FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

fremsat den 20. oktober 2005 [1]

I — Indledning

1. De såkaldte Schengen-regler omfatter:

a) den aftale, som blev undertegnet i den luxembourgske by af samme navn den 14. juni 1985 af de tre stater, der udgør Den Økonomiske Union Benelux, Forbundsrepublikken Tyskland og Den Franske Republik, om gradvis ophævelse af kontrollen ved de fælles grænser (herefter »Schengen-aftalen«) [2]

b) konventionen om gennemførelse af denne aftale, som blev undertegnet den 19. juni 1990 af de samme stater (herefter »konventionen«) [3]

c) protokoller og tiltrædelsesdokumenter, erklæringer og retsakter vedtaget af den eksekutivkomité, der er nedsat ved konventionen, samt retsakter vedtaget af de organer, som eksekutivkomitéen har overdraget beslutningskompetence [4].

2. Ved den protokol (nr. 2), der er knyttet som bilag til traktaten om Den Europæiske Union og til traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab (herefter »protokollen«), er disse retsregler integreret i Unionen. I henhold til protokollens artikel 2, stk. 1, første afsnit, er Schengen-reglerne gældende for de 13 medlemsstater, der er nævnt i

1 — Originalsprog: spansk.
2 — EFT 2000 L 239, s. 13.
3 — EFT 2000 L 239, s. 19.
4 — EFT 2000 L 239, s. 63 ff.

artikel 1, herunder Kongeriget Belgien [5], fra datoen for Amsterdam-traktatens ikrafttræden (den 1.5.1999).

3. I henhold til protokollens artikel 6 deltager Republikken Island og Kongeriget Norge i gennemførelsen og den videre udvikling af Schengen-reglerne. Schengen-reglerne har fundet anvendelse i disse stater siden den 25. marts 2001 [6].

4. De præjudicielle spørgsmål, som er forelagt af Belgiens Hof van Cassatie (Belgiens kassationsdomstol), giver Domstolen lejlighed til for tredje gang [7] at tage stilling til spørgsmål vedrørende fortolkningen af konventionens artikel 54, der fastsætter princippet ne bis in idem, samt at undersøge dens anvendelse ratione temporis og præcisere begrebet »idem«.

II — Retsforskrifter

A — *Den Europæiske Unions retsforskrifter*

5. Som det fremgår af betragtningerne til den ovennævnte protokol, har Schengen-reglerne til formål at fremme den europæiske integration og navnlig sætte EU i stand til hurtigere at udvikle sig til et område med frihed, sikkerhed og retfærdighed.

5 — De øvrige er Kongeriget Danmark, Forbundsrepublikken Tyskland, Den Hellenske Republik, Kongeriget Spanien, Den Franske Republik, Den Italienske Republik, Storhertugdommet Luxembourg, Kongeriget Nederlandene, Republikken Østrig, Den Portugisiske Republik, Republikken Finland og Kongeriget Sverige. Det Forenede Kongerige og Irland har valgt ikke at deltage fuldt ud i samarbejdet, men kun i visse af bestemmelserne (Rådets afgørelse 2000/365/EF af 29.5.2000 (EFT L 131, s. 43) og 2002/192/EF af 28.2.2001 (EFT L 64, s. 20) vedrører de respektive anmodninger fra disse to medlemsstater om at deltage i visse bestemmelser i Schengen-reglerne). Danmark har en særstilling og behøver ikke at gennemføre de afgørelser, som vedtages inden for området. Schengen-reglerne er bindende for de ti nye medlemsstater fra datoen for deres tiltrædelse af Den Europæiske Union, men mange af dem finder dog først anvendelse, efter at Rådet har truffet afgørelse herom (artikel 3 i akten vedrørende vilkårene for Den Tjekkiske Republiks, Republikken Estlands, Republikken Cyperns, Republikken Letlands, Republikken Litauens, Republikken Ungarns, Republikken Maltas, Republikken Polens, Republikken Sloveniens og Den Slovakiske Republiks tiltrædelse og tilpasningerne af de traktater, der danner grundlag for Den Europæiske Union).

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

7 — I de to første tilfælde skulle Domstolen undersøge, hvordan staterne udøver deres sanktionsret. Domstolen fastslog, at princippet ne bis in idem også finder anvendelse, når strafforfølgningen er indstillet, efter at tiltalte har opfyldt de forpligtelser, han har aftalt med anklagemyndigheden (dom af 11.2.2003, forenede sager C-187/01 og C-385/01, Gözütok og Brügge, Sml. I, s. 1345, hvori jeg fremsatte forslag til afgørelse den 19.9.2002). Princippet finder derimod ikke anvendelse, såfremt en sag er afsluttet, efter at anklagemyndigheden har besluttet ikke at rejse tiltale, fordi der er indledt en straffesag i en anden medlemsstat mod samme tiltalte og vedrørende samme forhold (dom af 10.3.2005, sag C-469/03, Miraglia, Sml. I, s. 2009).

6. På grundlag af protokollens artikel 2, stk. 1, andet afsnit, vedtog Rådet den 20. maj 1999 afgørelse 1999/435/EF og 1999/436/EF om definition af Schengen-reglerne med henblik på, i overensstemmelse med de relevante bestemmelser i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab og traktaten om Den Europæiske Union, at fastsætte retsgrundlaget for de bestemmelser og afgørelser, der udgør Schengen-reglerne [8].

7. Det fremgår af artikel 2 i og bilag A til sidstnævnte afgørelse, at retsgrundlaget for konventionens artikel 54-58 er artikel 34 EU og 31 EU, der indgår i afsnit VI, som har overskriften »Bestemmelser om politisamarbejde og retligt samarbejde i kriminalsager«.

8. Konventionens artikel 54-58 udgør kapitel 3, der har overskriften »Straffedommes negative retsvirkninger (ne bis in idem)«, i konventionens afsnit III, som har overskriften »Politi og sikkerhed«.

9. Artikel 54 bestemmer:

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

10. Retsgrundlaget for artikel 71, som findes i kapitel 6 (»Narkotika«), der også hører under afsnit III, er — ud over artikel 34 EU og 31 EU — også artikel 30 EU. Artikel 71, stk. 1 og 2, bestemmer følgende:

»1. For så vidt angår direkte eller indirekte handel med narkotika og psykotrope stoffer af enhver art, herunder også cannabis, samt besiddelse af sådanne stoffer med henblik på videresalg eller udførsel, forpligter de kontraherende parter sig til i overensstemmelse med de eksisterende FN-konventioner at træffe alle de foranstaltninger, der er nødvendige for at forebygge og bekæmpe ulovlig handel med narkotika og psykotrope stoffer.

2. De kontraherende parter forpligter sig til med administrative og strafferetlige foranstaltninger at forebygge og bekæmpe ulovlig udførsel af narkotika og psykotrope stoffer, herunder også cannabis, samt salg, levering

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

og overdragelse af disse stoffer, jf. dog de relevante bestemmelser i artikel 74, 75 og 76 [9].«

alvorlige overtrædelser er hjemfaldne til passende straf, særlig fængsel eller anden frihedsberøvende straf.

[...]

B — *FN's konventioner*

2. Med forbehold af de indskrænkninger, der følger af en parts forfatning, dens retssystem og nationale lovgivning,

11. Artikel 36 i enkeltkonventionen om kontrol med narkotiske midler, som blev undertegnet i New York den 30. marts 1961, bestemmer:

a) i) skal enhver af de i stk. 1 anførte overtrædelser, hvis de begås i forskellige lande, betragtes som en særlig overtrædelse

»1. a) Med forbehold af de indskrænkninger, der følger af en parts forfatning, skal vedkommende part træffe sådanne foranstaltninger, som tilsikrer: at dyrkning, produktion, fabrikation, udvinding, tilberedning, besiddelse, tilbud, udbud til salg, fordeling, køb, salg, levering på hvilke som helst betingelser, mæglerkurtage, forsendelse, forsendelse i transit, transport, import og eksport af narkotiske midler i modstrid med denne konventions bestemmelser og enhver anden handling, som efter partens mening vil være i modstrid med denne konventions bestemmelser, er strafbare forseelser, når de begås med overlæg, og at

[...]

3. Nærværende artikels bestemmelser skal respektere bestemmelserne i vedkommende parts straffelov vedrørende jurisdiktion.

4. Intet af det i nærværende artikel indeholdte skal ændre det princip, at de deri anførte overtrædelser skal defineres, forfølges og straffes i overensstemmelse med partens nationale lov.«

9 — Disse bestemmelser vedrører lovlig handel og den nødvendige kontrol.

12. Artikel 22 i konventionen af 1971 om psykotrope stoffer indeholder bestemmelser, der praktisk talt er identiske med bestemmelserne i artikel 36 i konventionen af 1961.

III — De faktiske omstændigheder i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

13. Leopold Henri Van Esbroeck, der er belgisk statsborger, blev ved Bergens tingrett (førsteinstansretten i Bergen (Norge)) den 2. oktober 2000 idømt en fængselsstraf på fem år for ved et forhold begået den 1. juni 1999 ulovligt at have indført euforiserende stoffer.

14. Efter at have afsonet halvdelen af straffen blev Leopold Henri Van Esbroeck prøveløsladt og rejste tilbage til Belgien. Her blev der den 27. november 2002 rejst tiltale mod ham for den 31. maj 1999 at have udført de euforiserende stoffer, som han dagen efter indførte til Norge. Correctionele Rechtbank te Antwerpen (straffedomstolen i Antwerpen) idømte ved dom af 19. marts 2003 tiltalte en fængselsstraf på et år. Denne dom blev stadfæstet under appel ved dom af 9. januar 2004 afsagt af Hof van Beroep te Antwerpen.

15. Leopold Henri Van Esbroeck har iværksat kassationsanke til prøvelse af denne dom, idet han har gjort gældende, at princippet ne bis in idem, der er knæsat i konventionens artikel 54, er blevet tilsidesat.

16. Hof van Cassatie har forelagt Domstolen følgende spørgsmål:

»1) Skal artikel 54 i [konventionen] fortolkes således, at en belgisk ret skal anvende denne bestemmelse på en person, der efter den 25. marts 2001 er blevet strafforfulgt ved en kriminalret i Belgien for de samme gerninger, som vedkommende er blevet dømt for ved en dom afsagt den 2. oktober 2000 af en norsk kriminalret, hvor den idømte straf eller de trufne forholdsregler allerede er fuldbyrdet, når artikel 2, stk. 1, i aftalen af 18. maj 1999 indgået mellem Rådet for Den Europæiske Union og Republikken Island og Kongeriget Norge [...] bestemmer, at bl.a. artikel 54 i konventionen [...] først skal gennemføres og anvendes af Norge med virkning fra den 25. marts 2001?

Såfremt det første spørgsmål besvares bekræftende:

2) Skal artikel 54, sammenholdt med artikel 71, i konventionen [...] fortolkes således, at strafbare handlinger med henblik på udførsel og indførsel, som vedrører de samme narkotika og psykotrope stoffer af enhver art, herunder

også cannabis, og som strafforfølges som udførsel og indførsel i de forskellige stater, der har undertegnet konventionen [...], eller hvori Schengen-reglerne er gennemført og anvendes, anses for »de samme strafbare handlinger« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i nævnte artikel 54?«

IV — Retsforhandlingerne ved Domstolen

17. Der er indgivet skriftlige indlæg i sagen af sagsøgeren i hovedsagen, af Kommissionen og af den nederlandske, den tjekkiske, den østrigske, den polske og den slovakiske regering. Under retsmødet den 22. september 2005 blev der givet møde og afgivet mundtlige indlæg af repræsentanterne for sagsøgeren i hovedsagen og Kommissionen og af de befuldmægtigede for de to førstnævnte regeringer.

V — Stillingtagen til de præjudicielle spørgsmål

A — *Karakteren af og grundlaget for princippet ne bis in idem*

18. I forslaget til afgørelse i Gözütok og Brügge-sagen (punkt 48 ff.) anførte jeg, at konventionens artikel 54 er et ægte udtryk for dette princip, som er til hinder for, at en person — på grund af samme ulovlige adfærd — retsforfølges mere end én gang og eventuelt pålægges sanktioner flere gange, for så vidt som dette indebærer en utilstedelig gentagelse i forbindelse med udøvelsen af straffebeføjelser.

19. Jeg tilføjede, at dette princip i ethvert retssystem hviler på to grundsten, nemlig retssikkerhed og retfærdighed. En lovovertræder skal kunne stole på, at han efter sanktionens fuldbyrdelse har sonet sin skyld, så han ikke behøver at frygte en ny straf. Hvis han frikendes, skal han kunne føle sig sikker på, at der ikke vil blive indledt en straffesag mod ham på ny.

20. Jeg mindede desuden om, at enhver sanktion har to formål: et repressivt og et præventivt. Man ønsker at straffe en bestemt adfærd og afskrække gerningsmændene samt andre eventuelle lovovertrædere fra at begå strafbare handlinger. Sanktionen skal derfor være egnet til at opfylde disse formål, og der skal være en passende ligevægt, således at den pågældende handlemåde sanktioneres, og sanktionen samtidig tjener som eksempel. Billighedsprincippet, der gennemføres ved hjælp af proportionalitetsprincippet, er således til hinder for at kumulere sanktioner.

21. Forbuddet mod at dømme en person to gange for samme forhold har således et dobbelt grundlag. Det er for det første udtryk for den retlige beskyttelse af borgerne i forhold til udøvelsen af straffebeføjelser, som følger af retten til en behørig og retfærdig rettergang [10]. Denne retsbeskyttelse har forfatningsrang i nogle af de stater, som deltager i Schengen-samarbejdet [11]. For det andet opfylder forbuddet et strukturelt krav i retssystemet, som er legitimeret i hensynet til dommes retskraft [12].

22. Dette dobbelte grundlag, samt formålet med konventionens artikel 54, skal der tages hensyn til ved besvarelsen af de spørgsmål, der er forelagt af Hof van Cassatie.

B — *Formålet med princippet ne bis in idem inden for rammerne af Schengen-aftalen*

23. Ovennævnte bestemmelse [13], som giver princippet ne bis in idem international gyldighed, indeholder en regel, som tager sigte på at fremme den europæiske integration gennem oprettelse af et fælles område med frihed, sikkerhed og retfærdighed.

24. Den gradvise ophævelse af grænsekontrollen er et nødvendigt skridt på vejen mod et sådant fælles område, selv om ophævelsen af de administrative hindringer kommer alle til gode, også dem, som søger at udnytte den mindre kontrol til at udvide deres ulovlige aktiviteter.

25. Det er derfor nødvendigt med et øget samarbejde mellem staterne, navnlig hvad angår politi og sikkerhed, og staterne bliver således hovedaktørerne i bekæmpelsen af kriminalitet i hele det europæiske samfund og samarbejder om opretholdelse af lov og

10 — Man kunne endda hævde, at det forbud, der følger af princippet ne bis in idem, beskytter individets værdighed mod umenneskelig og nedværdigende behandling, for dette må retsforfølgning af samme overtrædelse flere gange siges at være.

11 — Som individuel garanti genfindes det i internationale aftaler som f.eks. den internationale konvention af 19.12.1966 om borgerlige og politiske rettigheder (artikel 14, stk. 7) og protokol nr. 7 til den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder (artikel 4). Disse tekster vedrører imidlertid princippet på nationalt plan og sikrer, at det finder anvendelse inden for en stats egen jurisdiktion. FN's Menneskerettighedskomité har udtalt, at artikel 14, stk. 7, i den nævnte internationale konvention ikke finder anvendelse på udenlandske retskraftige afgørelser (FN's Menneskerettighedskomité, afgørelse af 2.11.1987).

12 — Disse aspekter er blevet fremhævet af J.A.E. Vervaele, »El principio ne bis in idem en Europa. El Tribunal de Justicia y los derechos fundamentales en el espacio judicial europeo«, *Revista General de Derecho Europeo*, nr. 5, oktober 2004 (www.iustel.com).

13 — Konventionens artikel 54 gengiver en bestemmelse i Bruxelles-konventionen af 25.5.1987 om anvendelsen af princippet ne bis in idem. Bruxelles-konvention fik kun begrænset succes, men den tjente dog som inspiration til konventionens artikel 54-58, jf. I. Blanco Cordero, »El principio ne bis in idem en la Unión Europea«, *Diario La Ley*, nr. 6285, af 30.6.2005.

orden. Denne øgede slagkraft i retsforfølgningen af lovovertrædelser må imidlertid ikke bringe de garantier, som er umistelige i en demokratisk retsstat, i fare.

26. Til virkeliggørelsen af dette mål bidrager konventionens artikel 54, som ifølge Gözütok og Brügge-dommen og Miraglia-dommen sikrer borgernes frie bevægelighed inden for Unionen (henholdsvis præmis 38 og 32), et mål, som er opstillet i artikel 2, stk. 1, fjerde led, EU.

C — Den tidsmæssige anvendelse af konventionens artikel 54 (det første præjudicielle spørgsmål)

27. Schengen-reglerne har fundet anvendelse i Belgien siden den 1. maj 1999 og i Norge siden den 25. marts 2001. De forhold, som Leopold Henri van Esbroeck blev tiltalt for, blev begået den 31. maj og den 1. juni 1999, og han blev dømt i Norge den 2. oktober 2000 for ulovlig indførsel af forbudte stoffer og i Belgien den 19. marts 2003 for ulovlig udførsel af de samme stoffer.

28. I lyset af dette kronologiske hændelsesforløb er den forelæggende ret i tvivl om, hvorvidt bestemmelsen om straffedommes negative retsvirkninger i artikel 54 i konventionen — som ikke var trådt i kraft i Norge på tidspunktet for afsigelsen af den første dom — er til hinder for en senere dom i Belgien.

29. Det bemærkes, at Schengen-reglerne ikke indeholder nogen specifik bestemmelse vedrørende tidspunktet for konventionens artikel 54's ikrafttræden eller bestemmelsens tidsmæssige virkninger.

30. Løsningen på det fortolkningsproblem, som den forelæggende ret har rejst, følger umiddelbart af kernen i og grundlaget for princippet ne bis in idem, hvilket alle dem, der deltager i denne præjudicielle sag, med undtagelse af den slovakiske regering, er enige i.

31. Som en individuel materiel ret, der skal sikre, at ingen, som har begået en overtrædelse og afsonet sin straf, kan retsforfølges og straffes igen, kommer dette princip klarest til udtryk, når disse betingelser er opfyldt, og samtidig opstår — som et modstykke til denne ret — forpligtelsen for de statslige myndigheder til at afholde sig fra at pålægge nogen form for sanktion. Forudsætningen for princippets anvendelse er, at der foreligger en endelig tidligere dom vedrørende tiltalte.

32. Det belgiske retsvæsen indledte altså en straffesag mod Leopold Henri van Esbroeck og idømte ham en straf, selv om der forelå en straffedom afsagt i en anden stat, på et

tidspunkt, hvor konventionens artikel 54 var i kraft i begge stater. Under disse omstændigheder skal jeg foreslå Domstolen at besvare Hof van Cassaties spørgsmål med, at den omhandlede bestemmelse finder anvendelse i en situation som den i hovedsagen foreliggende.

34. Løsningen er den samme, når konventionens artikel 54 ses i sin processuelle dimension, for medmindre andet udtrykkelig er bestemt, finder bestemmelser af denne art anvendelse på procedurer, der indledes efter deres ikrafttræden, og hovedsagen blev anlagt i Belgien, efter at konventionen var trådt i kraft i Belgien og Norge.

33. I det førnævnte forslag til afgørelse i Gözütok og Brügge-sagen anførte jeg, at princippet ne bis in idem ikke udgør en processuel regel, men indeholder en grundlæggende garanti i de retssystemer, der — som retssystemerne i Den Europæiske Unions medlemsstater — bygger på, at den enkelte har en række rettigheder og friheder i forhold til de offentlige myndigheder [14]. Selv om man med henblik på anvendelsen af det omhandlede princip antager, at den retlige ramme for den anden retssag er den, der var gældende på tidspunktet for afviklingen af den første retssag eller endda på tidspunktet, hvor overtrædelsen blev begået, skal de nugældende regler i overensstemmelse med et grundlæggende kriminalpolitisk princip, som er almindeligt anerkendt inden for de nævnte retssystemer, anvendes med tilbagevirkende kraft, fordi de er gunstigere for den tiltalte.

D — *Definitionen af begrebet idem (det andet præjudicielle spørgsmål)*

1. Indledende bemærkninger

35. Den forelæggende ret ønsker en præcisering af, hvad udtrykket »de samme strafbare handlinger« i konventionens artikel 54 omfatter.

36. Det indgår som et kerneelement i den dømmende funktion at træffe afgørelse om, hvorvidt de forhold, som har ført til indledning af en straffesag, er sammenfaldende med de forhold, som ligger til grund for en tidligere straffesag. Denne bedømmelse er alene den ret, som umiddelbart har kendskab til de faktiske omstændigheder i sagen, i stand til at foretage, uden at dette udelukker en prøvelse i anden instans.

14 — A. Queralt Jiménez, *La incidencia en la jurisprudencia constitucional de la autoridad interpretativa de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Especial referencia al caso español* (doktorafhandling under forberedelse), anfører, at en gennemgang af den spanske forfatningsdomstols dom nr. 2/2003 af 16.1.2003 (BOE nr. 219, 2003) viser to aspekter ved princippet ne bis in idem, nemlig det materielle aspekt, som består i forbuddet mod at straffe en person to eller flere gange for samme adfærd, uanset om sanktionerne pålægges inden for det samme retssystem eller inden for en enkelt procedure, og det processuelle aspekt, som er forbuddet mod at føre en ny sag vedrørende et forhold, som allerede er genstand for en endelig afgørelse, uanset om der er tale om domfældelse eller frifindelse, således at afgørelsernes retskraft sikres. Forfatteren tilføjer, som en selvstændig rettighed, forbuddet mod dobbelt strafforfølgning, som er forbundet med kravet om en retfærdig rettergang, men som indirekte har betydning for princippet ne bis in idem.

37. Domstolen må derfor ikke lade sig friste til at sætte sig i denne rets sted. Domstolens opgave består alene i at tilvejebringe nogle fortolkningskriterier, som — henset til den pågældende bestemmelses grundlag og formål — anviser den bedste vej til at opnå en ensartet behandling på hele Den Europæiske Unions område.

38. På dette stadium i analysen erkender jeg, at en overfladisk læsning af Hof van Cassaties andet spørgsmål fik mig til at gå i gang med at definere grænserne for det ubestemte retlige begreb »samme strafbare handlinger« med henblik på ud fra fællesskabsretten at opstille nogle selvstændige retningslinjer og på grundlag heraf udforme et generelt kriterium, som kan anvendes i eventuelle fremtidige sager.

39. Det er ikke bare overmodigt at indlade sig på dette — opgaven vil også være umulig, for uforudsigeligheden i kriminalpolitikken og karakteren af den strafferetlige forfølgning gør det vanskeligt at opstille almengyldige fortolkninger, og et forslag, som måske er hensigtsmæssigt i relation til visse former for kriminalitet eller medvirken, kan således være uegnet i forhold til andre [15].

15 — G. Dannecker, »La garantía del principio *ne bis in idem* en Europa«, *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, bind I, Madrid, 2004, s. 157-176, lægger vægt på, hvordan dette princip må bøjes, når det skal anvendes på sager vedrørende samarbejde mellem kriminelle grupper eller visse fortsatte forbrydelser som f.eks. ulovlig våbenbesiddelse (s. 168).

40. Det forekommer mere fornuftigt at vælge en mellemvej og — uden at gå dybere ind i de faktiske omstændigheder i hovedsagen — vurdere de særlige omstændigheder i sagen med henblik på at give den nationale ret nogle retningslinjer, som kan hjælpe den med at afgøre sagen i overensstemmelse med ånden i den bestemmelse, som skal fortolkes i den foreliggende sag.

2. Begrebets rent faktuelle dimension

41. Denne pragmatiske indfaldsvinkel ligger latent i spørgsmålet fra Hof van Cassatie, for så vidt som det ønskes oplyst, om ulovlig udførsel og indførsel af narkotika eller psykotrope stoffer i to stater, der har undertegnet konventionen, udgør »de samme strafbare handlinger« i artikel 54's forstand, eller om hver enkelt stat derimod kan straffe disse handlinger som en særskilt lovovertrædelse.

42. Spørgsmålets relevans er åbenbar, ikke kun på grund af problemets juridisk komplicerede karakter, men også fordi der i forbindelse med denne form for kriminalitet ofte ses en gentagelse af lignende handlinger. Der er gjort opmærksom på sådanne pro-

blemer i den juridiske litteratur [16], og deres eksistens er bekræftet i virkeligheden [17].

43. Det skal således foretages en afgrænsning af det begreb, som udgøres af det andet element i princippet ne bis in idem, og i denne forbindelse kan der anlægges tre synsvinkler: kun at tage hensyn til sagens faktiske omstændigheder, at koncentrere sig om den retlige subsumption af de faktiske omstændigheder eller at lægge vægt på de retsgoder, som søges beskyttet ved den pågældende straffebestemmelse.

44. En sproglig indfaldsvinkel taler entydigt for den første mulighed. I den spanske udgave af konventionen anvendes udtrykket »por los mismos hechos«, og der er således ikke den mindste tvivl. Den tyske, den franske, den engelske, den italienske og den nederlandske tekst (henholdsvis »wegen derselben Tat«, »pour les mêmes faits«, »for the same acts«, »per i medesimi fatti« og »wegens dezelfde feiten«) giver heller ikke anledning til diskussion, for der henvises i alle tilfælde til idem factum, nemlig til den helhed af handlinger, som er genstand for retsforfølgning, set som et historisk fænomen, som retten skal bedømme for at kunne drage de relevante retlige konsekvenser.

45. Denne opfattelse bestyrkes, hvis man ser på grundlaget for og betydningen af denne grundlæggende garanti for borgerne: Den frie bevægelighed i Schengen-området forudsætter, at en person, som har begået en bestemt handling, ved, at når han en gang er blevet dømt og har afsonet sin straf, eller efter omstændighederne er blevet endeligt frikendt i en medlemsstat, kan han bevæge sig inden for dette område uden at skulle frygte at blive retsforfulgt i en anden medlemsstat, fordi denne handling udgør en særlig lovovertrædelse i henhold til retsordenen i sidstnævnte medlemsstat. Hvis dette var muligt, ville formålet med artikel 2, stk. 1, fjerde led, EU blive illusorisk, og der ville blive skabt lige så mange hindringer for den frie bevægelighed, som der er strafferetlige systemer; tilmed har disse systemer — på trods af harmoniseringstiltagene i Rådets rammeafgørelser — et stærkt nationalt præg.

46. Af de samme årsager må også det kriterium, der hviler på det retsgode, der søges beskyttet, afvises, for dette afhænger i så høj grad af legitime kriminalpolitiske valg på nationalt plan, at kriteriet ville gøre det

16 — J.A.E. Vervaele, op.cit., har bemærket, at der efter Gözütok og Brügge-dommen var behov for at afklare en række vigtige spørgsmål, som f.eks. præciseringen af begrebet idem. C. Van den Wyngaert og G. Stessens, »The international non bis in idem principle: resolving some of the unanswered questions«, *International and Comparative Law Quarterly*, bind 48, oktober 1999, s. 789, rejser spørgsmålet, om en gerningsmand i forbindelse med ulovlig handel med narkotika mellem to lande begår to strafbare handlinger, nemlig udførsel og indførsel af de forbudte stoffer. G. Dannecker, op.cit., s. 167 og 168, bruger det samme eksempel.

17 — I sag C-493/03 (Hiebeler) ønskede Cour d'appel de Bordeaux oplyst, om grænseoverskridende transport af et parti euforiserende stoffer med henblik på anvendelsen af princippet ne bis in idem skulle anses for forskellige handlinger, som var strafbare i de berørte medlemsstater. Domstolen tog ikke stilling til spørgsmålet, idet den præjudicielle sag blev slettet af registret ved kendelse af 30.3.2004, fordi hovedsagen var blevet uden genstand. Domstolen er forelagt lignende spørgsmål af Rechtbank 's-Hertogenbosch (retten i nævnte by i Brabant) (sag C-150/05, Van Straaten) og af Hof van Beroep te Antwerpen (sag C-272/05, Bouwens), også vedrørende ulovlig international handel med narkotika. Begge sager er verserende.

muligt at pålægge sanktioner flere gange for samme adfærd og dermed bringe virkeliggørelsen af formålet med konventionens artikel 54 i fare.

47. Hvis man i stedet for de faktiske omstændigheder lagde vægt på den strafferetlige kvalifikation eller de værdier, som beskyttes med forbuddet mod de pågældende handlinger, ville princippet ne bis in idem aldrig få virkning på internationalt plan [18].

48. Dette forklarer sandsynligvis, hvorfor der, i modsætning til to dokumenter, hvori princippet er behandlet i sin nationale dimension, nemlig den internationale konvention om borgerlige og politiske rettigheder, som forbyder pålæggelse af en dobbelt sanktion for samme »lovovertrædelse« (artikel 14, stk. 7), og protokol nr. 7 til den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, som — med samme formål for øje — også anvender udtrykket »lovovertrædelse« (artikel 4) [19], i andre aftaler, som berører princippet i dets internationale dimension, lægges vægt på det rent faktuelle [20]. I initiativet fra Den Hellenske Republik med henblik på vedtagelse af Rådets rammeafgørelse om anvendelse af »ne bis in idem«-princippet [21] er der anvendt et tilsvarende kriterium, idet idem defineres som »en anden strafbar handling, der udelukkende eller i alt væsentligt er afledt af de samme faktiske omstændigheder, uanset hvordan denne handling betegnes juridisk« [artikel 1, litra e)].

49. Det bemærkes i øvrigt, at det belgiske indenrigsministerium og justitsministerium den 10. december 1998 udsendte et cirkulære [22], hvori man præciserede, at der ved anvendelsen af konventionens artikel 54 ikke kræves identitet for så vidt angår den retlige subsumption, men kun for så vidt angår de

18 — Jf. G. Dannecker, op.cit., s. 175.

19 — Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis er ikke entydig på dette punkt. I dommen af 23.10.1995 i sagen Gradinger mod Østrig (Serie A, nr. 328-C) lagde Menneskerettighedsdomstolen vægt på kriteriet om identitet for så vidt angår handlingerne, uanset deres retlige subsumption, men i dommen af 30.7.1998 i sagen Oliveira mod Schweiz (*Report of Judgments and Decisions* 1998-V) faldt valget på den anden løsning. Dommen af 29.5.2001 i sagen Fischer mod Østrig (sag 37950/97) forligede tilsyneladende de modstridende holdninger i disse to domme med udgangspunkt i de faktiske omstændigheder. I dommen af 2.7.2002 i sagen Göktan mod Frankrig (*Report of Judgments and Decisions* 2002-V) anvendte Menneskerettighedsdomstolen imidlertid igen kriteriet om den retlige subsumption.

20 — I statutterne for de internationale krigsforbrydertribunaler for henholdsvis det tidligere Jugoslavien og Rwanda tales der om »omstændigheder, som udgør alvorlige krænkelser af den humanitære folkeret« (henholdsvis artikel 10, stk. 1, og artikel 9, stk. 1). I konventionen om beskyttelse af De Europæiske Fællesskabers finansielle interesser (EFT 1995 C 316, s. 49) og i konventionen om bekæmpelse af bestikkelse, som involverer tjenestemænd ved De Europæiske Fællesskaber eller i Den Europæiske Unions medlemsstater (EFT 1997 C 195, s. 2), bruges udtrykkene »den samme handling« og »det samme forhold« (henholdsvis artikel 7, stk. 1, og artikel 10, stk. 1). I Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (EFT 2000 C 364, s. 1) anvendes imidlertid kriteriet om idem crimen (»ingen skal i en straffesag på ny kunne stilles for en domstol eller dømmes for en lovovertrædelse, for hvilken han/hun allerede er blevet endeligt frikendt eller domfældt i en af Unionens medlemsstater i overensstemmelse med lovgivningen« (artikel 50)). Denne bestemmelse er gengivet i traktaten om en forfatning for Europa (artikel II-110) (EUT 2004 C 310, s. 1).

21 — EUT 2003 C 100, s. 24.

22 — »Circulaire interministérielle sur l'incidence de la convention de Schengen en matière de contrôle frontalier et de coopération policière et judiciaire« (*Moniteur belge*, nr. 20, af 29.1.1999, s. 2714).

faktiske omstændigheder [23]. Nogle belgiske domstole har anvendt denne retningslinje [24].

3. Det konkrete tilfælde i hovedsagen

50. Ovenstående betragtninger står endnu stærkere, når de anvendes på omstændighederne i den konkrete sag.

51. Det er ubestrideligt, at det forhold, som Leopold Henri van Esbroeck blev idømt straf for i Norge, materielt set er det samme forhold, som lå til grund for tiltalen og dommen i Belgien, nemlig den ulovlige transport fra det ene land til det andet af en vis mængde narkotika den 31. maj og den 1. juni 1999. Den retlige subsumption af denne handling er forskellig i de to stater. I Belgien betegnes den som udførsel af de pågældende ulovlige stoffer og i Norge som indførsel. Hvis idem-begrebet anses for kun at vedrøre det rent faktuelle, finder konventionens artikel 54 anvendelse, men hvis det også har en retlig dimension, bliver dobbelt strafforfølgning derimod mulig.

52. Sidstnævnte mulighed bør efter min opfattelse afvises af tre grunde. For det første fører den til en restriktiv løsning, som er uforenelig med den ekspansionskraft, der ligger i de grundlæggende garantier, som beskytter individets værdighed. Desuden er den direkte i strid med det formål, som forfølges med konventionens artikel 54, nemlig at sikre borgernes frie bevægelighed, for den indebærer, at en person, som har udstået sin straf, vil have truslen om nye sanktioner hængende over sig som et damoklessværd, hvis han forlader det retssystem, inden for hvilket han har afsonet sin straf. Endelig er det ironisk at tale om indførsel og udførsel inden for et område, som er reguleret af en retsorden, der netop i alt væsentligt tager sigte på at nedbryde grænserne, både for personer og for varer [25].

23 — I konklusionerne fra den IX internationale kongres om strafferet, som blev vedtaget den 29.8.1964 i Haag, foreslog man et idem-begreb med udgangspunkt i det rent faktuelle (teksten kan konsulteres i *Zeitschrift für Strafrechtswissenschaften*, 1965, s. 184-193, jf. særlig s. 189 og 190). De højeste retsinstanser i Nederlandene og Frankrig har godtaget denne tilgang (Hoge Raads dom af 13.12.1994 (*Ars Aequi*, 1995, s. 720) og Cour de Cassations dom af 13.12.1983 (*Bulletin* nr. 340), citeret af A. Weyembergh, »Le principe ne bis in idem: pierre d'achoppement de l'espace pénal européen?«, i *Cahiers de droit européen*, 204, nr. 3 og 4, s. 349).

24 — Tribunal correctionnel i Eupen fastslog i dom af 3.4.1995 (trykt i *Revue de droit pénal et de criminologie*, november 1996, s. 1159), at selv om en persons deltagelse i en transaktion mellem Belgien og Tyskland blev delt op i to overtrædelser i henhold til artikel 36 i enkeltkonventionen om kontrol med narkotiske midler, som blev undertegnet i New York den 30.3.1961, kunne der ikke iværksættes strafforfølgning ved den belgiske ret vedrørende den overtrædelse, der var begået i Belgien, fordi handlingen udgjorde et enkelt strafbart forhold, som allerede havde ført til domfældelse af gerningsmanden i Tyskland. S. Brammertz, »Trafic de stupefiants et valeur internationale des jugements répressifs à la lumière de Schengen«, trykt i samme nummer af det nævnte tidsskrift, s. 1063-1081, redegør for retspraksis i Belgien før Schengen-reglernes ikrafttræden, hvori det ikke var anerkendt, at princippet ne bis in idem fandt anvendelse internationalt.

25 — S. Brammertsz, op.cit., s. 1077 og 1078, er af den opfattelse, at det efter Schengen-aftalens ikrafttræden ikke længere kan hævdes, at ulovlig handel med narkotika mellem to Schengen-stater udgør forskellige forhold, som kan føre til dobbelt strafforfølgning, for den frie bevægelighed for personer indebærer et samarbejde baseret på tillid, som også bør slå igennem i forbindelse med analysen og bedømmelsen af grænseoverskridende kriminalitet. »Hvorfor skulle man anse en handel, som er foregået mellem Eupen og Liège, som en enkelt strafbar handling og dele en tilsvarende handel mellem Eupen og Aachen op i to forskellige handlinger på grund af en grænse, som ikke er fysisk synlig på stedet?«

4. Konventionens artikel 71

53. Denne bestemmelse forpligter de kontraherende stater til at træffe alle de foranstaltninger, der er nødvendige for at bekæmpe ulovlig handel med narkotika, i overensstemmelse med FN-konventionerne, herunder særligt konventionen om kontrol med narkotiske midler og konventionen om psykotrope stoffer, som foreskriver, at overtrædelser skal betragtes som særlige overtrædelser, hvis de begås i forskellige lande (henholdsvis artikel 36 og 22).

54. Ved første øjekast synes de nævnte bestemmelser at stå i modsætning til det ovenfor anførte, men ved en nærmere analyse af deres indhold viser det sig, at de ikke afkræfter, men tværtimod bekræfter mine betragtninger.

55. Artikel 71 forpligter de kontraherende parter til inden for rammerne af Schengensamarbejdet at fortsætte kampen mod denne form for kriminalitet, og henviser i denne forbindelse til de forpligtelser, som allerede påhviler dem i henhold til FN's konventioner inden for konkrete retsområder. Artikel 71 har generel rækkevidde, og den indebærer derfor ingen specifik begrænsning af anvendelsesområdet for artikel 54.

56. De nævnte FN-konventioner skal, når det netop anførte er taget i betragtning, derfor ses i deres historiske og lovgivningsmæssige sammenhæng, for bestemmelsen i artikel 22 og 36, som forpligter parterne til at træffe foranstaltninger med henblik på at bekæmpe alle former for handlinger i forbindelse med ulovlig narkotikahandel, indeholder ikke et ubetinget påbud, men gælder med forbehold af de indskrænkninger, der følger af en parts retssystem. Konventionens artikel 54 er en integreret del af retsordenen i de stater, som har undertegnet konventionen, og bestemmelserne i FN-konventionerne kan derfor ikke begrænse dens virkninger.

57. Det må heller ikke glemmes, at de nævnte FN-konventioner blev udarbejdet for at bekæmpe ulovlig handel med narkotika og psykotrope stoffer på verdensplan, fordi der ikke gribes stærkt ind heroverfor i alle lande. På denne baggrund træder den egentlige betydning af artikel 22 og 36 frem, nemlig at strafbare handlinger, som er begået i flere af de kontraherende stater, kan føre til retsforfølgning og pålæggelse af sanktioner i enhver af disse stater, således at gerningsmanden ikke forbliver ustraffet, hvis nogle af staterne eventuelt er efterladende. Denne tilgang giver imidlertid ikke mening inden for Schengen-området, for som jeg anførte i mit forslag til afgørelse i Gözütok og Brüggesagen (punkt 124), og som Domstolen bekræftede i sin dom af 11. februar 2003 i samme sag (præmis 33), bygger Schengensamarbejdet på, at medlemsstaterne har gensidig tillid til hinandens strafferetlige systemer [26].

26 — I programmet for foranstaltninger med henblik på gennemførelse af princippet om gensidig anerkendelse af afgørelser i straffesager (EFT 2001 C 12, s. 10) anses princippet ne bis in idem for at være et egnet instrument til at opnå dette (s. 12). Meddelelsen fra Kommissionen til Rådet og Europa-Parlamentet om gensidig anerkendelse af straffedomme og styrkelse af den gensidige tillid mellem medlemsstaterne (KOM(2005) 195 endelig, s. 4) går i samme retning.

58. De nævnte artikler skal altså forhindre, at en handling i realiteten bliver straffri, men når en person først er straffet, kan der ikke i de retsordener, der anerkender princippet ne bis in idem, som f.eks. Schengen-reglerne, pålægges en ny sanktion. De to regelsæt står derfor ikke i modsætning til hinanden.

59. Udførsel og indførsel af de samme narkotika og psykotrope stoffer af enhver art, herunder også cannabis, i to stater, der har undertegnet konventionen, eller hvori Schengen-reglerne er gennemført og anvendes, skal altså i overensstemmelse med konventionens artikel 54, sammenholdt med artikel 71, anses for »de samme strafbare handlinger« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i nævnte artikel 54, uanset deres retlige subsumption i de respektive retsordener.

VI — Forslag til afgørelse

60. Sammenfattende foreslår jeg, at Domstolen besvarer de spørgsmål, der er forelagt af Hof van Cassatie (Belgien), således:

»1) Artikel 54 i konventionen om gennemførelse af Schengen-aftalen finder anvendelse ratione temporis på en straffesag, der er iværksat efter konventionens ikrafttræden, vedrørende handlinger, der allerede har ført til domfældelse, uanset tidspunktet for den første domfældelse.

2) Udførsel og indførsel i forbindelse med transport af de samme narkotika og psykotrope stoffer af enhver art, herunder også cannabis, i to stater, der har undertegnet konventionen, eller hvori Schengen-reglerne er gennemført og anvendes, skal i overensstemmelse med nævnte artikel 54, sammenholdt med artikel 71, anses for »de samme strafbare handlinger«, uanset deres retlige subsumption i de respektive retsordener.«