# CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
# D. RUIZ-JARABO COLOMER
van 8 april 2008 [1]

## I — Inleiding

1. Het Hof heeft de afgelopen vijf jaar de vage grenzen van het beginsel ne bis in idem duidelijker afgebakend in uitspraken [2] waarin de bijzondere omstandigheden van de berechte zaken het streven naar algemeengeldigheid dat ten grondslag ligt aan deze rechtspraak, waaraan ik tot mijn eer een bijdrage heb mogen leveren [3], niet overschaduwen.

2. Evenals bij het bekijken van een schilderij dient men, om het gehele beeld op zijn juiste waarde te kunnen schatten, afstand te nemen van de afbeelding op het doek, anders is de kans groot dat het oog slechts de penseelstreken, de textuur en het kleurengamma waarneemt zonder dat de volledige betekenis van het werk doordringt.

3. Soms wordt dat wel bijzonder moeilijk, zoals in deze zaak, deels als gevolg van de tegenstrijdigheid die schuilt in het handelen van iemand die zich ter verzekering van lijf en goed, op zijn eigen, 47 jaar eerder uitgesproken terdoodveroordeling beroept [4], om het ne bis in idem in stelling te brengen. Hier ontmoeten de grootsheid en het tekort van het recht elkaar.

## II — Rechtskader

### A — *Het Schengen-acquis*

4. Tot dit gemeenschappelijk rechtsgoed behoren:

a) het akkoord dat op 14 juni 1985 in de Luxemburgse stad waaraan het zijn naam

1 — Oorspronkelijke taal: Spaans.

2 — Het Hof heeft zich bij zeven gelegenheden over dit beginsel gebogen: arresten van 11 februari 2003, Gözütok en Brügge (C-187/01 en C-385/01, Jurispr. blz. I-1345); 10 maart 2005, Miraglia (C-469/03, Jurispr. blz. I-2009); 9 maart 2006, Van Esbroeck (C-436/04, Jurispr. blz. I-2333); 28 september 2006, Van Straaten (C-150/05, Jurispr. blz. I-9327); 28 september 2006, Gasparini e.a. (C-467/04, Jurispr. blz. I-9199); 18 juli 2007, Kretzinger (C-288/05, Jurispr. blz. I-6441), en 18 juli 2007, Kraaijenbrink (C-367/05, Jurispr. blz. I-6619).

3 — In de zaken Gözütok en Brügge, Van Esbroeck en Van Straaten kunnen mijn conclusies worden geraadpleegd, respectievelijk genomen op 19 september 2002, 20 oktober 2005 en 8 juni 2006. In de overige zaken, met uitzondering van de zaak Miraglia, die is afgedaan zonder conclusie, heeft advocaat-generaal Sharpston conclusie genomen, op 15 juni 2006 in de zaak Gasparini e.a. en op 5 december 2006 in de zaken Kretzinger en Kraaijenbrink.

4 — Nietzsche, F., *Götzendämmerung* (*Afgodenschemering of Hoe je met de hamer filosofeert*, o.a. Het Wereldvenster, 1983, vert. M. Weyembergh), laat tegen de achtergrond van de overlevingsdrift van de mens diens vermogen zien om lering te trekken uit tegenslagen, in het achtste aforisme van zijn *Sprüche und Pfeile*, over de ongemakkelijke leerschool van het leven, waar hij opmerkt „wat mij niet doodt, maakt me sterker". In een wat volksere versie kennen wij het Spaanse gezegde „lo que no mata, engorda" („wat niet doodmaakt, maakt dik").

ontleent, werd ondertekend door de staten van de Benelux Economische Unie, de Bondsrepubliek Duitsland en de Franse Republiek, betreffende de geleidelijke afschaffing van de controles aan de gemeenschappelijke grenzen; [5]

b) de op 19 juni 1990 ondertekende Overeenkomst ter uitvoering van genoemd akkoord [6] (hierna: „SUO"), houdende invoering van samenwerkingsmaatregelen om de afschaffing van deze controles te compenseren;

c) de protocollen en de akten van toetreding van andere lidstaten, de verklaringen en de handelingen van het bij de SUO ingestelde Uitvoerend Comité, alsook de besluiten die zijn genomen door de instanties waaraan dit Comité bevoegdheden tot besluitvorming heeft verleend. [7]

5. Bij het Protocol (nr. 2) gehecht aan het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (hierna: „Protocol") zijn deze bepalingen opgenomen in het kader van de Europese Unie, en volgens artikel 2, lid 1, eerste alinea, van voormeld Protocol is dit van toepassing op de dertien in artikel 1 van dit Protocol genoemde lidstaten [8], vanaf de datum van inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam (1 mei 1999).

6. Bij besluit 2007/801/EG van de Raad van 6 december 2007 [9] is het acquis-gebied aanzienlijk uitgebreid, doordat de erin opgenomen bepalingen volledig van toepassing zijn verklaard voor de Tsjechische Republiek, de Republiek Estland, de Republiek Letland, de Republiek Litouwen, de Republiek Hongarije, de Republiek Malta, de Republiek Polen, de Republiek Slovenië en de Slowaakse Republiek.

7. Het Verenigd Koninkrijk [10] en Ierland [11] zijn niet volledig toegetreden tot dit gemeenschappelijke project; zij hebben gekozen voor deelname aan enkele bepalingen van het Schengen-acquis.

5 — PB 2000, L 239, blz. 13.
6 — PB 2000, L 239, blz. 19.
7 — PB 2000, L 239, blz. 63 e.v.

8 — Het Koninkrijk België, de Bondsrepubliek Duitsland, de Helleense Republiek, het Koninkrijk Spanje, de Franse Republiek, het Groothertogdom Luxemburg, de Republiek Oostenrijk, de Portugese Republiek, de Italiaanse Republiek, de Republiek Finland, het Koninkrijk der Nederlanden, het Koninkrijk Zweden en het Koninkrijk Denemarken, al geniet dit laatste land een bijzondere positie, waardoor het de op dit gebied genomen besluiten terzijde kan stellen.
9 — PB L 323, blz. 34.
10 — Besluiten van de Raad 2000/365/EG van 29 mei 2000 (PB L 131, blz. 43) en 2004/926/EG van 22 december 2004, betreffende de toepassing door het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland van bepalingen van het Schengen-acquis (PB L 395, blz. 70).
11 — Aan zijn verzoek werd gehoor gegeven met besluit 2002/192/EG van de Raad van 28 februari 2002 (PB L 64, blz. 20).

8. In het geval van de Republiek Cyprus [12], de Republiek Bulgarije en de Republiek Roemenië [13], waarvoor voornoemde bepalingen weliswaar vanaf de datum van toetreding tot de Europese Unie verbindend zijn, moet door de Raad worden vastgesteld dat is voldaan aan de noodzakelijke voorwaarden voor de toepassing van het Protocol.

9. Wat de niet tot de Europese Unie behorende landen betreft, zijn de Republiek IJsland en het Koninkrijk Noorwegen ingevolge artikel 6 van het Protocol gehouden tot de uitvoering en de ontwikkeling van het Schengen-acquis, dat sinds 25 maart 2001 in deze landen van kracht is. [14] Voorts is er een associatieovereenkomst met Zwitserland inzake de uitvoering, de toepassing en de ontwikkeling van dit acquis [15], waartoe vermoedelijk ook het vorstendom Liechtenstein zal toetreden op grond van een door de Raad voorbereid voorstel voor een besluit. [16]

10. Het doel bestaat er volgens de preambule van het Protocol in de Europese integratie te bevorderen om de Europese Unie in staat te stellen zich sneller te ontwikkelen tot een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid.

11. Overeenkomstig artikel 2, lid 1, tweede alinea, van het Protocol heeft de Raad op 20 mei 1999 de besluiten 1999/435/EG en 1999/436/EG vastgesteld, tot vaststelling in overeenstemming met de desbetreffende bepalingen van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap en het Verdrag betreffende de Europese Unie, van de rechtsgrondslag van de normen die het Schengen-acquis vormen. [17]

B — *Meer in het bijzonder het beginsel ne bis in idem*

12. Titel III van de SUO, „Politie en veiligheid", bevat een eerste hoofdstuk, „Politiële samenwerking" (de artikelen 39-47), en vervolgens een hoofdstuk „Wederzijdse rechtshulp in strafzaken" (artikelen 48-53).

12 — Artikel 3, lid 2, van de Akte betreffende de toetredingsvoorwaarden (PB 2003, L 236, blz. 50).

13 — Artikel 4, lid 2, van de Akte betreffende de toetredingsvoorwaarden (PB 2005, L 157, blz. 203).

14 — Op 19 december 1996 hebben de dertien lidstaten van de Europese Unie die het Schengen-akkoord hadden ondertekend en de genoemde Noordse landen in Luxemburg een adhocovereenkomst getekend, voorafgaand aan de overeenkomst die op 18 mei 1999 door de Raad van de Europese Unie met de Republiek IJsland en het Koninkrijk Noorwegen is gesloten betreffende de wijze waarop deze twee staten worden betrokken bij de uitvoering, de toepassing en de ontwikkeling van het Schengen-acquis (PB L 176, blz. 36). Artikel 15, lid 4, van laatstbedoelde overeenkomst voorzag in vaststelling door de Raad van de datum voor de inwerkingtreding voor de nieuw aangesloten landen; die datum is met een enkel voorbehoud bij besluit 2000/777/EG van 1 december 2000 (PB L 309, blz. 24) bepaald op 25 maart 2001 (artikel 1).

15 — Goedgekeurd bij besluit 2004/860/EG van de Raad van 25 oktober 2004 (PB L 370, blz. 78).

16 — Voorstel voor een besluit van de Raad van 1 december 2006, COM(2006) 752 def.

17 — PB L 176, respectievelijk blz. 1 en 17.

13. Het derde hoofdstuk, „Toepassing van het beginsel ne bis in idem", bestaat uit de artikelen 54 tot en met 58, en is overeenkomstig artikel 2 van en bijlage A bij genoemd besluit 1999/436 gebaseerd op de artikelen 34 EU en 31 EU.

14. Artikel 54 SUO bepaalt:

„Een persoon die bij onherroepelijk vonnis door een overeenkomstsluitende partij is berecht, kan door een andere overeenkomstsluitende partij niet worden vervolgd ter zake van dezelfde feiten, op voorwaarde dat ingeval een straf of maatregel is opgelegd, deze reeds is ondergaan of daadwerkelijk ten uitvoer wordt gelegd, dan wel op grond van de wetten van de veroordelende overeenkomstsluitende partij niet meer ten uitvoer gelegd kan worden."

C — *Het Franse recht*

15. Ik deel de mening van enkele van de deelnemers aan deze prejudiciële dialoog [18] dat de verwijzingsbeschikking bijzonder weinig gegevens verschaft over de precieze inhoud van de in deze zaak toepasselijke Franse bepalingen. [19]

16. Duidelijk is wel dat de bij verstek veroordeelde krachtens artikel 120 van het Wetboek van Militair Strafrecht [20] binnen een termijn van vijf dagen nadat het vonnis hem was betekend hiertegen verzet kon aantekenen, al moet rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat het, zoals zo vaak het geval is in een verstekzaak, onzeker zou zijn of het vonnis wel is betekend, in welk geval ingevolge genoemd artikel 120 verzet kon worden aangetekend tot het tijdstip waarop de verjaringstermijn van de straf verstreek.

17. Uit het Franse Wetboek van Strafvordering [21] blijkt dat de verjaringstermijn 20 jaar bedraagt, te rekenen vanaf de datum waarop de straf is opgelegd. [22]

18. Uit deze bepalingen, in hun onderling verband beschouwd, blijkt duidelijk dat het verstekvonnis, waarvan niet vaststond dat het aan de betrokkene was betekend [23], na verloop van 20 jaar vanaf de uitspraak onaantastbaar wordt [24], waarbij niet moet worden vergeten dat de verjaringstermijn in het onderhavige geval samenvalt met de termijn voor opposition. [25]

18 — In het bijzonder die van de Hongaarse regering, in punt 8 van haar schriftelijke opmerkingen.

19 — Frankrijk en ook Duitsland zouden, indien zij opmerkingen hadden ingediend, wat helaas niet het geval is geweest, in bepaalde leemten hebben kunnen voorzien.

20 — Dit wetboek is thans niet meer van kracht, al blijft het ratione temporis in de versie van 1958, die terugging op een wet van 9 maart 1928, van toepassing op het hoofdgeding.

21 — Artikel 133.2 van het geldende wetboek en de artikelen 639, 640 en 763 van het ten tijde van het plegen van het levensdelict toepasselijke wetboek.

22 — De Portugese Republiek wijst in punt 27 van haar schriftelijke opmerkingen op artikel 639 van het Wetboek van Strafvordering, waaruit blijkt dat de verjaringstermijn van de straf begint te lopen voor de aanhouding van de bij verstek veroordeelde: „wanneer de bij verstek veroordeelde zich vrijwillig bij de politie meldt of wordt aangehouden voordat de straf door het verstrijken van de termijn is verjaard […]".

23 — In dit geval is er geen bewijs dat het vonnis is betekend aan de veroordeelde.

24 — In het Frans wordt deze toestand aangeduid met de term „irrévocabilité", waarmee een formeel definitief vonnis wordt bedoeld.

25 — Aldus ook het verslag van de openbare aanklager van het Tribunal aux armées de Paris, waarop ik hierna meer in detail zal ingaan.

## III — Feiten, hoofdgeding en prejudiciële vraag

19. Bourquain, een Duitser die dienst had genomen in het Vreemdelingenlegioen [26], is door het Permanente Hof van de Strijdkrachten in de zone Est Constantinoise te Bône [27] bij verstekvonnis van 26 januari 1961 wegens een levensdelict ter dood veroordeeld.

20. Door dit militaire gerecht is op grond van het destijds van kracht zijnde Franse Wetboek van Strafrecht bewezen verklaard dat Bourquain op 4 mei 1960, tijdens een desertiepoging bij de Algerijns-Tunesische grens in de provincie El Tarf [28], een andere legionair, ook een Duitser, die hem probeerde tegen te houden met een schot uit een vuurwapen van het leven had beroofd.

21. De veroordeelde is nooit voor dit militaire gerecht verschenen; hij had de vlucht genomen naar de Duitse Democratische Republiek. De straf is niet ten uitvoer gelegd, wel is ter zekerstelling voor de betaling van de kosten beslag gelegd op zijn bezittingen.

22. Na dit vonnis is noch in Frankrijk noch in Algerije een nieuwe strafvervolging ingesteld tegen Bourquain, echter wel in de Bondsrepubliek Duitsland, waar de autoriteiten in 1962 een verzoek tot aanhouding hebben gericht aan de Duitse Democratische Republiek, die het heeft afgewezen.

23. In 2002 is door de Staatsanwaltschaft Regensburg (openbaar ministerie in Regensburg) een procedure gestart tegen Bourquain om hem in Duitsland voor dezelfde misdrijven voor de rechter te brengen.

24. De bij het vonnis van 26 januari 1961 opgelegde straf kon toen echter in Frankrijk niet ten uitvoer worden gelegd, aangezien 1)

26 — Dit elitekorps van het Franse leger, in 1831 opgericht door koning Louis-Philippe I, dat een zeer actieve rol heeft gespeeld in de Algerijnse oorlog, heeft een van de meest roemruchte bladzijden uit zijn geschiedenis geschreven met de strijd bij Camarón in Mexico op 30 april 1863, toen zo'n 65 soldaten onder leiding van Jean Danjou gedurende tien lange uren stand wisten te houden tegen een aanval van duizenden soldaten van het reguliere Mexicaanse leger, een historische episode die met veel gevoel voor de feiten tot een roman is verwerkt door Mañes, J., in *El mito de Camerone*, 2e dr., Hergué Editorial, Huelva, 2005.

27 — Een stad in Algerije, het huidige Annaba, in de oudheid bekend onder de naam Hipona, waar de Heilige Augustinus van 396 tot 430 het bisschopsambt uitoefende.

28 — Hoewel ik mij bewust ben van de onoverbrugbare kloof tussen werkelijkheid en fictie, doen de omstandigheden van deze treurige gebeurtenis mij denken aan het boek van Camus, A., *De vreemdeling*. De Nobelprijswinnaar voor literatuur, geboren in Algerije, beschrijft met veel vertoon van rauw existentialisme de kommer en kwel van Meursault in Algiers, die volkomen onverschillig blijft onder de dood van zijn moeder of de hem geboden kans op een huwelijk; zijn apathie brengt hem ertoe de „Arabier" neer te schieten, omdat hij verblind werd door de weerkaatsing van de zon op het staal van diens mes. Hij blijft zelfs door apathie bevangen gedurende het proces waarin hij ter dood werd veroordeeld, nadat hij tot hilariteit van het aanwezige publiek had verklaard dat de zon de enige aanstichter van zijn daad was.

dit land in 1968 amnestie had verleend [29] voor de door manschappen in krijgsdienst tijdens de vijandelijkheden in Algerije gepleegde strafbare feiten; 2) de termijn voor tenuitvoerlegging in 1981 was verstreken en 3) de doodstraf in 1968 was afgeschaft. [30]

25. Met die feiten geconfronteerd, heeft het Landgericht Regensburg het advies ingewonnen van het Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (instituut voor buitenlands en internationaal strafrecht), dat tot de conclusie kwam dat het bij verstek gewezen vonnis formeel en materieel kracht van gewijsde had verkregen, al kon het door de bijzonderheden van het Franse recht niet onmiddellijk ten uitvoer gelegd worden, en een vervolgingsbeletsel opleverde voor een nieuwe strafprocedure.

26. Voorts heeft genoemde rechterlijke instantie het Franse ministerie van Justitie op grond van artikel 57 SUO verzocht haar mee te delen of het vonnis van 26 januari 1961 ingevolge artikel 54 SUO in de weg stond aan het instellen van een nieuwe strafprocedure in Duitsland.

27. De openbare aanklager van het Tribunal aux armées de Paris heeft bevestigd dat het strafvonnis kracht van gewijsde heeft, daar het sinds 1981 onherroepelijk is, en in Frankrijk niet ten uitvoer kan worden gelegd omdat de verjaringstermijn is verstreken, al is zijns inziens het beginsel ne bis in idem niet van toepassing op de zaak. [31]

28. Deze verscheidenheid aan opvattingen versterkt de twijfels van het Landgericht Regensburg, dat met zijn verwijzingsbeschikking wil vernemen of de straf volgens artikel 54 SUO ooit uitvoerbaar moet zijn geweest. Zoals uit zijn uiteenzetting blijkt, heeft het recht om te verzoeken om een nieuwe procedure terwijl de verjaringstermijn loopt [32], tot gevolg dat de straf pas ten uitvoer gelegd zou kunnen worden na afloop van deze termijn, dus exact op het tijdstip waarop de verjaring van de straf een feit zou zijn. [33]

29. Het Landgericht Regensburg heeft het Hof derhalve, na schorsing van de procedure, de volgende prejudiciële vraag voorgelegd:

„Geldt het verbod dat een persoon die bij onherroepelijk vonnis door een overeenkomstsluitende partij is berecht, door een

29 — Wet van 31 juli 1968.

30 — Bij wet nr. 81-908 van 9 oktober 1981 (Journal Officiel van 10 oktober 1981, blz. 2759). Frankrijk heeft de afschaffing van de doodstraf kort geleden, op grond van de bij constitutionele wet nr. 2007-239 van 23 februari 2007 (Journal Officiel van 24 februari 2007, blz. 3355) ingevoerde wetsherziening, opnieuw opgenomen in artikel 66 van zijn Grondwet.

31 — Deze gedachte houdt overduidelijk een tegenspraak in, want, los van de vraag of de straf niet ten uitvoer is gelegd of niet daadwerkelijk ten uitvoer wordt gelegd, is de andere voorwaarde voor de toepassing van het beginsel nu juist dat de straf, volgens het recht van de veroordelende staat, „niet meer ten uitvoer gelegd kan worden".

32 — Ik wijs erop dat het termijnen betreft die elkaar duidelijk overlappen.

33 — Ik ga bewust in het geheel niet in op de niet-tenuitvoerlegging van de straf door amnestieverlening, omdat dit een aspect is waarover door de nationale rechter dient te worden beslist, onverminderd de bevoegdheid van het Hof om de uitwerking ervan in de context van artikel 54 SUO te onderzoeken.

andere overeenkomstsluitende partij niet meer kan worden vervolgd ter zake van dezelfde feiten, indien de hem opgelegde straf op grond van de wetten van de veroordelende overeenkomstsluitende partij nooit ten uitvoer kon worden gelegd?"

## IV — Procesverloop voor het Hof

30. De aan deze prejudiciële procedure ten grondslag liggende beschikking is ter griffie van het Hof ingekomen op 21 juni 2007.

31. Binnen de in artikel 23 van het Statuut van het Hof van Justitie gestelde termijn zijn schriftelijke opmerkingen ingediend door Bourquain en de Commissie, alsmede door de Tsjechische, de Hongaarse, de Nederlandse en de Portugese regering.

32. Na de algemene vergadering van 19 februari 2008 is mij op 27 februari 2008 meegedeeld dat de termijn voor het indienen van een verzoek tot een mondelinge behandeling van de zaak op 25 februari 2008 was verstreken zonder dat daar gebruik van was gemaakt, waardoor de weg vrij was voor het nemen van de conclusie.

## V — Onderzoek van de prejudiciële vraag

### A — *Enige inleidende opmerkingen over het beginsel ne bis in idem in het Schengen-acquis*

#### 1. De twee verschijningsvormen van het beginsel

33. De omvang die het Hof aan het ne bis in idem heeft toegekend verschilt naargelang het gaat om het terrein van de mededinging [34] of dat van de „derde pijler" van de Europese Unie: in beide gevallen heeft het gewezen op het verbod van dubbele bestraffing, maar alleen in het tweede geval [35] breidt het dit uit tot de mogelijkheid om tweemaal voor hetzelfde feit te worden vervolgd (nemo debet bis vexari pro una et eadem causa).

34 — In arrest van 14 december 1972, Boehringer Mannheim/Commissie (7/72, Jurispr. blz. 1281), verheven tot algemeen rechtsbeginsel van het gemeenschapsrecht.

35 — Vervaele, J., „El principio non bis in idem en Europa", in *La orden de detención y entrega europea*, Arroyo, L., en Nieto, A., Ed. de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006, blz. 229, wijst op de beperking die dit beginsel kent in het mededingingsrecht.

34. De volledige erkenning van buitenlandse strafvonnissen betekende een ware uitdaging voor het gemeenschapsrecht en het Hof, dat zijn verantwoordelijkheid niet uit de weg is gegaan, heeft in het kader van het vrij verkeer van personen overwogen dat artikel 54 SUO eenieder die bij onherroepelijk vonnis is veroordeeld de uitoefening van deze fundamentele vrijheid verzekert, zonder dat hij hoeft te vrezen voor een nieuwe strafvervolging in een andere overeenkomstsluitende staat ter zake van feiten waarvoor hij reeds is veroordeeld. [36]

2. De gevestigde grondslagen van het beginsel

35. Artikel 54 SUO verbiedt iemand wegens een bepaalde wederrechtelijke gedraging meer dan één keer aan strafvervolging bloot te stellen en hem eventueel een tweede maal te bestraffen, waardoor een ontoelaatbare herhaling van het ius puniendi wordt voorkomen. [37]

36. De rechtszekerheid biedt de verdachte in een strafproces de waarborg dat hij nadat hij is vrijgesproken niet opnieuw voor zijn daad wordt berecht en dat hij ingeval hij is veroordeeld niet een tweede keer wordt bestraft.

37. Bovendien moet de wijze waarop de billijkheid functioneert ter ondersteuning van de evenredigheid die zich tegen het cumuleren van straffen verzet, niet worden miskend. [38] Waar iedere straf immers, behalve op resocialisatie [39], zowel op repressie als op preventie is gericht, door bepaald gedrag af te straffen en andere potentiële daders te ontmoedigen, dienen die beginselen ook in acht te worden genomen om een passend evenwicht te bereiken teneinde het bestrafte gedrag op een wijze te vergelden die tegelijkertijd tot voorbeeld strekt.

38. Ten slotte berust de legitimiteit van het beginsel ne bis in idem, als structureel vereiste van het rechtssysteem, ook op de eerbiediging van het gezag van gewijsde.

36 — Respectievelijk de punten 38, 32, 57 en 27 van de arresten in de zaken Gözütok en Brügge, Miraglia, Van Straaten en Gasparini e.a.

37 — Conclusies in de zaken Gözütok en Brügge (punten 48 e.v.) en Van Esbroeck (punten 18 e.v.).

38 — Het prozaïsche karakter van het thema nodigt niet uit tot een literaire behandeling, al is het door Dumas, A., in *Impressions de voyage*, Michel Lévy Frères Libraires-Editeurs, Parijs, 1855, blz. 57, geschetste beeld van dit beginsel wel aansprekend. Met een zekere ironie en zonder juridische pretentie, brengt hij het in verband met de ondoenlijkheid om een straf tweemaal ten uitvoer te leggen, in zijn beschrijving van de onfeilbare methode die de „cadi" hanteert om het optreden van justitie in Caïro te vergemakkelijken: wanneer de dief is opgepakt, wordt hem een oor afgesneden, waardoor, in geval van recidive „il n'y a pas de dénégation possible, à moins que l'oirelle n'ait repoussé, ce qui est rare; alors on coupe l'autre, en vertu de cet axioma de droit: non bis in idem" („het niet mogelijk is te loochenen, voor zover het oor niet weer is aangegroeid, wat niet vaak voorkomt. Hem wordt dan op grond van het beginsel ne bis in idem het andere oor afgesneden").

39 — Henzelin, M., „Ne bis in idem, un principe à géométrie variable", *Revue Pénale Suisse*, band 123, 2005, afl. 4, Stämpfli Editions SA, blz. 347.

3. Recente ontwikkelingen met betrekking tot dit beginsel

a) Van het vertrouwen tussen staten …

39. Deze nog jonge notie in de ontwikkeling van een Europees strafrechtstelsel ligt ten grondslag aan het beginsel van wederzijdse erkenning [40], voor het eerst formeel geformuleerd in punt 33 van de conclusies van de Europese Raad van Tampere van 16 oktober 1999. [41]

40. Kaderbesluit 2002/584/JBZ van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten [42], stelt in punt 10 van de considerans resoluut een hoge mate van vertrouwen tussen de lidstaten voorop.

41. Deze elementen luidden een vroege uitspraak in van het Hof dat, bij de eerste gelegenheid die zich voordeed [43], het belang benadrukte van het wederzijdse vertrouwen, het sleutelelement voor de gelding van artikel 54 SUO, in die zin dat elk van de lidstaten de toepassing van het in de andere lidstaten geldende strafrecht dient te aanvaarden, ook indien zijn eigen strafrecht tot een andere oplossing zou leiden; met andere woorden, vanuit het perspectief van de gevolgen gezien heeft het wederzijds vertrouwen in zekere zin een op het nut gericht karakter door zijn dienstbaarheid aan de verwezenlijking van het beginsel van wederzijdse erkenning.

42. Dit verhelderende standpunt van het Hof maakt het weliswaar makkelijker in bepaalde zaken tot een oplossing te komen, maar blijkt in andere zaken minder te voldoen, voornamelijk omdat deze vorm van versterkte samenwerking de verschillende nationale rechters een cruciale taak toebedeelt die een groot talent voor uitlegging vereist. [44]

40 — Dat zonder enige terughoudendheid zou moeten worden aanvaard, want, zoals Moreiro González, C.J., in *Las cláusulas de seguridad nacional*, uitg. Iustel, Portal Derecho S.A., Madrid, 2007, blz. 132 en 133, terecht in herinnering roept, ligt het beginsel van de toestemming van de staat ten grondslag aan de vorming van de regels van internationaal recht en roept het de principiële vraag op naar de verplichtingen die de staten binden.

41 — Dit vertrouwen wordt korte tijd later al uitdrukkelijk geformuleerd in het programma van maatregelen om uitvoering te geven aan het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen (PB 2001, C 12, blz. 10), teneinde „de samenwerking tussen de lidstaten en de bescherming van de rechten van het individu te versterken. […] De toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen veronderstelt wederzijds vertrouwen van de lidstaten in elkaars strafstelsels. Dat vertrouwen berust in het bijzonder op hun gemeenschappelijke gehechtheid aan de beginselen van vrijheid, democratie en eerbiediging van de mensenrechten en de fundamentele vrijheden en de rechtsstaat".

42 — PB L 190, blz. 1.

43 — In punt 33 van het arrest van 11 februari 2003, Gözütok en Brügge, reeds aangehaald, waarin punt 124 van mijn conclusie wordt gevolgd.

44 — Mijn jaren als rechter in Spanje en de jaren die ik als advocaat-generaal in Luxemburg heb gewerkt geven mij daarenboven het voordeel van een langjarige ervaring waardoor ik het oneens mag zijn met de illustratieve overpeinzingen van Flore, D., „La notion de confiance mutuelle: l'alpha ou l'oméga d'une justice pénale européenne" in *La confiance mutuelle dans l'éspace européen/Mutual Trust in the European Criminal Area*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2005, blz. 17: „Wanneer een rechter in Brussel bij tijd en wijle al aan de kundigheid van een collega in Aarle of Brugge kan twijfelen, hoe zou hij dan geen twijfels moeten hebben ten aanzien van de beslissingen van een verre collega, die hij nooit heeft ontmoet en ook nooit zal ontmoeten, die zijn werk doet in een land dat hij niet kent, waar hij nooit een voet zal zetten, en die wellicht noch zijn status noch zijn onafhankelijkheid heeft, die een ander recht toepast en een andere taal spreekt […]".

43. Een geschikte methode om in een oplossing voor ingewikkelde situaties te voorzien, zou de harmonisering [45] van het materiële en formele strafrecht van de lidstaten zijn, want de reserves ten aanzien van de aanvaarding van beslissingen op dit gebied van het recht verdwijnen veelal snel wanneer blijkt dat de in een andere staat uitgesproken strafvonnissen met dezelfde garanties zijn omgeven.

44. Vooralsnog blijft het ne bis in idem functioneren op basis van het gedeelde vertrouwen, want los van de vraag of convergentie ooit verwezenlijkt zal worden, is de toepassing van artikel 54 SUO niet afhankelijk gesteld van het nader tot elkaar brengen van de strafwetgevingen van de staten [46], het ontleent zijn kracht veeleer aan het ontbreken hiervan.

45. De ervaring leert dat, wanneer staten er onderling op kunnen rekenen dat aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan, in het bijzonder met betrekking tot de grondrechten, het wederzijds vertrouwen daarbij als een beginsel met normerende werking fungeert, waarin de maatstaven voor de uitlegging van de verplichtingen uit hoofde van de „derde pijler" zijn geabsorbeerd, waardoor het een rol vervult die de loyale samenwerking dicht benadert. [47]

46. Al vindt de wederzijdse erkenning haar grond in het ongedefinieerde gebied van de samenwerking tussen staten, zij wordt geconcretiseerd in de meest tastbare van de individuele waarborgen [48] en culmineert in het onderzoek van in het rechtsdomein gebruikelijke maatstaven, waar zij doordat zij regelmatig wordt ingeroepen door de met de rechtspleging belaste functionarissen de kans op de verwezenlijking van een gedeeld begrip vergroot.

b) … tot de erkenning van een recht voor het individu

47. Ook al is er reeds veel bereikt, het zal nog grote inspanningen vergen om de belangrijke vrijheden (zoals die van het vrij verkeer) los te koppelen van het verbod iemand „tweemaal voor hetzelfde feit" te vervolgen of te berechten; die inspanningen zijn gerechtvaardigd met het oog op het niveau van integratie dat is bereikt in een Europese Unie waarin de burger wordt gezien als houder van rechten en uiteindelijke begunstigde van de normatieve garanties. [49]

48. Ik zie echter geen beletsel om de leidende beginselen van een op het wederzijds vertrouwen gebaseerde samenwerking tussen staten aan te vullen (niet te vervangen),

45 — Als doelstelling te zien, maar in zekere zin ook als de enige voorwaarde voor een ruimte van rechtvaardigheid, vrijheid en veiligheid.

46 — Punt 32 van het arrest van 11 februari 2003, Gözütok en Brügge, reeds aangehaald.

47 — De Schutter, O., „La contribution du contrôle juridictionnel à la confiance mutuelle", in *La confiance mutuelle dans l'espace européen/Mutual Trust in the European Criminal Area*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2005, blz. 103.

48 — Ik benadruk dat het ne bis in idem een van die individuele garanties inhoudt.

49 — In mijn conclusie in de zaken Gözütok en Brügge wijs ik op dit tekort aan begrip en benadruk ik dat de omvang van de artikelen 54 e.v. SUO dient te worden bepaald vanuit het oogpunt van de burger (punten 114 en 115).

met een open blik voor de toepassing van de grondrechten als referentiepunt [50], aangezien in het ne bis in idem de rechterlijke bescherming jegens het ius puniendi tot uitdrukking wordt gebracht, als afgeleide van het recht op een eerlijk proces [51] dat in sommige van de bij het Schengen-acquis betrokken staten tot grondwettelijk niveau is verheven. [52]

49. De ware normatieve kracht van het ne bis in idem ligt in de uitwerking van een subjectief recht om slechts éénmaal aan strafvervolging te worden onderworpen [53]; het blijkt aldus verankerd in de solide fundering ter dekking van de zwakke flanken [54] van een aantal instituten, zoals de verjaring, het gezag van gewijsde of de talloze evenredigheidstheorieën die met een beroep op het wederzijdse vertrouwen tussen staten alleen [55] niet op een bevredigende wijze tot een oplossing kunnen worden gebracht.

50. Dit perspectief krijgt al duidelijker contouren door het opnemen van het ne bis in idem als autonoom beginsel in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie [56], waarvan artikel 50 bepaalt: „Niemand wordt opnieuw berecht of gestraft in een strafrechtelijke procedure voor een strafbaar feit waarvoor hij in de Unie reeds onherroepelijk is vrijgesproken of veroordeeld overeenkomstig de wet."

51. Tot een van de bij uitstek relevante aspecten van de vele die de grondrechten kennen, behoort het vaststellen van de grenzen van én van de uitzonderingen op de wederzijdse erkenning [57], mits zij als gemeen-

50 — Peers, S., *EU Justice and Home Affaire Law*, 2e dr., Oxford University Press, 2006, blz. 460, onderkent in de Europese Unie, als weerspiegeling van de hoge integratiegraad, bepaalde maatregelen van samenwerking op strafrechtgebied die zijns inziens zullen bijdragen aan de ontwikkeling van de internationale regels op het gebied van de rechten van de mens.

51 — Deze uitlegging heb ik in mijn conclusie in de zaken Gözütok en Brügge voorgesteld.

52 — Deze regel is ook opgenomen in enkele internationale verdragen, zoals het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten van 19 december 1966 (artikel 14, lid 7), of het Zevende Protocol bij het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (artikel 4). Maar deze rechtsteksten beschouwen het beginsel in zijn nationale dimensie en strekken ter verzekering van de geldigheid ervan binnen de jurisdictie van een staat.

53 — Volgens advocaat-generaal Sharpston, „heeft de staat één enkele gelegenheid om het vermeende criminele gedrag van een persoon te beoordelen en daarover vonnis te wijzen" (punt 92 van haar conclusie van 15 juni 2006 in de zaak Gasparini e.a.).

54 — Flanken die bij gebreke van harmonisatie van het — materiële of procedurele — strafrecht aan de oppervlakte komen.

55 — In dit verband is de reeds aangehaalde zaak Gasparini e.a. exemplarisch. Het Hof heeft in deze zaak een maximalistische positie ingenomen met betrekking tot het wederzijds vertrouwen en daarmee afstand genomen van de conclusie van advocaat-generaal Sharpston, voor wie dit begrip, anders dan voor het Hof, niet zo ver strekt dat het een toereikende grondslag biedt voor de toepassing van het beginsel ne bis in idem op alle nationale beslissingen waarbij strafzaken wegens verjaring worden geseponeerd (punten 108 e.v.).

56 — In mijn conclusie van 12 september 2006 in de zaak Advocaten voor de Wereld VZW, met arrest van 3 mei 2007 (C-303/05, Jurispr. blz. I-3633), betoog ik: „Het Handvest moet een uitleggingsinstrument van de hoogste orde worden bij de bescherming van de waarborgen van de burger die tot het erfgoed van de lidstaten behoren. Deze uitdaging moet bedachtzaam, maar zonder dralen worden aangegaan, in de volle overtuiging dat indien de bescherming van de grondrechten in de gemeenschapspijler absoluut noodzakelijk is, deze noodzaak ook bestaat in de derde pijler, die door de aard zelf van zijn inhoud de persoonlijke vrijheid — voorwaarde voor de overige vrijheden — in de kern kan raken." Ook het Verdrag van Lissabon van 13 december 2007 past artikel 6 EU in deze zin aan en voegt er de volgende alinea aan toe: „De Unie erkent de rechten, vrijheden en beginselen die zijn vastgesteld in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie van 7 december 2000 […] dat dezelfde rechtskracht als de Verdragen heeft."

57 — Zo valt af te leiden uit artikel 6 EU en artikel 1, lid 3, van het eerder aangehaalde kaderbesluit 2002/584/JBZ van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten.

schappelijke rechtsbeginselen worden gehanteerd in de lidstaten. [58]

B — *Het begrip „onherroepelijk vonnis"*

52. Uit de wijze waarop het Landgericht Regensburg zijn vraag formuleert blijkt dat zijn dilemma zich toespitst op de draagwijdte van artikel 54 SUO, dat het andermaal vervolgen ter zake van dezelfde feiten verbiedt wanneer de bij een veroordeling opgelegde straf „niet meer ten uitvoer gelegd kan worden".

53. Gezien de onderliggende feiten dient echter eerst te worden onderzocht of de bij verstek uitgesproken veroordeling een „onherroepelijk vonnis" in de zin van de genoemde bepaling oplevert, waarbij de onmogelijkheid om de daarbij opgelegde straf onmiddellijk ten uitvoer te leggen moet worden afgewogen tegen de procedurele eis om een nieuwe procedure te voeren wanneer de bij verstek veroordeelde wordt opgespoord.

58 — De punten 34, 37 en 38 van het arrest van het Hof van 14 oktober 2004, Omega (C-36/02, Jurispr. blz. I-9609).

1. De uitlegging van het begrip

54. In het reeds aangehaalde arrest Kretzinger van 18 juli 2007 is het Hof deze discussie uit de weg gegaan [59], waar het in punt 67 heeft overwogen dat niet hoeft „te worden nagegaan of een verstekvonis waarvan de executoriale kracht onderworpen kan zijn aan voorwaarden krachtens artikel 5, punt 1, van het kaderbesluit, moet worden beschouwd als een beslissing waarbij iemand ‚onherroepelijk […] is berecht' in de zin van artikel 54 SUO".

55. Het heeft echter een ruim criterium aangelegd, dat nog eens bevestigt dat binnen de Europese Unie de beslissingen moeten worden erkend waarmee een einde komt aan de strafvervolging van de betrokkene volgens de wetgeving van de staat waarin de procedure is gevoerd.

56. Het heeft onder het begrip onherroepelijk vonnis in deze zin begrepen de beëindiging van de strafvervolging in de procedures waarin het openbaar ministerie zonder de zaak aan de rechter voor te leggen seponeert (zaken Gözütok en Brügge), alsmede de

59 — Advocaat-generaal Sharpston is in haar conclusie van 5 december 2006 deze vraag evenwel niet uit de weg gegaan, waar zij betoogt dat het verstekvonnis, op grond van het wederzijds vertrouwen, de bescherming van artikel 54 SUO biedt wanneer aan de vereisten van artikel 6 van het Europees verdrag voor de rechten van de mens is voldaan (punt 101).

beslissingen waarbij de verdachte definitief wordt vrijgesproken, hetzij wegens gebrek aan bewijs (zaak Van Straaten), hetzij op grond van verjaring (zaak Gasparini e.a.).

57. Bovendien staat, ondanks de redactieverschillen tussen de onderscheiden taalkundige versies van artikel 54 SUO [60], als met één stem beleden doel het verzekeren van het vrij verkeer van personen binnen een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid voorop, een ambitie waaraan afbreuk zou worden gedaan wanneer een ruimhartige uitlegging van het begrip onherroepelijk vonnis niet zou worden aanvaard wegens de bijzonderheden van de nationale procedures.

58. Het archetype van het res judicata [61] verleent het vonnis een juridische status die niet door enige betwisting te wijzigen is, hetzij omdat er geen beroep openstaat tegen het vonnis, hetzij omdat het beroep niet binnen de wettelijke termijn is ingesteld. [62]

60 — In mijn conclusie in de zaken Gözütok en Brügge wijs ik — in een andere context — ook op deze taalkundige verschillen.

61 — Volgens artikel 1 van het gestrande Initiatief van de Helleense Republiek betreffende de aanneming van het kaderbesluit van de Raad inzake de toepassing van het „ne bis in idem"-beginsel (PB 2003, C 100, blz. 24) wordt als onherroepelijk vonnis beschouwd ieder vonnis dat in kracht van gewijsde is gegaan, overeenkomstig het nationale recht. In een ander perspectief, Almagro, J., en Tomé, J., *Instituciones de Derecho Procesal. Proceso Penal*, uitg. Trivium, Madrid, 1994, blz. 347, en Cortés, V., *Derecho Procesal. Parte General. Proceso Civil*, 6e dr., uitg. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, band I (deel I), blz. 488.

62 — Een opvatting die ook doorklinkt in de Franse formulering „définitivement jugé", de Engelse formulering „finally disposed", de Duitse formulering „rechtskräftig abgeurteilt" of de Italiaanse formulering „giudicata con sentenza definitiva", ondanks het feit dat andere rechtssystemen, zoals het Spaanse, dit soort beslissingen aanduidt met de term „sentencia firme", zoals bevestigd wordt in de Spaanse versie van artikel 54 SUO, met dien verstande dat „sentencia definitiva" slechts de beslissing is waarbij de procedure in eerste aanleg wordt beëindigd.

2. Het verstekvonnis

59. De verschillende nationale benaderingen van de in afwezigheid van de verdachte uitgesproken vonnissen belemmeren een soepele samenwerking op strafrechtgebied, hetgeen niet onopgemerkt is gebleven bij het ontwikkelen van een aantal recente initiatieven [63], waarin een zekere eenheid wordt bewerkt door gemeenschappelijke regels ter versterking van de criteria te stellen om in dit probleem te voorzien.

60. In de onderhavige zaak zou een eventueel later vonnis, naar werd aangenomen, het vonnis van het Tribunal de Bône van zijn „onherroepelijke" karakter in de zin van artikel 54 SUO ontdoen.

61. Er bestond echter slechts kort twijfel, aangezien het vonnis, volgens de openbare aanklager van het Tribunal aux armées de Paris, in 1981 in kracht van gewijsde was gegaan, dat wil zeggen vóór een aanvang werd gemaakt met de procedure in Duitsland; een niet in het kader van het gemeenschapsrecht te betwisten verklaring. [64]

63 — Zoals die van de Sloveense, de Franse, de Tsjechische, de Zweedse, de Slowaakse regering, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Duitse regering, door de Raad vervat in een werkdocument (5213/08) van 14 januari de 2008, ter bevordering van de justitiële samenwerking en de wederzijdse erkenning van bij verstek gewezen vonnissen.

64 — Ik moet hier wijzen op de samenhang met de inlichtingen die in het prejudiciële verzoek zijn verschaft, aangezien vanaf de uitspraakdatum de termijn voor het aantekenen van verzet tegen het vonnis door de veroordeelde begon te lopen, alsmede die van de verjaring van de straf, waardoor de beslissing, na ommekomst van deze termijnen zonder enige mogelijkheid tot herziening, materieel en formeel onomkeerbaar was geworden.

62. Het Hof moet evenwel bedenken dat artikel 54 SUO niet vereist dat het vonnis zijn onherroepelijke karakter verkrijgt op het ogenblik waarop het wordt gewezen; het volstaat dat van een onherroepelijk vonnis sprake is op het tijdstip waarop de tweede procedure wordt ingeleid [65], hetgeen voor Bourquain het geval was in het jaar 2002, toen de beslissing van het militaire gerecht volgens de Franse regeling ter zake reeds in kracht van gewijsde was gegaan.

63. Bovendien wordt de verdachte, overeenkomstig verscheidene rechtsinstrumenten [66], door zijn aanwezigheid ter terechtzitting in staat gesteld zijn rechten van verdediging en zijn recht op een eerlijk proces uit te oefenen [67], en voorts kan volgens het kaderbesluit 2002/584/JBZ van de Raad van 13 juni 2002 [68] van de verzoekende staat, die een bij verstek opgelegde straf ten uitvoer wil leggen, verlangd worden dat hij garandeert dat de veroordeelde in de gelegenheid zal worden gesteld om een nieuw proces te verzoeken waarin zijn grondrechten worden gewaarborgd.

64. Deze garantie voor de geïncrimineerde tot een voorwaarde maken die de toepassing van andere rechten uitsluit, zou tot een ongerijmde situatie leiden, die zich daadwerkelijk zou voordoen indien de toepassing van het ne bis in idem beperkt zou worden tot de beslissingen die niet voor herziening te zijnen gunste vatbaar zijn.

65. Om de voorgaande redenen dient het bij verstek gewezen veroordelend vonnis voor de toepassing van artikel 54 SUO als „onherroepelijk" te worden aangemerkt.

*C — Het vereiste van de „niet-tenuitvoerlegging van de straf"*

66. Allen zijn het er in deze prejudiciële procedure over eens dat, toen de vervolgingsprocedure in Duitsland werd ingeleid, de straf in Frankrijk niet executabel was, want afgezien van het feit dat de straf was verjaard, had dit land de doodstraf afgeschaft en zelfs daarvóór al een amnestiewet afgekondigd met betrekking tot de gebeurtenissen in Algerije.

67. Met zijn vraag wenst het Landgericht Regensburg echter te vernemen of het beletsel voor de tenuitvoerlegging na de oplegging van de straf moet zijn gerezen, zoals de Hongaarse regering meent, die erop wijst dat artikel 54 SUO toelaat dat de beletsels later opkomen maar niet ziet op de situatie waarin een straf reeds vanaf de uitspraak onuitvoerbaar is, zoals in deze zaak aan de orde, waarin het vereiste van een nieuw proces, noodzakelijk om de straf ten uitvoer te kunnen leggen, illusoir bleek door het niet komen opdagen van Bourquain.

65 — Mijn conclusie in de zaak Van Esbroeck, waarin ik een overzicht geef van de toepassing van artikel 54 SUO door de jaren heen, kan hier licht op werpen.

66 — Artikel 6 van het Europees Verdrag voor de bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en de artikelen 47 en 48 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

67 — Om op de hoogte te worden gesteld van het ten laste gelegde, te worden gehoord door een onpartijdige rechter, de bijstand te hebben van een raadsman en tot het bewijs te worden toegelaten.

68 — Artikel 5, punt 1.

68. De Hongaarse regering gaat uit van de letterlijke tekst van genoemd artikel 54, die luidt dat de straf „niet meer ten uitvoer gelegd kan worden", en leidt daar a contrario redenerend uit af dat die straf eerder ooit wel ten uitvoer gelegd had kunnen worden.

69. Deze redenering kan niet overtuigen, want de letterlijke woordbetekenis vormt niet altijd een geschikt criterium voor uitlegging, zoals het Hof eens heeft opgemerkt; [69] bovendien wijst de beknoptheid van de formulering mijns inziens slechts erop dat de straf pas uitvoerbaar wordt wanneer het voornemen bestaat om een nieuwe procedure in te leiden en niet eerder, waardoor het nuttige effect van deze bepaling behouden blijft.

70. Onder de werking van artikel 54 SUO schikken zich echter nationale strafbepalingen die door hun ultima ratio-karakter geen extensieve uitlegging dulden [70] die strijdig is met het legaliteitsbeginsel [71] dat geldt in de tradities welke aan de staten gemeen zijn [72] en dat expliciet in het gemeenschapsrecht [73] is vastgelegd.

71. Los van het voorgaande is de opmerking van de Nederlandse regering niet zonder betekenis, namelijk dat het moeilijk voorstelbaar is dat bij onherroepelijk vonnis een straf wordt opgelegd die niet uitvoerbaar is. [74]

72. Het vergt uiterste behoedzaamheid om de draagwijdte van een bepaling die wel de uitvoerbaarheid van de straf maar niet die van het vonnis inhoudt, op zijn juiste waarde te beoordelen.

73. Met inachtneming van deze waarschuwing dient onderscheid te worden gemaakt tussen het voor tenuitvoerlegging vatbare vonnis en het ten uitvoer te leggen vonnis; [75] immers, al laat de Franse rechtsregeling de

69 — In het arrest van 13 juli 1989, Skatteministeriet/Henriksen (173/88, Jurispr. blz. 2763), is deze wijze van uitlegging verworpen. Volgens het Hof „kan de betekenis van de in geding zijnde uitdrukking niet worden vastgesteld op basis van letterlijke uitlegging alleen" (punt 11).

70 — Berdugo, I., Arroyo, L., García, N., Ferré, J., en Ramón, J., in *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, uitg. Praxis, Barcelona, 1996, blz. 37, beschrijven dat uit hoofde van het legaliteitsbeginsel heeft te gelden dat „uitsluitend bij wet — alleenrecht van het parlement — wordt bepaald welk gedrag strafbaar is en welke straffen kunnen worden opgelegd, met uitsluiting van andere rechtsvoorschriften van lagere rang en van gewoonterecht; de eis van welbepaaldheid, zekerheid of bepaalbaarheid van de strafwetten; het verbod op een extensieve uitlegging en een analoge uitlegging in malam partem; het verbod op terugwerkende kracht van strafbepalingen ten nadele van de verdachte". In dezelfde zin benadrukt Vogel, J., „Principio de legalidad, territorialidad y competencia judicial", in *Eurodelitos. El derecho penal económico de la Unión Europea*, Tiedemann, K., en Nieto, A., Ed. de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2004, blz. 32, dat het verbod van analogie en het gebod van een restrictieve uitlegging zonder uitzondering in alle lidstaten worden erkend als uitvloeisel van het legaliteitsbeginsel.

71 — Het legaliteitsbeginsel als algemeen beginsel van het gemeenschapsrecht is onder andere erkend in het arrest van 3 mei 2007, Advocaten voor de Wereld VZW (C-303/05, Jurispr. blz. I-3633, punten 46 en 49).

72 — Punt 67 van het arrest van 3 mei 2005, Berlusconi e.a. (C-387/02, C-391/02 en C-403/02, Jurispr. blz. I-3565), waarin de arresten worden aangehaald van 12 juni 2003, Schmidberger (C-112/00, Jurispr. blz. I-5659), en 10 juli 2003, Broker Aquaculture en Hydro Seafood (C-20/00 en C-64/00, Jurispr. blz. I-7411).

73 — Een beginsel dat is verankerd in artikel 49 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

74 — „De Nederlandse regering kan zich overigens geen situatie voorstellen dat bij onherroepelijk vonnis een straf wordt opgelegd, ten aanzien waarvan op enig later tijdstip kan worden gesteld dat deze nooit uitvoerbaar is geweest" (punt 40 van haar schriftelijke opmerkingen).

75 — Dit dubbele perspectief komt tot uiting in de begrippen „autotutela declarativa" en „autotutela ejecutiva" uit het Spaanse bestuursrecht. Waar het eerste inhoudt dat voor het overheidsoptreden het vermoeden van legaliteit geldt, waardoor haar beslissingen bindend zijn voor de betrokkenen zolang deze hiertegen niet het geëigende rechtsmiddel in stelling brengen, betreft het tweede het gebied van de feiten en houdt het de gedwongen tenuitvoerlegging in wanneer de geadresseerden zich verzetten tegen de beslissing (García de Enterría, E., en Fernández, T. R., *Curso de Derecho administrativo I*, 6e druk., uitg. Civitas, Madrid, 1996, blz. 490 en 491).

voltrekking van de straf zonder een nieuwe procedure niet toe, dit doet in het geheel niet af aan de waarde van het vonnis als rechtstitel die zich ipso iure uitstrekt tot de persoon van de verdachte en zijn vermogen, hetgeen zowel blijkt uit de mogelijkheid tot Bourquains zuivering van strafrechtelijke aansprakelijkheid in een nieuwe procedure die de eerdere zijn kracht ontneemt, ingeval hij zou worden aangetroffen, als uit de inbeslagneming van zijn bezittingen.

74. Op vergelijkbare wijze zou de straf voor tenuitvoerlegging vatbaar worden na opheffing van het procedurele beletsel dat hieraan in de weg stond, dat overigens niet van invloed was op de intrinsieke geldigheid ervan [76], die losstaat van de pure doeltreffendheid ervan.

75. Op grond van een en ander geef ik het Hof in overweging artikel 54 SUO in die zin uit te leggen dat de erdoor geboden bescherming ook geldt voor de straf die is opgelegd bij een onherroepelijk vonnis dat ten gevolge van de procedurele bijzonderheden van het nationale recht nooit ten uitvoer is kunnen worden gelegd.

D — *De amnestie, het ne bis in idem en de verschillen in aard tussen beide*

76. Er schuilt geen juridisch escapisme in het achterwege laten van een uiteenzetting over de wijze waarop de afschaffing van de doodstraf en de verjaring van de straf aan de tenuitvoerlegging van het vonnis van het Tribunal de Bône in de weg staan: de voordehandliggendheid enerzijds en de eerbiediging van de exclusieve bevoegdheid van de nationale rechter anderzijds zouden elke argumentatie overbodig en ongemakkelijk maken.

77. De zorgvuldigheid gebiedt echter toch, al is het maar even, stil te staan bij de gevolgen van amnestie, in aanmerking genomen de verschillende uitwerkingen die dit uitzonderlijke instrument van clementie kent in de vergeleken rechtsstelsels.

78. Het Tweede Protocol bij de Conventie van Genève [77] ziet de amnestie als een uiting van pacificatie en verzoening na perioden van crises die tot gewelddadigheden binnen een gemeenschap hebben geleid.

79. Het gaat erom tegengestelde emoties met een specifieke oorzaak, die het gevolg zijn van gebeurtenissen met een collectief karakter die de bevolking politiek en sociaal hebben verscheurd, te bedaren.

76 — Nog afgezien van het feit dat het gaat om de doodstraf, die op zich al onverenigbaar is met de vrijheden en de rechten waarvan de Europese Unie de onvoorwaardelijke bescherming verzekert.

77 — In het bijzonder artikel 6, lid 5, van dit Protocol, dat bepaalt: „bij het einde van de vijandelijkheden dienen de aan de macht zijnde autoriteiten er naar te streven, op de grootst mogelijke schaal amnestie te verlenen aan de personen die hebben deelgenomen aan het gewelddadige conflict […]"

80. In een ruime uitlegging [78] worden onder deze overkoepelende benaming allerlei verschillende maatregelen van pardon of kwijtschelding van straffen aangeduid, met inbegrip van gratie [79], tegenover andere opvattingen die de amnestie beperken tot algemene beslissingen van het parlement die volgens de nationale procedure voor de goedkeuring van wetten worden genomen.

81. De in Europa met betrekking tot deze clementiemaatregelen bestaande verschillen, vanuit zo uiteenlopende gezichtshoeken als de typologie of het doel ervan te beschouwen, met verwijzing naar het soort delicten die zij kunnen uitwissen [80], doen niet af aan het vermogen ervan om het ius puniendi in alle staten van zijn werking te ontdoen noch aan het onmiskenbare feit dat niet-gerechtelijke autoriteiten door de toepassing ervan de gevolgen van een strafvonnis opheffen. [81]

82. Deze bonte verzameling aan gratiëringsmaatregelen, geschakeerd door de verschillende eraan ten grondslag liggende theorieën, maar eensgestemd in de ermee beoogde doelen, vormt een onversneden blijk van waarachtige uitingen van politieke wil, gevoed door opportuniteitsoverwegingen die wortelen in de soevereiniteit van de staten, als uitdrukking van het feit dat zij hun eigen geschillen beslechten.

83. Het wederzijds vertrouwen zou onder de dekmantel van het ne bis in idem in gemeenschapsverband geen ruimte behoren te laten voor de gevallen van niet-tenuitvoerlegging van een straf die het gevolg zijn van de hantering van deze ongebreidelde bevoegdheden van de nationale autoriteiten, want de logica van de wederzijdse erkenning wijkt waar het gaat om de toepassing van de wet door de rechter en neemt een andere loop, voortgedreven door winden met een hoog sociologisch en politiek gehalte.

84. Het is geen toeval dat het kaderbesluit betreffende het Europees aanhoudingsbevel de amnestie aanmerkt als een van de verplichte gronden voor de niet-tenuitvoerlegging daarvan, wanneer de uitvoerende staat krachtens zijn strafwetgeving bevoegd was om dat strafbare feit te vervolgen (artikel 3, punt 1).

85. Tegen de achtergrond van de grondrechten kan de amnestie evenmin dienen ter rechtvaardiging van de niet-tenuitvoerlegging van de straf door toepassing van het ne bis in idem, want los van het feit dat zij tot een gevaarlijke katalysator voor de terzijdestelling van dit beginsel zou kunnen worden [82], zijn ook hier weer twee verschillende dimensies te onderkennen, aangezien de grondgedachte waarop zij berust niet put uit de bron van de in de grondrechten belichaamde waarden, terwijl zij haar werking ontplooit volgens criteria die zo diffuus en wisselvallig zijn dat zij aan de traditionele juridische rationaliteit ontsnappen en de mogelijkheid van rechterlijke controle uithollen. [83]

78 — Bernardi, A., en Grande, C., „Amnistía. La prescripción del delito y de la sanción", in *La orden de detención y entrega europea*, Arroyo, L., en Nieto, A., Ed. de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006, blz. 260, 261 en 275.

79 — De gratie kenmerkt zich door haar individuele karakter, vergeleken met andere gratiëringsmaatregelen die op een groep mensen zijn gericht.

80 — Bernardi, A., en Grande, C., op. cit., blz., 262.

81 — Pradel, *Droit pénal général*, Parijs, 2002, blz. 669.

82 — Het Inter-Amerikaanse hof voor de rechten van de mens heeft zich in het arrest van 14 maart 2001, Barrios Altos/Perú (serie C, nr. 45), kritisch uitgesproken over bepaalde vormen van gratiëring.

83 — Zoals besloten ligt in de definitie ervan, onttrekt het „gratie"-instrument zich, als autonoom specimen van de „discretionaire" bevoegdheid, aan een eventuele rechterlijke herziening.

## VI — Conclusie

86. Op grond van het voorgaande geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vraag als volgt te beantwoorden:

„Artikel 54 van de op 19 juni 1990 ondertekende Overeenkomst ter uitvoering van het Schengen-akkoord dient aldus te worden uitgelegd dat een persoon die bij onherroepelijk vonnis in een staat is berecht, niet in een andere staat kan worden vervolgd ter zake van dezelfde feiten, wanneer de hem opgelegde straf op grond van de wetten van de veroordelende staat nooit ten uitvoer kon worden gelegd."