FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT G. FEDERICO MANCINI

fremsat den 17. marts 1987 *

Høje Domstol.

1. Som led i en straffesag mod ukendte gerningsmænd har Pretore di Salò (Brescia-Provinsen) anmodet om en fortolkning af Rådets direktiv 78/659 af 18. juli 1978 om kvaliteten af ferskvand, der kræver beskyttelse eller forbedring for at være egnet til, at fisk kan leve deri (EFT 1978, L 222, s. 1). Den nationale retsinstans har ønsket oplyst, om: a) de italienske regler om beskyttelse af vandområder mod forurening er i overensstemmelse med principperne og målsætningerne i direktivet, og b) der af direktivets forskrifter kan udledes en forpligtelse til at sikre den nødvendige mindstemængde vand til de beskyttede fiskearters overlevelse.

2. Den 5. juli 1984 modtog Pretore di Salò et dokument fra »Miljøgruppen af sportsfiskere til beskyttelse af Chiese-floden« (»gruppo ecologico pescatori per la salvaguardia del fiume Chiese«). Med dokumentet anmeldte gruppen den store dødelighed blandt fisk, den havde iagttaget i den del af floden, der løber mellem Idro-søen og Oglio-floden, nærmere bestemt gennem retskredsen (»mandamento«) for den nævnte retsinstans. Gruppen påpegede endvidere, at den alvorlige situation navnlig skyldtes de betydelige og pludselige svingninger i vandmængden i Chiese-floden som følge af de mange opstemninger, som er foretaget med henblik på kunstig vanding og hydroelektriske formål. Gruppen krævede i anmeldelsen, at der blev truffet foranstaltninger mod de forskellige koncessionshavere eller under alle omstændigheder mod dem, der er ansvarlige for de nævnte afledninger, ikke alene med henblik på at beskytte de forskellige fiskearter, men også af hygiejniske og miljømæssige grunde.

I forelæggelseskendelsen hedder det, at de faktiske omstændigheder, der er beskrevet i anmeldelsen, svarer til en række forskellige forbrydelser og forseelser. Den første gruppe — vandforurening under skærpende omstændigheder, bortskaffelse af vand og ændring af miljøet — er omhandlet i straffelovens artikler 635, 625, stk. 7, og 632. Den anden gruppe omfatter tre former for bestemmelser: artiklerne 6 og 33 i lovbekendtgørelsen om fiskeri (kongeligt dekret nr. 1604 af 8. oktober 1931), artikel 21 i lov nr. 319 af 10. maj 1976, som sanktionerer udledning af stoffer, der er skadelige for fisk, som en del af særlovgivningen om beskyttelse af vandområder mod forurening, samt artiklerne 25-29 i dekret fra Republikkens præsident nr. 915 af 10. september 1982, hvorved Rådets direktiver 75/442, 76/403 og 78/319 om henholdsvis bortskaffelse af affald, bortskaffelse af polychlordifenyler og polychlortriphenyler samt om giftigt og farligt affald gennemførtes i italiensk ret.

På grundlag af de nævnte oplysninger indledte Pretore — der, som jeg nærmere vil komme ind på, også fungerer som anklagemyndighed — straffesagen og foretog visse forundersøgelser. Således fremdrog den fra en sag, der var henlagt den 31. december 1982, tre dokumenter, som andre sportsfiskersammenslutninger havde indgivet til Retten nogle år før. I de nævnte dokumen-

* Oversat fra italiensk.

ter hedder det, at Chiese-floden er særligt egnet med henblik på yngel af lakseørreder, ligesom det beklages, at der fra floden afledes betydelige mængder vand, med henblik på kunstig vanding og hydroelektriske formål, og udledes skadelige stoffer fra industrier og byområder. Desuden anmodede Pretura borgmestrene i kommunerne langs floden om at oplyse, hvorledes forholdene i floden havde udviklet sig.

På det stadium af sagen udviklede Retten den argumentation, der er baggrunden for den præjudicielle sag. Den var således af den opfattelse: a) at det strafferetlige ansvar for den gradvise ændring af Chiese-flodsengen og navnlig for den systematiske ødelæggelse af fiskebestanden kun kunne fastlægges i henhold til og i lyset af bestemmelser, som udtrykkeligt omhandler vandområder i deres egenskab af fiskenes naturlige miljø, b) at sådanne bestemmelser findes i direktiv 78/659, og c) at der er tvivl med hensyn til, om de italienske bestemmelser om beskyttelse af vandområder — således som de fremgår af lov nr. 319 af 1976 med senere ændringer og tilføjelser, eller andre statslige love eller love for Regionen Lombardiet vedrørende miljøbeskyttelse — er forenelige med ovennævnte direktiv, blandt andet med hensyn til spørgsmålet om »beskyttelse af vandområdernes kvantitet, som også har betydning for fiskenes levevilkår«.

Ifølge Retten er ovennævnte fællesskabsretlige retskilde i det mindste af tre grunde af central betydning for sagen: dels er den »væsentlig« med hensyn til de kriterier, der skal lægges til grund ved undersøgelserne, dels har den »afgørende betydning« med henblik på »grundlaget for den gældende straffelovgivning«, og endelig med henblik på »de uomtvistelige muligheder for et udvidet straffeværn«. På baggrund heraf udsatte Retten sagen og forelagde ved kendelse af 13. januar 1986 følgende præjudicielle spørgsmål for Domstolen:

»1) Er de nugældende italienske bestemmelser om beskyttelse af vandområder mod forurening i overensstemmelse med principperne og kvalitetsmålsætningerne ifølge direktiv 78/659/EØF af 18. juli 1978 om kvaliteten af ferskvand, der kræver beskyttelse eller forbedring for at være egnet til, at fisk kan leve deri?

2) Forudsætter de i direktivet angivne kvalitetsmålsætninger, at forvaltningen af vandområderne betragtes som et hele, det vil sige at der skal være gennemført en ordning om afstrømning og vandmængde og dermed kræves regler om bassiner eller vandløb, hvorefter strømningen skal være konstant, således at der sikres den nødvendige mindstemængde vand til fiskearternes udvikling?«

3. I de skriftlige indlæg og under den mundtlige forhandling har den italienske regering og Kommissionen for De europæiske Fællesskaber anført, at Domstolen ikke bør admittere den præjudicielle forelæggelse som sådan, i hvert fald ikke det første spørgsmål. I den forbindelse har de fremført argumenter, der vedrører: a) retternes rolle i straffesager, b) det stadium af sagen, hvor de præjudicielle spørgsmål er forelagt, og c) den omstændighed, at straffesagen er indledt mod ukendte gerningsmænd.

Jeg vil først behandle de problemer, jeg har nævnt ovenfor under a) og b), og som hænger sammen. Den italienske regering har

stillet sig tvivlende over for, om betingelserne i EØF-traktatens artikel 177, stk. 2, er opfyldt i det foreliggende tilfælde; navnlig rejses det spørgsmål, om anmodningen er indgivet af en egentlig »ret«. Dette skyldes Pretura's dobbelte funktion, et fænomen, der er specielt for italiensk ret, nemlig at én og samme justitsmyndighed fungerer som anklagemyndighed og som domstol. Da anmodningen blev indgivet til Domstolen, havde Pretura di Saló netop indledt straffesagen og havde foretaget visse forundersøgelser. Den pågældende dommer handlede således i sin egenskab af anklagemyndighed, det vil sige som part, og en part kan givetvis ikke forelægge fortolkningsspørgsmål. Under alle omstændigheder var han ikke dommer. Hvis Domstolen således måtte besvare spørgsmålet på en sådan måde, at de nævnte vandudledninger ikke anses for strafbare, må han henlægge sagen. En sådan kendelse kan imidlertid ikke vinde retskraft; den kan endog omgøres på grundlag af en anden vurdering af de allerede kendte faktiske omstændigheder; endelig skal den ikke begrundes og er således ikke omfattet af den garanti, der i henhold til forfatningens artikel 111 kræves for egentlige retsafgørelser (jfr. dom nr. 688 af 6. december 1984, afsagt af Corte di Cassazione, femte afdeling for Straffesager, i *Cassazione penale*, 1985, s. 1130).

I forbindelse med den argumentation, der er fremført under b), har man desuden anført, at hvad der navnlig procesretligt set er slående i den verserende hovedsag, er, at sagen endnu ikke er afgjort: den løber med andre ord stadig, og der kan for så vidt knap anes en endog foreløbig afgørelse. I sagen er der endnu ikke rejst tiltale, og dette skyldes ikke så meget subjektive forhold (de ansvarlige for udledningerne af vand er faktisk almindelig kendte) som den objektive omstændighed, at det endnu ikke er sikkert, om de faktiske omstændigheder skal subsumeres som forbrydelser eller forseelser.

Den italienske regering har konkluderet, at eftersom den præjudicielle anmodning er blevet forelagt Domstolen på et stadium af sagen, hvor en dommer ikke har været impliceret, altså et åbenbart indledende stadium, er anmodningen indgivet for tidligt og af den grund ikke forskriftsmæssig. På det stadium er en forelæggelse af præjudicielle spørgsmål ikke i overensstemmelse med ordningen i henhold til artikel 177.

4. På baggrund af Domstolens praksis kan dette synspunkt ikke lægges til grund. Jeg kan her alene henvise til de domme, hvori det bekræftes, at begrebet »ret« i henhold til artikel 177 er et fællesskabsretligt begreb [jfr. domme af 30. juni 1966 i sag 61/65 (Vaassen-Goebbels mod Beamtenfonds voor het Mijnbedrijf, Sml. 1965-1968, s. 227), af 27. november 1973 i sag 36/73 (NV Nederlandse Spoorwegen mod Minister van Verkeer en Waterstaat, Sml. s. 1299) og af 6. oktober 1981 i sag 246/80 (Broekmeulen mod Huisarts Registratie Commissie, Sml. s. 2311)]. Det heri fastlagte princip og det forhold, at det er umuligt generelt at fastlægge, hvilke betingelser en akt skal opfylde for at være en retsafgørelse i henhold til de forskellige medlemsstaters retssystemer, bevirker f. eks., at det argument, den italienske regering har fremført vedrørende kendelsen om at henlægge en sag, ikke på nogen måde er relevant. At argumentet ikke er holdbart, følger allerede af de oplysninger, der kan søges i italiensk ret. I tilfælde af forbrydelser, der pådømmes af tribunale

og nævningeting, er det på de samme betingelser og med de samme retsvirkninger undersøgelsesdommeren, der kan træffe afgørelse om, at sagen skal henlægges, dvs. et organ, som entydigt må bedømmes som judicielt.

Men det er en anden omstændighed, der er afgørende. De kriterier, der er lagt til grund ved definitionen af det fællesskabsretlige begreb »ret«, kan ikke være videre; og dette forklarer, hvorfor Domstolen har admitteret spørgsmål fra enhver form for national retsinstans, uanset arten af eller formålet med de verserende hovedsager, eller den mere eller mindre judicielle »kappe«, de er iklædt ved forelæggelsen. De italienske »Pretori« falder i straffesager fuldt ud ind under den gruppe, og det er i den forbindelse underordnet, om de forelægger spørgsmålene i deres egenskab af dommere eller anklagemyndighed, da de nævnte funktioner overlapper hinanden, griber ind i hinanden og tilsammen danner et uadskilleligt hele. Som ovenfor beskrevet er Pretore en instans, der i retssystemet er tillagt status som dommer, og som i den egenskab »rejser den sigtelse, der er sagens grundlag, gennemfører forundersøgelsen og oplyser (sagen), herunder der er til gunst eller ugunst for tiltalte, udfærdiger anklageskriftet, afgør, om sagen skal fremmes og tiltalte møde i retten, eller om sagen skal hæves, og han spiller under retsforhandlingerne en altafgørende rolle« (Dominioni, Parte »Diritto processuale penale«, i *Enciclopedia del diritto*, bind XXXI, Milano, 1981, s. 957).

En sådan undtagelse fra reglen *ne procedat judex ex officio*, en koncentration i ét og samme organ af forskellige, nærmest uforenelige beføjelser og den omstændighed, at den pågældende person i sin virksomhed beklæder begge funktioner, kan bestemt give anledning til betydelige betænkeligheder. Selv har jeg vanskeligt ved at acceptere et fænomen, der er så tæt på antikkens inkvisitoriske retspleje, og — på linje hermed, men med større vægt — har »corte costituzionale« (den italienske Forfatningsdomstol) for nogle måneder siden opfordret lovgiver til at fjerne det fra den italienske retsorden [dom nr. 268 af 10. december 1986, GURI (Statstidende), første specialudgave, nr. 60, s. 20]. Forsøgene på at svække denne dobbelte funktion ved at adskille de opgaver, Pretore udfører, alt efter de retsakter, han udsteder, og vende tilbage til den normale dualistiske ordning, er således forståelige. Men dette gør dem hverken mindre forkerte med hensyn til jus conditum eller mindre ønskværdige, sådan som en kendt retsvidenskabsmand har skrevet om den tendens, mange jurister har til at »forvanske selv de mest uomtvistelige faktiske omstændigheder« og at »foretage besynderlige konstruktioner for at skjule de faktiske forhold« (Cordero, *Procedura penale*, 6a ed., Milano, 1982, s. 27).

Nu kan det jo altså tænkes, at nogen under indtryk af, at Pretora fungerer som »part«, når han virker som anklagemyndighed, kunne finde disse bemærkninger utilstrækkelige. Her kan man dog henvise til dommen af 12. november 1974 i sag 32/74 (Haaga, Sml. s. 1201). Domstolen fastslog, at den her stod over for et spørgsmål, der korrekt var forelagt af en retsinstans, der skulle behandle en sag inden for rammerne af den »frivillige retspleje«; det er imidlertid almindeligt kendt, at inden for det område er dommerens funktion som tredjemand, dvs. at han er uafhængig af de interesser, der ønskes varetaget, ikke en realitet; den er i det mindste tvivlsom.

5. Jeg vil herefter behandle det argument, hvorefter man må stille sig kritisk over for den præjudicielle anmodning i den forstand, at den blev forelagt på et tidspunkt, hvor den nationale retsinstans endnu ikke havde — eller rettere sagt endnu ikke *kunne* have — subsumeret de faktiske omstændigheder. Det minder mig om de vendinger, Lord Denning anvendte om det tidspunkt, hvor en præjudiciel anmodning bedst kan forelægges: »as a rule« hævdede han, »you cannot tell whether it is necessary to decide a point until the facts are ascertained. So in general it is best to decide the facts first« (Bolmer mod Bollinger, 1974 2 All. ER 1226, 1235).

Dette er imidlertid ikke i overensstemmelse med Domstolens praksis. Således fastslås det i dommen af 10. marts 1981 i de forenede sager 36 og 71/80 (Irish Creamery Milk Suppliers Association, Sml. s. 735, præmisserne 6 og 7), at det kan være hensigtsmæssigt, at »sagens faktum er fastslået, og at rent nationale retsspørgsmål er afklarede inden forelæggelsen for Domstolen«. »Disse hensyn begrænser imidlertid på ingen måde«, tilføjes det, »den skønsbeføjelse, som tilkommer den nationale ret«. Den har som den eneste »direkte kendskab til sagens omstændigheder og de af parterne fremførte argumenter«, og kun den »har ansvaret for« den afgørelse, der skal træffes, og er følgelig »bedst i stand til at bedømme, på hvilket stadium af retsforhandlingerne den har behov for en præjudiciel afgørelse...«. Den nationale rets valg af tidspunkt for forelæggelse af den præjudicielle anmodning er således »bestemt af praktiske og processuelle hensyn, som det tilkommer den pågældende ret at træffe afgørelse om« (præmis 8) (jfr. ligeledes dom af 10. juli 1984 i sag 72/83, Campus Oil Ltd m. fl., Sml. s. 2727, præmis 10).

Efter min opfattelse er det synspunkt, jeg netop har citeret, helt i overensstemmelse med ånden bag artikel 177. I øvrigt svarer det også til, hvad der er fremført i teorien på højeste niveau (jfr. Waelbroek, »Commentaire à l'article 177«, i AA. VV., *Le droit de la Communauté économique européenne*, Bruxelles, 1983, volume 10, Tome 1, s. 208), og at den er i overensstemmelse med praksis ved den italienske Forfatningsdomstol. Netop med hensyn til det spørgsmål, jeg her behandler, fastslog den italienske Forfatningsdomstol i dom nr. 104 af 18. april 1974 (*Giurisprudenza costituzionale*, 1974, I, s. 878), at den havde kompetence til at besvare forelæggelseskendelser fra Pretori in limine litis, selv inden straffesagen var indledt og inden forundersøgelserne var påbegyndt.

6. Det tredje argument, der er fremført til støtte for, at Domstolen ikke bør besvare spørgsmålene fra Pretore di Salò, vedrører det stadium, hovedsagen befinder sig på, og det er navnlig udviklet af Kommissionen. Efter Kommissionens opfattelse indebærer den omstændighed, at der er tale om en sag mod ukendte gerningsmænd, to alternative konsekvenser, som begge er uacceptable: dels vil Domstolens dom i praksis ikke have noget formål, dels sker der i forbindelse med sagens behandling ved Domstolen en alvorlig begrænsning af retten til forsvar.

Kommissionen har for det første anført, at Domstolen for ti år siden ganske vist ikke afviste at besvare et spørgsmål fra Pretore di Cento, selv om der også her var tale om et spørgsmål under en straffesag mod ukendte (dom af 5. maj i sag 110/76, Sml. 1977, s. 851). Den pågældende retsinstans havde imidlertid forelagt et processuelt og i hvert fald ganske konkret spørgsmål. Spørgsmålet drejede sig nærmere om, hvorvidt Fællesskabet kunne anses for skadelidt under en straffesag, der var indledt ved den ret, som ønskede Domstolens fortolkning for at kunne afgøre, om den havde pligt til at underrette Fællesskabet om den verserende

straffesag. Derimod har Pretore di Salò i forbindelse med en fortolkning af direktiv 78/659 anmodet om bistand med henblik på at kunne afgøre, om de faktiske omstændigheder, der er indgivet anmeldelse om af sportsfiskere i den lokale retskreds, kan kvalificeres som forbrydelser. Et sådant spørgsmål minder om de særdeles bekendte problemer, Pretore di Bra forelagde i sag 244/80, Foglia mod Novello (jfr. dom af 16. december 1981, Sml. s. 3045). Også i denne sag har man indtryk af, at spørgsmålet er kunstigt eller fiktivt, og — dog ud fra et andet synspunkt — rummer det perspektiv, at anstrengelserne vil være forgæves. Forklaringen ligger lige for: der er risiko for, at det ikke lykkes Pretore at identificere de tiltalte. I så fald vil sagen ikke kunne afsluttes. Det vil sige, at Pretore må afslutte den ved at afsige kendelse om, at den skal henlægges.

Hvis det imidlertid antages, som Kommissionen tilføjede under den mundtlige forhandling, at der for Pretore fremkommer tilstrækkelige oplysninger til, at de ansvarlige bag opstemningerne på Chiese-floden kan identificeres, og man i øvrigt forestiller sig, at Domstolen besvarer det andet spørgsmål på den måde, retten ønsker — det vil sige, at Domstolen anerkender, at de kvalitetsmålsætninger, direktivet kræver overholdt, er udtryk for en forpligtelse til at sikre den nødvendige mindstemængde vand til, at fisk kan leve deri, — må man formode, at Pretore vil tilsige dem til at møde i retten og tiltale dem for en forbrydelse — ulovlig bortskaffelse af vand — for hvilken der i straffelovens artikel 632 kan idømmes fængsel i indtil tre år og en bøde på indtil 400 000 LIT.

En sådan situation ville i virkeligheden være endnu alvorligere end den, jeg tidligere nævnte. De ansvarlige bag opstemningerne kunne risikere frihedsberøvelse, uden at de har kunnet fremkomme med bemærkninger i sagen, dels fordi de ikke kunne underrettes om forelæggelseskendelsen, dels fordi de endnu ikke er parter i hovedsagen og de derfor i henhold til artikel 20 i protokollen vedrørende statutten for Domstolen ikke har mulighed for at indgive indlæg. Og det er ikke givet, at de vil få en sådan mulighed igen, hvis Pretore antages at nå til den opfattelse, at fortolkningsspørgsmålet allerede er løst og derfor ikke ville forelægge det igen. Alt i alt er den foreliggende præjudicielle anmodning således en mulig krænkelse af deres ret til forsvar, som ville bestå i, at de ved Domstolen ville kunne fremføre de synspunkter vedrørende fortolkningen af direktiv 78/659, der bedst varetager deres interesser. Efter Kommissionens opfattelse bør Domstolen vise sagen fra sig og drage følgerne af, at den præjudicielle anmodning begrænser en så vigtig garanti.

7. Efter min opfattelse er Kommissionens argumenter ikke mere overbevisende end dem, den italienske regering har fremført. Således er drøftelsen vedrørende de tiltaltes ret til forsvar kun relevant, hvis man ser bort fra eller bagatelliserer det særlige ved proceduren i henhold til artikel 177 og den stilling, parterne indtager i den procedure.

At det kontradiktoriske princip ikke finder anvendelse under den præjudicielle procedure, har længe været almindeligt kendt. I kendelsen af 3. juni 1964 (i sag 6/64, Costa mod Enel, Rec. 1964, s. 1195) fastslås det, at der i henhold til artikel 177 »ikke indledes et tvistemål, hvorved der skal træffes en afgørelse, men er indført en særlig procedure«, hvorefter nationale retsinstanser kan

anmode om en »fortolkning af de fællesskabsretlige bestemmelser, som de vil anvende i verserende sager«, og i dommen af 9. december 1965 (sag 44/65, Hessische Knappschaft mod Singer et fils, Sml. 1965-1968, s. 137) drog Domstolen den konsekvens heraf, at der er tale om en procedure, »hvor parterne ikke har noget initiativ«. De »får kun lejlighed til at udtale sig« (se tilsvarende kendelser af 14. juli 1971 i sag 6/71, Rheinmühlen mod Einfuhr- und Vorratsstelle Getreide, Rec. 1971, s. 719, og af 18. oktober 1979 i sag 40/70, Sirena mod Eda, Sml. s. 3169).

Af endnu større betydning, bl. a. på grund af den nære sammenhæng med det problem, jeg her behandler, er imidlertid Domstolens dom af 16. juni 1981 (i sag 126/80, Salonia mod Poidomani og Giglio, Sml. s. 1563). Den retsinstans havde her anmodet Domstolen om at tage stilling til, om en kollektiv overenskomst, hvis deltagere — to sammenslutninger af udgivere og distributionscentraler for aviser — ikke var parter i hovedsagen og derfor ikke kunne indgive indlæg, var forenelig med fællesskabsretten. Domstolen afviste argumentet om, at den burde afvise at besvare det forelagte spørgsmål, der var ønsket forelagt af de sagsøgte i hovedsagen; ræsonnementet er måske ikke ganske underbygget, men lader formode, at den omstændighed, at parterne i hovedsagen ikke var deltagere i overenskomsten, ikke gav anledning til tvivl med hensyn til Domstolens kompetence: »den *eneste* betingelse for at anvende artikel 177«, fastslog Domstolen, »er, at de nationale retter herved bibringes alle de relevante oplysninger vedrørende fællesskabsretten, som er nødvendige for deres afgørelse« (præmis 8, min understregning).

De resultater, som disse overvejelser logisk set fører til, ligger efter min opfattelse lige for: Domstolens fortolkningsafgørelse er kun rettet til den forelæggende retsinstans, mens parterne i hovedsagen må tåle de indirekte og faktiske følger af den nationale rets afgørelse, som i forhold til dem er den eneste, der har retsvirkning. Med de begreber, der almindeligvis anvendes i italiensk ret, kan man sige, at ved EF-Domstolen er parterne ikke parter i *materiel* forstand — dvs. »medvirkende« i den sag, retten skal afgøre — men parter i *formel* forstand. Dette er i virkeligheden definitionen af et retssubjekt, som, uden nødvendigivs at være indehaver af den ret, der søges beskyttet, er bemyndiget til en vis processuel virksomhed, f. eks. med henblik på varetagelsen af tredjemands interesser eller en korrekt fortolkning af de bestemmelser, der finder anvendelse i den foreliggende sag (jfr. herom Ferrari-Bravo, »Commento all'articolo 177« i AA. VV., *Commentario al Trattato CEE*, Milano, 1965, volume III, s. 1319, og: Monaco, »Le parti nel processo comunitario«, i *Studi Morelli*, Milano, 1975, s. 574, ff.).

Hvis det virkelig forholder sig sådan, at parternes rolle under den præjudicielle procedure er så beskeden, og hvis formålet med proceduren er at gennemføre en prøvelse, der går ud over parternes tilfældige interesser, idet dens sigte er på strengt objektiv og principiel abstrakt måde at fastslå det præcise indhold af fællesskabsbestemmelser, er det altså — og det vil jeg gerne gentage — vanskeligt for mig at forstå, at muligheden for at indgive skriftlige indlæg er et udslag af retten til forsvar. Varetagelsen af denne garanti skal i givet fald ske under hovedsagen. Det betyder, at det tilkommer den nationale retsinstans at afgøre, om den omstændighed, at parterne ikke har kunnet

give møde for Domstolen, gør det vanskeligere for dem bedst muligt at varetage deres interesser under hovedsagen. Hvis den finder, at dette er tilfældet, er intet til hinder for, at Domstolen om fornødent på ny forelægges de samme spørgsmål [dom af 24. juni 1968 i sag 29/68 (Milch-, Fett- und Eierkontor mod Hauptzollamt Saarbrücken, Sml. 1969, s. 33, præmis 3), og senest kendelse af 5. marts 1986 i sag 69/85 (Wünsche, Sml. s. 947, grund 15)]; på grundlag af de nævnte to retsafgørelser må man i øvrigt selvsagt afvise det af den italienske regering fremførte argument, som jeg har omtalt ovenfor under punkt 3, in fine.

8. Endnu mindre holdbare er de argumenter, der er fremført til støtte for, at Domstolens fortolkning eventuelt ikke vil tjene noget formål. Lad mig med det samme afvise, at denne sag og Foglia mod Novello-sagen er parallelle, således som Kommissionen hævder det. Ganske vist glemte en række Pretori i 60'erne og 70'erne, at »enthusiasm is not and cannot be a judical virtue« (Lord Devlin, »Judges and Lawmakers«, 39, *Modern Law Review*, 1976, s. 1 ff.), idet de praktiserede en dristig og undertiden uansvarlig aktivisme. Dette fænomen er imidlertid kraftigt på retur, og jeg vil afvise, at sagen her skulle være et levn fra den tid. Man kan med andre ord forestille sig, at en dommer lader sig overbevise om at forelægge et spørgsmål for Domstolen, som over for ham er fremført af parterne i en *civil* sag, der mere eller mindre åbenbart er »konstrueret«. Men helt ærligt kan jeg vanskeligt forestille mig, at en dommer selv vil »konstruere« en *straffe*sag med henblik på, at Domstolen træffer en fortolkningsafgørelse, og at dommeren på den baggrund søger at få gennemført sin egen personlige retspolitik.

Vi er herefter ved det centrale i sagen; og Kommissionens synspunkt vil være svært at fastholde, alene på grund af Domstolens meget snævre formulering ved fastlæggelsen af de tilfælde, hvor det bestemt ikke tjener noget formål, at Domstolen træffer afgørelse: med dens egne ord forudsætter dette, »at [fortolkningen] af fællesskabsretten..., åbenbart savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand« [jfr. ovennævnte dom af 16. juni 1981, præmis 6, dom af 26. september 1985 i sag 166/84 (Thomasdünger, Sml. s. 3001, præmis 11), og dom af 19. december 1968 i sag 13/68 (Salgoil, Sml. 1965-1968, s. 553)]. Dette bliver ikke mindre åbenbart, hvis man herefter ser nærmere på de konsekvenser, som Kommissionens ræsonnement vil føre til, hvis det udvikles logisk. Således vil Domstolens afgørelse ikke have noget formål, selv om Pretore måtte identificere de sigtede, men ikke mener, at der skal rejses tiltale mod dem, hvis der f. eks. ikke foreligger forsæt eller culpa. Desuden vil ræsonnementet, gennemført i sin yderste konsekvens udelukke præjudicielle forelæggelser i straffesager, så længe forundersøgelsen eller retsforhandlingerne ikke er afsluttet, og noget sådant vil under alle omstændigheder forudsætte, at der er ført bevis for forbrydelsen på grundlag af omstændigheder, der ikke har forbindelse med fællesskabsretten.

Et andet argument gennemhuller imidlertid det synspunkt, jeg her behandler. Synspunktets kerne er materielt også i strid med de principper, der blev fastlagt i ovennævnte dom i sagen om Irish Creamery Milk Suppliers Association, og mere generelt med det princip, der er lagt til grund ved dommen, nemlig kompetencefordelingen mellem de nationale retsinstanser og Domstolen. Grunden hertil er åbenbar. Uanset om Kommissionen er klar over det eller ej, anmoder den i virkeligheden Domstolen om at fastslå, at

det tilkommer Domstolen ikke alene at fortolke fællesskabsbestemmelser, men også at tage stilling til, om den nationale retsinstans *skal* eller *kan* anvende den pågældende fortolkning i den verserende hovedsag. Dette vil reelt være ensbetydende med en afvisning af at besvare spørgsmålet ud fra følgende synspunkt: når der i en sag meget tidligt fremsættes en fortolkningsanmodning, altså så tidligt, at det må stille sig usikkert, om den føres til doms, bliver fortolkningsafgørelsen formålsløs, fordi dens nytte, konkret udtrykt, må anses for tvivlsom. Og det vil være uholdbart i henhold til dommen af 28. marts 1979 i sag 222/78 (ICAP mod Beneventi, Sml. s. 1163, præmisserne 11 og 12).

9. Domstolen bør således admittere den præjudicielle anmodning som sådan. Men bør den besvare det første spørgsmål? Det mener Kommissionen ikke, og dette af to grunde. Ifølge Kommissionen ønsker den nationale retsinstans i det væsentlige svar på, om Italien har gennemført direktiv 78/659 korrekt; den har ikke henvist til en konkret bestemmelse eller en nærmere angiven gruppe af bestemmelser, men anvendt vage og generelle vendinger. Genstanden for bedømmelsen af, om der foreligger EF-stridige forhold, vedrører således »de nugældende italienske bestemmelser om beskyttelse af vandområder mod forurening«.

Disse argumenter må lægges til grund. Det er med andre ord rigtigt, at præjudicielle sager ikke bruges som middel til at få fastslået, at en medlemsstat ikke har overholdt sine forpligtelser i henhold til EF-bestemmelser [jfr. en omfattende og fast praksis, senest dom af 9. oktober 1984 i de forenede sager 91 og 127/83 (Heineken Brouwerijen, Sml. s. 3435)]; det er også rigtigt, at spørgsmålet er for uklart formuleret til, at Domstolen kan uddrage »de elementer, som vedrører fortolkningen af fællesskabsretten« og følgelig til, »at det kan besvares på en rimelig måde« [domme af 21. marts 1972, sag 82/71, anklagemyndigheden mod Società agricola industria latte, Sml. 1972, s. 43, præmis 3, og af 28. marts 1979, ICAP, jfr. ovenfor, præmis 20]. Såfremt Domstolen ikke måtte være enig i det synspunkt, skal jeg gøre opmærksom på, at: a) i sag 322/86, der verserer for Domstolen, har Kommissionen i medfør af traktatens artikel 169 nedlagt påstand om, at det statueres, at Italien ikke har gennemført direktivet, og at b) der faktiske er en betydelig forskel mellem de metoder, hvorefter der kan gribes ind efter de italienske bestemmelser og de fællesskabsretlige bestemmelser.

Vel er det rigtigt, at formålet med lov nr. 319 af 1976 er at beskytte vandområder mod forurening, men den gør det indirekte. Rettere sagt er forholdet det, at i stedet for at fastsætte kvalitetsmålsætninger og grænseværdier herfor indeholder loven en nøjagtig beskrivelse af visse af de udledninger, der stammer fra industrivirksomheder og boligområder, ligesom den fastsætter grænser herfor, dvs. de maksimale koncentrationer af forurenende stoffer. Med enkelte undtalelser er de nævnte grænseværdier i øvrigt fastsat på ensartet måde for hele Italien, dvs. at der er set bort fra, hvorledes de pågældende vandområder udnyttes eller anvendes. Derimod vedrører EF-direktiverne og navnlig direktiv 78/659 konkrete miljøområder (f. eks. vandområder bestemt til, at fisk kan leve deri), og som identificeres i kraft af, hvorledes de konkret anvendes. Ved hjælp af direktiverne ønskes således fastlagt den endelige kvalitet af det modtagende miljø, og med henblik herpå er der i direktiverne fastsat grænseværdier for referenceparametrene (F. og P. Giampietro: *Commento alla legge sull'inquinamento delle acque e del suolo*, 2a ed., Milano, 1981, s. 349 ff.).

10. Med det andet spørgsmål ønsker den nationale retsinstans oplyst, om de i direktivet angivne kvalitetsmålsætninger forudsætter, at der sikres den nødvendige mindstemængde vand til, at fisk kan leve deri.

Ifølge den italienske regering bør spørgsmålet besvares benægtende. Den har nærmere anført, at det eneste formål, der forfølges, når der i direktivet kræves en beskyttelse af vandområders kvalitet, er, at den i vandområderne levende fauna ikke udsættes for de skadelige virkninger, som fremkaldes af udledning af forurenende stoffer, og der derved sker en begrænsning eller udslettelse af visse arter. Andre former for forvaltning af vandområder er ikke reguleret *direkte*. Navnlig indeholder direktivet ingen bestemmelser om, at medlemsstaterne skal vurdere hele det hydrografiske system, som ferskvandsområderne er en del af, under ét. Dette betyder naturligvis ikke, at de nationale myndigheder skal forblive passive. Når de udarbejder programmer med henblik på at formindske forureningen og træffer de foranstaltninger, der er en følge af en overskridelse af grænseværdierne (artikel 5 og artikel 7, stk. 3), *kan* de pågældende myndigheder vurdere vandmiljøets tilstand under ét og træffe de foranstaltninger, de finder nødvendige med henblik på at nå det i direktivet fastsatte mål.

Argumentet er besnærende, men er ikke holdbart, såfremt der anlægges en systematisk fortolkning af fællesskabsretsakten. Således har Kommissionen fremhævet, at mindst elleve af de fjorten parametre i direktivets bilag I er fastsat i milligram pr. liter, og at de tilsvarende maksimale værdier kan overskrides på to måder: *enten* ved at foretage eller at tillade betydelige udledninger af stoffer, der er skadelige for fisk, *eller* ved i for høj grad at formindske den vandmængde, hvori de pågældende stoffer opløses. Hvis dette er rigtigt, må man efter min opfattelse også indrømme, at medlemsstaterne har pligt til at forbyde overdrevne udledninger i de »udpegede vandområder«, idet sådanne udledninger automatisk vil indebære en pludselig forhøjelse af koncentrationen af skadelige stoffer i den resterende vandmængde. Artikel 7, stk. 3, bestemmer i øvrigt, at hvis det viser sig, at der er afvigelser fra en værdi fastsat af de nationale myndigheder, »undersøger medlemsstaten, om dette skyldes et tilfælde, er følgen af et naturfænomen [oversvømmelser eller andre naturkatastrofer, jfr. artikel 6, stk. 2] ... og *træffer derefter passende foranstaltninger*« (min understregning).

Men hertil kommer, at Kommissionen med rette har bemærket, at ånden bag direktivet tilsiger, at beskyttelsen af de »udpegede vandområder« ikke er et formål i sig selv, men et middel til at sikre, at de i artikel 1, stk. 3, nævnte fiskearter, kan overleve. De pågældende vandområder er derfor beskyttet mod koncentrationer af skadelige stoffer, fordi de er *habitat* for de fisk, som lever eller ville kunne leve dér, hvis der ikke var forurening. Dette fører logisk set til, at hvis medlemsstaterne frit kunne tillade enten udledninger, som medfører, at de nævnte koncentrationer forhøjes, eller at vandmængden nedsættes så meget, at den bliver mindre end nødvendigt for, at de beskyttede arter kan leve, vil gennemslagskraften ikke alene af de enkelte bestemmelser, men også af hele direktivet, blive helt illusorisk.

11. Som jeg har påpeget under gennemgangen af sagens faktiske omstændigheder (jfr. ovenfor under punkt 2), er baggrunden for, at Pretore di Salò har anmodet om en fortolkning af direktiv 78/659, at det har betydning for den verserende straffesag, idet det er »væsentligt« for den gældende italienske straffelovgivning og med henblik på

de »uomtvistelige muligheder for et udvidet straffeværn«. Den nationale retsinstans synes således at være af den opfattelse — selv om det ikke siges *udtrykkeligt*, og heller ikke ønskes, at Domstolen tager stilling til det synspunkt, der fremsættes — at et direktiv, som ikke er gennemført, eller som ikke er gennemført korrekt, kan forpligte private til en bestemt adfærd, og at en overtrædelse af sådanne forpligtelser kan sanktioneres strafferetligt i henhold til intern ret.

Jeg skal i den forbindelse gøre opmærksom på, a) *at* direktivet kun finder anvendelse på »de vandområder, som medlemsstaterne udpeger« (artikel 1, stk. 1, og artikel 4); b) *at* medlemsstaterne udelukkende skal fastsætte grænseværdier for de nævnte vandområder (artikel 3); c) *at* medlemsstaterne kan fastsætte strengere værdier end de i direktivets bilag I fastsatte (artikel 9); og d) *at* medlemsstaterne ikke er forpligtet til at belægge de i artikel 17 fastsatte foranstaltninger med straf, men at intet er til hinder herfor. Efter min opfattelse følger det heraf, at de nationale lovgivende myndigheder efter direktivet har et betydeligt skøn, navnlig med hensyn til spørgsmålet om udpegelse af vandområder, og at direktivets bestemmelser følgelig ikke opfylder de betingelser, som efter Domstolens praksis kræves for at antage direkte virkning, nemlig at de skal være klare, præcise og ubetingede.

Jeg skal i den forbindelse tilføje, at i en nylig afsagt dom, nemlig dommen af 26. februar 1986 i sag 152/84 [Marshall mod Southampton and South West Hampshire Area Health Authority (Teaching), Sml. s. 723, 737] har Domstolen udtalt: det »bemærkes, at ifølge traktatens artikel 189 består et direktivs bindende karakter, som er grundlaget for at støtte ret på det ved en national ret, kun i forhold til 'enhver Medlemsstat, som det rettes til'. Heraf følger, at et direktiv ikke i sig selv kan skabe forpligtelser for private, og at en direktivbestemmelse derfor ikke som sådan kan påberåbes over for sådanne personer« (præmis 48). Grundlaget for denne præmis har jeg rent ud sagt svært ved at forstå, men jeg er enig i resultatet, i det mindste hvis det forstås på den måde, at direktivet ikke i sig selv kan pålægge private forpligtelser over for de offentlige myndigheder. Under alle omstændigheder må jeg fastslå, at den nævnte dom afskærer enhver diskussion om, hvorvidt den forudsætning, Pretura di Salò synes at have lagt til grund ved formuleringen af den præjudicielle anmodning, er holdbar.

Men anmodningen er ikke af den grund uden enhver relevans. Under retsmødet har den italienske regering afvist — hvilket jeg er enig i — at der af direktivet kan udledes påbud eller forbud, som kan vedrøre fysiske (eller juridiske) personer, og har således benægtet, at direktivet end ikke indirekte kan være en betingelse for, at faktiske omstændigheder kan antages at udgøre gerningsindholdet i en forbrydelse. Den italienske regering anerkendte imidlertid, at den pågældende retsakt kan virke på den måde, at der er tale om en skærpelse af overtrædelserne af eksisterende straffebestemmelser eller sådanne, der snarligt forventes vedtaget. Et vandområde, som en medlemsstat har »udpeget« i henhold til nærmere regler i de fællesskabsretlige bestemmelser, er således et retsbeskyttet gode, der for så vidt som det sikrer gavnlige resultater for Fællesskabet set under ét, har en særlig værdi. For forbrydelser rettet mod et sådant vandområde kan der således idømmes en strengere straf, idet de ikke rammer et hvilket som helst vandområde, men et vandområde, som fortjener en særlig beskyttelse (straffelovens artikel 133, stk. 1, nr. 2).

Dette synspunkt er efter min opfattelse korrekt, og på baggrund heraf må man kunne hævde, at hvis og når artikel 4 er gennemført, kan direktivet have betydning for den

straffesag, Pretore har indledt, i det mindste fordi straffeværnet er forstærket. En »udpegelse« af Chiese-floden, som eventuelt måtte ske inden sagen afsluttes, ville således være en efterfølgende retsakt; men en sådan omstændighed vil være uden betydning, da den påførte skade klart er en objektiv omstændighed.

12. På baggrund af det anførte skal jeg forslå, at de spørgsmål, Pretura di Salò har forelagt ved kendelse afsagt den 13. januar 1986 som led i en straffesag mod ukendte, besvares som følger:

»1) EØF-traktatens artikel 177 er baseret på en klar kompetencefordeling mellem de nationale retsinstanser og Domstolen. Domstolen kan derfor ikke tage stilling til, om de italienske bestemmelser om beskyttelse af vandområder mod forurening, set under ét, er i overensstemmelse med Rådets direktiv 78/659 af 18. juli 1978 om kvaliteten af ferskvand, der kræver beskyttelse eller forbedring for at være egnet til, at fisk kan leve deri.

2) De i bilag I til direktiv 78/659 angivne kvalitetsmålsætninger er som hovedregel angivet i form af milligram pr. liter. På den anden side forudsætter beskyttelsen af de vandområder, der er egnet til, at fisk kan leve deri, ud fra et kvalitetssynspunkt, at der ikke foretages for mange eller dog sådanne udledninger, at direktivets formål bringes i fare. Heraf følger, at medlemsstaterne har pligt til at sikre, at de vandområder, de benævner som 'udpegede vandområder' i henhold til direktivet (artikel 4) indeholder den nødvendige mindstemængde vand til, at fiskearterne kan overleve.«