FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

fremsat den 8. april 2008 [1]

I — Indledning

1. I de seneste fem år har Domstolen tydeliggjort de uklare konturer af princippet ne bis in idem gennem en retspraksis [2], hvis almene sigte ikke er blevet overskygget af de konkrete omstændigheder i de påkendte sager, og som jeg er beæret over at have bidraget til [3].

2. Ligesom når man betragter et maleri, skal man træde tilbage fra det betragtede for at få et korrekt helhedsindtryk, da man ellers løber en risiko for, at nethinden kun opfanger streger, tekstur og farveflader, uden at det lykkes at forstå værkets samlede betydning.

3. Dette kan undertiden vise sig at være særdeles vanskeligt, som det er tilfældet i den foreliggende sag, der til dels er indledt som følge af den paradoksale handlemåde, der består i, at en person forsøger at sikre sin egen velfærd ved at påberåbe sig sin egen dødsdom [4], som er blevet afsagt 47 år tidligere, for derved at bringe princippet ne bis in idem i anvendelse. Dette afspejler såvel juraens storhed som dens elendighed.

II — Retsforskrifter

A — *Schengenreglerne*

4. Dette regelsæt omfatter:

a) den aftale, som blev undertegnet i den luxembourgske by af samme navn den 14. juni 1985 af de stater, der udgør Den

1 — Originalsprog: spansk.

2 — Domstolen har behandlet dette princip ved syv lejligheder: ved dom af 11.2.2003, forenede sager C-187/01 og C-385/01, Gözütok og Brügge, Sml. I, s. 1345, af 10.3.2005, sag C-469/03, Miraglia, Sml. I, s. 2009, af 9.3.2006. sag C-436/04, van Esbroek, Sml. I, s. 2333, af 28.9.2006, sag C-150/05, van Straaten, Sml. I, s. 9327, af 28.9.2006, sag C-467/04, Gasparini m.fl., Sml. I, s. 9199, af 18.7.2007, sag C-288/05, Kretzinger, Sml. I, s. 6441, og af 18.7.2007, sag C-367/05, Kraaijenbrink, Sml. I, s. 6619.

3 — I sagerne Gözütok og Brügge, van Esbroek og van Straaten fremsatte jeg forslag til afgørelse henholdsvis den 19.9.2002, den 20.10.2005 og den 8.6.2006. I de øvrige sager, undtagen Miraglia-sagen, hvor der ikke blev fremsat forslag til afgørelse, fremsatte generaladvokat Sharpston forslag til afgørelse den 15.6.2006 i Gasparini-sagen og den 5.12.2006 i sagerne Kretzinger og Kraaijenbrink.

4 — F. Nietzsche viser i *Afgudernes ragnarok (El crepúsculo de los ídolos,* Alianza Editorial, Madrid, 2006, s. 34), på baggrund af viljen til overlevelse, menneskets evne til at udnytte modgang i Sentenser og udfald, aforisme 8, hvor han refererer til livets krigsskole og skriver, at »det, som ikke slår mig ihjel, gør mig stærkere«. En mere munter version leveres med det spanske mundheld: »Hvis det ikke slår ihjel, feder det.«

Økonomiske Union Benelux, Forbundsrepublikken Tyskland og Den Franske Republik, om gradvis ophævelse af kontrollen ved de fælles grænser [5]

b) konventionen om gennemførelse af denne aftale, undertegnet den 19. juni 1990 [6] (herefter »konventionen«), som fastsætter samarbejdsforanstaltninger for at tage højde for, at denne kontrol ikke længere finder sted

c) protokoller og tiltrædelsesdokumenter for andre medlemsstater, erklæringer og retsakter vedtaget af den eksekutivkomité, der er nedsat ved konventionen, samt retsakter vedtaget af de organer, som eksekutivkomitéen har overdraget beslutningskompetence [7].

5. Ved den protokol (nr. 2), der er knyttet som bilag til traktaten om Den Europæiske Union og til traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab (herefter »protokollen«), er disse retsregler integreret i Unionen. I henhold til protokollens artikel 2, stk. 1, første afsnit, er Schengenreglerne gældende for de 13 medlemsstater, der er nævnt i artikel 1 [8], fra datoen for Amsterdamtraktatens ikrafttræden (den 1.5.1999).

6. Rådets afgørelse 2007/801/EF af 6. december 2007 [9] udvidede Schengenreglernes geografiske anvendelsesområde betydeligt, idet det herved erklæredes, at de finder fuld anvendelse i Den Tjekkiske Republik, Republikken Estland, Republikken Letland, Republikken Litauen, Republikken Ungarn, Republikken Malta, Republikken Polen, Republikken Slovenien og Den Slovakiske Republik.

7. Det Forenede Kongerige [10] og Republikken Irland [11] har valgt ikke at deltage fuldt ud i dette fælles samarbejde, men kun på visse punkter.

5 — EFT 2000 L 239, s. 13.
6 — EFT 2000 L 239, s. 19.
7 — EFT 2000 L 239, s. 63 ff.

8 — Kongeriget Belgien, Forbundsrepublikken Tyskland, Den Hellenske Republik, Kongeriget Spanien, Den Franske Republik, Storhertugdømmet Luxembourg, Republikken Østrig, Den Portugisiske Republik, Den Italienske Republik, Republikken Finland, Kongeriget Nederlandene, Kongeriget Sverige og Kongeriget Danmark, idet sidstnævnte har en særstilling og kan undlade at gennemføre de afgørelser, som vedtages inden for området.
9 — EUT L 323, s. 34-39.
10 — Rådets afgørelse 2000/365/EF af 29.5.2000 (EFT L 131, s. 43) og 2004/926/EF af 22.12.2004 om iværksættelse af nogle af Schengenreglerne i Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland.
11 — Dennes anmodning blev besvaret ved Rådets afgørelse 2002/192/EF af 28.2.2002 (EFT L 64, s. 20).

8. Republikken Cypern [12], Republikken Bulgarien og Republikken Rumænien [13] har været bundet af nævnte regelsæt siden deres tiltrædelse af Den Europæiske Union, men Rådets mellemkomst er fornøden med henblik på at efterprøve, at de nødvendige betingelser for dets anvendelse er opfyldt.

9. Blandt de lande, som ikke er medlemmer af Den Europæiske Union, deltager Republikken Island og Kongeriget Norge i henhold til protokollens artikel 6 i gennemførelsen og den videre udvikling af Schengenreglerne, som har været gældende i disse lande siden den 25. marts 2001 [14]. Endvidere findes der en aftale med Schweiz om associering i gennemførelsen, anvendelsen og udviklingen af Schengenreglerne [15], som sandsynligvis vil blive tiltrådt af Fyrstendømmet Liechtenstein ifølge et forslag til Rådets afgørelse udarbejdet af Kommissionen [16].

10. Formålet med Schengenreglerne er, som det fremgår af præamblen til protokollen, at fremme den europæiske integration for at sætte Unionen i stand til hurtigere at udvikle sig til et område med frihed, sikkerhed og retfærdighed.

11. I medfør af protokollens artikel 2, stk. 1, andet afsnit, vedtog Rådet den 20. maj 1999 afgørelse 1999/435/EF og 1999/436/EF om definition af Schengenreglerne med henblik på, i overensstemmelse med de relevante bestemmelser i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab og traktaten om Den Europæiske Union, at fastsætte retsgrundlaget for de bestemmelser og afgørelser, der udgør Schengenreglerne [17].

B — *Særligt om princippet ne bis in idem*

12. Konventionens afsnit III, som har overskriften »Politi og sikkerhed«, indledes med et kapitel om »Politisamarbejde« (artikel 39-47) og fortsætter med et kapitel, der omhandler »Gensidig retshjælp i straffesager« (artikel 48-53).

12 — Artikel 3, stk. 2, i akten vedrørende tiltrædelsesvilkårene (EUT 2003 L 236, s. 50-52).

13 — Artikel 4, stk. 2, i akten vedrørende tiltrædelsesvilkårene (EUT 2005 L 157, s. 203-375).

14 — Den 19.12.1996 undertegnede de 13 daværende medlemsstater af Den Europæiske Union, der havde undertegnet Schengenaftalerne, og de nævnte nordiske lande i Luxembourg en ad hoc-aftale, som blev efterfulgt af en aftale indgået den 18.5.1999 mellem Rådet for Den Europæiske Union og Republikken Island og Kongeriget Norge om disse to staters associering i gennemførelsen, anvendelsen og udviklingen af Schengenreglerne (EFT L 176, s. 36). I henhold til artikel 15, stk. 4, i denne aftale skulle Rådet fastsætte datoen, fra hvilken bestemmelserne skulle have virkning for de nye kontraherende parter. Dette skete med Rådets afgørelse 2000/777/EF af 1.12.2000 (EFT L 309, s. 24), hvori den 25.3.2001 blev fastsat som den generelle dato (artikel 1).

15 — Godkendt ved Rådets afgørelse 2004/860/EF (EUT L 370, s. 78 og 79).

16 — KOM(2006) 752 endelig udg. af 1.12.2006.

17 — EFT L 176, henholdsvis s. 1 og s. 17.

13. Konventionens kapitel 3, der har overskriften »Straffedommes negative retsvirkninger (ne bis in idem)«, består af artikel 54-58, hvis retsgrundlag ifølge artikel 2 i nævnte afgørelse 1999/436 og dennes bilag A er artikel 34 EU og 31 EU.

14. Artikel 54 bestemmer:

»En person, over for hvem der er afsagt endelig dom af en kontraherende part, kan ikke retsforfølges af en anden kontraherende part for de samme strafbare handlinger, dersom sanktionen, i tilfælde af domfældelse, er fuldbyrdet, er ved at blive fuldbyrdet eller ikke længere kan kræves fuldbyrdet efter den dømmende kontraherende parts lovgivning.«

C — *Fransk ret*

15. Jeg deler de betragtninger, som visse af procesdeltagerne [18] er fremkommet med under sagen, om knapheden af de oplysninger, som forelæggelsesafgørelsen indeholder vedrørende det præcise indhold af de franske bestemmelser, som finder anvendelse [19].

16. Hvorom alting er, kunne en person, der var dømt in absentia, i henhold til artikel 120 i den franske militære straffelov [20] inden for fem dage fra forkyndelsen af dommen gøre indsigelse mod denne, og såfremt der ikke var sikkerhed for, at der var sket forkyndelse — hvilket i øvrigt er sædvanligt i udeblivelsessager — kunne der i henhold til samme artikel 120 gøres indsigelse mod dommen, indtil forældelsesfristen for sanktionen udløb.

17. I den franske lov om strafferetspleje [21] er der fastsat en frist for forældelse af sanktionen på 20 år, at regne fra det tidspunkt, hvor sanktionen blev pålagt [22].

18. Disse regler indebærer, læst i sammenhæng, at en dom afsagt in absentia, som ikke med sikkerhed er blevet forkyndt for den pågældende [23], bliver endelig [24], når der er forløbet 20 år efter dens afsigelse, idet bemærkes, at forældelsesfristen i den foreliggende sag falder sammen med fristen for at begære sagen genoptaget [25].

18 — Særligt den ungarske regering i punkt 8 i dennes skriftlige indlæg.

19 — Dersom Frankrig og Tyskland havde deltaget i sagen, hvilket desværre ikke er tilfældet, ville visse lakuner kunne være afhjulpet.

20 — Denne lov er i dag ophævet, men den finder *ratione temporis* anvendelse på tvisten i hovedsagen, i sin affattelse af 1958, der er baseret på en lov af 9.3.1928.

21 — Artikel 133.2 i den gældende lov og artikel 639, 640 og 763 i den lov, som var gældende på tidspunktet for drabet.

22 — Den Portugisiske Republik har i punkt 27 i sit skriftlige indlæg henvist til artikel 639 i den franske lov om strafferetspleje, hvoraf fremgår, at forældelsesfristen for sanktionen begynder at løbe forud for anholdelsen af den udeblevne: »hvis den udeblevne melder sig til politiet eller bliver anholdt, før straffen bortfalder på grund af forældelse […]«.

23 — I det foreliggende tilfælde er der ikke sikkerhed for, at dommen er blevet forkyndt for den dømte.

24 — Den franske term herfor er »irrévocabilité«, som er udtryk for, at en retsafgørelse i formel forstand er endelig.

25 — Dette fremgår af den rapport, som er udarbejdet af anklagemyndigheden ved tribunal aux armées de Paris, som jeg refererer nærmere til nedenfor.

III — De faktiske omstændigheder, tvisten i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål

19. Den 26. januar 1961 blev Klaus Bourquain, tysk statsborger og soldat i Fremmedlegionen [26], in absentia dømt skyldig i manddrab og idømt dødsstraf ved Tribunal permanent des forces armées de la zone est constantinoise i Bône [27].

20. Denne militærdomstol fandt det i henhold til den dagældende franske straffelov bevist, at Klaus Bourquain den 4. maj 1960, da han var i færd med at desertere ved grænsen mellem Algeriet og Tunesien, i provinsen El Tarf [28], skød og dræbte en anden soldat i Fremmedlegionen, der også var tysk statsborger, og som forsøgte at forhindre ham i at flygte.

21. Den dømte gav aldrig møde for retten, idet han var flygtet til Den Tyske Demokratiske Republik; sanktionen blev ikke fuldbyrdet, men hans formue blev beslaglagt for at sikre betalingen af sagsomkostningerne.

22. Efter denne dom er der hverken i Frankrig eller Algeriet taget skridt til strafforfølgning af Klaus Bourquain, mens dette er sket i Forbundsrepublikken Tyskland, hvis myndigheder i 1962 udstedte en arrestordre rettet til Den Tyske Demokratiske Republik, som imidlertid afviste denne.

23. I 2002 indledte Staatsanwaltschaft Regensburg retslige skridt over for Klaus Bourquain med henblik på at retsforfølge denne i Tyskland for de samme strafbare handlinger.

24. Men på dette tidspunkt kunne den sanktion, Klaus Bourquain var blevet pålagt ved dommen af 26. januar 1961, ikke fuldbyrdes i Frankrig, eftersom (1) dette land i

26 — Dette elitekorps i det franske militær blev skabt i 1831 af kong Louis-Philippe I, og bortset fra indsatsen i Algierkrigen blev et af de mest berømte kapitler i dets historie skrevet i Mexico den 30.4.1863, med slaget ved Camarón, hvor omkring 65 soldater under ledelse af Jean Danjou gennem ti lange timer modstod et angreb fra tusinder af soldater fra den mexicanske hær, en historisk episode, som med stor akkuratesse er beskrevet af J. Mañes i *El Mito de Camerone*, 2. udg., Hergué Editorial, Huelva, 2005.

27 — I dag Annaba, en by i Algeriet, der i antikken var kendt som Hippo, hvor Augustin var biskop fra 396 til 430.

28 — Uanset den uigennemtrængelige barriere mellem virkelighed og fiktion bringer omstændighederne ved denne triste hændelse tankerne hen på A. Camus' værk, *Den fremmede* (*El Extranjero*, Alianza Editorial, Madrid, 2003). Denne modtager af Nobels litteraturpris, der var født i Algeriet, beretter med en rendyrket eksistentialisme om Meursaults trængsler i Algeriet, en person, der udviser fuldkommen ligegyldighed over for sin mors død og over for muligheden for at indgå ægteskab, en apati, der får ham til at affyre sin revolver mod »araberen«, blot fordi han er blevet blændet af sollysets genskin i dennes knivsblad, og som fortsætter under den retssag, der ender med, at han bliver dømt til døden, idet han til tilhørernes morskab erklærer, at den eneste bevæggrund til hans handling var solstrålen.

1968 havde givet amnesti [29] for strafbare handlinger begået af soldater i den franske hær under krigsbegivenhederne i Algeriet, (2) der indtrådte forældelse af sanktionen i 1981, og (3) dødsstraffen blev afskaffet [30] samme år.

25. På denne baggrund indhentede Landgericht Regensburg et responsum fra Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (herefter »Max-Planck-Instituttet«), som fandt, at udeblivelsesdommen, på trods af at den ikke umiddelbart kunne fuldbyrdes på grund af særegenheder i fransk ret, havde formel og materiel retskraft, hvilket var til hinder for, at der kunne indledes en ny straffesag.

26. Desuden anmodede nævnte retsinstans i henhold til konventionens artikel 57 det franske justitsministerium om at oplyse, hvorvidt dommen af 26. januar 1961 i medfør af konventionens artikel 54 var til hinder for, at der indledtes en ny straffesag i Tyskland.

27. Anklagemyndigheden ved Tribunal aux armes de Paris bekræftede, at dommen havde retskraft, idet den i 1981 blev endelig (»irrévocable«), og at det ikke længere var muligt at fuldbyrde den i Frankrig, fordi sanktionen var forældet, mens konventionens princip om ne bis in idem efter denne myndigheds opfattelse ikke fandt anvendelse i sagen [31].

28. Disse divergerende opfattelser har givet næring til Landgericht Regensburgs tvivl, og denne ret søger med forelæggelsesafgørelsen afklaret, om konventionens artikel 54 kræver, at sanktionen skal have kunnet fuldbyrdes på noget tidspunkt. Som det fremgår af denne rets ræsonnement, indebærer retten til at anmode om, at der indledes en ny straffesag, mens forældelsesfristen løber [32], at sanktionen først kan fuldbyrdes efter udløbet af denne frist, som netop er det tidspunkt, hvor forældelsen af sanktionen indtræder [33].

29. På denne baggrund har Landgericht Regensburg udsat sagen og forelagt Domstolen følgende spørgsmål til præjudiciel afgørelse:

»Gælder forbuddet mod, at en kontraherende part retsforfølger en person for den samme

29 — Lov af 31.7.1968.

30 — Lov nr. 81-908 af 9.10.1981 (JORF af 10.10.1981, s. 2759). For nylig har Den Franske Republik som følge af den reform, som blev indført ved forfatningslov nr. 2007-239 af 23.2.2007 (JORF af 24.2.2007, s. 3355), indføjet ophævelsen af dødsstraffen i artikel 66 i sin forfatning.

31 — Denne opfattelse indebærer en åbenbar selvmodsigelse, eftersom den anden betingelse for, at princippet finder anvendelse - uafhængigt af, om sanktionen er fuldbyrdet eller er ved at blive fuldbyrdet - er, at sanktionen »ikke længere kan kræves fuldbyrdet« efter den dømmende stats lovgivning.

32 — Jeg insisterer på, at der er tale om sideløbende frister.

33 — Det er med fuldt overlæg, at jeg undgår at komme ind på manglende fuldbyrdelse af sanktionen som følge af amnesti, eftersom dette er et aspekt, som det påhviler den nationale ret at tage stilling til, med forbehold af Domstolens kompetence til at afklare dets virkninger inden for rammerne af konventionens artikel 54.

handling, for hvilken personen allerede er blevet retskraftigt dømt i en anden kontraherende stat, hvis den straf, som den pågældende er blevet idømt, aldrig har kunnet fuldbyrdes efter domsstatens lovgivning?«

IV — Retsforhandlingerne for Domstolen

30. Forelæggelsesafgørelsen blev registreret på Domstolens Justitskontor den 21. juni 2007.

31. Klaus Bourquain, Kommissionen og den tjekkiske, den ungarske, den nederlandske og den portugisiske regering har afgivet indlæg inden for den frist, der er fastsat i artikel 23 i EF-statutten for Domstolen.

32. Efter Domstolens almindelige møde den 19. februar 2008 modtog jeg den 27. februar 2008 underretning om, at fristen for at fremsætte anmodning om afholdelse af retsmøde i sagen var udløbet den 25. februar, uden at der var fremsat en sådan anmodning, og sagen er således klar til fremsættelse af forslag til afgørelse.

V — Analyse af det præjudicielle spørgsmål

A — *Indledende bemærkninger om princippet ne bis in idem i Schengenreglerne*

1. Princippets to fremtrædelsesformer

33. Den rækkevidde, som Domstolen har tillagt princippet ne bis in idem, er forskellig, alt efter om det anvendes på konkurrenceområdet [34] eller inden for EU's »tredje søjle«: På begge disse områder har Domstolen henvist til forbuddet mod pålæggelse af dobbelt sanktion, men det er udelukkende på det sidstnævnte område [35], at den har udvidet forbuddet til at omfatte muligheden for at blive retsforfulgt to gange for det samme forhold (*nemo debet bis vexart pro una et eadem causa).*

34 — I dom af 14.12.1972, sag 7/72, Boehringer Mannheim mod Kommissionen, Sml. 1972, s. 323, org.ref.: Rec. s. 1281, blev dette fastslået som et almindeligt fællesskabsretligt princip.

35 — J. Vervaele understreger, i »El principio non bis in idem en Europa«, i *La orden de detención y entrega europea*, L. Arroyo og A. Nieto, Ed. de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006, s. 229, den begrænsede rækkevidde af princippet inden for konkurrenceretten.

34. Fuld anerkendelse af udenlandske straffedomme har været en stor udfordring for fællesskabsretten, og Domstolen har ikke unddraget sig sit ansvar, men har med baggrund i den frie bevægelighed for personer erklæret, at konventionens artikel 54 sikrer personer, over for hvem der er afsagt endelig dom, at de kan udøve denne grundlæggende frihed uden at skulle frygte for nye strafforfølgninger for de allerede pådømte forhold i en anden kontraherende stat [36].

2. Princippets traditionelle grundlag

35. Konventionens artikel 54 er til hinder for, at en person strafforfølges mere end én gang for en bestemt ulovlig adfærd og eventuelt pålægges sanktioner herfor gentagne gange, således at en uacceptabel gentagen udøvelse af straffebeføjelser (*jus puniendi)* [37] undgås.

36. Retssikkerhedsprincippet sikrer den tiltalte i en straffesag, at han ikke vil blive retsforfulgt igen for den samme handling, hvis han først er blevet frikendt, og at han ikke vil blive pålagt nogen sanktion igen, hvis han bliver dømt.

37. Man kan i øvrigt ikke se bort fra billighedsprincippets funktion som grundlag for proportionalitetsprincippet, der forbyder kumulation af sanktioner [38]; eftersom enhver sanktion - ud over resocialisering [39] - har to formål: et repressivt og et præventivt, idet en bestemt adfærd straffes, og andre eventuelle lovovertrædere afskrækkes, skal sanktionen også afveje disse formål og tilvejebringe en passende ligevægt, således at den pågældende handlemåde sanktioneres, og sanktionen samtidig tjener som eksempel.

38. Endelig er princippet ne bis in idem, som et strukturelt krav i retssystemet, tillige legitimeret i hensynet til dommes retskraft.

36 — Henholdsvis præmis 38, 32, 57 og 27 i sagen Gözütok og Brügge, Miraglia-sagen, Van Straaten-sagen og sagen Gasparini m.fl.

37 — Forslaget til afgørelse i sagen Gözütok og Brügge, punkt 48 ff., og Van Esbroek-sagen, punkt 18 ff.

38 — Selv om emnet er prosaisk og ikke indbyder til at blive behandlet litterært, påkalder den opfattelse af princippet, som A. Dumas gengiver i *Impressions de voyage*, Michel Lévy Frères Libraires-Editeurs, París 1855, s. 57, sig opmærksomheden: Han forbinder det i en munter tone blottet for juridisk stringens med vanskeligheden ved at fuldbyrde en sanktion to gange ved beskrivelsen af »kadi«'ens ufejlbarlige metode til at forenkle retshåndhævelsen i Cairo, idet en tyv, når han er fanget, får skåret øret af, således at det i gentagelsestilfælde gælder, at »forholdet ikke kan benægtes, medmindre øret er vokset ud igen, hvilket sjældent sker. Så skærer man det andet af, i medfør af retsgrundsætningen non bis in idem«.

39 — M. Henzelin, »Ne bis in idem, un principe à géométrie variable«, *Revue Pénale Suisse*, bd. 123, 2005, hæfte 4, Stämpfli Editions SA, s. 347.

3. Princippets seneste udvikling

a) Om den gensidige tillid mellem staterne …

39. Dette begreb, som endnu er ret nyt i forbindelse med opbygningen af en europæisk strafferet, ligger til grund for princippet om gensidig anerkendelse [40], som blev indføjet i punkt 33 i konklusionerne fra Det Europæiske Råd i Tammerfors af 16. oktober 1999 [41].

40. I tiende betragtning til Rådets rammeafgørelse 2002/584/RIA af 13. juni 2002 om den europæiske arrestordre og om procedurerne for overgivelse mellem medlemsstaterne [42] forudsættes udtrykkeligt en høj grad af tillid mellem medlemsstaterne.

41. Disse elementer varslede en snarlig afgørelse fra Domstolen, som ved først givne lejlighed [43] fremhævede betydningen af den gensidige tillid som en central betingelse for anvendelsen af konventionens artikel 54, som indebærer, at hver enkelt medlemsstat skal anerkende anvendelsen af den gældende straffelovgivning i de andre medlemsstater, også når dens egen straffelovgivning fører til et andet udfald; med andre ord har den gensidige tillids ratio, anskuet ud fra dens virkninger, præg af utilitarisme, idet den understøtter princippet om gensidig anerkendelse.

42. Denne afklaring fra Domstolens side letter løsningen af visse sager, men har imidlertid vist sig utilstrækkelig i andre tilfælde, navnlig fordi ordningen med øget samarbejde giver de forskellige nationale dommere en central rolle, som kræver særlige evner for fortolkning [44].

40 — Dette princip bør anerkendes uden forbehold, eftersom det statslige samtykke, som det med rette er blevet anført af C. J. Moreiro González i *Las claúsulas de seguridad nacional*, Ed. Iustel, Portal Derecho S.A., Madrid, 2007, s. 132 og 133, fungerer som det princip, der skaber internationale normer og fremkalder det centrale spørgsmål om, hvilke forpligtelser der gælder for dem.

41 — Kort tid efter blev det i programmet for foranstaltninger med henblik på gennemførelse af princippet om gensidig anerkendelse af afgørelser i straffesager (EUT C 12, s. 10-19, af 15.1.2001) udtrykkeligt fastslået, at den gensidige tillid skulle »styrke samarbejdet mellem medlemsstaterne, men også beskyttelsen af personers rettigheder. […] Gennemførelsen af princippet om gensidig anerkendelse af afgørelser i straffesager forudsætter, at medlemsstaterne har gensidig tillid til hinandens strafferetlige systemer. En sådan tillid hviler navnlig på den fælles sokkel, som udgøres af deres tilslutning til principperne om frihed, demokrati og respekt for menneskerettighederne og de grundlæggende frihedsrettigheder samt retsstatsprincippet«.

42 — EFT L 190, s. 1.

43 — Dommen af 11.2.2003, Gözütok og Brügge, præmis 33, hvor Domstolen fulgte punkt 124 i mit forslag til afgørelse.

44 — Mine år som national dommer og min tid som generaladvokat i Luxembourg har tillige givet mig en privilegeret erfaring som grundlag for at være uenig med D. Flore i dennes illustrative betragtninger i »La notion de confiance mutuelle: l'alpha ou l'oméga d'une justice pénale européenne« i *La confiance mutuelle dans l'éspace européen/Mutual Trust in the European Criminal Area*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2005, s. 17: »Hvis en dommer fra Bruxelles kan nære bekymring om en kollegas egnethed, når denne er fra Arlon eller Brügge, hvorfor skulle han så ikke gøre det med hensyn til afgørelser truffet af en anden, fjern kollega, som han aldrig har set eller kommer til at se, som udøver sit hverv i et land, som han ikke kender, og hvor han aldrig kommer til at sætte sine ben, og som måske hverken har samme stilling som han eller den samme uafhængighed, som anvender en anden lovgivning og taler et andet sprog […]«

43. En velegnet metode til at overvinde situationer med uklarhed ville bestå i harmonisering [45] af medlemsstaternes materielle og processuelle strafferet, eftersom betænkelighederne i forbindelse med at træffe afgørelser på dette retsområde normalt opløses, når det kan konstateres, at de strafferetlige afgørelser, som træffes i en anden stat, er kendetegnet ved de samme garantier.

44. I mellemtiden holder princippet ne bis in idem fortsat den gensidige tillids fane højt, eftersom konventionens artikel 54, uanset om konvergensen en dag bliver til virkelighed, ikke er afhængig af en tilnærmelse af staternes straffelovgivninger [46]; tværtimod forstærker fraværet heraf netop dens betydning.

45. Dersom det i forholdet mellem medlemsstaterne gensidigt skal forudsættes, at bestemte betingelser overholdes, navnlig at de grundlæggende rettigheder respekteres, viser erfaringen, at den gensidige tillid fungerer som et normativt princip, der i fortættet form er udtryk for de normer, der gælder for fortolkningen af forpligtelserne vedrørende den »tredje søjle«, og derved har en funktion, der svarer til den funktion, der udfyldes af princippet om loyalt samarbejde [47].

46. Selv om den gensidige anerkendelse hidrører fra det abstrakte område, der udgøres af samarbejdet mellem staterne, materialiseres den i det mest håndgribelige aspekt af de individuelle garantier [48] og fører til efterprøvelsen af almindelige standarder på rettighedsområdet, hvor de retlige aktørers sædvanlige påberåbelse heraf øger sandsynligheden for en fælles forståelse.

b) … til anerkendelse af en individuel rettighed

47. På trods af de fremskridt, der er gjort, kræver det at skille de grundlæggende friheder (som den frie bevægelighed) fra forbuddet mod at retsforfølge eller pålægge straf »to gange for de samme handlinger« endnu en betydelig indsats, hvis begrundelse bærer præg af det integrationsniveau, som er opnået i en Europæisk Union, der ser borgeren som en rettighedsindehaver og den ultimativt begunstigede i relation til beskyttende retsforskrifter [49].

48. Jeg ser dog ikke nogen hindring for at supplere (ikke erstatte) de retningslinjer vedrørende et samarbejde mellem staterne, der bygger på den gensidige tillid, med en

45 — Hvilket kan betragtes som et mål, men på ingen måde den eneste forudsætning for et fælles område med fred, sikkerhed og retfærdighed.

46 — Dommen af 11.2.2003, Gözütok og Brügge, præmis 32.

47 — O. de Schutter: »La contribution du contrôle jurisdictionnel à la confiance mutuelle« i *La confiance mutuelle dans l'éspace européen/Mutual Trust in the European Criminal Area*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2005, s. 103.

48 — Jeg understreger, at princippet ne bis in idem sikrer en af disse individuelle garantier.

49 — I mit forslag til afgørelse i sagen Gözütok og Brügge gjorde jeg opmærksom på denne mangel på sensibilitet og fremhævede, at konventionens artikel 54 ff. bør forstås ud fra borgerens synspunkt (punkt 114 og 115).

vision om at anvende de grundlæggende rettigheder som referenceramme [50], eftersom princippet ne bis in idem indebærer en manifestation af retsbeskyttelsen over for *jus puniendi*, der følger af retten til en retfærdig rettergang [51], og har forfatningsrang i visse af de stater, der indgår i Schengensamarbejdet [52].

49. Ne bis in idem-reglen opnår sin egentlige normative vægt med udformningen af en subjektiv ret til én fælles fremgangsmåde ved strafforfølgning [53], hvorved den fremstår som forankret i et solidt fundament, som medvirker til at afhjælpe svaghederne [54] ved visse principper, såsom forældelse, retskraft eller de mangfoldige teorier om proportionalitet, som anvendelsen af princippet om gensidig tillid mellem staterne [55] ikke i sig selv gør det muligt at løse tilfredsstillende.

50. Dette perspektiv fremstår klarere med den selvstændige proklamering af princippet ne bis in idem i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder [56], hvor det i artikel 50 hedder: »Ingen skal i en straffesag på ny kunne stilles for en domstol eller dømmes for en lovovertrædelse, for hvilken den pågældende allerede er blevet endeligt frikendt eller domfældt i en af Unionens medlemsstater i overensstemmelse med lovgivningen.«

51. Blandt de mangfoldige aspekter af de grundlæggende rettigheder er det af særlig relevans, at de sætter definitoriske grænser for den gensidige anerkendelse, og herunder fastsætter undtagelser herfra [57], forudsat de

50 — S. Peers afdækker i *EU Justice and Home Affaire Law*, 2. udg., Oxford University Press, 2006, s. 460, som en afspejling af det høje integrationsniveau, visse foranstaltninger inden for det strafferetlige samarbejde i Den Europæiske Union, der efter hans opfattelse vil bidrage til udviklingen af internationale normer på menneskerettighedsområdet.

51 — Jeg har foreslået denne fortolkning i mit forslag til afgørelse i sagen Gözütok og Brügge.

52 — Denne regel indgår tillige i internationale aftaler såsom den internationale konvention om civile og politiske rettigheder af 19.12.1966 (artikel 14, stk. 7) eller protokol nr. 7 til den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende rettigheder (artikel 4). Men i disse retsakter betragtes princippet fra en national synsvinkel, idet de sikrer, at det gælder inden for den enkelte stats jurisdiktion.

53 — Ifølge generaladvokat Sharpston »har staten én mulighed for at vurdere og afsige dom over en persons påståede strafbare adfærd« (punkt 92 i hendes forslag til afgørelse af 15.6.2006 i Gasparini-sagen).

54 — Disse svagheder viser sig, når der ikke er foretaget en harmonisering af den materielle og processuelle strafferet.

55 — Gasperini-dommen er et godt eksempel i denne henseende, idet Domstolen indtog en maksimalistisk holdning med hensyn til den gensidige tillid og ikke fulgte generaladvokat Sharpstons forslag til afgørelse, hvor denne ikke fandt, at dette begreb giver et rimeligt grundlag for at anvende princippet ne bis in idem i forbindelse med indstilling af en straffesag som følge af forældelse (punkt 108 ff.).

56 — I mit forslag til afgørelse af 12.9.2006 i sag C-303/05, Advocaten voor de Wereld VZW, Sml. I, s. 3633, hvori der blev afsagt dom 3.5.2007, anførte jeg følgende: »[C]hartret må sætte sig igennem som et væsentligt fortolkningsværktøj i forsvaret af de borgerrettigheder, som indgår i medlemsstaternes arv. Denne udfordring må håndteres med forsigtighed, men bestemt, med fuld overbevisning om, at når beskyttelsen af de grundlæggende rettigheder har en uomgængelig karakter inden for fællesskabssøjlen, er den lige så nødvendig inden for tredje søjle, for på grund af karakteren af chartrets indhold kan det påvirke kernen af den personlige frihed, som er en forudsætning for alle de andre friheder.« Ved Lissabontraktaten af 13.12.2007 blev endvidere artikel 6 EU ændret, idet følgende afsnit blev indsat: »Unionen anerkender de rettigheder, friheder og principper, der findes i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder af 7. december 2000, som tilpasset den 12. december 2007 i Strasbourg, der har samme juridiske værdi som traktaterne.«

57 — Dette fremgår af artikel 6 EU og af artikel 1, stk. 3, i Rådets rammeafgørelse 2002/584/RIA af 13.6.2002 om den europæiske arrestordre og om procedurerne for overgivelse mellem medlemsstaterne.

gælder som fælles principper i medlemsstaterne [58].

B — *Begrebet »endelig dom«*

52. Landgericht Regensburgs ordvalg ved formuleringen af spørgsmålet viser, at denne rets dilemma er begrænset til rækkevidden af konventionens artikel 54, hvorefter det er forbudt at retsforfølge for de samme strafbare handlinger, dersom sanktionen, i tilfælde af domfældelse, »ikke længere kan kræves fuldbyrdet«.

53. De faktiske omstændigheder giver imidlertid anledning til en forudgående undersøgelse af, om den in absentia afsagte straffedom udgør en »endelig dom« i førnævnte bestemmelses forstand, henset til umuligheden af umiddelbart at fuldbyrde sanktionen som følge af det processuelle krav om at indlede en ny straffesag, hvis den udeblevne bliver fundet.

58 — Domstolens dom af 14.10.2004, sag C-36/02, Omega Spielhallen-und Automatenaufstellungs-GmbH, Sml. I, s. 9609, præmis 34, 37 og 38.

1. Dets fortolkning

54. I Kretzinger-dommen af 18. juli 2007 blev denne diskussion undgået [59], idet det ifølge dens præmis 67 fandtes »ufornødent at undersøge […], om en udeblivelsesdom, hvis fuldbyrdelse er undergivet betingelserne i rammeafgørelsens artikel 5, nr. 1, skal anses for en »endelig dom« i gennemførelseskonventionens artikel 54's forstand«.

55. Domstolen har imidlertid anvendt et bredt kriterium, som stadfæster nødvendigheden af inden for Den Europæiske Union at respektere afgørelser, der afslutter strafforfølgningen af den tiltalte i henhold til lovgivningen i den medlemsstat, hvor den blev iværksat.

56. Den har således i begrebet »endelig dom« indbefattet tiltalefrafald i sager, hvor anklagemyndigheden indstiller en straffesag uden

59 — Generaladvokat Sharpston kom derimod ind på dette spørgsmål i sit forslag til afgørelse af 5.12.2006, hvori hun anførte, at en udeblivelsesdom, henset til princippet om gensidig tillid, indebærer beskyttelse efter konventionens artikel 54, forudsat at artikel 6 i den europæiske menneskerettighedskonvention er overholdt (punkt 101).

medvirken af en retsinstans (sagen Gözütok og Brügge), samt afgørelser, hvor tiltalte frikendes endeligt på grund af manglende beviser (van Straaten-sagen) eller på grund af forældelse (Gasparini-sagen).

57. Selv om de forskellige sproglige versioner af konventionens artikel 54 udviser indbyrdes afvigelser [60], vedrører den teleologiske begrundelse for at sikre den frie bevægelighed for personer entydigt området med fred, sikkerhed og retfærdighed, hvis virkeliggørelse ville blive begrænset, hvis der på grund af nationale processuelle særegenheder ikke kunne anvendes en vid betydning af begrebet endelig dom.

58. I sin grundform indebærer princippet om *res judicata* [61], at en dom tillægges en retlig status, som ikke kan ændres, uanset hvilke indsigelser der måtte blive rejst mod denne på grund af manglende appeladgang, eller fordi der ikke er blevet iværksat appel inden for den lovbestemte frist [62].

60 — Jeg har i en anden sammenhæng henvist til disse sproglige forskelle i mit forslag til afgørelse i sagen Gözütok og Brügge.

61 — I henhold til artikel 1 i Den Hellenske Republiks — forkastede — initiativ med henblik på vedtagelse af Rådets rammeafgørelse om anvendelse af »ne bis in idem«-princippet (EUT 2003 C 100, s. 24-27) er en afgørelse endelig, når den har retskraft efter national ret. For et andet perspektiv, se J. Almagro og J. Tomé, *Instituciones de Derecho Procesal. Proceso Penal*, Ed. Trivium, Madrid, 1994, s. 347, og V. Cortés, *Derecho Procesal. Parte General. Proceso Civil*, sjette udg. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, del I (bind I), s. 488.

62 — Denne opfattelse afspejles i den franske formulering »définitivement jugé«, den engelske »finally disposed«, den tyske »rechtskräftig abgeurteilt« og den italienske formulering »giudicata con sentenza definitiva«, på trods af at andre retsordener, som den spanske, betegner denne form for afgørelser med udtrykket »sentencia firme«, jf. den spanske version af konventionens artikel 54, mens »sentencia definitiva« udelukkende betegner afgørelser, der afgør sagen i første instans.

2. Domme afsagt in absentia

59. Staternes forskellige opfattelser af begrebet retsafgørelser truffet in absentia vanskeliggør et ubesværet samarbejde på det strafferetlige område, hvilket ikke er gået ubemærket hen i initiativer fremsat i den senere tid [63], hvormed det tilsigtes at tilvejebringe en vis enhed ved at strukturere kriterierne ved hjælp af fælles regler, der skal gøre op med denne vanskelige situation.

60. I det foreliggende tilfælde ville en eventuel efterfølgende straffesag i henhold til konventionens artikel 54 tilsyneladende fratage tibunal de Bônes dom dens »endelige« karakter.

61. Usikkerheden var dog kun af midlertidig karakter, eftersom dommen, som anført af anklagemyndigheden ved tribunal aux armées de Paris, opnåede retskraft i 1981, og dermed inden straffesagen i Tyskland indledtes, hvorfor den [64] ikke kan anfægtes på fællesskabsretligt plan.

63 — Såsom initiativer fra den slovenske, den franske, den tjekkiske, den svenske, den slovakiske, Det Forenede Kongeriges og den tyske regering, gengivet af Rådet for Den Europæiske Union i et arbejdsdokument (5213/08) af 14.1.2008 med henblik på at lette det retlige samarbejde og den gensidige anerkendelse af retsafgørelser truffet in absentia.

64 — Jeg må understrege overensstemmelsen med oplysningerne i den præjudicielle anmodning, eftersom såvel fristen for den dømtes indsigelse som for forældelsen af straffen begyndte at løbe fra tidspunktet for dommens afsigelse, således at afgørelsen, efter begge disse fristers udløb, er blevet materielt og formelt irreversibel, uden nogen mulighed for genoptagelse.

62. Domstolen skal imidlertid være opmærksom på, at konventionens artikel 54 ikke kræver, at dommen bliver endelig på tidspunktet for dens afsigelse, eftersom det er tilstrækkeligt, at denne betingelse er opfyldt på det tidspunkt, hvor den anden straffesag indledes [65], hvilket i Klaus Bourquains tilfælde skete i 2002, hvor militærdomstolens afgørelse allerede havde opfyldt betingelsen om retskraft i henhold til fransk ret.

63. Desuden gør den tiltaltes tilstedeværelse under sagen i overensstemmelse med forskellige retlige instrumenter [66] det muligt at varetage hans forsvar og hans ret til en retfærdig rettergang [67], og endvidere gør Rådets rammeafgørelse 2002/584/RIA af 13. juni 2002 [68] det muligt at kræve af den udstedende medlemsstat, når den har til hensigt at fuldbyrde en sanktion, som er blevet pålagt in absentia, at give sikkerhed for, at den dømte kan anmode om en ny retssag, hvor hans grundlæggende rettigheder er sikret.

64. At omdanne denne garanti for den tiltalte til en betingelse, som ophæver anvendelsen af andre rettigheder, fører til en absurd situation, som ville opstå, hvis anvendelsen af princippet ne bis in idem var begrænset til afgørelser, der ikke kan genoptages til fordel for den tiltalte.

65 — Mit forslag til afgørelse i van Esbroek-sagen, hvor jeg analyserer den temporale anvendelse af konventionens artikel 54, kan bidrage til en afklaring i denne henseende.

66 — Artikel 6 i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende rettigheder og artikel 47 og 48 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder.

67 — Med henblik på at være bekendt med anklagerne, blive hørt af en upartisk retsinstans, råde over advokatbistand og deltage i bevisførelsen.

68 — Artikel 5, nr. 1.

65. På ovennævnte baggrund skal den in absentia afsagte dom anses for at være »endelig« ved anvendelsen af konventionens artikel 54.

C — Kravet om, at sanktionen ikke kan kræves fuldbyrdet

66. I den foreliggende sag er alle enige om, at da straffesagen blev indledt i Tyskland, kunne sanktionen ikke fuldbyrdes i Frankrig, eftersom den var forældet, og Frankrig herudover havde afskaffet dødsstraffen og endvidere havde vedtaget en lov om amnesti i forbindelse med begivenhederne i Algeriet.

67. Landgericht Regensburgs spørgsmål tjener imidlertid til at opklare, om hindringen for fuldbyrdelsen af sanktionen skal være efterfølgende i forhold til pålæggelsen af sanktionen, hvilket er den opfattelse, som den ungarske regering har givet udtryk for, idet den har anført, at konventionens artikel 54 forudsætter, at hindringerne opstår efterfølgende, men ikke tager den situation i betragtning, at en sanktion ikke kan fuldbyrdes allerede fra tidspunktet for dommen, som det er tilfældet i den foreliggende sag, hvor kravet om en ny straffesag, som er nødvendig for at iværksætte sanktionen, ikke kan opfyldes som følge af Klaus Bourquains manglende fremmøde.

68. Nævnte regering støtter sig på ordlyden af artikel 54, hvorefter sanktionen »ikke længere kan kræves fuldbyrdet«, for heraf modsætningsvis at udlede, at sanktionen skal have kunnet fuldbyrdes på et tidligere tidspunkt.

69. Dette argument forekommer ikke overbevisende, eftersom ordlyden ikke altid udgør et tilstrækkeligt kriterium, således som Domstolen har påpeget ved enkelte lejligheder [69]; desuden viser udtrykket i sin kortfattethed efter min opfattelse udelukkende, at spørgsmålet, om sanktionen kan fuldbyrdes, først opstår, når den nye straffesag agtes indledt, og ikke før, hvilket sikrer forskriftens effektive virkning.

70. Artikel 54 vedrører imidlertid nationale strafferetlige regler, som på grund af deres karakter af *ultima ratio* unddrager sig en vid fortolkning [70] i strid med legalitetsprincippet [71], som gælder i de fælles retlige traditioner [72] i staterne og er udtrykkeligt formuleret [73] i fællesskabsretten.

71. Med forbehold af det anførte påkalder den nederlandske regerings betragtninger om vanskeligheden ved at forestille sig, at der ved en endelig dom pålægges sanktioner, som ikke kan fuldbyrdes, sig en vis interesse [74].

72. Der skal udvises særlig forsigtighed med hensyn til at anvende de rette begreber ved bedømmelsen af forskriftens rækkevidde, idet den omhandler sanktionens og ikke dommens fuldbyrdelse.

73. Når dette er sagt, skal der sondres mellem en dom, der kan fuldbyrdes (»ejecutable«), og en dom, der er eksigibel (»ejecutiva«) [75]; selv om fransk lovgivning ikke tillader, at sanktionen fuldbyrdes, uden at der indledes en ny straffesag, begrænser den på ingen måde værdien af den afsagte dom som et retsgrundlag, der *ipso jure* har virkninger for den tiltaltes person og ejendom, således som det fremgår af dels verifikationen af Klaus Bourquains ansvar i en ny straffesag vedrørende

69 — I dom af 13.7.1989, sag 172/88, Skatteministeriet mod Henriksen, Sml., s. 2763, afvistes denne fortolkningsmekanisme, idet det anførtes, at »rækkevidden af det omtvistede begreb ikke [kan] fastlægges ved fortolkning af ordlyden alene« (præmis 11).

70 — I. Berdugo, L. Arroyo, N. García, J. Ferré og J. Ramón anfører i *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Ed. Praxis, Barcelona, 1996, s. 37, at legalitetsprincippet kræver, »at det ubetinget er forbeholdt lovgivningen — parlamentets monopol — at definere strafbare handlinger og fastsætte sanktioner, med udelukkelse af andre regler af lavere rang eller sædvane; at de strafferetlige forskrifter er klare, entydige og præcise; at det er forbudt at fortolke udvidende eller analogt til skade for den tiltalte, at strafferetlige forskrifter ikke må have tilbagevirkende kraft til skade for den tiltalte […]«. Tilsvarende understreger J. Vogel i »Principio de legalidad, territorialidad y competencia judicia«, i *Eurodelitos. El derecho penal económico de la Unión Europea*, K. Tiedemann og A. Nieto, Ed. de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2004, s. 32 ff., at forbuddet mod analog fortolkning og kravet om snæver fortolkning er anerkendt i alle medlemsstaterne uden undtagelse som en logisk konsekvens af legalitetsprincippet.

71 — At legalitetsprincippet er et almindeligt fællesskabsretligt princip kommer til udtryk bl.a. i dommen i sagen Advocaten voor de Wereld, præmis 46 og 49.

72 — Dom af 3.5.2005, forenede sager C-387/02, C-391/02 og C-403/02, Berlusconi m.fl., Sml. I, s. 5659, med henvisning til dom af 12.6.2003, sag C-112/00, Schmidberger, Sml. I, s. 5659, og til dom af 10.7.2003, forenede sager C-20/00 og C-64/00, Broker Aquaculture og Hydro Seafood, Sml. I, s. 7411.

73 — Princippet er knæsat i artikel 49 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder.

74 — »Den nederlandske regering kan i øvrigt ikke forestille sig en situation, hvor der ved en endelig dom pålægges en sanktion, om hvilken det på et givet senere tidspunkt kan erklæres, at den aldrig har kunnet fuldbyrdes« (punkt 40 i denne regerings indlæg).

75 — De spanske forvaltningsretlige begreber »autotutela declarativa« og »autotutela ejecutiva« illustrerer dette dobbelte perspektiv, idet det første betyder, at der er en formodning for, at offentligretlige retsakter er lovlige og har virkning for de berørte, dersom disse ikke anfægter dem ved et relevant retsmiddel, mens det andet er mere konkret og indebærer, at der kan ske tvangsfuldbyrdelse, hvis adressaterne modsætter sig efterkommelsen af afgørelsen (E. García de Enterría og T. R. Fernández, *Curso de Derecho administrativo* I, 6. udg., Ed. Civitas, Madrid, 1996, s. 490 og 491).

den tidligere afsagte dom, dersom han var blevet fundet, dels beslaglæggelsen af hans ejendele.

74. Parallelt hermed ville sanktionen blive eksigibel, når den processuelle hindring herfor var overvundet, hvilken i øvrigt ikke påvirkede dens gyldighed i sig selv [76], der således skal adskilles fra dens effektive virkning.

75. På ovenstående baggrund foreslår jeg Domstolen at fortolke konventionens artikel 54 således, at dens beskyttelse også omfatter en sanktion, der er fastsat ved en endelig dom, der på grund af processuelle særegenheder i national ret aldrig har kunnet fuldbyrdes.

D — *Om amnesti, princippet ne bis in idem og deres forskellige karakter*

76. Det er ikke udtryk for juridisk eskapisme, at jeg undlader at diskutere, hvorledes ophævelsen af dødsstraffen og forældelsen af sanktionen er til hinder for fuldbyrdelsen af tribunal de Bônes dom: På den ene side svarets evidens og på den anden side respekten for den nationale rets enekompetence indebærer, at en sådan diskussion er overflødig og uhensigtsmæssig.

77. Ikke desto mindre vil det være fornuftigt at overveje, om end ganske kort, følgerne af amnesti, henset til den store variation i udformningen af denne usædvanlige mekanisme, der er et udtryk for barmhjertighed, i de forskellige retsordener.

78. Tillægsprotokol II til Genèvekonventionen [77] forbinder amnesti med fredsstiftelse og forsoning efter brydningstider med voldsomme sammenstød i et samfund.

79. Det er hensigtsmæssigt at dæmpe modstridende følelser med en meget veldefineret ætiologi, idet de er opstået under kollektive begivenheder, som har skabt politiske og sociale kløfter i befolkningen.

76 — Bortset fra, at der er tale om dødsstraf, der efter sin art er uforenelig med de friheder og rettigheder, som Den Europæiske Union til stadighed tilstræber at sikre.

77 — Særligt dens artikel 6, stk. 5, der har følgende ordlyd: »Ved fjendtlighedernes ophør skal myndighederne, der har magten, søge at give videst mulig amnesti til personer, som har deltaget i den væbnede konflikt […]«

80. Dette begreb dækker i vid forstand [78] alle foranstaltninger med henblik på fritagelse for eller eftergivelse af straf, herunder benådning [79], mens udtrykket amnesti ifølge andre opfattelser er forbeholdt afgørelser af generel karakter truffet af parlamentet og vedtaget i overensstemmelse med den interne procedure for vedtagelse af love.

81. Uanset de forskelle, der eksisterer i Europa med hensyn til disse udtryk for barmhjertighed, som kan anskues ud fra så forskellige synsvinkler som ud fra typologi, formål eller den kategori af forbrydelser, som de kan omfatte [80], bevarer de deres eksstinktive virkning på *jus puniendi* i alle staterne, og de indebærer, at ikke-judicielle myndigheder herved ophæver virkningerne af en strafferetlig dom [81].

82. Denne flerhed af former for benådning, som er forskelligartede på grund af de forskellige tankesæt, der præger dem, men ensartede med hensyn til, hvilke formål de tjener, er uden undtagelse udtryk for politisk vilje, der er baseret på opportunitetsprincipper, der har rødder i staternes suverænitet og vedrører deres håndtering af interne konflikter.

83. Den gensidige tillid bør ikke, med henvisning til det fællesskabsretlige ne bis in idem-princip, omfatte tilfælde, hvor en sanktion ikke kan fuldbyrdes på grund af de nationale myndigheders udøvelse af disse usædvanlige beføjelser, eftersom den gensidige anerkendelses logik ophører med at virke, når lovgivningen anvendes til judicielle formål, idet den påvirkes af faktorer af overvejende sociologisk og politisk karakter.

84. Det er ikke tilfældigt, at rammeafgørelsen om den europæiske arrestordre anfører amnesti som en af de obligatoriske begrundelser for at afslå fuldbyrdelse af arrestordren, dersom den fuldbyrdende medlemsstat har kompetence til at retsforfølge lovovertrædelsen i medfør af sin egen strafferet (artikel 3, stk. 1).

85. I de grundlæggende rettigheders optik kan amnesti heller ikke anvendes som begrundelse for, at sanktionen ikke fuldbyrdes i medfør af princippet ne bis in idem; uafhængigt af at den kan blive en farlig katalysator for tilsidesættelse af disse [82], må det således atter konstateres, at der er tale om to forskellige dimensioner, eftersom grundlaget for amnesti ikke er det samme som grundlaget for de værdier, som repræsenteres af de grundlæggende rettigheder, samtidig med at kriterierne for dens anvendelse er så diffuse og tilfældige, at de går ud over de klassiske kriterier inden for den juridiske rationalitet, hvorved muligheden for retslig prøvelse begrænses [83].

78 — A. Bernardi og C. Grande., »Amnistía. La prescripción del delito y de la sanción«, i *La orden de detención y entrega europea*, L. Arroyo og A. Nieto, Ed. de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006, s. 260, 261 og 275.

79 — Benådning er karakteriseret ved at være individuel, i modsætning til andre former for strafeftergivelse, som retter sig mod en gruppe af personer.

80 — A. Bernardi og C. Grande, op.cit., s. 262.

81 — Pradel, *Droit Pénal général*, París, 2002, s. 669.

82 — Inter-American Court of Human Rights har udtalt sig kritisk om visse former for benådning i sagen Barrios Altos mod Peru, dom af 14.3.2001, serie C, nr. 45.

83 — »Benådning« unddrager sig som en selvstændig kategori, der er omfattet af et frit skøn, retslig prøvelse.

VI — Forslag til afgørelse

86. På ovenstående baggrund foreslår jeg Domstolen at besvare det præjudicielle spørgsmål således:

»Artikel 54 i konventionen om gennemførelse af Schengenaftalen, undertegnet den 19. juni 1990, skal fortolkes således, at en person, over for hvem der er afsagt endelig dom i en stat, ikke kan retsforfølges i en anden stat for de samme strafbare handlinger, når den sanktion, som den pågældende blev idømt, aldrig har kunnet fuldbyrdes efter domsstatens lovgivning.«