FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
föredraget den 8 juni 2006 [1]

I — Inledning

1. Genom förevarande begäran om förhandsavgörande enligt artikel 35 EU från Rechtbank 's-Hertogenbosch (brottmåls- och tvistemålsdomstol i första instans) [2] får domstolen för fjärde gången tillfälle att tolka artikel 54 i konventionen om tillämpning av Schengenavtalet (nedan kallad konventionen), i vilken principen *ne bis in idem* kommer till uttryck.

2. De två första gångerna fastslog domstolen att denna princip är tillämplig när en medlemsstats åklagarmyndigheter lägger ned ett straffrättsligt förfarande efter det att den brottsmisstänkte personen har uppfyllt vissa skyldigheter, [3] vilket dock inte gäller om ett mål lagts ned på grund av att åklagarmyndigheten beslutat att inte väcka åtal av det skälet att ett brottmålsförfarande redan pågår i en annan medlemsstat mot den misstänkte för samma gärningar. [4]

3. Det tredje tillfället gavs i mål C-436/04, Van Esbroeck, i vilket dom meddelades den 9 mars 2005, [5] där domstolen undersökte nämnda bestämmelses tillämpning i tiden (*ratione temporis*) och därvid preciserade begreppet *idem*.

4. Gränserna för sistnämnda begrepp och det sätt på vilket utövandet av statens behörighet att stävja kriminellt beteende bestäms hamnar på nytt i centrum, eftersom räckvidden för uttrycket "samma gärning" inte är klar för den nationella domstolen. Denna önskar få klarhet i huruvida "fråga om ansvar prövats" i den mening som avses i nämnda artikel 54 i konventionen, beträffande en person som frikänts i dom på grund av bristande bevisning. [6]

1 — Originalspråk: spanska.

2 — I staden Brabant nära Antwerpen där Jeroen van Aken, känd under pseudonymen El Bosco, föddes omkring år 1450. Nederländerna har accepterat denna behörighet för domstolen att meddela förhandsavgöranden och medgett alla domstolar rätt att ställa tolkningsfrågor (EGT C 120, 1999, s. 24).

3 — Dom av den 11 februari 2003 i de förenade målen C-187/01 och C-385/01, Gözutök och Brügge (REG 2003, s. I-1345), i vilka mål jag föredrog förslag till avgörande den 19 september 2002.

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

5 — Denna dom har ännu inte publicerats i rättssamlingen. Jag upprättade förslaget till avgörande även i det målet, vilket förslag föredrogs den 20 oktober 2005.

6 — Europeiska gemenskapernas kommission har upprättat en "Grönbok om behörighetskonflikter och ne bis in idem-principen i straffrättsliga förfaranden" (Bryssel den 23 december 2005, KOM(2005) 696 slutlig), i vilken de slags beslut som aktualiserar denna princip undersöks (s. 9).

5. Detta tvivel har uppkommit i ett förfarande som Jean Leon Van Straaten inlett enligt artikel 111.1 i konventionen för att bestrida en registrering av honom i Schengens informationssystem.

II — Schengenregelverket

A — *Allmänt*

6. Detta regelverk innefattar:

a) det avtal om det gradvisa avskaffandet av kontroller vid de gemensamma gränserna som undertecknades den 14 juni 1985 i den luxemburgska staden med samma namn av de tre Beneluxstaterna, Förbundsrepubliken Tyskland och Republiken Frankrike, [7]

b) konventionen om tillämpning av nämnda avtal vilken undertecknades den 19 juni 1990 [8] och i vilken fastställs samarbetsåtgärder för att neutralisera följderna av att dessa kontroller försvinner, och

c) andra medlemsstaters protokoll och instrument för anslutning, de deklarationer och akter som antagits av den verkställande kommitté som upprättats genom konventionen samt de akter som antagits av de myndigheter som av denna kommitté har erhållit befogenhet att fatta beslut. [9]

7. Genom protokoll nr 2 som bifogats Fördraget om Europeiska unionen och Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen införlivas ovan beskrivna rättsregler med unionens lagstiftning. Enligt artikel 2.1 första stycket i protokollet gäller reglerna i de tretton medlemsstater som anges i artikel 1, däribland Konungariket Nederländerna och Republiken Italien, [10] från Amsterdamfördragets ikraftträdande (den 1 maj 1999).

7 — EGT L 239, 2000, s. 13.

8 — EGT L 239, 2000, s. 19.

9 — EGT L 239, 2000, s. 63 och följande sidor.

10 — De övriga är Konungariket Belgien, Konungariket Danmark, Förbundsrepubliken Tyskland, Republiken Grekland, Konungariket Spanien, Republiken Frankrike, Storhertigdömet Luxemburg, Republiken Österrike, Republiken Portugal, Republiken Finland och Konungariket Sverige. Förenade kungariket och Irland har valt att inte delta fullt ut i detta gemensamma projekt utan endast till viss del (rådets beslut 2000/365/EG av den 29 maj 2000 (EGT L 131, s. 43) och 2002/192/EG av den 28 februari 2002 (EGT L 64, s. 20) rör var för sig de båda medlemsstaternas begäran att få delta med avseende på vissa bestämmelser i regelverket). Danmark har en särställning och behöver därför inte tillämpa de beslut som fattas på detta område. Regelverket är bindande för de tio nya medlemsstaterna från det att de tillträder Europeiska gemenskapen även om många av bestämmelserna inte kan tillämpas förrän rådet har fattat beslut därom (artikel 3 i akten om villkoren för Republiken Tjeckiens, Republiken Estlands, Republiken Cyperns, Republiken Lettlands, Republiken Litauens, Republiken Ungerns, Republiken Maltas, Republiken Polens, Republiken Sloveniens och Republiken Slovakiens anslutning till de fördrag som ligger till grund för Europeiska unionen och om anpassning av fördragen).

8. Enligt protokollets ingress är målet att förstärka den europeiska integrationen och särskilt att göra det möjligt för unionen att snabbare utvecklas till ett område med frihet, säkerhet och rättvisa.

9. I enlighet med artikel 2.1 andra stycket i protokollet har rådet den 20 maj 1999 antagit besluten 1999/435/EG och 1999/436/CE, i vilka den definierat Schengenavtalet och i enlighet med relevanta bestämmelser i Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen och Fördraget om Europeiska unionen beslutat om den rättsliga grunden för de bestämmelser som utgör detta regelverk. [11]

B — *Principen ne bis in idem*

10. Avdelning III i konventionen, med rubriken "Polis och säkerhet", inleds med ett kapitel beträffande "Polisiärt samarbete" (artiklarna 39–47) och fortsätter med ett annat avseende "Inbördes rättshjälp i brottmål" (artiklarna 48–53).

11. Det tredje kapitlet, med rubriken "*Non bis in idem* (icke två gånger för samma sak)", består av artiklarna 54–58 och har, enligt artikel 2 i nämnda beslut 1999/436 och bilaga A till detta, stöd i artiklarna 34 EU och 31 EU.

11 — EGT L 176, s. 1 respektive 17.

12. I artikel 54 föreskrivs följande:

"En 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."

13. I artikel 55.1 a anges att i samband med ratificering av konventionen kan en stat förklara sig icke bunden av artikel 54, om, för det fall gärningen inte begicks i den stat där den tilltalade dömdes, gärningen inträffade helt eller delvis på den egna avtalsslutande partens territorium.

C — *Kampen mot narkotikahandeln*

14. Efter fjärde kapitlet ("Utlämning", artiklarna 59–66) och femte kapitlet ("Överförande av verkställighet av brottmålsdom", artiklarna 67–69) finns i avdelning III ett annat kapitel avseende "Narkotika" (artiklarna 70–76), i vars artikel 71, med rättslig

grund i artikel 30 EU, utöver artiklarna 34 EU och 31 EU, föreskrivs följande:

"De avtalsslutande parterna förbinder sig vad gäller direkt eller indirekt försäljning av varje slag av narkotika och psykotropa ämnen, även cannabis, samt innehav av sådana preparat och ämnen för försäljning eller export, att i enlighet med Förenta nationernas gällande konventioner vidta alla erforderliga åtgärder för att förebygga och straffa olaglig handel med narkotika och psykotropa ämnen."

15. I ett sista kapitel, det sjunde (artiklarna 77–91), behandlas "Skjutvapen och ammunition".

D — *Schengens informationssystem*

16. Genom avdelning IV i konventionen (artiklarna 92–119) införs Schengens informationssystem.[12] Systemet består av en enhet för var och en av parterna och av en teknisk stödfunktion och i detta kan parterna med hjälp av ett automatiskt sökningsförfarande få rapporter om personer och föremål i de syften som anges i artiklarna 95–100 (artikel 92.1 jämförd med artiklarna 94.1 och 102.1).

17. Ett av dessa syften är förvarstagande för utlämning, i vilket fall uppgifterna avseende den efterlysta personen förs in i systemet på begäran av den sökande statens rättsliga myndigheter (artikel 95.1), och endast denna stat är berättigad att göra ändringar, komplettera, korrigera eller radera uppgifterna (artikel 106.1). Om den anmodade staten anser att registreringen inte är förenlig med dess rättsordning, internationella förpliktelser eller viktiga intressen, kan denna stat föra in en uppgift som hindrar gripande på dess territorium (artikel 95.3 jämförd med artikel 94.4).

18. Varje land utser ett organ som skall förestå den nationella delen av systemet (artikel 108.1). De berörda kan vidta åtgärder för att begära rättelse eller radering av en rapport samt för att få information eller gottgörelse (artikel 111.1), varvid de avtalsslutande parterna inbördes förbinder sig att verkställa slutliga beslut som fattas (artikel 111.2).

12 — Domstolen studerade detta system första gången i dom av den 31 januari 2006 i mål C-503/03, kommissionen mot Spanien (REG 2006, s. I-1097).

III — Bakgrund, tvisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna [13]

19. I mars 1983 innehade gemenskapsmedborgaren Jean Leon Van Straaten ungefär fem kilogram heroin i Italien som han förde in i Nederländerna, där han sedan innehade ungefär tusen gram.

20. I sistnämnda medlemsstat väcktes åtal mot honom för tre brott: 1) införsel från Italien omkring den 26 mars 1983 på uppdrag av en herr Yilmaz av fem och ett halvt kilogram av heroin, 2) innehav av tusen gram heroin mellan den 27 och den 30 mars 1983, och 3) innehav av skjutvapen och ammunition.

21. I dom av den 23 juni 1983 lämnade Rechtsbank 's-Hertogenbosch åtalet enligt den första åtalspunkten utan bifall, på grund av bristande bevisning, [14] men dömde honom för de två andra gärningarna till fängelse tjugo månader som han avtjänade vederbörligen sedan domen vunnit laga kraft. [15]

22. I Italien åtalades Jean Leon Van Straaten för att omkring den 27 mars 1983 ha innehaft och till Nederländerna i flera partier fört ut omkring fem kilogram heroin, varvid det ansågs som en försvårande omständighet att han agerade såsom medlem i en kriminell organisation. Sedan huvudförhandling hållits i hans utevaro, trots att han var korrekt delgiven, dömde Tribunale Ordinario di Milano (förstainstansdomstol), som inte fann den försvårande omständigheten styrkt, honom i dom av den 22 november 1999 till tio års fängelse och böter om 50 miljoner lire samt förpliktade honom att ersätta rättegångskostnaderna.

23. På begäran av de italienska myndigheterna infördes Jean Leon Van Straaten i Schengens informationssysten för att han skulle tas i förvar och därefter utlämnas på åklagarmyndighetens i Milano begäran av den 11 september 2001. Nederländerna åberopade artikel 95.3 i konventionen och lade till en anmärkning så att han inte kunde gripas på dess territorium.

24. Sedan Jean Leon Van Staaten fått vetskap om den andra domen och om att han förts in i systemet, begärde han genom Korps Landelijke Politidiensten [16] (den nederländska nationella polismyndigheten) att uppgifterna om honom skulle raderas.

13 — Med hänsyn till de knapphändiga uppgifter som lämnats i begäran om förhandsavgörande har jag vid utformningen av följande punkter dessutom använt mig av några yttranden som lämnats in i målet, särskilt de från den nederländska regeringen och kommissionen.

14 — Jag anser att det är irrelevant och onödigt att utifrån domskälen undersöka om detta domslut är korrekt. Det väsentliga är att den nederländska domstolen frikände Van Straaten, eftersom gärningen inte var styrkt enligt denna domstols uppfattning.

15 — Gerechstshof 's-Hertogenbosch (appelationsdomstol) fastställde domslutet i dom av den 3 januari 1984, även om den ändrade den rättsliga klassificeringen av gärningarna i den andra åtalspunkten. Denna dom fastställdes av Hoge Raad der Nederlanden (högsta domstolen) den 26 februari 1985.

16 — Denna institution har utsetts i enlighet med artikel 108.1 i konventionen.

Han fick emellertid inget svar, varför han genast överklagade till Rechtbank 's-Hertogenbosch. I beslut av den 16 juli 2004 utfärdade denna domstol stämning mot Republiken Italien.

25. Rechtbank anser att Jean Leon Van Straaten i enlighet med artikel 111 i konventionen har rätt att föra ifrågavarande talan och att Italien förefaller skyldig att följa det beslut som den fattar.

26. Jean Leon Van Straaten har hävdat att den påföljd som han ådömts i sistnämnda land strider mot konventionen och att det följaktligen är rättsstridigt att verkställa den. Italien har hävdat att "fråga om ansvar inte prövats" i Nederländerna beträffande Jean Leon Van Straaten i fråga om den straffbara införseln, eftersom det meddelades en friande dom, och att det därför inte finns något hinder mot en andra dom.

27. Rechtbank 's-Hertogenbosch har vilandeförklarat sitt mål och ställt följande frågor till domstolen:

"1. Hur skall 'samma gärning' i den mening som avses i artikel 54 i konventionen förstås? (Är innehav av ungefär 1 000 gram heroin i Nederländerna under eller omkring perioden från den 27 till och med den 30 mars 1983 samma gärning som att ha ungefär 5 kg heroin i sin besittning i Italien den eller omkring den 27 mars 1983, med hänsyn tagen till att heroinpartiet i Nederländerna utgjorde en del av heroinpartiet i Italien? Är utförseln av ett parti heroin från Italien till Nederländerna samma gärning som införsel av samma parti heroin från Italien till Nederländerna, om det tas hänsyn till att Jean Leon Van Straatens medmisstänkta i Nederländerna och Italien inte helt och hållet var samma personer. Är det beträffande hela handlingsförloppet, bestående av besittning i Italien, utförsel från Italien, införsel till Nederländerna och innehav i Nederländerna av det aktuella heroinet, fråga om 'samma gärning'?)

2. Har fråga om ansvar prövats beträffande en person i den mening som avses i artikel 54 i konventionen om åtalet inte kan styrkas och den tilltalade därför frikänns i dom?"

IV — Förfarandet vid domstolen

28. Kommissionen samt den österrikiska, den tjeckiska, den spanska, den franska, den italienska, den nederländska, den polska och den svenska regeringen har gett in skriftliga yttranden, och ombud för Spanien, Neder-

länderna och kommissionen var närvarande vid förhandlingen i målet den 4 maj 2006 och framförde sina åsikter muntligen.

V — Huruvida tolkningsfrågorna kan tas upp till sakprövning

29. Den franska och den spanska regeringen har bestritt att tolkningsfrågorna kan tas upp till sakprövning, dock på olika grunder.

30. Den franska regeringen har pekat på att de uppgifter som den nationella domstolen har lämnat är knapphändiga. Föremålet för tvisten framgår därför inte, och det går således inte att bedöma om domstolens tolkning behövs för tvistens avgörande.

31. Den inledande invändningen från den spanska regeringen [17] har en mer begränsad räckvidd, eftersom den inskränker sig till den första frågan och, i andra hand, till den andra delen av denna, vilken fråga enligt denna regerings uppfattning avser fastställande av de faktiska omständigheterna. Den har gjort gällande att det går utöver domstolens tolkningsuppgift att avgöra om en gärning som prövats i ett förfarande sammanfaller med den gärning som prövats i ett annat tidigare förfarande.

17 — I dess yttrande finns en beklaglig sammanblandning mellan giltighetsfrågor och tolkningsfrågor (se punkterna 5 och 7).

A — *Huruvida begäran om förhandsavgörande är relevant*

32. Den franska regeringen har inte helt fel när den hävdar att det utifrån Rechtbanks beslut knappast är möjligt att få klarhet omkring Jean Leon Van Straatens yrkande och syftet med detta. Oklarheterna skingras emellertid om man går till ursprungshandlingarna och Nederländernas interventionsinlaga.

33. Jean Leon Van Straaten har med åberopande av artikel 111.1 i konventionen yrkat att den nationella domstolen skall stryka registreringen av honom i Schengens informationssystem, vilken uppgift ankommer på Republiken Italien, som är bunden av det beslut som fattas (artikel 106.1 jämförd med artikel 111.2 i konventionen).

34. Registreringen härrör från Tribunale Ordinario di Milanos dom. För att denna skall kunna verkställas har åklagarmyndigheten begärt att Jean Leon Van Straaten utlämnas, för vilket krävs att han tas i förvar.

35. Sammanfattningsvis är straffets lagenlighet avgörande för lagenligheten av införandet i systemet, och motsatsvis kan talan om upphävande av registreringen bifallas endast om den händelse som registreringen bygger på är rättsstridig. I linje med detta kan en dom som strider mot principen *ne bis idem* inte utgöra grund för att överlämna en dömd

som förts in i systemet för att gripas. [18] Det är således inte underligt att Rechtbank 's-Hertogenbosch vid beaktande av denna princip undersöker innebörden av uttrycket "samma gärning" i artikel 54 i konventionen och frågar huruvida en dom i vilken åtal ogillats på grund av bristande bevisning utgör hinder för att tillämpa principen.

36. Man skulle kunna hävda att uppgiften är onödig, eftersom Jean Leon Van Straaten inte behöver frukta att gripas i sitt land då de nederländska myndigheterna med stöd av artikel 95.3 i konventionen infört ett förbehåll (vilket jag har nämnt i punkt 17 i detta förslag till avgörande). Detta synsätt är emellertid felaktigt i två avseenden: för det första är det så att om man analyserar sökandens intresse i förfarandet vid den nationella domstolen och ser på hans saklegitimation (*ad causam*), kommer man in på ett område som inte omfattas av gemenskapens jurisdiktion, och för det andra bortses inte endast från det att den anmodade statens åtgärd hindrar frihetsberövande i andra medlemsstater utan likaså bortses från syftet i artikel 54 i konventionen att säkerställa fri rörlighet för medborgarna i unionen, [19] vilket syfte markerats i artikel 2 första stycket fjärde strecksatsen EU.

37. Regleringen i artikel 234 EG gäller dessutom artikel 35 EU, i tillämpliga delar, [20] med all rättspraxis som den varit föremål för. I båda bestämmelserna krävs för en begäran om förhandsavgörande till domstolen att den nationella domstolen anser en tolkning nödvändig för sitt utslag, varvid det således finns en presumtion för att begäran är relevant såvida inte: a) den saknar samband med de verkliga omständigheterna eller föremålet för tvisten, b) frågan är rent hypotetisk, eller c) frågans utformning är sådan att det saknas nödvändiga uppgifter för att en användbar lösning skall kunna ges. [21] Som jag har förklarat föreligger inte dessa omständigheter i förevarande mål.

38. Ett sista hinder för upptagande till sakprövning, vilket kommissionen uppmärksammat men avfärdat och vilket har samband med den knapphändighet som den franska regeringen påpekat, ligger i att avgöra huruvida artikel 54 i konventionen är tillämplig av tidsmässiga skäl (*ratione temporis*) i tvisten vid den nationella domstolen.

39. Denna bestämmelses verkan i tiden behandlades i målet Van Esbroeck, där jag i mitt förslag till avgörande anförde att rätten att inte åtalas eller straffas upprepade gånger för samma händelse betecknas som en materiell garanti vars syfte är att "ingen som gör sig skyldig till en överträdelse och som avtjänar sitt straff därför skall åtalas och bestraffas på nytt". Garantin fulländas när sådana bestämmelser befästs och statsmakten, som en naturlig följd därav, förpliktas att avstå från alla former av vedergällning. Principen är tillämplig under förutsättning

18 — Kommissionen har redogjort för dessa tankar i punkterna 30–36 i sitt yttrande.

19 — Domarna i de ovannämnda målen Gözütok och Brügge (fotnot 3), punkt 38,, och Miraglia (fotnot 4), punkt 32.

20 — Dom av den 16 juni 2005 i mål C-105/03, Pupino (REG 2005, s. I-5285), punkterna 19 och 28.

21 — Domen i det ovannämnda målet Pupino, punkterna 29 och 30.

att det föreligger ett slutgiltigt beslut (punkt 31). Dagen för den första domen saknar betydelse, under förutsättning att den andra inträffar efter det att konventionen trätt i kraft, i vilken inte finns någon uttrycklig bestämmelse beträffande verkan i tiden av artikel 54 (punkterna 32 och 29 i nämnda förslag till avgörande). Domstolen godtog mina förslag i domen i det nämnda målet och ansåg att principen *ne bis in idem* är tillämplig i fall liknande det aktuella (punkterna 23 och 24).

40. Nämnda konvention, som inte fanns när händelserna inträffade (när det första beslutet meddelades i Nederländerna och det inleddes rättsliga åtgärder i Italien), gällde när domen meddelades i sistnämnda land, vid vilket ögonblick *ne bis in idem* således hade full verkan, varför övervägandena i de föregående punkterna 33–37 äger giltighet.

B — *Ett vagt rättsligt begrepp*

41. Inte heller den spanska regeringen är fel ute när den betonar att den första frågan avser de faktiska förhållandena, men den har fel när den föreslår att frågan skall avvisas *ad limine*.

42. Detta öde förespråkas inte för hela frågan utan endast för frågorna inom parentes, i vilka den nationella domstolen begär ett ställningstagande beträffande de särskilda förhållandena i tvisten, vilket den inte kan göra, eftersom en sådan uppgift går utöver domstolens tolkningsuppgift.

43. Begäran om förhandsavgörande inleds med en fråga som, trots att den hänvisar till faktiska förhållanden, obestridligen avser en tolkning, eftersom den avser ett vagt rättsligt begrepp [22] (samma gärning) i rättsakten.

44. En liknande frågeställning uppkom i målet Van Esbroeck, i vilket jag uttalade att uppgiften att klargöra om ett beteende som föranleder ett förfarande sammanfaller med en gärning som prövats i ett annat mål hör till kärnan i den dömande verksamheten, och för denna uppgift är den nationella domstolen ensam behörig med sin direkta kännedom om de faktiska omständigheter som skall ligga till grund för bedömningen, med förbehåll för en överprövning i andra instans (punkt 36 i förslaget till avgörande). Domstolens uppgift är begränsad till att tillhandahålla vissa tolkningskriterier som, med beaktande av grunderna och ändamålet för artikel 54 i konventionen, anger den lämpligaste riktningen för en enhetlig tillämpning inom Europeiska unionens hela territorium (punkt 37).

22 — Jag gjorde denna klassificering i mitt förslag till avgörande i målet Van Esbroeck (punkt 38).

45. Det förefaller därvid utsiktslöst att utifrån gemenskapsrätten fastställa några normer som kan utgöra ett allmänt kriterium vid hanteringen av eventuella fall i framtiden, "eftersom oförutsebarheten i kriminalpolitiken samt åtalets natur försvårar allmängiltiga tolkningar", varför det är möjligt att ett förslag som kan tillämpas på vissa typer av brott eller vissa former av medverkan till brott visar sig vara olämpligt för andra sådana (punkterna 38 och 39). Jag anser att det är förnuftigare med en mellanposition vid vilken man, utan att fördjupa sig i omständigheterna i målet vid den nationella domstolen, avväger de särskilda omständigheterna i fallet, för att bistå den nationella domstolen med regler som gör det möjligt för denna att lösa frågan i målet i enlighet med andan i bestämmelsen (punkt 40).

46. Jag anser att detta synsätt leder till ett användbart svar för den nationella domstolen utan att man tar över dess uppgift, och de risker som den spanska regeringen har hänvisat till undviks.

VI — Bedömningen av tolkningsfrågorna

47. Jag går nu vidare för att undanröja de tvivel som Rechtbank 's-Hertogenbosch hyser. Den första frågeställningen har, såsom jag redan har anfört, studerats i målet Van Esbroeck. I domen i målet Gözutök och Brügge och domen i målet Miraglia ges ledning för den andra. I detta förfarande tolkas emellertid vissa variationer av samma partitur.

48. Jag börjar från slutet, för om det fastställs att en friande dom, på grund av att åtalet inte styrkts, inte hindrar en senare prövning av "samma gärning" finns det inte anledning att fundera över detta begrepp.

A — *Begreppet bis: frikännande på grund av otillräcklig bevisning (den andra frågan)*

49. I mitt förslag till avgörande i målet Gözütok och Brügge hävdade jag att en person beträffande vilken fråga om ansvar prövats i domstol i en av de stater som undertecknat konventionen aldrig kan dömas på nytt för samma gärning, oavsett om han har frikänts eller fällts (punkt 46).

50. Min uppfattning har inte ändrats det minsta sedan dess, men till skillnad från vad som var fallet vid det tillfället, i vilket de särskilda omständigheterna inte diskuterades, måste jag nu uttryckligen ange skälen till att en dom av detta slag utlöser den skyddande verkan av regeln *ne bis in idem.*

1. Bokstavstolkning

51. Ordalydelsen av artikel 54 i konventionen ger inte utrymme för diskussion, för sedan det hänvisats till en lagakraftägande dom utan att innebörden av utgången nämnts, innehåller denna bestämmelse ett förbud mot framtida åtal, varvid görs den nyanseringen att, "vid fällande dom" [23] krävs att straffet verkställts eller inte kan verkställas för att regeln skall bli tillämplig. Denna precisering skulle vara överflödig om principen endast var tillämplig om påföljd ådömts.

52. Denna uppfattning kom till uttryck i domen i målet Miraglia, om än underförstått, eftersom denna frågeställning inte heller i denna dom behandlades direkt. Domstolen betonade att en prövning "i sak" skall ha skett (punkt 30) och avfärdade att artikel 54 i konventionen är tillämplig när målet förklaras vara avslutat på grund av att ett annat mål inletts i en annan medlemsstat (punkt 35). Det avgörande är huruvida *ius puniendi* tillämpats vid en bedömning av samtliga föreliggande omständigheter, varvid domslutet saknar relevans (jag kommer att utveckla dessa tankar längre fram).

23 — Liknande uttryck förekommer i andra språkversioner, exempelvis: *en cas de condamnation* (franska), *im Fall einer Verurteilung* (tyska), *if a penalty has been imposed* (engelska) och *in caso di condanna* (italienska).

53. Innehållet i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna [24] ger stöd för denna uppfattning. I artikel 50 förbjuds en senare prövning om den berörde har "blivit frikänd eller dömd" [25] genom en lagakraftägande dom.

54. Dessa argument innebär att en sådan tolkning som den som den österrikiska regeringen har redogjort för i punkt 37 i sitt skriftliga yttrande är utesluten, vilken tolkning den också förkastar. Inom ramen för Schengen skulle uppfattningen att *ne bis in idem* kräver att det fastställs att den misstänkte är skyldig, oavsett om denne döms till straff, strida mot syftet med artikel 54 i konventionen, och dessutom skulle dess räckvidd omotiverat begränsas genom att utesluta frikännande på grund av bristande bevisning. [26]

55. En liknande motsägelse kan noteras i den spanska regeringens ståndpunkt som, förutom att den är motstridig, [27] är felaktig,

24 — EGT C 364, 2000, s. 1.

25 — Med samma obestridlighet uttalas i Internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter av den 19 december 1966 (artikel 14.7), protokoll nr 7 till Den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (artikel 4.1) och Romstadgan för Internationella brottmålsdomstolen (artikel 20.1).

26 — Maximen blir tillämplig när, trots att den misstänkte är skyldig, gärningen inte leder till fällande dom (skäl för frikännande, avsaknad av objektiva förutsättningar för straffbarhet eller åtalbarhet), men blir inte tillämplig om det förhållandet att straff inte dömts ut beror på bedömningen av en åtalsfrihets- eller ansvarsfrihetsgrund.

27 — I punkt 31 i sin inlaga har den hävdat att uttrycket "vid fällande dom" visar på att artikel 54 i konventionen utesluter frikännande domar, varvid bortses från att huvudregeln i bestämmelsen framgår av frasen "[e]n person beträffande vilken fråga om ansvar prövats genom lagakraftägande dom".

eftersom den hänför grunden för *ne bis in idem* till proportionalitetsprincipen och kräver en reaktion som motsvarar brottets allvar. [28]

2. Teleologisk tolkning

a) *Ne bis in idem* i Schengen

56. Det är andra principer som ligger till grund för denna princip: rättssäkerhetsprincipen och skälighetsprincipen. Den som begår ett brott skall kunna lita på att han inte behöver frukta ytterligare påföljder när straffet väl är avtjänat. Vid frikännande skall nämnda person kunna vara säker på att det inte väcks nytt åtal mot honom (punkt 49 i förslaget till avgörande i målet Gözütock och Brügge och punkt 19 i förslaget till avgörande i målet Van Esbroeck).

57. Regeln *ne bis in idem* utgör en grundläggande rättighet för medborgarna som är knuten till ett vederbörligt rättsligt förfarande och en opartisk rättegång. Dessutom utgör den ett strukturellt krav i rättssystemet som hämtar sin legalitet i principen om iakttagande av domens laga kraft (punkt 21 i förslaget till avgörande i målet Van Esbroeck).

58. När man vid flera samtidiga straff gör en proportionalitetsbedömning för att vid straffbestämningen beakta tidigare straff för en anpassning av straffet, aktualiseras den så kallade *Anrechnungsprinzip* eller "beaktandeprincipen" [29], vilken princip inte skall sammanblandas med *ne bis in idem,* även om den utgör ett komplement till den. Artikel 54 i konventionen innehåller inte någon formell regel med en mildrande funktion för att straffet skall bli proportionerligt när en person döms upprepade gånger för samma beteende, utan en väsentlig garanti som hindrar en andra dom i ärendet (*Erledigungsprinzip* eller "principen att förfarandet är uttömmande"). [30]

59. I Schengenregelverket, som syftar till att förstärka integrationen för Europas folk och därvid utveckla unionen till ett område med frihet, säkerhet och rättvisa, har principen *ne bis in idem* dessutom samband med rätten

28 — Om frågan drevs in absurdum skulle den ge möjlighet till en senare prövning, inte endast när den tilltalade förklaras oskyldig till brott utan även när det första straffet inte överensstämmer med den bedömning av gärningens allvar som görs i en annan medlemsstat, varvid det skulle finnas möjlighet till ett "tilläggsstraff" för att bringa straffet och den sociala förebråelsen i jämvikt, varigenom överhögheten på detta område, vilken ingen förnekar, skulle påverkas i högre grad av utländska myndigheters ensidiga agerande än av en fritt godtagen internationell överenskommelse.

29 — Artikel 56 i konventionen avspeglar denna uppfattning. I denna åläggs medlemsstaterna en skyldighet att "ta hänsyn till" tidigare straff om, med stöd av artikel 55, de förklarat sig icke bundna av artikel 54 och väcker åtal mot personer beträffande vilka fråga om ansvar prövats genom lagakraftägande dom av en annan avtalsslutande part.

30 — Jag använde motsvarande termer i mitt förslag till avgörande av den 11 februari 2003 i mål C-213/00 P, Italcementi mot kommissionen (punkterna 96 och 97), och i mål C-217/00 P, Buzzi Unicem mot kommissionen (punkterna 178 och 179), som förenades med fyra andra mål inför dom av den 7 januari 2004 (REG 2004, s. I-123). Se fotnot 19 i förslaget till avgörande i målet Gözütock och Brügge.

till fri rörlighet.[31] Det gradvisa avskaffandet av gränskontroller, som är en oundviklig etapp mot detta gemenskapsområde, är inte utan risker, eftersom det främjar dem som drar nytta av minskningen av övervakningen för att utvidga sin olagliga verksamhet, vilket gör en ökning av polisiärt och rättsligt samarbete oundviklig. Denna ökning måste ske utan att de rättigheter som inte kan sättas ur spel i ett demokratiskt rättssamhälle åsidosätts.

60. I ett multinationellt sammanhang krävs, såsom jag redan har anfört, mer samarbete men också att domstolsbeslut i andra länder erkänns i större utsträckning.

b) Ömsesidigt förtroende

61. Principen *ne bis in idem* syftar till[32] rättslig stabilitet så att myndighetsavgöranden, när de väl vunnit laga kraft, inte kan ifrågasättas i oändlighet. Sedan ett åtal prövats i en medlemsstat, kan övriga medlemsstater inte bortse från detta faktum. Integrationen förutsätter samarbete, och sådant är osannolikt utan ömsesidigt förtroende för de respektive rättssystemen och utan erkännande av avgöranden som antagits i ett riktigt "gemensamt hem" av grundläggande rättigheter.[33]

62. Även när en stat inte behandlar ett ämne på samma eller liknande sätt som en annan stat, blir resultaten jämförbara eftersom de avspeglar likadana värden och principer. Man måste ha tilltro till att reglerna hos parterna i ett så ambitiöst projekt som Europeiska unionen är lämpliga och att de tillämpas rätt, och därför acceptera konsekvenserna av dessa, trots att de leder till olika resultat.[34] Denna uppfattning innebär att konsekvenserna skall godtas, och principen *ne bis in idem* är en följd av detta.

63. Sammanfattningsvis är det så att, om en medlemsstat dömer gärningsmannen eller medgärningsmännen för ett brott,[35] dom-

31 — Denna uppfattning framskymtar i punkt 38 i domen i målet Gözütok och Brügge och punkt 32 i domen i målet Miraglia.

32 — Detta hävdade jag i punkt 199 och följande punkter i mitt förslag till avgörande i målet Gözütok och Brügge.

33 — I "Åtgärdsprogram för genomförande av principen om ömsesidigt erkännande av domar i brottmål" (EGT C 12, 2001, s. 10) betecknas *ne bis in idem* som ett av de lämpliga instrumenten för att uppnå ett sådant mål (s. 12). Liknande ordalag används i kommissionens meddelande till rådet och Europaparlamentet om ömsesidigt erkännande av domar i brottmål och stärkandet av det ömsesidiga förtroendet mellan medlemsstaterna (KOM(2005) 195 slutlig, s. 4).

34 — Punkt 33 i domen i målet Gözütok och Brügge och punkt 30 i domen i målet Van Esbroeck.

35 — Jag föreslog detta synsätt i punkt 119 i förslaget till avgörande i målet Gözütok och Brügge, och lade därvid betoningen på det förhållandet att staten gör ett slutgiltigt ställningstagande, vare sig detta görs av en domstol som fullgör sin dömande funktion, en utredningsdomare i dennes utredande funktion eller en åklagare som genomför det förfarande som syftar till att lagföra brottsliga gärningar.

stolarna i de andra medlemsstaterna skall avhålla sig från att göra en ny prövning, oavsett domslutets innebörd, [36] fällande eller friande, eftersom *ius puniendi* kommer till uttryck i båda fallen.

3. De olika möjliga domsluten

64. Vid fällande dom uppkommer inget tvivel. Detta gäller inte bara sådana domar i strikt betydelse utan även förfaranden som medför att åtal inte längre kan väckas på grund av att den brottsmisstänkte uppfyllt de skyldigheter som åklagaren krävt (domen i målet Gözütok och Brügge).

65. Vid en frikännande dom föreligger hinder mot ny rättegång, under förutsättning att det statliga monopolet att beivra brott satts i gång och det gjorts en prövning "i sak". [37] Detta uttryck, som myntades i domen i målet Miraglia, innefattar olika fall, beroende på skälen för beslutet, några som har med den misstänkte att göra och några som är att hänföra till yttre orsaker. Bland dem som har med den misstänkte att göra finns de som leder till frikännande på grund av att nödvändiga förutsättningar för att vara tilltalad inte är uppfyllda (åtalsfrihets- eller/och ansvarsfrihetsgrunder, såsom underårighet och psykisk störning). De yttre avser objektiva situationer där det inte är möjligt att kräva något annat beteende (ansvarsfrihetsgrunder: nödvärn, nöd eller tillåten nödvärnsexcess) eller där den misstänkte saknar vissa egenskaper som föreskrivs i straffbestämmelsen (omständigheter att hänföra till gärningsmannen) samt omständigheter som har med det förhållandet att en viss tid har förlöpt att göra [38], och med de faktiska omständigheterna i sig.

66. Sistnämnda grupp omfattar tre slags frikännanden, nämligen att 1) gärningen inte utgör ett brott, 2) den tilltalade inte har begått gärningen och 3) det inte har styrkts att den tilltalade begått gärningen. [39] Förevarande begäran om förhandsavgörande är att hänföra till denna tredje grupp.

4. Särskilt avseende frikännande på grund av bristande bevisning

67. Ett domslut av detta slag innefattar en prövning i sak eller innebär, med andra ord, ett beslut beträffande en gärning i förhål-

36 — Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna uttalade i avvisningsbeslut av den 3 oktober 2002 i mål nr 48154/99, Zigarella mot Italien, att garantin *ne bis in idem* är tillämplig oberoende av utgången. I en mer nyligen meddelad dom, av den 15 mars 2005 i mål nr 70982/01, Horciag mot Rumänien, upprepades denna uppfattning.

37 — I den i fotnot 6 i detta förslag till avgörande nämnda grönboken frågar sig kommissionen (fråga 18) huruvida saken måste prövas för att verkan av *ne bis in idem* skall uppkomma (s. 12).

38 — I mål C-467/04, dom av den 28 september 2006, REG 2006, s. I-9199, Gasparini, skall en tolkningsfråga som ställts av Audiencia Provincial de Málaga, i egenskap av brottmålsdomstol i första instans, besvaras av domstolen beträffande frikännande på grund AV preskription.

39 — Man skulle kunna tala om "bevisning för oskuld" och "avsaknad av bevisning för skuld", om det inte vore för att det finns en oskyldighetspresumtion. Denna nyans skall inte föraktas och den är relevant för denna fråga från Rechtbank 's-Hertogenbosch.

lande till en misstänkt varmed statens *ius puniendi* uttöms.

68. Principen *ne bis in idem* utgör hinder för såväl nytt straff som nytt åtal och ny anklagelse. I artikel 54 i konventionen används det första substantivet medan det andra används i artikel 50 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna. Domen i målet Gözütock och Brügge är fullkomligt klar när domstolen i denna understryker att nämnda artikel 54 "har till syfte att säkerställa att en person inte kan *åtalas* för samma gärning i flera medlemsstater" (punkt 38). I domarna i målen Miraglia och Van Esbroeck vidhölls denna tolkning (punkterna 32 respektive 33), som inte är resultatet av en nyck eftersom nämnda princip, såsom jag har anfört, syftar till saklighet och rättssäkerhet och har samband med rätten till opartisk rättegång. Den skyddar dessutom personens värdighet mot omänsklig eller förnedrande behandling då ju bruket att bestraffa samma överträdelse flera gånger måste ges en sådan beteckning. [40]

69. Ett straffrättsligt förfarande innebär i sig en nödvändig belastning för den som på grund av rationella indicier anses misstänkt för en straffbar gärning. Om domstolarna emellertid slutligt anser att åtalet inte styrkts, finns det inget som tillåter att det tas upp på nytt, inte ens om det framkommer nya omständigheter som styrker ansvaret.

70. Denna följd härrör inte från ett relativt kriterium, såsom *in dubio pro reo,* som tillämpas vid bevisvärderingen, [41] utan från en grundläggande rätt till skydd för medborgaren gentemot myndigheterna som tillåter frikännande endast om, ifall alla garantier uppfyllts och lämpliga krav på bevisningen ställts, åklagaren inte lyckats bryta oskuldspresumtionen.

71. Det är inte lämpligt att besvära den som har förklarats oskyldig, [42] oavsett om det konstaterats att personen är oskyldig eller om utgången följer av nämnda grundläggande garanti för individen, vilken är gemensam för medlemsstaternas konstitutionella traditioner och har tagits med i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (artikel 48.1), förutom att den fastslås i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna samt uppställs som en allmän gemenskapsrättslig princip i enlighet med artikel 6.2 EU.

40 — Jag betonade detta särdrag i fotnot 10 i förslaget till avgörande i målet Van Esbroeck.

41 — Om det råder något tvivel omkring huruvida de subjektiva och objektiva rekvisiten är uppfyllda måste vågen väga över mot ett frikännande.

42 — Republiken Greklands initiativ inför antagandet av rådets rambeslut om tillämpning av *ne bis in idem*-principen (EUT C 100, 2003, s. 24) syftade till att utvidga dess tillämpningsområde till fall där någon frikänts (artikel 2.1).

72. Sammanfattningsvis instämmer jag med kommissionen och de medlemsstater som har yttrat sig, med undantag för Spanien, i att en person som frikänts på grund av att åtalet inte styrkts skall anses som en person "beträffande vilken fråga om ansvar prövats" i den mening som avses i artikel 54 i konventionen.[43]

73. Ingen ifrågasätter, inte heller den spanska regeringen, att *ne bis in idem* gäller i ett sådant fall i en nationell rättsordning, och det borde därför inte råda något tvivel om att detsamma gäller inom en överstatlig ram som den för Europeiska unionen, såvida man inte intar en småaktig och återhållsam inställning, varigenom två grundprinciper i detta gemensamma område förnekas, nämligen det ömsesidiga förtroendet, med ömsesidigt accepterande av domstolsavgöranden, och iakttagandet av medborgarnas grundläggande rättigheter.

B — *Begreppet idem: "samma gärning" (den första frågan)*

74. I domen i målet Van Esbroeck behandlas denna fråga och gjordes den tolkningen att artikel 54 i konventionen kräver att sakförhållandena är desamma i den meningen att de består av en rad sinsemellan oskiljaktiga omständigheter, oberoende av deras rättsliga klassificering och det intresse som skyddas av de straffrättsliga bestämmelserna.[44] Därefter tilläggs att införsel och utförsel av ett parti narkotika, vilket är straffbart i olika länder som omfattas av Schengenregelverket, inte skall anses utgöra samma gärning, även om den slutgiltiga bedömningen ankommer på de nationella domstolarna.

75. Detta synsätt överensstämmer med vad jag förespråkade i mitt förslag till avgörande av den 20 oktober 2005 beträffande begreppets rent faktiska innebörd (punkterna 41–49), beträffande dess tillämpning på en transport av en viss kvantitet av drogen från en konventionsstat till en annan (punkterna 50–52) samt beträffande tolkningen av artikel 71 i konventionen och Förenta nationernas överenskommelser på olika områden (punkterna 53–58).

76. Även om jag så här långt kommen i min bedömning känner mig frestad att sluta här, talar de särskilda omständigheterna i förevarande mål för att jag skall ta ett ytterligare steg och göra några kompletterande reflek-

43 — I denna doktrin ifrågasätts inte att ett lagakraftvunnet frikännande innebär en dom i den mening som avses i artikel 54 i konventionen (Dannecker, G., "La garantía del principio *ne bis in idem* en Europa", i *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, del I, Madrid 2004, s. 171).

44 — I förslaget till avgörande i målet Gözütok och Brügge (punkterna 48 och 56) nämnde jag helt kort de rättsliga värden och intressen som skyddas av straffbestämmelsen, men detta påstående skall inte tas ur sitt sammanhang för att dra förhastade slutsatser och för att jag skall bli en anförare av en uppfattning som jag avfärdade uttryckligen i förslaget till avgörande i målet Van Esbroeck. I det första förslaget till avgörande hänförde jag mig till värden för att hävda den internationella dimensionen av *ne bis in idem*, men jag lät framskymta att inom Europeiska unionen och Schengenområdet saknar de relevans eftersom alla inblandade parter delar dem (punkt 55 *in fine*).

tioner beträffande *idem* utan att ge mig in på den hänskjutande domstolens uppgift, på vilken det ankommer att utreda huruvida den gärning på grund av vilken ett mål anhängiggörs är samma gärning som i ett annat förfarande.

77. Denna sistnämnda precisering innebär att den spanska regeringen har rätt, enligt vilken det inte finns skäl att beakta den andra delen av den första frågan (den inom parentes) mot bakgrund av att den kräver en fördjupning i de faktiska omständigheterna, vilken domstolen är förhindrad att göra.

1. *Idem* med avseende på händelseförloppet

78. I domen i målet Van Esbroeck hänvisas till "en rad konkreta sinsemellan oskiljaktiga omständigheter" (punkt 36). Detta uttrycksätt döljer två aspekter vad gäller händelseförloppet.

79. För det första måste platsen och tidpunkten beaktas så att, om tiden och platsen är desamma, händelseförloppet inte kan delas upp i konstgjort isolerade delar.

80. För det andra måste gärningsmannens psykiska samband med sitt eget agerande beaktas, utan att de faktiska förhållandena frångås.

81. Samma tidpunkt, samma plats men också samma uppsåt.

82. Man måste se på dessa tre parametrar för att kontrollera den likhet som krävs enligt principen *ne bis in idem,* men det krävs naturligtvis inte att de skall sammanfalla. Platsen kan ändras, såsom i målet Van Esbroeck, i vilket en kvantitet förbjudna substanser transporterades från en medlemsstat till en annan, utan att gärningen ändrades. Den brottsliga gärningen kan förlängas och delas upp i olika delar men beträffande straffet vara densamma. [45] Slutligen finns det inget som hindrar att gärningsmannens uppsåt ibland ändras och att gärningen trots detta förblir oförändrad.

2. Gärningsmännen: förekomsten av och ödet för andra inblandade

83. *Ne bis in idem,* en personlig garanti, innebär ett förbud mot dubbla domar för

45 — Det agerande som Van Straaten, som transporterade en kvantitet heroin från Italien till Nederländerna där han avyttrade en del, gjort sig skyldig till innefattar dessa parametrar.

samma gärning. Därvid krävs förutom att händelseförloppet är detsamma att gärningsmannen också är det, men det är tillräckligt att en persons ansvar prövats för att han inte skall besväras på nytt.

84. Andra personers medverkan, möjligheten att sammansättningen av dessa personer förändras under brottet och utgången för dessa vid en lagföring har följaktligen accessorisk karaktär.

85. Detta innebär att den i detta förfarande omtvistade principen är tillämplig endast beträffande den som åtalats en första gång, och tillämpligheten påverkas inte av att andra personer deltagit och att sammansättningen av dessa personer har förändrats under genomförandet av brottet.

VII — Förslag till avgörande

86. Mot bakgrund av vad som anförts ovan föreslår jag att domstolen besvarar de av Rechtbank 's-Hertogenbosch ställda frågorna enligt följande:

1) Fråga om ansvar har prövats beträffande en person i den mening som avses i artikel 54 i konventionen om tillämpning av Schengenavtalet, om den tilltalade frikänns efter en bevisprövning på grund av att åtalet inte styrkts.

2) För att bedöma huruvida gärningarna är desamma är det nödvändigt att:

— beakta sakförhållandena i de åtalade gärningarna i de två målen med bortseende från deras rättsliga klassificering och de rättigheter och intressen som skyddas genom att de straffbeläggs i de avtalsslutande staternas rättsordningar eller i dem som regleras i Schengenregelverket, och

— uppfatta "gärning" som en rad sinsemellan oskiljaktiga omständigheter, varvid skall beaktas huruvida tidpunkten och platsen samt gärningsmannens uppsåt är desamma, emedan det saknar relevans att den som omfattas av garantin *ne bis in idem* är aktuell med olika medtilltalade i de två rättegångarna.

3) Den nationella domstolen skall i överensstämmelse med ovannämnda kriterier pröva om innehav av ett parti heroin i Italien, transport av partiet till Nederländerna och innehav, helt eller delvis, i sistnämnda stat utgör samma gärning.