demokrati och respekt för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna samt rättstatsprincipen utgör."

göras mellan att hysa förtroende för andra medlemsstaters brottmålsförfaranden i allmänhet (inklusive garantier om en rättvis rättegång, materiella avgränsningar av brott och regler om framläggande och godtagande av bevisning), å ena sidan, och att hysa förtroende för ett beslut om att ingen prövning av brottet i sak kan ske på grund av att åtal inte längre kan väckas, å den andra. Det första är ett rent uttryck för respekt, i en icke-harmoniserad värld, för andra suveräna staters straffrättsliga systems kvalitet och giltighet. Det andra är liktydigt med de facto-harmonisering kring den minsta gemensamma nämnaren. [90]

110. Här skulle man kanske kunna dra en parallell till rättspraxis rörande den princip om ömsesidigt erkännande som tillämpas på de grundläggande friheterna enligt EG-fördraget. Även om ömsesidigt erkännande är viktigt finns det undantag till denna princip både enligt specifika bestämmelser i EG-fördraget och enligt rättspraxis rörande "tvingande krav". Principen kräver för att kunna tillämpas fullt ut i alla händelser att de personer, varor eller tjänster för vilka bestämmelserna om fri rörlighet önskas tillämpas har kvalifikationer eller egenskaper som är jämförbara med dem som krävs i värdstaten eller importstaten. [91]

111. *A fortiori* måste liknande undantag och krav på "jämförbarhet" vara möjliga i Schengenregelverkets sammanhang (vilka, även om de numera utgör en del av EU-rätten enligt Amsterdamfördraget, fortfarande inte uppfyller EG-fördragets fullständiga integrationsmål och mekanismer). De måste dessutom passa in inom ramen för straffrättsligt samarbete, som är ett känsligt område av den nationella suveräniteten såtillvida att nationella samhällens moraliska och sociala värderingar där kodifieras. [92]

90 — I detta fall skulle det dessutom vara domstolen som agerar lagstiftare, vilket understryker att ett sådant synsätt inte är önskvärt.

91 — Se i detta avseende den analys som gjorts av S. Peers, "Mutual Recognition and Criminal Law in the EU: Has the Council got it Wrong?", 2004, *Common Market Law Review*

92 — "Le crime et la peine sont donc des phénomènes sociaux, soumis aux lois de la sociologie, et ainsi conditionnés par tous les changements apportés à l'organisation sociale, par exemple par les variations du milieu économique et, plus encore, par l'état des croyances morales et du degré de culture de chaque époque et de chaque peuple" (Emile Garçon, 1851–1922, *Le droit pénal, origines, évolution, état actuel*, Payot, 1922, s. 3). Domstolen har tidigare undvikit att genom gemenskapsrätten ifrågasätta moraliska val som medlemsstater gjort såsom de avspeglats i deras lagstiftning. Domstolens dom i mål C-159/90, Grogan (REG 1991, s. I-4685), utgör ett klassiskt exempel, dock inte det enda, i detta sammanhang. Se allmänt S. O'Leary och J.M. Fernández-Martín "Judicially created exceptions to the free provision of services" i *Services and Free movement in EU Law*, M. Andenas och R. Wulf-Henning (red.) 2002, OUP, 163. Det är intressant att konstatera att inom ramen för USA:s erkänt federala system anses inte klausulen om dubbel lagföring i femte tillägget överträdas när flera delstats- eller federala åklagarmyndigheter väcker talan mot en person avseende samma handlande. Delstaterna anses i förhållande till varandra och i förhållande till den federala regeringen som åtskilda suveräniteter avseende klausulen om dubbel lagföring (Heath v Alabama, 1985, 474 U.S. 82).

112. För en illustration, låt oss ta straffbar ålder, ett klart fritt val för samhället och som varierar väsentligt från en medlemsstat till en annan. [93] I brist på harmoniseringsavtal mellan medlemsstaterna skulle inte enligt min mening en vagt definierad "ömsesidigt erkännande-princip" utgöra en lämplig grund för att, när ett brottmålsförfarande i den "första" medlemsstaten har avslutats på grund av att den tilltalade inte hade uppnått straffbar ålder, avgöra huruvida *ne bis in idem* skall tillämpas i en annan medlemsstat i vilken straffbar ålder är lägre. På nuvarande stadium av den europeiska integrationen inom det straffrättsliga området förefaller inte ett sådant resultat överensstämma med den kompetens som varje medlemsstat fortfarande har. [94]

113. För det andra, krävs det enligt det sakbaserade synsättet, som en förutsättning för att kunna tillämpa *ne bis in idem*, en viss miniminivå av harmonisering mellan medlemsstaternas straffrättsliga system? Om detta är fallet skulle det tydligt stå i strid med domstolens resonemang både i målet Gözütok och Brügge och målet Van Esbroeck.

114. Enligt min mening är de synpunkter som jag just anfört angående principen om ömsesidigt förtroende även relevanta här. Liksom beträffande ömsesidigt erkännande inom ramen för EG-fördragets bestämmelser om fri rörlighet, kan inte principen om ömsesidigt förtroende ensam på ett effektivt sätt säkerställa att målen i avdelning VI EU (Bestämmelser om polissamarbete och straffrättsligt samarbete) uppnås. För att fullständigt kunna garantera fri rörlighet i ett sammanhang med avsevärd diversitet beträffande de nationella straffrättsliga systemen, kommer troligen en viss grad av harmonisering eller tillnärmning av nationella straffrättsbestämmelser med tiden att bli nödvändiga. [95] Detta gäller relativt tydligt för frågan avseende förfarande som medför att åtal inte längre kan väckas. Såvida inte och fram till att detta inträffar anser jag att principen om ömsesidigt erkännande utgör en otillfredsställande grund för att utvidga *ne bis in idem*-principen till att omfatta *res judicata* på formella grunder, som innebär att ett förfarande i vilket ingen sakprövning har skett kan anses medföra att åtal inte längre

93 — Inom EU är straffbar ålder, beroende på medlemsstaterna, satt till 7, 8, 13, 14, 16 eller 18 år.

94 — I detta avseende skiljer sig min uppfattning från den som generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomer i förbigående gav uttryck för i målet Van Straaten (se fotnot 19 ovan), punkt 65.

95 — Se i samma bana H. Schermers, "Non bis in idem" i *Du Droit International au Droit de l'Intégration, Liber Amicorum Pierre Pescatore*, F. Capotori et al. (red), Nomos. 601, punkt 611. Se också van der Wyngaert och Stessens (se fotnot 67 ovan), punkt 792.

kan väckas till följd av preskription. Om detta resulterar i att det i denna instans ges högre prioritet åt en hög säkerhetsnivå inom ett område med frihet, säkerhet och rättvisa än åt en absolut rätt till fri rörlighet, så må så vara fallet.

115. För det tredje, innebär antagandet av ett sakbaserat synsätt (som kommissionen har påpekat) allvarliga praktiska svårigheter? Kommissionen har gjort gällande att huvudsakligen två problem kan uppkomma. För det första måste de nationella domstolarna avgöra huruvida någon sakprövning har skett i den "första" medlemsstaten. För det andra fruktar kommissionen att detta kommer att medföra fall av diskriminerande behandling. Individer som "frikänts" i en medlemsstat där denna dom omfattar en sakprövning skulle kunna dra nytta av principen om *ne bis in idem*, medan individer som "frikänts" av samma skäl i en medlemsstat där ingen sakprövning krävs inte skulle ha denna fördel.

116. Jag instämmer inte med kommissionen.

117. Beträffande argumentet om praktiska svårigheter kan jag inte se på vilket sätt dessa svårigheter skulle skilja sig i någon större utsträckning från de svårigheter som nationella brottmålsdomstolar ofrånkomligen påträffar när de samarbetar med brottmålsdomstolar i andra medlemsstater. Utöver den samarbetsskyldighet som föreskrivs i artikel 57 i konventionen, finns det redan tillräckliga samarbetsmekanismer på plats för att säkerställa den (relativt) smidiga lösningen av de tvivel som en nationell domstol kan hysa beträffande omfattningen av ett straffrättsligt avgörande som meddelats av en domstol i en annan medlemsstat och till vilket den är skyldig att ta hänsyn. Det skulle räcka att brottmålsdomstolen i den "andra" medlemsstaten ber den nationella domstolen i den "första" medlemsstaten att, inom ramen för dessa samarbetsförfaranden, klargöra huruvida en sakprövning har, eller inte har, ägt rum.

118. Det är enligt min mening även rimligt att anta att den tilltalades ombud tar upp frågan i det andra förfarandet, och (liksom ombudet för de tilltalade i Spanien i förevarande fall) yrkar att frikännandet i den första medlemsstaten, även om grunden för detta delvis var att åtal inte längre kunde väckas, trots allt omfattade en sakprövning.

119. Beträffande argumentet om diskriminering, består diskriminering av att behandla två jämförbara situationer olika. Den situation då en tilltalad frikänts efter en sakprövning är inte jämförbar med situationen då den tilltalade frikänts utan någon sådan prövning. Därför anser jag inte att det

sakbaserade synsättet kan antas ge upphov till någon diskrimineringsfråga.

Den andra tolkningsfrågan

121. Genom den andra tolkningsfrågan har den hänskjutande domstolen i huvudsak önskat få veta huruvida *ne bis in idem*-principen i artikel 54 i konventionen skall tolkas så att den hindrar att individer åtalas i medlemsstat B, på grund av att ett straffrättsligt förfarande, som avser samma gärning men gäller andra individer, har avslutats i medlemsstat A, eftersom åtal för det påstådda brottet inte längre kunde väckas till följd av preskription.

120. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag, i överensstämmelse med Spaniens, Italiens, Polens, Frankrikes och Nederländernas ställningstagande, att den första tolkningsfrågan skall besvaras enligt följande. På EU-rättens nuvarande utvecklingsstadium skall artikel 54 i konventionen tolkas så att en nationell domstol endast är bunden av en dom, som meddelats av en domstol i ett brottmålsförfarande i en annan medlemsstat, i vilken det har fastställts att åtal inte längre kan väckas till följd av preskription, om a) domen är lagakraftägande enligt nationell rätt, b) förfarandet i den andra medlemsstaten omfattade en sakprövning, och c) de faktiska omständigheterna [96] och den/de tilltalade är densamma/desamma i förfarandena inför båda domstolarna. [97] Det ankommer på den nationella domstolen att avgöra huruvida dessa villkor är uppfyllda i ett specifikt fall. När de är uppfyllda kan inte ett nytt förfarande inledas mot samma tilltalade avseende samma faktiska omständigheter.

122. Jag delar den uppfattning som framförts av alla de parter som har inkommit med yttranden — med undantag för (icke överraskande) de tilltalade i målet inför den nationella domstolen — att denna fråga är enkel och skall besvaras nekande.

123. I artikel 54 i konventionen anges uttryckligen att *"[e]nperson* beträffande vilken fråga om ansvar prövats genom lagakraftägande dom hos en avtalsslutande part, får inte åtalas för samma gärning av en annan part". Det följer av en bokstavlig tolkning av denna bestämmelse att den endast är till fördel för den eller de specifika individer som genom lagakraftägande dom har frikänts eller dömts för brott. Enligt sin ordalydelse omfattar därför inte denna bestämmelse andra individer som kan ha varit inblandade i samma handlande men

96 — Se svaret på den fjärde tolkningsfrågan punkt b i punkterna 148–154 i detta förslag.

97 — Se svaret på den andra tolkningsfrågan, punkterna 121–124 i detta förslag.

ännu inte ställts inför rätta. Domstolen har redan tillämpat denna bokstavliga tolkning av artikel 54 i domen i målet Gözütok och Brügge, när den slog fast att "principen *non bis in idem* enligt nämnda bestämmelse endast har som verkan att *en person* vars ansvar prövats genom en lagakraftägande dom i en medlemsstat inte får utsättas för nya straffrättsliga åtgärder avseende samma gärningar i en annan medlemsstat". [98]

124. Denna slutsats bekräftas genom domen i målet Cement. I det målet angav domstolen beträffande de gemenskapsrättsliga konkurrensreglerna att tillämpningen av *ne bis in idem*-principen underkastas, bland annat, kravet på "en och samma regelöverträdare". [99]

Den tredje tolkningsfrågan

125. Den tredje tolkningsfrågan gäller huruvida, för det fall brottmålsdomstolarna i en medlemsstat i ett mål om smuggling inte anser det vara styrkt att varorna kommer från tredjeland och därför frikänner den tilltalade, domstolarna i en annan medlemsstat kan vidga undersökningen i syfte att bevisa att varorna har förts in från tredjeland utan att tull har erlagts.

126. Som kommissionen och de tilltalade i Spanien med fog har anmärkt, grundar sig denna fråga på en hypotes som står i strid med beskrivningen av de faktiska omständigheterna i beslutet om hänskjutande. [100] Eftersom det finns indikationer på att ett svar på denna fråga kan vara användbart för den hänskjutande domstolen skall jag trots allt undersöka den.

127. Jag instämmer med flertalet av de medlemsstater som har inkommit med yttranden [101] i att svaret på denna fråga i huvudsak beror på huruvida den dom i vilken de faktiska omständigheterna först fastställts själv uppfyller kraven för att principen om *ne bis in idem* i artikel 54 i konventionen skall tillämpas. Jag har redan undersökt dessa villkor i min analys av de två första frågorna och hänvisar till mina slutsatser däri.

98 — Punkt 47 (min kursivering).

99 — Cement (se fotnot 23 ovan), punkt 338.

100 — Se punkterna 29–33 i detta förslag. Den är emellertid helt konsekvent i förhållande till texterna i de domar som meddelats av brottmålsdomstolen i Setúbal och Portugals högsta domstol (se punkt 33 i detta förslag).

101 — Alla medlemsstater (med undantag för Frankrike som inte kommenterade den tredje tolkningsfrågan i sitt muntliga yttrande), anser att svaret på den tredje tolkningsfrågan beror på svaren på de första två frågorna.

128. Jag föreslår därför att svaret på den tredje tolkningsfrågan skall vara att, på EU-rättens nuvarande utvecklingsstadium skall artikel 54 i konventionen tolkas så att brottmålsdomstolar i en medlemsstat endast är bundna av en dom som har meddelats av en domstol i ett brottmålsförfarande i en annan medlemsstat om a) domen är lagakraftägande enligt nationell rätt, b) förfarandet i den andra medlemsstaten omfattade en sakprövning och c) de faktiska omständigheterna och den/de tilltalade är densamma/densamma i förfarandena inför båda domstolarna.

Den fjärde tolkningsfrågan

129. Det ankommer på den nationella domstolen att avgöra huruvida dessa villkor är uppfyllda i ett specifikt fall. När de är uppfyllda kan inte ett nytt förfarande inledas mot samma tilltalade avseende samma faktiska omständigheter, och den nationella domstolen kan inte, genom att vidga omfattningen av sin undersökning, ifrågasätta de faktiska omständigheter som fastställts i den första domen. [102]

130. Å andra sidan, om de villkor som jag har nämnt inte är uppfyllda kan brottmålsdomstolar i andra medlemsstater inleda nya undersökningar, när detta omfattas av deras befogenheter enligt den nationella straffrätten, i syfte att fastställa huruvida ett brott om olaglig import har begåtts.

131. Enligt ordalydelsen i den fjärde tolkningsfrågan hade Portugals högsta domstol redan funnit att varorna i fråga *inte* hade importerats olagligt till Portugal, ett påstående som står i strid med andra delar av beslutet om hänskjutande. [103] Med hänsyn till den allmänna tonen i beslutet om hänskjutande skall jag, liksom kommissionen och alla de medlemsstater som har inkommit med yttranden har gjort, omformulera dessa frågor i syfte att ge den nationella domstolen ett användbart svar.

132. Den fjärde tolkningsfrågan består av två separata frågor.

102 — Jag vill understryka att det svar som jag föreslår inte skall tolkas så att det nödvändigtvis utesluter att ett mål kan tas upp på nytt enligt artikel 4.2 i protokoll nr 7 till Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (till exempel om ny bevisning eller nya faktiska omständigheter skulle uppdagas). Eftersom denna fråga inte har rests i förevarande begäran om förhandsavgörande har jag inte behandlat den ytterligare här.

103 — Se punkterna 29–33 i detta förslag.

Tolkningsfråga 4 a)

133. Den första underfrågan, vilken rör begreppet varor i fri omsättning enligt artikel 24 EG, består i sin tur av två delar.

134. I den första delen ställs frågan huruvida det när en brottmålsdomstol i en medlemsstat inte har ansett det vara styrkt att olaglig import av varorna i fråga har skett, skall anses att dessa varor är i slutgiltigt fri omsättning med stöd av artikel 24 EG och huruvida brottmålsdomstolarna i andra medlemsstater är bundna härav i brottmålsförfaranden avseende samma varor.

135. I den andra delen fokuseras återigen på huruvida en lagakraftägande dom som meddelats av en brottmålsdomstol, enligt vilken ett åtal för olaglig import inte längre kan väckas, och som av denna anledning också förhindrar ett nytt brottmålsförfarande i den medlemsstaten, skall binda brottmålsdomstolarna och de behöriga myndigheterna i alla andra medlemsstater, vilka följaktligen måste acceptera att varorna i fråga är i fri omsättning.

136. Jag har redan, om än i allmänna ordalag, i min undersökning av de tre första frågorna redogjort för de faktorer som krävs för att kunna besvara båda dessa delfrågor.

137. Jag anser emellertid att det för att kunna ge ett mer användbart svar är nödvändigt att göra en åtskillnad mellan den *förvaltningsrättsliga status* som varor i fri omsättning har å ena sidan och det *straffrättsliga ansvar* som kan uppkomma vid olaglig import till gemenskapen av varor som kommer från tredjeland å den andra. Den förstnämnda regleras av gemenskapsrättsliga bestämmelser. Den senare lyder däremot under nationell rätt.

138. Enligt artikel 24 EG skall ”[v]aror som kommer från tredje land [...] anses vara i fri omsättning i en medlemsstat, om importformaliteterna har uppfyllts och tillämpliga tullar och avgifter med motsvarande verkan har tagits ut i denna medlemsstat och hel eller partiell restitution av sådana tullar och avgifter inte har lämnats”.

139. Ytterligare detaljerade regler har fastställts i den gemensamma tullkodex som inrättades genom rådets förordning (EEG) nr 2913/92 [104] (”tullkodexen”), och genom

104 — Av den 12 oktober 1992, EGT L 302, 1992, s. 1; svensk specialutgåva, område 2, volym 16, s. 4.

kommissionens förordning (EEG) nr 2454/93 om tillämpningsföreskrifter för tullkodexen ("tillämpningsförordningen"). [105]

140. Enligt artikel 24 EG och de relevanta bestämmelserna i tullkodexen och tillämpningsförordningen, [106] skall med varor i fri omsättning avses varor som importerats från tredjeländer till någon av medlemsstaterna i enlighet med de villkor som föreskrivs i artikel 24 EG. [107] När de varor som importerats från tredjeländer har övergått till fri omsättning uppnår de status som gemenskapsvaror. [108] Övergången skall medföra att "formaliteter för import av varor uppfylls och att lagenliga tullar debiteras. [109] Varor som transporteras inom gemenskapen skall anses ha status som gemenskapsvaror, såvida det inte har fastställts att de inte har gemenskapsstatus. [110]

141. Tullmyndigheterna har enligt tillämpliga gemenskapsbestämmelser fortfarande, inom de gränser som fastställts i domstolens rättspraxis avseende proportionalitetsprincipen och den fria rörligheten för varor, [111] rätt att kontrollera autenciteten av de handlingar genom vilka varornas status fastställs och genomföra undersökningar i syfte att säkerställa att tullbestämmelserna har följts. [112] För det fall olaglig import av varor skett eller varor olagligen har övergått till fri omsättning, föreskrivs i tullkodexen och tillämpningsförordningen att en tullskuld uppkommer och att denna skall betalas av den person som bär ansvaret för det inträffade. [113]

142. När importformaliteterna har uppfyllts och lagenliga tullar debiterats uppnår de varor som importerats från tredjeländer status som varor i fri omsättning och åtnjuter alla därtill relaterade rättigheter enligt gemenskapens regler. De nationella myndigheterna är bundna av dessa gemenskapsregler. Myndigheterna i andra medlemsstater skall kunna utgå från att ett intyg från en nationell tullmyndighet att varor är i fri omsättning är giltigt tills motsatsen visas. Om det senare är fallet måste den tullskuld som uppkommer erläggas. I detta skede upphör omfattningen av de gemenskapsrättsliga tullreglerna.

105 — Av den 2 juli 1993, EGT L 253, 1993, s. 1; svensk specialutgåva, område 2, volym 10, s. 1. En konsoliderad version av denna förordning finns tillgänglig på http://europa.eu.int/eur-lex/en/consleg/pdf/1993/en_1993R2454_do_001.pdf.

106 — Artikel 4.6–4.7 i tullkodexen och artikel 313 i tillämpningsförordningen.

107 — Domstolens dom av den 15 december 1976 i mål 41/76, Donckerwolcke (REG 1976, s. 1921; svensk specialutgåva, volym 3, s. 267), och av den 22 mars 1999 i mål C-83/89, Houben (REG 1990, s. I-1161).

108 — Artiklarna 4.6–4.7 och 79 i tullkodexen.

109 — Artikel 79 i tullkodexen.

110 — Artikel 313.1 i tillämpningsförordningen.

111 — Angående de villkor som enligt artiklarna 28 EG och 30 EG är tillämpliga på kontroll och undersökning av import efter 1993, se P. Oliver, assisterad av M. Jarvis, *Free Movement of Goods in the European Community*, fjärde upplagan, 2003, Sweet and Maxwell, punkterna 6.10, 7.04, och 12.12–12.20.

112 — Artikel 250 i tullkodexen.

113 — Se kapitel 2, "Uppkomst av tullskuld," i avdelning VII, som benämns "Tullskuld" i tullkodexen.

143. Gemenskapens regler omfattar endast de förvaltningsrättsliga aspekterna av olaglig import. De avser inte att harmonisera den rättsliga behandlingen av tullförseelser enligt nationell straffrättslagstiftning. Medlemsstaterna har kvar sin frihet att straffrättsligt beivra överträdelser av tullkodexen, [114] enligt de villkor som domstolen har fastställt framför allt vad rör proportionalitet. Därför skall frågan, huruvida olaglig import medför en tullförseelse (utöver den förvaltningsrättsliga skyldigheten att betala tullskulden) för vilken straffrättligt ansvar kan utdömas, avgöras i enlighet med gällande nationella straffrättsliga bestämmelser.

144. Det är uppenbart att de delar av en sådan förseelse som avser huruvida olaglig import till gemenskapen faktiskt har skett regleras i gemenskapslagstiftningen. I denna utsträckning spelar gemenskapslagstiftningen en roll genom att avgöra huruvida en tullförseelse har begåtts enligt den nationella straffrätten. Huruvida en sådan förseelse har kunnat styrkas i det specifika nationella förfarandet beror på hur och när i förfarandet frågan om åtalspreskription har åberopats.

145. Följaktligen kan inte, som jag redan har påpekat i mitt svar på den tredje tolkningsfrågan, på EU-rättens nuvarande utvecklingsstadium, när alla de villkor som krävs för att *ne bis in idem*-principen i artikel 54 i konventionen skall vara tillämplig är uppfyllda, ett nytt brottmålsförfarande mot samma tilltalade avseende samma faktiska omständigheter äga rum, och en nationell brottmålsdomstol kan inte ifrågasätta de faktiska omständigheter som fastställts i den första domen. [115]

146. Om detta emellertid inte är fallet, är brottmålsdomstolarna i andra medlemsstater inte bundna av faktiska omständigheter som tidigare fastställts av brottmålsdomstolarna i en annan medlemsstat.

147. Bedömningen av huruvida specifika varor har status som "gemenskapsvaror", eller huruvida import av dessa till gemenskapen utgör en tullförseelse som är underkastad straffansvar, skall göras av den nationella domstolen som, när den avgör frågan huruvida varorna är i fri omsättning, måste tillämpa relevanta gemenskapsbestämmelser (det vill säga artikel 28 EG, tullkodexen och tillämpningsförordningen till denna) och,

114 — Se särskilt domstolens dom av den 26 oktober 1982 i mål 240/81, Einberger (REG 1982, s. 3699). Se även domstolens dom av den 20 september 1988 i mål 252/87, Kiwall (REG 1988, s. 4753), punkt 11.

115 — Samma förbehåll som jag gjorde i fotnot 102 ovan beträffande artikel 4.2 i protokoll nr 7 i Europeiska konventionen om skyddet för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna skall naturligtvis också tillämpas här.

vad gäller straffrättsligt ansvar, relevanta nationella bestämmelser avseende tullförseelser.

Tolkningsfråga 4 b)

148. Den andra delfrågan gäller i huvudsak huruvida import och utsläppande på marknaden av varor, vid tillämpning av artikel 54 i konventionen, skall anses som en enda gärning eller två skilda gärningar.

149. Begreppet "samma gärning" i den mening som avses i artikel 54 i konventionen tolkades av domstolen i domen i målet Van Esbroeck. Den slog fast att det "enda relevanta kriteriet" för tillämpningen av den bestämmelsen är att "de sakförhållanden som gärningarna i fråga utgör är identiska i den meningen att de består av en rad konkreta sinsemellan oskiljaktiga omständigheter". [116] Domstolen ansåg att sakomständigheterna skulle anses utgöra "samma gärning" om de kan anses bestå av en "rad omständigheter som sinsemellan är oskiljaktiga i tid och rum samt med hänsyn till deras syfte". [117]

116 — Punkt 36.

117 — Punkt 38.

150. De faktiska omständigheterna i Van Esbroeck (export och import av samma narkotika från och till olika avtalsslutande stater) ansågs av domstolen utgöra *i princip* "samma gärning" i den mening som avses i artikel 54 i konventionen. [118] Eftersom frågan om de faktiska omständigheterna uppkom inom ramen för en begäran om förhandsavgörande ankom det på den nationella domstolen att ta ställning därtill.

151. Utgör import och utsläppande på marknaden av varor "identiska sakförhållanden", i betydelsen "en rad omständigheter som sinsemellan är oskiljaktiga i tid och rum samt med hänsyn till deras syfte"?

152. Jag anser inte att detta nödvändigtvis är fallet. Gärningen olaglig import av varor, i betydelsen införa varor till gemenskapens tullområde utan att erlägga aktuella tullavgifter eller uppfylla importskyldigheter *omfattarinte nödvändigtvis eller automatiskt* gärningen som består i försäljning av dessa varor inom det territoriet till tredje man. Man kan exempelvis lätt föreställa sig olaglig import av varor för eget bruk, i vilket fall inget utsläppande på marknaden alls äger rum. Det är likaså möjligt att föreställa sig att

118 — Punkt 37. Varor som transporteras över gränsen både exporteras från en myndighets territorium och importeras till en annans genom samma gärning. Att anse att ett sådant handlande skulle bestå av två skilda gärningar skulle, som med fog anförts av generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomer i målet Van Esbroeck, strida mot ändamålen med och skälen bakom hela idén om en gemensam marknad i EG-fördraget; se hans förslag till avgörande i målet Van Esbroeck (fotnot 19 ovan), punkt 52.

olaglig import görs av en person och att varorna sedan släpps ut på marknaden av en annan person i en annan medlemsstat. I ett sådant fall skulle det finnas två olika uppsättningar faktiska omständigheter, som skulle omfatta två olika personer, på två olika platser och vid två olika tidpunkter.

153. Därför anser jag inte att olaglig import och utsläppande på marknaden av samma varor alltid är "en rad omständigheter som sinsemellan är oskiljaktiga i tid och rum samt med hänsyn till deras syfte". Följaktligen utgör de inte nödvändigtvis "samma gärning" i den mening som avses i artikel 54 i konventionen enligt domstolens tolkning i målet Van Esbroeck. Eller, för att använda den hänskjutande domstolens ord, utsläppande på marknaden av olagligt importerade varor utgör inte nödvändigtvis en integrerad del av importen.

154. Det kan naturligtvis finnas förhållanden under vilka olaglig import och senare utsläppande på marknaden faktiskt är sinsemellan så oskiljaktiga [119] att de kan anses vara samma gärning i den mening som avses i målet Van Esbroeck. Detta skall bedömas av den nationella domstolen.

119 — Exempelvis när importören redan har avtalat om utsläppande på marknaden, eller genomför det en kort tid efter en olaglig import.

155. Jag vill här uppmärksamma på en skillnad i domstolens resonemang mellan målen Van Esbroeck och Cement. I Cement underställde domstolen tillämpningen av principen om *ne bis in idem* som en grundläggande gemenskapsrättslig princip på konkurrensrättens område ett "tredubbelt krav" om "identitet mellan de faktiska omständigheterna, att det är fråga om en och samma regelöverträdare och att det är ett och samma rättsliga intresse som skyddas". [120] Däremot angav domstolen uttryckligen i domen i målet Van Esbroeck att "skydd för samma rättsliga intresse" *inte* är ett villkor enligt artikel 54 i konventionen. Identitet mellan de faktiska omständigheterna är tillräckligt.

156. Om man accepterar, vilket jag gör, [121] att principen om *ne bis in idem* logiskt sätt inte bör vara avsevärt olika beroende på huruvida den tillämpas enligt artikel 54 i konventionen eller som en grundläggande gemenskapsrättslig princip, är det nödvändigt att hitta en balans mellan dessa två rättsfall.

157. Jag anser att det som skiljer dessa två rättsfall åt är att domstolen i målet Cement tillämpade principen om *ne bis in idem* på gemenskapsinstitutionernas behörighet att

120 — Domen i målet Cement (se fotnot 23 ovan), punkt 338. Se också domstolens dom av den 18 november 1987 i mål 137/85, Maizena (REG 1987, s. 4587), i vilken domstolen nekade tillämpning av principen om *ne bis in idem* på grund av att de två gemenskapsbestämmelserna (enligt vilka klagandena i målet vid den nationella domstolen var skyldiga att ställa två olika säkerheter i samband med samma exportlicens) hade olika syften. Domstolen tillämpade således tyst kriteriet om skydd av samma rättsliga intresse som en förutsättning för tillämpning av *ne bisin idem*. Se i samma riktning domstolens dom av den 12 juli 2005 i mål C-304/02, kommissionen mot Frankrike (REG 2005, s. I-6263), punkt 84, och se också ovan i fotnot 49 citerad rättspraxis.

121 — Se punkterna 101–103 i detta förslag.

sanktionera överträdelser av gemenskapsrättens konkurrensregler — det vill säga i *ett* rent överstatligt sammanhang och avseende en enda rättsordning underkastad ett enhetligt regelverk. Under sådana förhållanden har det skyddade rättsliga intresset *per definition* redan fastställts genom gemenskapsrättens konkurrensregler och är detsamma för hela gemenskapen. Det är därför rimligt att domstolen, i detta "enhetliga" sammanhang, ställer "skydd för samma rättsliga intresse" som ett av villkoren för tillämpning av *ne bis in idem*-principen.

158. Uttrycket för *ne bis in idem* i artikel 54 i konventionen är däremot uttryckligen *inte* avsett att tillämpas i ett enda enhetligt rättssystem. Det är snarare avsett att reglera vissa aspekter av medlemsstaternas straffrättsliga samarbete inom ramen för Schengenavtalet. I detta sammanhang kan de olika nationella lagstiftningarna förväntas skydda väldigt varierande rättsliga intressen genom straffrättsbestämmelserna. Som både generaladvokaten [122] och domstolen [123] påpekade i målet Van Esbroeck skulle ett krav på "skydd för samma rättsliga intresse" för tillämpning av *ne bis in idem*-principen i artikel 54 i konventionen ha tömt principen på innehåll och effektivitet i syfte att uppnå dess mål fri rörlighet för personer.

159. Det är slutligen viktigt att påpeka att skillnaden mellan domstolens resonemang i målet Cement respektive Van Esbroeck kan vara av avgörande betydelse vid bestämmandet av omfattningen av artikel 54 i konventionen. Enligt den vida tolkningen i Van Esbroeck är, när talan har väckts mot en individ för flera brott avseende samma rad av faktiska omständigheter i ett nationellt brottmålsförfarande, slutgiltigt frikännande på en åtalspunkt tillräckligt för att *ne bis in idem* enligt artikel 54 i konventionen skall vara tillämplig. [124]

122 — Generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomers förslag till avgörande i målet Van Esbroeck (se fotnot 19 ovan), punkterna 45–48. Som jag har angett ovan (se fotnot 67 ovan) är inte rättspraxis från Europadomstolen konsekvent vad gäller huruvida skydd för samma rättsliga intresse är en förutsättning för *ne bis in idem*, eller huruvida identitet mellan de faktiska omständigheterna är tillräckligt.

123 — Se punkt 56.

124 — Antag, som exempel, att en tilltalad har åtalats för tre brott avseende samma gärning. Den behöriga brottmålsdomstolen anger genom beslut, utan sakprövning, att talan inte längre kan väckas avseende två av brotten. Efter rättegången frikänns den tilltalade från det tredje brottet genom lagakraftägande dom på grund av att brottet inte kunnat styrkas. Med tillämpning av Van Esbroeck krävs endast identitet mellan de faktiska omständigheterna och den tilltalade, och inte "skydd för samma rättsliga intresse". Den tilltalade kan sedan stödja sig på *ne bis in idem* enligt artikel 54 i konventionen, även beträffande det första och det andra brottet.

Förslag till avgörande

160. Mot bakgrund av vad som ovan anförts föreslår jag att domstolen skall besvara tolkningsfrågorna från Audencia Provincial de Málaga på följande sätt:

1) På EU-rättens nuvarande utvecklingsstadium skall artikel 54 i konventionen om tillämpning av Schengenavtalet tolkas så att en nationell domstol endast är bunden av en dom, som meddelats av en domstol i ett brottmålsförfarande i en annan medlemsstat, i vilken det har fastställts att åtal inte längre kan väckas till följd av preskription, om a) domen är lagakraftägande enligt nationell rätt, b) förfarandet i den andra medlemsstaten omfattade en sakprövning, och c) de faktiska omständigheterna och den/de tilltalade är densamma/desamma i förfarandena inför båda domstolarna. Det ankommer på den nationella domstolen att avgöra huruvida dessa villkor är uppfyllda i ett specifikt fall. När de är uppfyllda kan inte ett nytt förfarande inledas mot samma tilltalade avseende samma faktiska omständigheter.

2) Eftersom artikel 54 i konventionen om tillämpning av Schengenavtalet endast är tillämplig när samma tilltalade avses, utgör den inte hinder för att individer åtalas i en medlemsstat, på grund av att ett straffrättsligt förfarande, som avser samma gärning men gäller andra individer, har avslutats i en annan medlemsstat, eftersom åtal för det påstådda brottet inte längre kunde väckas till följd av preskription.

3) På EU-rättens nuvarande utvecklingsstadium skall artikel 54 i konventionen om tillämpning av Schengenavtalet tolkas så att brottmålsdomstolar i en medlemsstat endast är bundna av en dom som meddelats av en domstol i ett brottmålsförfarande i en annan medlemsstat, om a) domen är lagakraftägande

enligt nationell rätt b) förfarandet i den andra medlemsstaten omfattade en sakprövning, och c) de faktiska omständigheterna och den/de tilltalade är densamma/desamma i förfarandena inför båda domstolarna. Det ankommer på den nationella domstolen att avgöra huruvida dessa villkor är uppfyllda i ett specifikt fall. När de är uppfyllda kan inte ett nytt förfarande inledas mot samma tilltalade avseende samma faktiska omständigheter, och den nationella domstolen kan inte genom att vidga omfattningen av sin undersökning ifrågasätta de faktiska omständigheter som fastställts i den första domen.

4) a) Svaret på fråga 3 gäller oaktat om brottmålsdomstolen i den första medlemsstaten har bedömt att den påstådda gärningen inte har styrkts eller om den har angivit att åtal för brottet/brotten i fråga inte längre kan väckas till följd av preskription enligt den nationella strafflagstiftningen.

4) b) Olaglig import och efterföljande utsläppande på marknaden av samma varor utgör inte "samma gärning" i den mening som avses i artikel 54 i konventionen om tillämpning av Schengenavtalet såvida de inte är sinsemellan oskiljaktiga i tid och rum samt med hänsyn till deras syfte. Det ankommer på den nationella domstolen att bedöma huruvida dessa villkor är uppfyllda i ett specifikt fall.