FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

föredraget den 8 april 2008 [1]

I — Inledning

1. Under den senaste femårsperioden har domstolen preciserat de vaga konturerna hos principen *ne bis in idem* i en rättpraxis [2] där de specifika omständigheterna i de prövade målen inte skymmer principens allmänna syfte, och till vilken jag är stolt över att ha bidragit. [3]

2. Precis som när man tittar på en tavla, kräver en korrekt bedömning av en helhetsbild att man tittar på tavlan från ett visst avstånd, eftersom risken annars finns att det enda som fastnar på näthinnan är penseldragen, strukturen och färgerna, och man går miste om verkets övergripande betydelse.

3. Ibland är detta mycket svårt, som i förevarande mål, där en komponent är det paradoxala agerandet av en person som försöker rädda sig genom att åberopa sin egen dödsdom, [4] som meddelades för 47 år sedan, för att kunna stödja sig på principen *ne bis in idem*. Här vilar juridikens storhet och elände.

II — Tillämpliga bestämmelser

A — *Schengenregelverket*

4. Detta regelverk omfattar:

a) avtalet mellan de tre Beneluxstaterna, Förbundsrepubliken Tyskland och

1 — Originalspråk: spanska.

2 — Domstolen har behandlat principen vid sju tillfällen: i dom av den 11 februari 2003 i de förenade målen C-187/01 och C-385/01, Gözütok och Brügge (REG 2003, s. I-1345), av den 10 mars 2005 i mål C-469/03, Miraglia (REG 2003, s. I-2009), av den 9 mars 2006 i mål C-436/04, van Esbroeck (REG 2006, s. I-2333), av den 28 september 2006 i mål C-150/05, van Straaten (REG 2006, s. I-9327), av den 28 september 2006 i mål C-467/04, Gasparini m.fl. (REG 2006, s. I-9199), av den 18 juli 2007 i mål C-288/05, Kretzinger (REG 2007, s. I-6441), och av den 18 juli 2007 i mål C-367/05, Kraaijenbrink (REG 2007, s. I-6619).

3 — I målen Gözütok och Brügge, van Esbroeck och van Straaten kan mina förslag till avgöranden läsas, vilka föredrogs den 19 september 2002, den 20 oktober 2005 respektive den 8 juni 2006. I de övriga målen, med undantag för målet Miraglia som avgjordes utan förslag till avgörande, föredrog generaladvokaten Sharpston sitt förslag till avgörande den 15 juni 2006 i målet Gasparini och den 5 december 2006 i målen Kretzinger och Kraaijenbrink.

4 — Nietzche F., *Avgudarnas ragnarök* (*El crepúsculo de los ídolos*, Alianza Editorial, Madrid, 2006, s. 34), visar med avseende på viljan att överleva, på människans förmåga att dra nytta av motgångar i aforism 8 bland hans "tänkespråk och pilar", som rör livets krigsskola där han säger "Det som inte dödar, härdar". Den spanska, något muntrare, varianten lyder "lo que no mata, engorda" (det som inte dödar, gör mig tjockare).

Franska republiken om det gradvisa avskaffandet av kontroller vid de gemensamma gränserna, som undertecknades den 14 juni 1985 i den luxemburgska stad som gett namn åt regelverket, [5]

b) konventionen om tillämpning av sagda avtal, av den 19 juni 1990 [6] (nedan kallad konventionen), i vilken fastställs samarbetsåtgärder för att neutralisera följderna av att dessa kontroller försvinner, och

c) andra medlemsstaters protokoll och instrument för anslutning, de deklarationer och akter som antagits av den verkställande kommitté som upprättats genom konventionen samt de akter som antagits av de myndigheter som av denna kommitté har erhållit befogenhet att fatta beslut. [7]

5. Genom protokoll nr 2 som bifogats fördraget om Europeiska unionen och fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen (nedan kallat protokollet) införlivas ovan beskrivna rättsregler med unionens lagstiftning. Enligt artikel 2.1 första stycket i protokollet gäller reglerna i de tretton medlemsstater som anges i artikel 1, [8] från Amsterdamfördragets ikraftträdande (den 1 maj 1999).

6. Genom rådets beslut 2007/801/EG av den 6 december 2007 [9] utvidgades Schengenregelverkets territoriella tillämpningsområde märkbart, genom att bestämmelserna förklarades fullt tillämpliga i Republiken Tjeckien, Republiken Estland, Republiken Lettland, Republiken Litauen, Republiken Ungern, Republiken Malta, Republiken Polen, Republiken Slovenien och Republiken Slovakien.

7. Förenade kungariket [10] och Republiken Irland [11] har valt att inte delta till fullo I detta gemensamma projekt, utan endast till viss del.

5 — EGT L 239, 2000, s. 13.
6 — EGT L 239, 2000, s. 19.
7 — EGT, L 239, 2000, s. 63 och följande sidor.

8 — Konungariket Belgien, Förbundsrepubliken Tyskland, Republiken Grekland, Konungariket Spanien, Republiken Frankrike, Storhertigdömet Luxemburg, Republiken Österrike, Republiken Portugal, Republiken Italien, Republiken Finland, Konungariket Nederländerna, Konungariket Sverige och Konungariket Danmark, som dock har en särställning och inte behöver tillämpa de beslut som fattas på detta område.
9 — EUT L 323 s. 34–39.
10 — Rådets beslut 2000/365/EG av den 29 maj 2000 (EGT L 131, s. 43) och 2004/926/EG av den 22 december 2004 om att vissa bestämmelser i Schengenregelverket skall börja tillämpas på Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland (EUT L 395, s. 70).
11 — Dess begäran bifölls genom rådets beslut 2002/192/EG av den 28 februari 2002 (EGT L 64, s. 20).

8. Republiken Cypern [12], Republiken Bulgarien och Republiken Rumänien [13] är visserligen bundna av nämnda regelverk efter deras anslutning till Europeiska unionen, men rådet måste ingripa för att kontrollera om de nödvändiga villkoren för dess tillämpning är uppfyllda.

9. Av de länder som inte tillhör Europeiska unionen åläggs Republiken Island och Konungariket Norge genom artikel 6 i protokollet att genomföra och vidareutveckla Schengenregelverket, som gäller i dessa länder från den 25 mars 2001. [14] Vidare finns ett associeringsavtal med Schweiz om genomförandet, tillämpningen och utvecklingen av Schengenregelverket [15] till vilket Furstendömet Liechtenstein troligen kommer att ansluta sig enligt ett förslag till beslut från kommissionen. [16]

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

11. I enlighet med artikel 2.1 andra stycket i protokollet har rådet den 20 maj 1999 antagit besluten 1999/435/EG och 1999/436/CE, i vilka det definierat Schengenavtalet och i enlighet med relevanta bestämmelser i fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen och fördraget om Europeiska unionen beslutat om den rättsliga grunden för de bestämmelser som utgör detta regelverk. [17]

B — *Principen* ne bis in idem

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

12 — Artikel 3.2 i akten om anslutningsvillkoren (EUT L 236, 2003, s. 50–52).

13 — Artikel 4.2 i akten om anslutningsvillkoren (EUT L 157, 2005, s. 203–375).

14 — Den 19 december 1996 undertecknade de tretton EU-medlemsstater som vid tidpunkten var signatärstater till Schengenavtalet och nämnda nordiska länder i Luxemburg en *ad hoc*-överenskommelse, som föregick avtalet av den 18 maj 1999 mellan Europeiska unionens råd och Republiken Island och Konungariket Norge om dessa staters associering till genomförandet, tillämpningen och utvecklingen av Schengenregelverket (EGT L 176, s. 36). Enligt artikel 15.4 i sistnämnda avtal skulle rådet fastställa den dag då de nya åtagandena skulle träda i kraft. Detta skedde genom rådets beslut 2000/777/EG av den 1 december 2000 (EGT L 309, s. 24), och fastställdes generellt till den 25 mars 2001 (artikel 1).

15 — Godkänt genom rådets beslut 2004/860/EG (EUT L 370, s. 78–79).

16 — Förslag till rådets beslut av den 1 december 2006, KOM (2006) 752 slutlig.

17 — EGT L 176, s. 1 respektive 17.

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

14. I artikel 54 föreskrivs följande:

”En person beträffande vilken fråga om ansvar prövats genom lagakraftägande dom hos en avtalsslutande part, får inte åtalas för samma gärning av en annan part, under förutsättning att, vid fällande dom, straffet avtjänats eller är under verkställighet eller inte längre kan verkställas enligt lagarna hos den part hos vilken avkunnandet ägt rum.”

C — *Den franska rätten*

15. Jag instämmer i de synpunkter som framförts av en av deltagarna [18] i detta förfarande om förhandsavgörande, angående knappheten i upplysningarna i beslutet om hänskjutande om de tillämpliga franska bestämmelsernas exakta innehåll. [19]

16. Den i sin utevaro dömda personen kunde dock, enligt artikel 120 i militärlagen, [20] överklaga domen inom fem dagar från dess delgivning. Vidare, vilket för övrigt är vanligt i fråga om utevarodomar, kan överklagandet, om delgivningen inte styrkts, enligt samma artikel ske till dess att påföljdspreskription inträtt.

17. I straffprocesslagen [21] föreskrivs i sin tur en frist för påföljdspreskription på 20 år, räknat från den dag straffet dömdes ut. [22]

18. En samlad tolkning av dessa bestämmelser visar att en utevarodom som inte med säkerhet delgetts den berörde [23] vinner rättskraft [24] när 20 år förflutit sedan den meddelades. Det kan här erinras om att preskriptionsfristen i detta fall sammanfaller med fristen för överklagande. [25]

18 — Närmare bestämt den ungerska regeringen, i punkt 8 i dess yttrande.

19 — Om Frankrike, eller till och med Tyskland, deltagit, vilket de tyvärr inte gjorde, kunde de ha rätat ut vissa frågetecken.

20 — Den lagen är nu upphävd, men den är av tidsmässiga skäl tillämplig i målet vid den nationella domstolen, i sin lydelse av år 1958, med ursprung i en lag av den 9 mars 1928.

21 — Artikel 133.2 i den gällande lagen och artiklarna 639, 640 och 763 i den lag som var tillämplig vid tidpunkten för mordet.

22 — Republiken Portugal har i punkt 27 i sitt yttrande hänvisat till artikel 639 i straffprocesslagen, av vilken det framgår att påföljdspreskriptionsfristen börjar löpa innan den i sin utevaro dömde grips: ”*si le contumax se constitue prisonnier ou s'il est arrêté avant que la peine sois éteinte par prescription…*”

23 — Det har i det nu aktuella fallet inte styrkts att den dömde delgetts domen.

24 — Det franska uttryck som beskriver detta fenomen är *irrevocabilité*, som uttrycker att ett avgörande formellt är slutligt.

25 — Enligt rapporten från åklagaren vid Tribunal aux armées de Paris, som jag återkommer närmare till nedan.

III — Bakgrund, målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

19. Den tyske medborgaren Klaus Bourquain, som var soldat i främlingslegionen, [26] åtalades och dömdes i sin frånvaro, för mord, till döden, genom dom av den 26 januari 1961 av militärdomstolen i Zone Est Constantinoise i Bône. [27]

20. Denna militärdomstol fann det, med tillämpning av då gällande fransk strafflag, styrkt att Klaus Bourquain den 4 maj 1960, i samband med ett försök att desertera vid gränsen mellan Algeriet och Tunisien i området El Tarf, [28] genom ett skott från ett eldvapen dödade en annan främlingslegionär, även han tysk medborgare, som försökte hindra honom från att fly.

21. Den dömde infann sig aldrig vid domstolen, utan flydde till Tyska demokratiska republiken och straffet verkställdes inte, men hans egendom beslagtogs som säkerhet för kostnaderna.

22. Efter den domen inleddes inga andra straffrättsliga förfaranden mot Klaus Bourquain vare sig i Frankrike eller i Algeriet, men väl i Förbundsrepubliken Tyskland, där myndigheterna år 1962 utfärdade en arresteringsorder, riktad till Tyska demokratiska republiken, som vägrade att verkställa den.

23. År 2002 väckte Staatsanwaltschaft Regensburg (åklagaren i Regensburg) åtal mot Klaus Bourquain i Tyskland avseende samma brott.

24. Vid den tiden kunde det straff som dömts ut genom dom av den 26 januari 1961 inte verkställas i Frankrike, för det första därför att amnesti utfärdades år 1968 [29] för de brott som begicks av landets militära personal under kriget i Algeriet, för det andra därför att

26 — Denna franska elitstyrka, som deltog aktivt i kriget i Algeriet, grundades år 1831 av Ludvig Filip I. Kåren blev omtalad genom slaget vid Camerone i Mexiko den 30 april 1863, där 65 soldater under ledning av kapten Jean Danjou i tio långa timmar stod emot tusentals anfallande mexikanska infanterister, en historisk händelse som beskrivits av Mañes J., i *El mito de Camerone*, 2:a upplagan, Hergué Editorial, Huelva, 2005.

27 — Stad i Algeriet, nuvarande Annaba, som i äldre tider hette Hippo, där Augustinus var biskop under åren 396–430.

28 — Trots den absoluta gränsen mellan verklighet och fiktion påminner den sorgliga händelsen om A. Camus verk *Främlingen (El Extranjero, Alianza Editorial, Madrid, 2003)*. Nobelpristagaren, som föddes i Algeriet, berättar i en avskalad existentialistisk form om Meursaults eländiga tillvaro i Alger. Helt likgiltig inför sin mors död och det erbjudande om äktenskap han får, avlossar han i sin apati sin revolver mot ”araben”, därför att han bländades av solkatten från hans kniv. Under den rättegång där han döms till döden går han så långt att han, till de deltagandes munterhet, förklarar att solen var enda skälet till hans handling.

29 — Lag av den 31 juli 1968.

preskription inträdde år 1981 och för det tredje därför att man samma år avskaffade [30] dödsstraffet.

25. Mot denna bakgrund inhämtade Landgericht Regensburg ett yttrande från Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Max Planck-institutet för utländsk och internationell straffrätt, nedan kallat Max Planck-institutet), enligt vilket utevarodomen hade formell och materiell rättskraft, trots att den inte var direkt verkställbar på grund av de speciella reglerna i fransk rätt. Detta hindrade en ny straffrättslig prövning.

26. Vidare anmodade nämnda domstol det franska justitieministeriet, med stöd av artikel 57 i konventionen, att lämna upplysningar om huruvida domen av den 26 januari 1961 utgjorde hinder för ett nytt förfarande i Tyskland i enlighet med artikel 54 i konventionen.

27. Åklagaren vid Tribunal aux armées de Paris bekräftade att domen har rättskraft, eftersom den vann laga kraft år 1981, och att den inte kan verkställas i Frankrike eftersom påföljdspreskription inträtt, men ansåg inte att principen *ne bis in idem* i konventionen är tillämplig i det berörda fallet. [31]

28. Mot bakgrund av dessa motsatta synsätt frågar Landgericht Regensburg i beslutet om hänskjutande om artikel 54 i konventionen förutsätter att straffet vid någon tidpunkt har varit verkställbart. Det framgår av dess resonemang att rätten att begära en förnyad prövning under preskriptionstiden [32] medför att straffet inte kunde verkställas förrän från och med den fristens utgång, vilket var just den tidpunkt när påföljdspreskription inträdde [33].

29. Landgericht Regensburg har därför vilandeförklarat målet och ställt följande tolkningsfråga till domstolen:

”Gäller förbudet, enligt vilket en person beträffande vilken fråga om ansvar prövats genom lagakraftägande dom hos en avtalsslutande part inte får åtalas för samma gärning

30 — Genom lag nr 81-908 av den 9 oktober (*Journal Officiel* av den 10 oktober 1981, s. 2759). Till följd av en ändring införd genom konstitutionell lag nr 2007-239 av den 23 februari 2007 (*Journal Officiel* av den 24 februari 2007, s. 3355), återges sedan nyligen nämnda ändring i artikel 66 i landets konstitution.

31 — Detta är en uppenbar motsägelse, eftersom det andra villkoret för principens tillämpning, oberoende av om straffet inte har verkställts eller inte är under verkställighet, är just att ”det inte längre kan verkställas” enligt lagstiftningen i det land där domen meddelats.

32 — Jag betonar att det är fråga om klart sammanfallande frister.

33 — Jag undviker avsiktligen överväganden angående att straffet inte verkställts på grund av amnestin, eftersom detta är en fråga som ska prövas av den nationella domstolen, dock med förbehåll för domstolens behörighet att pröva dess effekter inom ramen för artikel 54 i konventionen.

av en annan part, om den påföljd som dömts ut mot denna person aldrig kunde verkställas enligt lagen i den förstnämnda avtalsslutande parten?”

IV — Förfarandet vid domstolen

30. Beslutet om hänskjutande i förevarande mål inkom till domstolens kansli den 21 juni 2007.

31. Klaus Bourquain, kommissionen samt den tjeckiska, den ungerska, den nederländska och den portugisiska regeringen har inom den frist som föreskrivs i artikel 23 i EG-stadgan för domstolen inkommit med skriftliga yttranden.

32. Efter det allmänna möte som hölls den 19 februari 2008, underrättades jag den 27 februari om att fristen för att begära muntlig förhandling löpt ut den 25 februari utan att någon begäran inkommit. Målet var således efter detta meddelande färdigt för förslag till avgörande.

V — Bedömning av tolkningsfrågan

A — *Inledande anmärkningar om principen* ne bis in idem *i Schengenregelverket*

1. Principens dubbla manifestation

33. Det är påfallande vilken varierande räckvidd domstolen tillerkänt principen *ne bis in idem*, beroende på om det varit fråga om konkurrensområdet [34] eller Europeiska unionens tredje pelare. I båda fallen har den hänvisat till förbudet mot dubbel bestraffning, men bara i det senare [35] har den funnit principen omfatta möjligheten att lagföras två gånger för samma omständigheter (*nemo debet bis vexart pro una et eadem causa).*

34 — I dom av den 14 december 1972 i mål 7/72, Boehringer Mannheim mot kommissionen (REG 1972, s. 1281; svensk specialutgåva, volym 2, s. 61), slog domstolen fast att den utgör en grundläggande gemenskapsrättslig princip.

35 — I Vervaele J., ”El principio non bis in idem en Europa”, i *La orden de detención y entrega europea*, Arroyo L. och Nieto A., Ed. de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006, s. 229, betonas principens begränsningar inom konkurrensrätten.

34. Ett fullständigt erkännande av utländska brottmålsdomar utgjorde en utmaning för gemenskapsrätten, och domstolen tog sitt ansvar och förklarade, med avseende på den fria rörligheten för personer, att syftet med artikel 54 i konventionen är att säkerställa att personer som fällts genom lagakraftägande dom ska kunna utöva denna grundläggande frihet utan att riskera att i en annan avtalsslutande stat åtalas för samma gärning. [36]

2. Principens historiska bakgrund

35. Artikel 54 i konventionen innehåller ett förbud mot att en person blir föremål för mer än ett straffrättsligt förfarande på grund av en viss olaglig handling och eventuellt straffas flera gånger. Den förhindrar därmed en otillåten dubbel tillämpning av statens bestraffningsrätt (*ius puniendi)*. [37]

36. Rättssäkerheten erbjuder den tilltalade i ett straffrättsligt förfarande en garanti mot en förnyad prövning avseende samma gärning efter en friande dom, och mot att ytterligare straff utdöms i händelse av en fällande dom.

37. Man kan heller inte bortse från skälighetsaspektens betydelse som grund för proportionalitetsprincipen, som förbjuder flerfaldigande av straff. Alla straff [38] har nämligen, förutom syftet att främja återanpassningen, både ett bestraffande och ett avskräckande syfte, [39] genom att ett handlande bestraffas och potentiella lagöverträdare avskräcks, och dessa syften måste också avvägas för att det bestraffade handlandet samtidigt exemplariskt ska återgäldas på ett välbalanserat sätt.

38. Legitimiteten i principen *ne bis in idem* baseras slutligen, såsom strukturellt krav på rättssystemet, även på respekten för rättskraften.

36 — Punkterna 38, 32, 57 respektive 27, i domarna i målen Gözütok och Brügge, Miraglia, Van Straaten respektive Gasparini m.fl.

37 — Förslag till avgörande i målen Gözütok och Brügge (punkt 48 och följande punkter) och Van Esbroeck (punkt 18 och följande punkter).

38 — Ämnets prosaiska karaktär lockar inte till litterär behandling, men värd ett omnämnande är beskrivningen av Dumas A., i *Impressions de voyage,* Michel Lévy Frères Libraires-Editeurs, Paris 1855, s. 57, som skämtsamt och utan rättslig skärpa, pekar på svårigheten i att verkställa ett straff två gånger. Han beskriver den oöverträffade metod som tillämpas av *"cadi"* för att förenkla rättskipningen i Kairo: där skär man örat av tjuven, så att, om denne återfaller, "il n'y a pas de dénégation possible, à moins que l'oreille n'ait repoussé, ce qui est rare; alors on coupe l'autre, en vertu de cet axioma de droit: non bis in idem".

39 — Henzelin M., "Ne bis in idem, un principe à géométrie variable", *Revue Pénale Suisse*, volym 123, 2005, fasc. 4, Stämpfli Editions SA, s. 347.

3. Utvecklingen på senare tid

a) Från förtroendet mellan stater…

39. Detta i den europeiska straffrätten fortfarande unga begrepp döljer sig i principen om ömsesidigt erkännande [40] som infördes i punkt 33 i slutsatserna från Europarådet i Tammerfors den 16 oktober 1999. [41]

40. I rådets rambeslut 2002/584/RIF av den 13 juni 2002 om en europeisk arresteringsorder och överlämnande mellan medlemsstaterna [42] proklameras, i skäl 10, en hög grad av förtroende mellan medlemsstaterna.

41. Dessa komponenter förebådade en tidig prövning från domstolen som, vid det första tillfälle som erbjöds, [43] underströk vikten av det ömsesidiga förtroendet, som är en central grund för artikel 54 i konventionen, genom att konstatera att var och en av medlemsstaterna ska godta att den gällande straffrätten de i övriga tillämpas, även om en tillämpning av den egna nationella rätten skulle leda till ett annat resultat. Med utgångspunkt från effekterna präglas, med andra ord, syftet bakom det ömsesidiga förtroendet av utilitarism, eftersom det stödjer principen om ömsesidigt erkännande.

42. Denna klargörande ståndpunkt från domstolens sida erbjuder emellertid en lösning i vissa mål men framstår som otillräcklig i andra, framför allt därför att detta system med stärkt samarbete ger de olika nationella domstolarna en huvudroll som förutsätter en högt utvecklad tolkningsförmåga. [44]

40 — Som ska godtas förbehållslöst, eftersom det statliga samtycket, vilket helt riktigt påpekas av Moreiro González, C.J., i *Las claúsulas de seguridad nacional*, Iustel, Portal Derecho S.A., Madrid, 2007, s. 132 och 133, är den princip som ligger till grund för folkrättsliga regler och föranleder grundfrågan beträffande de skyldigheter som binder dem.

41 — Kort därefter förtydligades i Åtgärdsprogram för genomförande av principen om ömsesidigt erkännande av domar i brottmål (EGT C 12,.2001, s. 10–19) att principen syftar till att ”göra det möjligt att förstärka samarbetet mellan medlemsstater, men också att förstärka skyddet av personers rättigheter. … Genomförandet av principen om ömsesidigt erkännande av brottmålsdomar förutsätter att medlemsstaterna har förtroende för varandras straffrättsliga system. Detta förtroende vilar särskilt på den gemensamma grund som deras trohet mot principerna om frihet, demokrati och respekt för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna samt rättsstatsprincipen utgör.”

42 — EGT L 190, s. 1.

43 — Punkt 33 i dom av den 11 februari 2003 i de ovannämnda förenade målen Gözütok och Brügge, i linje med punkt 124 i mitt förslag till avgörande.

44 — Jag tillåter mig mot bakgrund av mina år som nationell domare och de år jag tillbringat som generaladvokat i Luxemburg dessutom att reservera mig mot följande illustrativa uttalande av Flore D., 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: ”Om en domare i Bryssel ibland kan vara tveksam till förmågan hos en kollega i Arlon eller Brygge, hur skulle han inte känna inför beslut av en annan avlägsen kollega, som han aldrig träffat och aldrig kommer att träffa, som fullgör sin uppgift i ett land han inte känner till, och som kanske inte har samma ställning eller oberoende som han själv och som tillämpar en annan rättsordning och talar ett annat språk…”

43. En lämplig metod för att övervinna brydsamma situationer skulle vara att harmonisera [45] medlemsstaternas materiella straffrätt och processrätt, eftersom misstron när beslut ska fattas inom denna del av rättsordningen normalt skingras när det konstateras att ett straffrättsligt avgörande som meddelats i en annan stat är omgärdat av identiska garantier.

44. Under tiden fortsätter principen *ne bis in idem* att hålla det ömsesidiga förtroendets fana högt, eftersom artikel 54 i konventionen, oberoende av om harmoniseringen blir verklighet i framtiden, inte förutsätter en tillnärmning av medlemsstaternas straffrättsliga lagstiftning. [46] Dess verkan förstärks tvärtom när detta inte är fallet.

45. Även om det medlemsstaterna emellan måste presumeras att vissa krav efterlevs, särskilt i fråga om de grundläggande rättigheterna, visar erfarenheten att det ömsesidiga förtroendet tjänar som normativ princip, som sammanfattar tolkningsmodellerna för skyldigheterna inom den tredje pelaren, och fyller en funktion som liknar principen om lojalt samarbete. [47]

46. Trots att det ömsesidiga erkännandet har sitt ursprung i det abstrakta området för samarbete mellan stater, kommer det till uttryck i en mycket konkret garanti för enskilda [48] och bekräftar gängse normer inom rättighetsområdet, där det faktum att det ofta åberopas av rättssubjekten ökar möjligheterna att uppnå ett gemensamt synsätt.

b) … till erkännandet av en rättighet för den enskilde

47. Trots de framsteg som uppnåtts krävs fortfarande hårt arbete för att skilja de grundläggande friheterna (som den fria rörligheten) från förbudet att lagföra eller bestraffa ”samma gärning två gånger”, som blir mindre motiverat i takt med graden av integration som uppnåtts i den Europeiska unionen, där medborgaren ses som innehavare av rättigheter och slutlig adressat för skyddsföreskrifter. [49]

48. Jag ser dock inget hinder för att komplettera (inte ersätta) riktlinjerna för samarbetet mellan medlemsstaterna, vilka grundas på det ömsesidiga förtroendet, med ett synsätt där

45 — Tänkbart som mål, men inte på något sätt den enda förutsättningen för ett gemensamt område med rättvisa, frihet och säkerhet.

46 — Punkt 32 i dom av den 11 februari 2003 i domen i de ovannämnda förenade målen Gözütok och Brügge.

47 — De Schutter O., ”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 — Jag vill betona att principen *ne bis in idem* inrymmer en av dessa garantier för den enskilde.

49 — Jag pekade i mitt förslag till avgörande i de förenade målen Gözütok och Brügge på denna perspektivlöshet och betonade att artikel 54 och följande artiklar i konventionen ska ses ur den enskilde medborgarens perspektiv (punkterna 114 och 115).

tillämpningen av de grundläggande rättigheterna tjänar som referensstruktur, [50] eftersom principen *ne bis in idem* är ett uttryck för den rättsliga kontrollen av straffrätten, ett utflöde av rätten till en rättvis rättegång, [51] som är inskriven i konstitutionen i vissa av de länder som är anslutna till Schengenregelverket. [52]

49. Principen *ne bis in idem* får sin fulla betydelse som norm genom att en subjektiv rätt till likabehandling i fråga om repressiva åtgärder skapas. [53] Den utgör då en fast grund som bidrar till att stödja svagheterna [54] hos vissa rättsfigurer, såsom preskriptionen, rättskraften eller de många proportionalitetsteorierna, vilket enbart tillämpningen av ömsesidigt förtroende mellan medlemsstaterna [55] inte löser på ett tillfredsställande sätt.

50. Detta perspektiv blir tydligare i och med den självständiga förklaringen av principen *ne bis in idem* i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna. [56] I artikel 50 i denna föreskrivs att ”[i]ngen får lagföras eller straffas på nytt för en lagöverträdelse för vilken han eller hon redan har blivit frikänd eller dömd i unionen genom en lagakraftvunnen brottmålsdom i enlighet med lagen”.

51. Till de viktigare av de grundläggande rättigheternas många aspekter hör den att de skapar gränser som definierar det ömsesidiga erkännandet och, till och med, skapar undantag från detta, [57] under förutsättning

50 — Peers S., EU Justice and Home Affaire Law, 2:a upplagan, Oxford University Press, 2006, s. 460, ser i Europeiska unionen, som en spegling av den långtgående integrationen, vissa åtgärder i fråga om det straffrättsliga samarbetet som, enligt hans uppfattning, kommer att bidra till utvecklingen av folkrättsliga regler om de mänskliga rättigheterna.

51 — Jag förespråkar denna tolkningslinje i mitt förslag till avgörande i de förenade målen Gözütok och Brügge.

52 — Denna regel återfinns även i internationella avtal som Internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter av den 19 december 1966 (artikel 14.7) och protokoll nr 7 om Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (artikel 4). I dessa behandlas dock principen ur ett nationellt perspektiv genom att dess giltighet garanteras inom en stats jurisdiktion.

53 — Generaladvokaten Sharpston konstaterar att ”staten [har] en enda möjlighet att pröva talan och meddela dom avseende brott som en individ är misstänkt för” (punkt 92 i hennes förslag till avgörande av den 15 juni 2006 i målet Gasparini).

54 — Sidor som framträder i avsaknad av en harmonisering av den materiella straffrätten och straffprocessrätten.

55 — I det avseendet är domen i det ovannämnda målet Gasparini en milstolpe. Där tillämpade domstolen ett extensivt synsätt på begreppet ömsesidigt förtroende, och frångick förslaget till avgörande av generaladvokaten Sharpston, som däremot inte ansåg att begreppet utgör ett meningsfullt skäl för att tillämpa principen *ne bis in idem* på nationella beslut genom vilka ett förfarande avslutas på grund av att åtal inte längre kan väckas (punkt 108 och följande punkter).

56 — I mitt förslag till avgörande av den 12 september 2006 i mål C-303/05, Advocaten voor de Wereld VZW, i vilket dom meddelades den 3 maj 2007 (REG 2007, s. I-3633), påpekar jag att ”stadgan [bör] användas som ett tolkningshjälpmedel av första rang för att skydda de medborgerliga rättigheter som hör till medlemsstaternas gemensamma traditioner. Uppgiften skall fullgöras försiktigt, men med kraft och i full medvetenhet om att om skyddet för de grundläggande rättigheterna är av avgörande betydelse inom gemenskapspelaren, så är det lika oumbärligt inom den tredje pelaren, vilken på grund av innehållet kan påverka kärnan för den personliga friheten, som är en förutsättning för övriga friheter.” Genom Lissabonfördraget av den 13 december 2007 ändras också artikel 6 i fördraget om Europeiska unionen, till vilken följande stycke fogas: ”*Unionen ska erkänna de rättigheter, friheter och principer som fastställs i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna av den 7 december 2000, i dess anpassade lydelse, som ska ha samma rättsliga värde som fördragen.*”

57 — Detta framgår av artikel 6 i fördraget om Europeiska unionen och artikel 1.3 i rådets ovannämnda rambeslut 2002/584/RIF av den 13 juni 2002 om en europeisk arresteringsorder och överlämnande mellan medlemsstaterna.

att de gäller som principer som är gemensamma för medlemsstaterna. [58]

B — *Begreppet ”lagakraftägande dom”*

52. Landgericht Regensburg har formulerat sin tolkningsfråga så att den endast gäller räckvidden av artikel 54 i konventionen, som förbjuder åtal för samma gärning när straffet, vid fällande dom, ”inte längre kan verkställas”.

53. På grund av de faktiska omständigheterna aktualiseras dock den inledande frågan huruvida utevarodomen utgör en ”lagakraftägande dom” i den mening som avses i nämnda bestämmelse, med hänsyn till att det inte är möjligt att omedelbart verkställa det utdömda straffet på grund av det processuella kravet på en ny rättegång när den i sin utevaro dömde påträffas.

58 — Dom av den 14 oktober 2004 i mål C-36/02, Omega (REG 2004, s. I-9609), punkterna 34, 37 och 38.

1. Tolkningen av begreppet

54. I domen av den 18 juli 2007 i det ovannämnda målet Kretzinger undveks denna diskussion [59] genom konstaterandet i punkt 67 att ”det … inte är nödvändigt att pröva frågan huruvida en dom som har avkunnats i den tilltalades utevaro, och vars verkställbarhet kan vara underkastad villkor i enlighet med artikel 5 punkt 1 i rambeslutet, skall anses utgöra en dom avseende en person beträffande vilken fråga om ansvar prövats genom lagakraftägande dom i den mening som avses i artikel 54 i tillämpningskonventionen”.

55. Domstolen har dock valt ett brett synsätt, som bekräftar behovet av att inom Europeiska unionen respektera beslut som sätter punkt för den tilltalades processuella belägenhet i enlighet med lagstiftningen i den medlemsstat där de rättsliga förfarandena inleddes.

56. Således har till begreppet lagakraftägande dom hänförts förfaranden som medför att åtal inte längre kan väckas, genom vilka en medlemsstats åklagarmyndigheter, utan medverkan av någon domstol, lägger ned ett straffrättsligt förfarande (de förenade må-

59 — Det gjorde dock inte generaladvokaten Sharpston i sitt förslag till avgörande av den 5 december 2006, där hon framhåller att den rättegång som ledde fram till utevarodomen, mot bakgrund av principen om ömsesidigt förtroende, måste ha uppfyllt de krav som fastställs i artikel 6 i Europakonventionen för att skyddet enligt artikel 54 ska aktualiseras (punkt 101).

len Gözütok och Brügge), liksom avgöranden varigenom den misstänkte frikänns på grund av bristande bevisning (målet van Straaten) eller på grund av preskription (målet Gasparini).

57. Vidare är det så att även om de olika språkversionerna av artikel 54 i konventionen uppvisar olikheter, [60] så uttrycks det teleologiska målet att främja den fria rörligheten för personer inom ett område med säkerhet, rättvisa och frihet entydigt. Den målsättningen skulle undergrävas om man på grund av enskildheter i de olika nationella processlagstiftningarna inte tillämpade ett extensivt synsätt på begreppet lagakraftägande dom.

58. Den klassiska innebörden av *res judicata* [61] är att en dom har en rättslig status som inte kan ändras med hjälp av något som helst rättsmedel, antingen därför att det saknas möjlighet att ifrågasätta den eller därför att detta inte skett inom den föreskrivna fristen. [62]

60 — Jag behandlar dessa språkliga olikheter i ett annat sammanhang i mitt förslag till avgörande i de förenade målen Gözütok och Brügge.

61 — I artikel 1 i Republiken Greklands misslyckade initiativ inför antagandet av rådets rambeslut om tillämpning av *ne bis in idem*-principen (EUT C 100, 2003, s. 24–27) förklaras att varje dom som har vunnit laga kraft enligt nationell lagstiftning ska anses vara slutgiltig. För ett annat synsätt, se Almagro J. och Tomé J., *Instituciones de Derecho Procesal. Proceso Penal*, Ed. Trivium, Madrid, 1994, s. 347, och Cortés V., *Derecho Procesal. Parte General. Proceso Civil*, 6:e upplagan, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, band I (vol. I), s. 488.

62 — En tolkning som stöds av den franska lydelsen *définitivement jugé*, den engelska *finally disposed*, den tyska *rechtskräftig abgeurteilt* eller den italienska *giudicata con sentenza definitiva*, även om andra rättsordningar, som den spanska, för dessa avgöranden använder begreppet *sentencia firme*, vilket framgår av den spanska lydelsen av artikel 54 i konventionen, och där *sentencia definitiva* bara sätter punkt för förfarandet i första instans.

2. Utevarodomen

59. Medlemsstaternas skilda synsätt på rättsliga avgöranden som meddelats i den tilltalades utevaro försvårar ett smidigt samarbete på det straffrättsliga området, vilket uppmärksammats i aktuella initiativ [63] som skapar viss enhetlighet och strukturerar kriterierna med hjälp av gemensamma regler som syftar till att lösa denna situation.

60. I förevarande mål skulle en eventuell senare dom, med avseende på artikel 54 i konventionen, uppenbarligen rubba den ”lagakraftägande” karaktären på domen från Tribunal de Bône.

61. Osäkerheten gäller dock tidsaspekten eftersom domen, som åklagaren vid Tribunal aux armées de Paris påpekat, ansågs vinna rättskraft år 1981, således innan förfarandet inleddes i Tyskland. Detta [64] kan inte ifrågasättas inom ramen för gemenskapsrätten.

63 — Exempelvis från Sloveniens, Frankrikes, Tjeckiens, Sveriges, Slovakiens, Förenade kungarikets och Tysklands regeringar, vilkas ansträngningar rådet sammanställde i ett arbetsdokument (5213/08) av den 14 januari 2008, om underlättande av det rättsliga samarbetet och det ömsesidiga erkännandet av rättsliga avgöranden som meddelas i den tilltalades utevaro.

64 — Jag erinrar gärna om överensstämmelsen med den information som lämnats i begäran om förhandsavgörande, enligt vilken fristen för den fällde att överklaga domen började löpa från det att domen meddelades, vilket även gällde fristen för straffpreskriptionen. Detta innebär att det sedan båda löpt ut inte finns någon prövningsmöjlighet, varför domen blir formellt och materiellt oåterkallelig.

62. Domstolen är dock skyldig att beakta att artikel 54 i konventionen inte förutsätter att domen blir lagakraftägande när den meddelas, det räcker att så är fallet när det andra förfarandet inleds, [65] vilket i fråga om Klaus Bourquain inträffade år 2002, när militärdomstolens dom redan fått status av rättskraftig dom enligt den franska lagstiftningen.

63. Enligt en rad olika instrument, [66] är dessutom den tilltalades närvaro under rättegången en förutsättning för att det ska vara möjligt att precisera dennes försvar och tillvarata rätten till en rättvis rättegång [67], och enligt rådets rambeslut 2002/584/RIF av den 13 juni 2002 [68] är det till och med möjligt att kräva att den medlemsstat som utfärdat en arresteringsorder, och som har för avsikt att verkställa ett straff som utdömts genom en utevarodom, lämnar tillräckliga garantier för att den dömda personen ska kunna begära en förnyad prövning där dennes grundläggande rättigheter tillvaratas.

64. Om denna garanti för den tilltalade omvandlades till ett villkor som upphävde tillämpningen av andra rättigheter skulle en absurd situation uppkomma, som skulle fullbordas om principen *ne bis in idem* endast tillämpades på avgöranden som förhindrar en förnyad prövning till dennes fördel.

65. Av ovan angivna skäl ska utevarodomen anses som ”lagakraftägande” i den mening som avses artikel 54 i konventionen.

C — *Rekvisitet att straffet inte längre kan verkställas*

66. I förevarande förfarande om förhandsavgörande är samtliga eniga om att det inte var möjligt att verkställa straffet i Frankrike när förfarandet inleddes i Tyskland, därför att det hade preskriberats och Frankrike dessutom hade avskaffat dödsstraffet och, dessförinnan, antagit en lag om amnesti avseende händelserna i Algeriet.

67. Landgericht Regensburg vill genom sin fråga emellertid få klarhet i huruvida hindret för att verkställa straffet måste ha inträtt efter det att domen meddelades. Detta synsätt har den ungerska regeringen förespråkat genom att påpeka att artikel 54 i konventionen inrymmer möjligheten att hindren uppkommer senare, men inte tar upp den situationen att ett straff är omöjligt att verkställa redan i och med domen, vilket är fallet i förevarande mål, där kravet på en ny rättegång för att straffet ska kunna verkställas inte kunde uppfyllas på grund av Klaus Bourquains utevaro.

65 — Mitt förslag till avgörande i målet van Esbroeck kan vara klargörande, eftersom jag där analyserar den tidsmässiga tillämpningen av artikel 54 i konventionen.

66 — Artikel 6 i Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna och artiklarna 47 och 48 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.

67 — För att få kännedom om anklagelserna, få yttra sig inför en opartisk domstol, få tillgång till rättsligt biträde och få delta vid bevisupptagningen.

68 — Artikel 5.1.

68. Nämnda regering har hänvisat till ordalydelsen av artikel 54, enligt vilken straffet ”inte längre kan verkställas” och *e contrario* dragit slutsatsen att det vid någon tidigare tidpunkt faktiskt ska ha kunnat verkställas.

69. Detta argument är inte övertygande, eftersom ordens betydelse inte alltid är en fullgod tolkningsgrund, vilket domstolen påpekat vid några tillfällen. [69] Dessutom anser jag att den kortfattade formuleringen endast anger att straffets verkställbarhet får betydelse först när man avser att inleda ett nytt förfarande och inte dessförinnan, vilket bevarar bestämmelsens ändamålsenliga verkan.

70. Men artikel 54 ger stöd åt vissa nationella straffrättsliga bestämmelser som, på grund av sin karaktär av sista utväg, är helt oförenliga med en extensiv tolkning [70] som strider mot legalitetsprincipen [71], som gäller i de gemensamma traditionerna [72] i medlemsstaterna och som kommer till konkret uttryck [73] i gemenskapsrätten.

71. Den nederländska regeringens uttalande angående svårigheten att tänka sig att en lagakraftägande dom föreskriver ett straff som inte kan verkställas är, med förbehåll för vad som sagts ovan, av intresse. [74]

72. Det är särskilt viktigt att göra en korrekt bedömning av räckvidden av bestämmelsen, som rör straffets – och inte domens – verkställbarhet.

73. Efter detta förbehåll är det lämpligt att göra en distinktion mellan den verkställbara domen och domen som exekutionstitel. [75] Även om den franska lagstiftningen inte medger att straffet verkställs utan att ytterligare en rättegång inleds, undergräver detta nämligen inte på något sätt det värde som domen har i det att den får rättsverkningar *ipso jure* på den tilltalades person och

69 — I dom av den 13 juli 1989 i mål 173/88, Skatteministeriet mot Henriksen (REG 1989, s. 2763), förkastade domstolen denna tolkningsmodell och konstaterade att ”den prövade bestämmelsens räckvidd inte kan definieras genom en ren bokstavstolkning” (punkt 11).

70 — Berdugo I., Arroyo L., García N., Ferré J., och Ramón J., i *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Praxis, Barcelona, 1996, s. 37, beskriver hur ett synsätt som går via legalitetsprincipen förutsätter ”ett absolut förbehåll för lagstiftning – parlamentets exklusiva område – för att definiera handlanden som brottsliga och tillämpa straff, vilket utesluter andra rättsregler av lägre rang och sedvanerätt; ett krav på fastställelse av de straffrättsliga reglerna, säkerhet eller exakthet; ett förbud mot extensiv eller analog tolkning *in malam partem*; ett förbud mot retroaktiv tillämpning av straffrättsliga regler till den tilltalades nackdel …”. Se, för ett liknande resonemang, Vogel J., ”Principio de legalidad, territorialidad y competencia judicial”, i *Eurodelitos. El derecho penal económico de la Unión Europea*, Tiedemann K. och Nieto A., Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2004, s. 32, som framhåller att förbudet mot analoga tolkningar och kravet på restriktiv tolkning utan undantag erkänns i samtliga medlemsstater som ett utflöde av legalitetsprincipen.

71 — Legalitetsprincipen som allmän gemenskapsrättslig princip kommer till uttryck bland annat i dom av den 3 maj 2007 i mål 303/05, Advocaten voor de Wereld VZW (REG 2007, s. I-3633), punkterna 46 och 49.

72 — Dom av den 3 maj 2005 de förenade målen 387/02, 391/02 och 403/02, Berlusconi m.fl. (REG 2005, s. I-3565), punkt 67, med hänvisning till dom av den 12 juni 2003 i mål C-112/00, Schmidberger (REG 2003, s. I-5659), och av den 10 juli 2003 i de förenade målen C-20/00 och C-64/00, Broker Aquaculture och Hydro Seafood (REG 2003, s. I-7411).

73 — Principen formuleras i artikel 49 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.

74 — ”Le gouvernement néerlandais ne peut par ailleurs pas imaginer une situation dans laquelle une sanction est infligée par un jugement définitif, sanction à propos de laquelle on peut déclarer à un quelconque moment ultérieur qu'elle n'a jamais pu être exécutée” (punkt 40 i dess yttrande).

75 — Detta dubbla perspektiv illustreras av kategorierna ”autotutela declarativa” och ”autotutela ejecutiva” i den spanska förvaltningsrätten, där den första innebär att den offentliga maktens handlingar åtnjuter en legalitetspresumtion, och gäller för de berörda i den mån de inte bryter denna med hjälp av till buds stående rättsmedel, den andra avser de faktiska omständigheterna och inbegriper tvångsverkställighet när adressaterna motsätter sig fullgörelsen (García de Enterría E. och Fernández T. R., *Curso de Derecho administrativo I*, 6:e upplagan, Civitas, Madrid, 1996, s. 490 och 491).

egendom, vilket framgår både av att Klaus Bourquain kan frias från ansvar i en ny rättegång angående det tidigare avgörandet om han påträffas, och av att hans egendom tagits i beslag.

74. Samtidigt skulle straffet bli verkställbart sedan det processuella hindret för den undanröjts, vilket för övrigt inte påverkade dess inneboende giltighet,[76] som sålunda ska skiljas från dess verkan.

75. Av ovan anförda skäl föreslår jag att domstolen ska tolka artikel 54 i konventionen så att dess skydd även omfattar påföljder som följer av en lagakraftägande dom som, på grund av särdrag i den nationella processrätten, aldrig kunnat verkställas.

D — *Amnesti, principen* ne bis in idem *och deras skilda karaktärer*

76. Det är inte fråga om rättslig eskapism att avstå från ett resonemang om hur det faktum att dödsstraffet upphävts och påföljdspreskriptionen hindrar att domen från Tribunal de Bône verkställs. Alla resonemang i det avseendet är överflödiga och ovidkommande, dels därför att detta är en självklarhet, dels därför att den nationella domstolens exklusiva behörighet ska respekteras.

77. Det är dock klokt att, om än flyktigt, reflektera över amnestins konsekvenser, mot bakgrund av de stora variationer som detta i särskilda undantagsfall tillämpade nådeinstitut uppvisar i de olika rättsordningarna.

78. I protokoll II till Genèvekonventionen[77] liknas amnestin vid en känsla av pacificering och försoning efter omstörtande perioder som medfört våldsamma sammandrabbningar inom ett samhälle.

79. Det är klokt att dämpa antagonistiska känslor med ett mycket tydligt ursprung, som väckts under händelseförlopp av kollektiv karaktär och som splittrat befolkningen socialt och politiskt.

76 — Bortsett från att det är fråga om ett dödsstraff, som i grunden är oförenligt med de friheter och rättigheter som Europeiska unionen förbehållslöst strävar efter att skydda.

77 — Närmare bestämt i artikel 6.5 där det föreskrivs att ”[v]id fientligheternas upphörande skall de makthavande myndigheterna bemöda sig om att i största möjliga utsträckning bevilja amnesti åt personer som deltagit i den väpnade konflikten…”.

80. Denna beteckning används, i vid bemärkelse, [78] för alla åtgärder som innebär nåd eller påföljdseftergift, inklusive benådning [79], i motsats till andra synsätt enligt vilka amnesti endast kan ske genom parlamentsbeslut av allmän karaktär som fattats enligt det nationella förfarandet för antagande av lagar.

81. De olikheter som finns i Europa i fråga om dessa former av påföljdseftergift, som kan ses från olika utgångspunkter, som kategoritillhörighet, syfte, eller den typ av brott på vilka den är tillämplig, [80] påverkar inte deras verkan att utsläcka statens bestraffningsrätt i samtliga medlemsstater eller det ofrånkomliga faktum att de får till följd att icke-rättsliga myndigheter upphäver verkningarna av en straffrättslig dom. [81]

82. Denna samling av åtgärder för påföljdseftergift skiljer sig med avseende på de olika idéer de representerar, men tjänar ett och samma mål och är utan undantag uttryck för en genuin politisk vilja, med principen om fakultativ lagföring som grundas på medlemsstaternas suveränitet som uttryck för att hanterar sina egna konflikter.

83. Det ömsesidiga förtroendet bör inte, med stöd av gemenskapsprincipen *ne bis in idem*, omfatta de fall av utebliven straffverkställighet som beror på någon av dessa extraordinära befogenheter som staterna innehar. Det ömsesidiga erkännandets logik verkar nämligen i dessa fall inte längre inom området för domstolarnas tillämpning av lagen, utan tar en annan väg, där starka sociologiska och politiska krafter gör sig gällande.

84. Det är ingen slump att det i rambeslutet om arresteringsordern föreskrivs att en arresteringsorder inte ska verkställas om brottet omfattas av amnesti i den verkställande medlemsstaten då denna var behörig att lagföra brottet enligt sin egen strafflag (artikel 3.1).

85. Betraktad med utgångspunkt från de grundläggande rättigheterna kan amnestin inte heller motivera utebliven verkställighet av straffet med tillämpning av principen *ne bis in idem.* Oberoende av att den på ett riskabelt sätt kan komma att utlösa straffets senareläggande, [82] kan man nämligen på nytt konstatera att det finns två olika dimensioner, eftersom den inte har sin grund i samma värden som de grundläggande rättigheterna ger uttryck för och samtidigt verkar enligt vaga och godtyckliga parametrar som ligger vid sidan av de klassiska parametrarna präglade av rättslig rationalitet, och skär av möjligheten till rättslig kontroll. [83]

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

79 — Benådningen kännetecknas av att den riktas till en individ, till skillnad från andra åtgärder för att efterge straff som riktas till grupper av personer.

80 — Bernardi A. och Grande C., a.a., s. 262.

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

82 — Corte Interamericana de Derechos Humanos (Interamerikanska domstolen för de mänskliga rättigheterna) uttalar kritik mot vissa nådeinstitut i målet Barrios Altos mot Peru, dom av den 14 mars 2001, serie C, nr 45.

83 — Benådningen, som till sin definition är av samma natur, undandrar sig som självständig kategori inom det skönsmässiga området, en senare domstolsprövning.

VI — Förslag till avgörande

86. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen ska besvara tolkningsfrågan på följande sätt:

Artikel 54 i konventionen av den 19 juni 1990 om tillämpningen av Schengenavtalet ska tolkas så att en person beträffande vilken fråga om ansvar prövats genom lagakraftägande dom i en avtalsslutande stat inte får åtalas för samma gärning i en annan avtalsslutande stat om den påföljd som dömts ut mot denna person aldrig kunde verkställas.