FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

föredraget den 20 oktober 2005 [1]

I — Inledning

1. Det så kallade Schengenregelverket omfattar följande:

a) avtalet om det gradvisa avskaffandet av kontroller vid de gemensamma gränserna som undertecknades den 14 juni 1985 i den Luxemburgska staden med samma namn av de tre Beneluxstaterna, Förbundsrepubliken Tyskland och Republiken Frankrike, [2]

b) konventionen om tillämpning av ovannämnda avtal som undertecknades den 19 juni 1990 av samma avtalsslutande parter (nedan kallad konventionen), [3]

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 nämnda kommitté har erhållit befogenhet att fatta beslut. [4]

2. 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

1 — Rättegångsspråk: spanska.
2 — EGT L 239, 2000, s. 13.
3 — EGT L 239, 2000, s. 19.
4 — EGT L 239, 2000, s. 63 och följande sidor.

tretton medlemsstater som anges i artikel 1, däribland Konungariket Belgien,[5] från Amsterdamfördragets ikraftträdande (1 maj 1999).

4. Begäran om förhandsavgörande från Hof van Cassatie (belgisk kassationsdomstol) ger EG-domstolen tillfälle att för tredje gången[7] tolka artikel 54 i konventionen, som innehåller principen om *ne bis in idem*, samt pröva dess tillämpning *ratione temporis* och precisera begreppet *idem*.

II — Tillämplig rätt

3. Enligt artikel 6 i protokollet skall Republiken Island och Konungariket Norge associeras till genomförandet och utvecklingen av regelverket. Protokollet gäller i dessa länder sedan den 25 mars 2001.[6]

A — *Europeiska unionens lagstiftning*

5. Syftet med Schengenregelverket är enligt vad som anges i preambeln till nämnda protokoll att förstärka den europeiska integrationen och särskilt att göra det möjligt för Europeiska unionen att snabbare utvecklas till ett område med frihet, säkerhet och rättvisa.

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

6 — Den 19 december 1996 undertecknade de tretton dåvarande medlemsstaterna i Europeiska unionen och de nordiska länderna en ad hoc-överenskommelse i Luxemburg. Denna överenskommelse föregick det avtal som slöts 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). I artikel 15.4 i sistnämnda överenskommelse anförtroddes rådet uppgiften att fastställa datum för de nya delegaterna, en uppgift som rådet fullgjorde i beslut 2000/777/EG av den 1 december 2000 (EGT L 309, s. 24) i vilket datumet den 25 mars 2001 angavs generellt (artikel 1).

7 — Vid de två första tillfällena utredde domstolen det sätt på vilket *ius puniendi* användes i staterna, varvid den konstaterade att bestämmelsen om *ne bis in idem* även tillämpas när möjligheten att väcka åtal har upphört på grund av att den brottsmisstänkte har fullgjort vissa skyldigheter som överenskommits med åklagarmyndigheten (dom av den 11 februari 2003 i de förenade målen C-187/01 och C-385/01, Gözutök och Brügge, REG 2003, s. I-1345, i vilka jag föredrog förslag till avgörande den 19 september 2002). Bestämmelsen gäller däremot inte när ett mål har avslutats till följd av åklagarens beslut att inte fullfölja åtalet på grund av att ett förfarande har inletts mot den misstänkte för samma gärning i en annan medlemsstat (dom av den 10 mars 2005 i mål C-469/03, Miraglia, REG 2005, s. I-2009).

6. Rådet antog med stöd av artikel 2.1 andra stycket i protokollet den 20 maj 1999 besluten 1999/435/EG och 1999/436/EG, i vilka Schengenavtalet definieras och den rättsliga grunden för de bestämmelser som utgör Schengenregelverket fastställs, med stöd av relevanta bestämmelser i Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen och Fördraget om Europeiska unionen. [8]

7. Av artikel 2 i det andra av de två ovannämnda besluten, samt av bilaga A till detta, följer att artiklarna 54–58 i konventionen har stöd i artiklarna 34 EU och 31 EU som ingår i avdelning VI, betecknad "Bestämmelser om polissamarbete och straffrättsligt samarbete".

8. Nämnda artiklar i konventionen bildar tillsammans kapitel 3 som har rubriken "Principen 'non bis in idem' (icke två gånger för samma sak)" i avdelning III, benämnd "Polis och säkerhet".

9. 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."

10. Artikel 71 återfinns i kapitel 6 ("Narkotika") i samma avdelning III och har sin rättsliga grund såväl i artiklarna 34 EU och 31 EU som i artikel 30 EU. I de två första punkterna i artikeln föreskrivs följande:

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

2. Utöver bestämmelserna om detta i artiklarna 74–76 [9] förbinder sig de avtalsslutande parterna att genom administrativa och straffrättsliga åtgärder förebygga och straffa olaglig export av narkotika och psykotropa

8 — EGT L 176, s. 1 respektive s. 17.

9 — Dessa bestämmelser tar sikte på laglig handel och på de nödvändiga kontrollerna.

ämnen, även cannabis, liksom försäljning, anskaffning och överlåtelse av sådana preparat och ämnen.

skola vara belagda med adekvata straff, företrädesvis med fängelse eller andra frihetsberövande straff.

..."

2. Under hänsynstagande till en parts konstitutionella förhållanden, rättsordning och inhemska lagar,

B — *Förenta nationernas konventioner*

a) i) skall vart och ett av de i paragraf 1 uppräknade brotten betraktas som ett särskilt brott, om det förövas i olika länder;

11. I artikel 36 i FN:s allmänna narkotikakonvention som undertecknades i New York den 30 mars 1961 föreskrivs följande:

...

"1. Varje part skall, under vederbörligt hänsynstagande till sina konstitutionella förhållanden, vidtaga nödvändiga åtgärder för att odling, produktion, tillverkning, extraktion, beredning, innehav, erbjudande, utbjudande till försäljning, distribution, köp, försäljning, överlåtelse av varje slag, förmedling, försändelse, transitering, transport, import och export av narkotika i strid med bestämmelserna i denna konvention samt varje annan handling som enligt sagda parts åsikt är i strid med bestämmelserna i denna konvention, skola utgöra straffbara brott, när de begås avsiktligt, och att allvarliga brott

3. Tillämpning av föreskrifterna i denna artikel skall vara beroende av bestämmelserna i en parts brottslagar i frågor rörande rättsskipning.

4. Bestämmelserna i denna artikel skola icke rubba den principen, att åsyftade brott skola definieras, åtalas och straffas i enlighet med varje parts nationella lagar."

12. Innehållet i artikel 22 i Konventionen om psykotropa ämnen som antogs år 1971 är praktiskt taget identiskt med innehållet i artikel 36 i 1961 års konvention.

III — Omständigheterna i målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

13. Léopold Henri Van Esbroeck är belgisk medborgare och han dömdes den 2 oktober 2000 av Bergen tingrett (tingsrätten i Bergen, Norge) till fem års frihetsberövande för illegal import av narkotikaprodukter, ett brott som begicks den 1 juni 1999.

14. När halva strafftiden avtjänats frigavs han villkorligt varvid han återvände till sitt hemland där han den 27 november 2002 åtalades för att den 31 maj 1999 ha exporterat de substanser som han en dag senare fört in i Norge. Correctionale Rechtbank van Antwerpen (brottmålsdomstol i Antwerpen) dömde honom till ett års fängelse i dom av den 19 mars 2003, som efter överklagande fastställdes av Hof van Beroep te Antwerpen i dom av den 9 januari 2004.

15. Han överklagade domen och åberopade därvid att den i artikel 54 i konventionen stadgade principen om *ne bis in idem* hade åsidosatts.

16. Hof van Cassatie (kassationsdomstol) beslutade att ställa följande frågor till EG-domstolen:

"1) Skall artikel 54 i konventionen ... tolkas så, att den kan tillämpas av en belgisk domstol i fråga om en person som åtalas inför en brottmålsdomstol i Belgien efter den 25 mars 2001 för samma brott som denne dömts för genom dom av den 2 oktober 2000 vid en norsk brottmålsdomstol, och det utdömda straffet redan har avtjänats, mot bakgrund av att det föreskrivs i artikel 2.1 i avtalet av den 18 maj 1999 mellan Europeiska unionens råd och Republiken Island och Konungariket Norge ... att konventionen (bland annat artikel 54) skall ha genomförts av och vara tillämplig i Norge först från den 25 mars 2001?

2) Om den första tolkningsfrågan besvaras jakande, skall då artikel 54 i konventionen ... läst tillsammans med artikel 71 i samma konvention tolkas så, att innehavsbrott vars syfte är ut- och införsel av samma narkotika eller psykotropa ämnen av något slag, inklusive cannabis, och som beivras som utförsel respektive införsel i olika länder som undertecknat

[konventionen] eller där Schengenregelverket har genomförts och tillämpas, betraktas som 'samma gärning' såvitt avser ovannämnda artikel 54?"

IV — Förfarandet vid EG-domstolen

17. Léopold Henri van Esbroeck, kommissionen, den nederländska, den tjeckiska, den österrikiska, den polska och den slovakiska regeringen har inkommit med skriftliga yttranden under förfarandet för förhandsavgörande. Företrädarna för de fyra förstnämnda deltog under förhandlingen den 22 september 2005 varvid de yttrade sig muntligen.

V — Prövningen av tolkningsfrågorna

A — *Karaktären hos principen om ne bis in idem och grunden för denna princip*

18. Jag påpekade redan i mina förslag till avgörande i de ovannämnda målen Gözütok och Brügge (punkt 48 och följande punkter) att artikel 54 i konventionen utgör ett genuint uttryck för den princip enligt vilken en person inte till följd av ett och samma brott får bli föremål för fler än ett sanktionsförfarande och eventuellt straffas mer än en gång, då detta skulle utgöra en otillåten upprepning av utövandet av *jus puniendi.*

19. Jag påtalade därför att all lagstiftning som antas på grundval av denna princip vilar på två grundsatser, varav den ena avser rättssäkerhet och den andra avser skälighet. Den som begår ett brott skall kunna lita på att han inte behöver frukta ytterligare påföljder när straffet väl är avtjänat. Vid frikännande skall nämnda person kunna vara säker på att det inte väcks nytt åtal mot honom.

20. Man får heller inte glömma att alla straff tjänar ett dubbelt syfte, nämligen ett förebyggande och ett avskräckande sådant. Straffet skall avstyra ett beteende genom att avhålla gärningsmän och andra tänkbara förbrytare från att begå straffbelagda gärningar. Straffet måste stå i proportion till sådana ändamål, vara väl avvägt i förhållande till det beteende som skall bestraffas och samtidigt vara avskräckande. Principen om skälighet, som tjänas av proportionalitetsbestämmelsen, medför således att straff inte läggs till varandra.

21. Förbudet mot *bis in idem* hyser således två grundvalar. För det första ger det uttryck för medborgarens rättsliga skydd i fråga om *jus puniendi* som härleds ur rätten till ett vederbörligt rättsligt förfarande och en opartisk rättegång, [10] och har i vissa stater som är anslutna till Schengenregelverket konstitutionell status. [11] För det andra utgör förbudet ett strukturellt krav i rättssystemet som hämtar sin legalitet i principen om iakttagande av domens laga kraft. [12]

22. Såväl ovannämnda dubbelhet som ändamålet med artikel 54 i konventionen är vägledande för svaret på Hof van Cassaties frågor.

B — *Ändamålet med ne bis in idem inom ramen för Schengenregelverket*

23. Nämnda bestämmelse, [13] enligt vilken principen *ne bis in idem* äger internationell giltighet, innehåller en regel till underlättande av den europeiska integrationen och skapandet av ett gemensamt område för frihet, säkerhet och rättvisa.

24. Det stegvisa avskaffandet av gränskontroller förutsätter ett oundvikligt steg mot ett gemensamt område även om ett sådant avskaffande av administrativa hinder gynnar alla, även dem som utnyttjar den minskade övervakningen för att utvidga sina olagliga verksamheter.

25. Därmed måste samarbetet mellan medlemsstaterna öka, framför allt när det gäller polissamarbete och säkerhet. Medlemsstaterna ges därmed huvudansvaret i kampen mot brottsligheten i det europeiska samhället varvid de måste samverka för att upprätthålla

10 — Härtill skulle även kunna hävdas att förbudet mot *bis in idem* skyddar personens värdighet mot omänsklig eller förnedrande behandling då ju bruket att bestraffa samma överträdelse flera gånger måste ges en sådan beteckning.

11 — I egenskap av enskild rättighet återfinns den i sådana internationella överenskommelser som internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter av den 19 december 1966 (artikel 14.7), och protokoll nr 7 till konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (artikel 4). I dessa texter behandlas principen emellertid i sin nationella dimension där dess giltighet säkerställs inom en stats jurisdiktion. FN:s kommitté för mänskliga rättigheter har funnit att artikel 14.7 i nämnda konvention inte är tillämplig på utländska rättskraftiga domar (UN Human Rights Committee, 2 november 1987).

12 — Dessa aspekter har understrukits av Vervaele, J.A.E., "El principio *ne bis in idem* en Europa. El Tribunal de Justicia y los derechos fundamentales en el espacio judicial europeo", i *Revista General de Derecho Europeo*, nr 5, oktober 2004 (www.iustel.com).

13 — Bestämmelsen har sin föregångare i Brysselkonventionen av den 25 maj 1987 om tillämpningen av principen om *ne bis in idem*, dock med föga framgång men med den förtjänsten att den har inspirerat till artiklarna 54–58 i konventionen, något som betonats av Blanco Cordero, I., "El principio *ne bis in idem* en la Unión Europea" i *Diario La Ley*, nr 6285 av den 30 juni 2005.

ordningen. Men denna starka handlingskraft vid beivrandet av brott måste genomföras utan inskränkning i de oavhändliga garantier som gäller i ett demokratiskt rättssamhälle.

26. Till sistnämnda ansträngning bidrar artikel 54 i konventionen som i enlighet med vad som slagits fast i domarna i de ovannämnda målen Gözütök och Brügge och Miraglia säkerställer den fria rörligheten för medborgarna inom unionen (punkt 38 respektive 32), en avsikt som framhävs i artikel 2 första stycket fjärde strecksatsen EU.

C — *Tillämpningen i tiden av artikel 54 i konventionen (den första tolkningsfrågan)*

27. Schengenregelverket är bindande för Belgien från och med den 1 maj 1999, och för Norge från och med den 25 mars 2001. Den gärning som Léopold Henri van Esbroeck anklagas för ägde rum mellan den 31 maj 1999 och den 1 juni samma år. Han dömdes i Norge den 2 oktober 2000 för att olagligen ha importerat förbjudna substanser. Vidare dömdes han i Belgien den 19 mars 2003 till ansvar för olaglig export av samma produkter.

28. Den hänskjutande domstolen har med hänsyn till detta kronologiska förlopp frågat sig om det förbud mot flera anklagelser för en och samma gärning som återfinns i artikel 54 i konventionen, vilket inte gällde i Norge när den första domen avkunnades, skulle kunna hindra en senare dom i Belgien.

29. Det skall konstateras att Schengenregelverket inte innehåller någon särskild bestämmelse om ikraftträdandet av artikel 54 i konventionen eller om dess verkan i tiden.

30. Svaret på den hänskjutande domstolens tolkningsfråga följer helt och hållet av karaktären hos och grunderna för principen om *ne bis in idem*, något som samtliga av dem som har deltagit i förfarandet för förhandsavgörande, med undantag av den slovakiska regeringen, är ense om.

31. Principen betecknas som en individuell materiell rättighet vars syfte är att ingen som gör sig skyldig till en överträdelse och som avtjänar sitt straff därför skall åtalas och bestraffas på nytt. Den förfinas ytterligare när sådana bestämmelser befästs av att statsmakten, som en naturlig följd därav, förpliktas att avstå från alla former av vedergällning. Principen är tillämplig under förutsättning att det föreligger ett slutgiltigt beslut.

32. Det belgiska rättsväsendet inledde alltså ett straffrättsligt förfarande mot Léopold Henri van Esbroeck och ådömde honom ett straff, trots att det redan förelåg en utländsk

fällande dom och trots att båda stater var bundna av artikel 54 i konventionen. Jag föreslår mot denna bakgrund att EG-domstolen besvarar Hof van Cassaties fråga så, att den ifrågavarande bestämmelsen gäller i en sådan situation som den som är aktuell i målet vid Hof van Cassatie.

34. Lösningen blir densamma om artikel 54 i konventionen tolkas i sitt processuella perspektiv, eftersom den typen av bestämmelser styr de förfaranden som inletts efter artikelns ikraftträdande, om inte annat uttryckligen föreskrivs. Målet vid den nationella domstolen anhängiggjordes i Belgien efter att nämnda bestämmelse blev bindande för detta land och Norge.

33. I förslagen till avgörande i de ovannämnda målen Gözütok och Brügge framhöll jag (punkt 114) att förbudet mot *bis in idem* inte är av förfarandemässig art. Det inför i stället en grundläggande garanti i rättssystemen vilka, i likhet med systemen i Europeiska unionens medlemsstater, bygger på att personer tillerkänns en uppsättning rättigheter och friheter gentemot det allmänna.[14] Även om, vid tillämpningen av denna princip, de bestämmelser som var tillämpliga i det andra målet var tillämpliga även när det första målet avgjordes, och till och med när brottet begicks, bör i linje med vad som anförts ovan den aktuella rätten tillämpas retroaktivt när den är mera förmånlig för den tilltalade, vilket överensstämmer med ett grundläggande kriminalpolitiskt axiom som erkänns inom nämnda juridiska system.

D — *Definitionen av idem (den andra tolkningsfrågan)*

1. Några inledande anmärkningar

35. Den hänskjutande domstolen har begärt att omfattningen av begreppet "samma gärning" i artikel 54 i konventionen klargörs.

36. Uppgiften att avgöra om en gärning som leder till åtal sammanfaller med en gärning som varit föremål för tidigare åtal hör till kärnan i den dömande verksamheten, och för denna uppgift är domaren ensam behörig med sin direkta kännedom om de faktiska omständigheter som skall ligga till grund för bedömningen, med förbehåll för en överprövning i andra instans.

14 — Queralt Jiménez, A., *La incidencia en la jurisprudencia constitucional de la autoridad interpretativa de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Especial referencia al caso español* (ännu ej framlagd akademisk avhandling) anger att den spanska konstitutionsdomstolens dom i mål nr 2/2003 av den 16 januari (*Boletín Oficial del Estado* n° 219 år 2003) innehåller ett tudelat synsätt i fråga om förbudet mot *bis in idem*: det materiella synsättet, som avser omöjligheten att bestraffa en person två eller flera gånger för ett handlande, oberoende av om straffen utdöms inom samma straffsystem eller inom ett och samma förfarande, och det förfarandemässiga synsättet som innebär ett förbud mot en ny rättegång avseende en gärning som redan varit föremål för en fällande ovillkorlig lagakraftvunnen dom varmed den avgjorda saken står fast i förhållande till ytterligare domstolsavgöranden. Jag tillägger som en självständig rättighet förbudet mot dubbla straffrättsliga förfaranden vilket är relevant i fråga om rätten till en opartisk rättegång men som indirekt påverkar principen *ne bis in idem*.

37. EG-domstolen skall således undvika att sätta sig i nämnda domarens ställe. EG-domstolens uppgift begränsas till att tillhandahålla vissa tolkningskriterier som med beaktande av bestämmelsens grunder och ändamål anger den lämpligaste riktningen för att uppnå en enhetlig tillämpning inom Europeiska unionens hela territorium.

38. I detta stadium av bedömningen får jag erkänna att en snabb läsning av Hof van Cassaties andra förslag föranledde mig att försöka definiera konturerna av det vaga rättsliga begreppet "samma gärning", i syfte att utifrån gemenskapsrätten fastställa några normer som kan utgöra ett allmänt kriterium vid hanteringen av eventuella fall som kan dyka upp i framtiden.

39. Försöket visade sig inte bara vara fåfängt utan också omöjligt eftersom oförutsebarheten i kriminalpolitiken samt åtalets natur försvårar allmängiltiga tolkningar varför ett förslag som kan tillämpas på vissa typer av brott eller vissa former av medverkan till brott visar sig vara olämpligt för andra sådana. [15]

15 — Dannecker, G., "La garantía del principio *ne bis in idem* en Europa", i *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, volym I, Madrid 2004, s. 157–176, betonar variationerna av denna princip vid framställningar rörande samarbetet mellan kriminella grupper eller av vissa perdurerande brott såsom olaga vapeninnehav (s. 168).

40. Det synes förnuftigare att inta en mellanposition och, utan att fördjupa sig i omständigheterna i målet vid den nationella domstolen, avväga de särskilda omständigheterna i fallet, för att bistå den nationella domstolen med regler som är ägnade att lösa frågan i målet i enlighet med andan i den bestämmelse vars tolkning är av intresse i förevarande mål om förhandsavgörande.

2. Begreppets rent faktiska dimension

41. Detta eklektiska angreppssätt ligger latent i Hof van Cassaties fråga när det skall utrönas huruvida det är fråga om "samma gärning" enligt artikel 54 när narkotika eller psykotropiska substanser förs illegalt mellan två stater som undertecknat konventionen, eller om det tvärtom är så att varje stat bestraffar brottet som olika överträdelser.

42. Frågans relevans är uppenbar inte bara på grund av dess rättsliga komplexitet utan även på grund av att liknande beteenden ofta upprepas vid denna slags kriminalitet.

Sådana problem har beskrivits i doktrinen [16] och bekräftats i verkligheten. [17]

43. Det är alltså fråga om att avgränsa begreppet från den andra beståndsdelen i maximen *ne bis in idem,* vilket bör göras ur ett tredelat perspektiv, nämligen genom att enbart beakta omständigheterna i målet, fokusera på gärningens rättsliga kvalifikation och placera tyngdpunkten på de intressen som skyddas genom brottsbeskrivningen.

44. Ett språkligt angreppssätt talar för den första möjligheten. I den spanska versionen av konventionen används begreppet "por los mismos hechos" vilket inte ger utrymme för några tvivel. Den tyska skrivningen, liksom den franska, den engelska, den italienska och den nederländska formuleringen ("wegen derselben Tat", "pour les mêmes faits", "for the same acts", "per i medesimi fatti" respektive "wegens dezelfde feiten") ger inte heller utrymme för några diskussioner då de alla anspelar på *idem factum,* nämligen samtliga händelser som omfattas av ett åtal som väckts, det vill säga det historiska fenomen som domstolen måste pröva för att kunna fastställa den relevanta påföljden.

45. Denna uppfattning stärks om man ser till underlaget för den grundläggande garantin för medborgarna och innebörden av densamma. Den fria rörligheten inom Schengenområdet fordrar att den som gjort sig skyldig till en gärning för vilken straff redan dömts ut och avtjänats i en medlemsstat eller, i förekommande fall när slutgiltigt frikännande meddelats, skall vara säker på att kunna förflytta sig inom detta territorium utan fruktan för att åtal väcks i en annan medlemsstat under förevändningen att handlingen utgör en annan slags överträdelse enligt den statens rättssystem. Om detta vore möjligt skulle ändamålet med artikel 2 första stycket fjärde strecksatsen EU bli illusoriskt och det skulle uppstå lika många hinder för denna frihet som det finns straffrättsliga system, vilka dessutom trots de harmoniseringsansträngningar som gjorts genom de rambeslut som antagits av unionens råd uppvisar stark nationell prägel.

46. Av samma skäl måste även kriteriet avseende det rättsliga intresse som skyddas avfärdas eftersom det är så knutet till de legitima valmöjligheterna i staternas kriminalpolitik att det skulle tillåta upprepade

16 — Vervaele, J.A.E., *op. cit,* underströk att det efter domen i det ovannämnda målet Gözütok och Brügge kvarstår avgörande punkter på dagordningen, såsom preciseringen av *idem.* Van den Wyngaert, C., och Stessens, G., "The international *non bis in idem* principle: resolving some of the unanswered questions", i *International and Comparative Law Quarterly,* vol., 48, oktober år 1999, s. 789, frågar sig om den person som begått brottet egentligen gör sig skyldig till två brott vid narkotikahandel mellan två stater, nämligen ett brott i form av export och ett brott i form av import. Dannecker, G., *op. cit.,* sidorna. 167 och 168, använder samma exempel.

17 — I domen i mål C-493/03, Hiebeler, önskade Cour d'appel i Bordeaux få klarhet i huruvida en gränsöverskridande transport av en mängd narkotika utgör olika gärningar med avseende på förbudet i *bis in idem,* som är straffbara i respektive medlemsstat. Domstolen tog aldrig ställning till frågan eftersom målet avseende begäran om förhandsavgörande avskrevs genom beslut av den 30 mars 2004 till följd av att det inte längre fanns något processföremål i målet vid den nationella domstolen. Rechtbank 's-Hertogenbosch (domstol i nämnda stad i Brabant) och Hof van Beroep te Antwerpen vände sig till domstolen i liknande ordalag i mål C-150/05, Van Straaten, respektive C-272/05, Bouwens, också här i fråga om den olagliga internationella narkotikahandeln. De hänskjutna frågorna i de båda målen är för närvarande föremål för domstolens prövning.

bestraffningar av en och samma handling och därmed omintetgöra strävan med artikel 54 i konventionen.

47. Om man i stället för de rena omständigheterna övervägde de rättsliga överträdelserna eller de värden som hägnas genom förbudet mot gärningarna, skulle principen *ne bis in idem* aldrig gälla på det internationella planet. [18]

48. Denna omständighet visar förmodligen att till skillnad från konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter, som innehåller ett förbud mot att någon straffas på nytt för ett "brott" (artikel 14.7), och protokoll nr 7 till den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, i vilken det talas om "brott" (artikel 4) [19] — vilka båda dokument behandlar principen på ett inhemskt plan — behandlar andra avtal som berör principen ur ett internationellt perspektiv de faktiska omständigheterna. [20] Republiken Greklands initiativ inför antagandet av rådets rambeslut om tillämpning av *ne bis in idem-principen* innehåller ett liknande kriterium där *idem* [21] definieras som "en andra straffbar handling som uteslutande härrör från samma, eller väsentligen samma, faktiska omständigheter oavsett dess rättsliga karaktär" (artikel 1 e).

49. Det skall å andra sidan konstateras i detta mål att de belgiska inrikes- och justitieministerierna den 10 december 1998 skickade ut ett cirkulär [22] där man förklarade att det i fråga om artikel 54 i konventionen inte

18 — Så uttrycker sig Dannecker, G., *op. cit.* s. 175.

19 — Rättspraxis från Europadomstolen visar sig på denna punkt vara motstridig. I domen av den 23 oktober 1995 i målet Gradinger mot Österrike (mål 33/1994/480/562, Serie A, nr 328-C), antogs faktisk identitet med bortseende från den rättsliga kvalifikationen, medan domen av den 30 juli 1998 i målet Oliveira mot Schweiz (mål 84/1997/868/1080, rättsfallssamling 1998-V) gick i den andra riktningen. Domen av den 29 maj 2001 i målet Frans Fischer mot Österrike (mål 37950/97) synes jämka samman dessa båda mål på grundval av fakta i desamma, medan domen av den 2 juli 2002 i målet Göktan mot Frankrike (mål 33402/96, rättsfallssamling 2002-V) däremot åter baserades på *idem* i dess rättsliga dimension.

20 — I stadgorna för de internationella tribunalerna för f.d. Jugoslavien och Rwanda talas det om "omständigheter som utgör allvarliga brott mot internationell folkrätt" (artiklarna 10.1 och 9.1). I konventionerna om skydd av Europeiska gemenskapernas finansiella intressen (EGT C 316, 1995, s. 49) och om kamp mot korruption som tjänstemän i Europeiska gemenskaperna eller Europeiska unionens medlemsstater är delaktiga i (EGT C 195, 1997, s. 2) förekommer orden "för samma gärning" (artiklarna 7.1 och 10.1). Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (EGT C 364, 2000, s. 1) omfattar dock kriteriet *idem crimem* ("Ingen får lagföras eller straffas på nytt för en lagöverträdelse för vilken han eller hon redan har blivit frikänd eller dömd till straff inom unionen genom en lagakraftvunnen brottmålsdom i enlighet med lagen" — artikel 50 –) som återges i fördraget om upprättande av en konstitution för Europa (artikel II-110) (EUT C 310, 2004, s. 1).

21 — EUT C 100, 2003, s. 24.

22 — "Circulaire interministérielle sur l'incidence de la convention de Schengen en matière de contrôle frontalier et de coopération policière et judicière" (*Moniteur belge*, nr 20 av den 29 januari 1999, s. 2714).

krävs någon identitet mellan de rättsliga kvalifikationerna utan endast mellan de faktiska omständigheterna. [23] Några belgiska domstolar har följt dessa riktlinjer. [24]

kvalificeras i rättsligt hänseende på olika sätt i de båda staterna — export i Belgien och import i Norge av nämnda olagliga substanser. Om *idem* anses uteslutande avse sakomständigheterna blir artikel 54 i föredraget tillämplig, medan den, om den skall tillämpas utifrån brottsrubricering, tillåter dubbla straff.

3. Fallet i målet vid den nationella domstolen

50. Anförda reflektioner vinner ytterligare styrka när de appliceras på omständigheterna i målet vid den nationella domstolen.

51. Det är ostridigt att den gärning som Léopold Henri Van Esbroeck bestraffades för i Norge i materiellt hänseende sammanfaller med den gärning som låg till grund för åtal och fällande dom i Belgien, nämligen den illegala transporten av narkotika från ett land till ett annat under tiden mellan den 31 maj och den 1 juni 1999. Detta handlande

52. Det senare alternativet synes mig kunna avfärdas av tre skäl. För det första leder det till en restriktiv lösning som inte är förenlig med den expansiva kraft som finns i de grundläggande rättigheter som skyddar individens värdighet. Vidare står alternativet i uppenbar strid med syftet med artikel 54 i konventionen, att säkerställa fri rörlighet för medborgarna, då det lämnar damoklessvärdet hängande över den som redan har avtjänat sitt straff genom att denna person riskerar att bestraffas på nytt om han lämnar det rättssystem inom vilket han har avtjänat sitt straff. Slutligen vore det en ren sarkasm att tala om import och export inom ett territorium som regleras av en rättsordning som just har till uppgift att upphäva gränserna såväl för personer som för varor. [25]

23 — I slutsatserna från den IX internationella straffrättskongressen som antogs i Haag den 29 augusti 1964, föreslogs ett närmande till det *idem*-koncept som uteslutande tar sikte på de faktiska omständigheterna (texten kan konsulteras i *Zeitschrift für Strafrechtswissenschaften*, 1965, s. 184–193, särskilt s. 189 och 190). De högsta rättsliga instanserna i Nederländerna och Frankrike har godtagit detta synsätt (Hoege Raads dom av den 13 december 1994 (*Ars AequiBulletin* nr 340) som citeras av Weyembergh, A. "Le principe *ne bis in idem*: pierre d'achoppement de l'espace pénal européen?", i *Cahiers de droit européen*, 2004, nr 3 och 4, s. 349).

24 — Tribunal correctionnel i Eupen slog i dom av den 3 april 1995 (offentliggjord i *Revue de droit pénal et de criminologie*, november år 1996, s. 1159) fast att även när en persons deltagande i en transaktion mellan Belgien och Tyskland delas upp i två brott enligt artikel 36 i den konvention ersättande äldre konventioner rörande narkotika som undertecknades i New York den 30 mars 1961, bör inte åtal tillåtas vid belgiska domstolar för det brott som begåtts i det landet eftersom handlandet utgör en enda straffbelagd gärning och gärningsmannen redan hade dömts för denna gärning i Tyskland. Brammertz, S., "Trafic de stupéfiants et valeur internationale des jugements répressifs à la lumière de Schengen" i samma nummer av nämnda tidskrift, sidorna 1063–1081, redogör för belgisk rättspraxis före ikraftträdandet av Schengenlagstiftningen enligt vilken en internationell tillämpning av principen *ne bis in idem* inte erkändes.

25 — Enligt Brammertz., *op. cit.*, sidorna 1077 och 1078 kan det efter Schengen inte längre hävdas att illegal handel med narkotika mellan två integrerade länder innebär två olika gärningar som kan föranleda två straff. Den fria rörligheten för personer och varor innefattar nämligen ett förtroendeklimat som måste ges återverkningar på analysen och bedömningen av ett gränsöverskridande brott. "Varför skulle en smuggling mellan Eupen och Liège bedömas som ett brott medan samma smuggling mellan Eupen och Aachen anses utgöra två olika brott på grundval av en gräns som inte på något sätt konkretiseras materiellt på marken?"

4. Artikel 71 i konventionen

53. Enligt denna bestämmelse skall de avtalsslutande staterna vidta de åtgärder som krävs för att få stopp på den olagliga handeln med narkotika, detta i enlighet med Förenta nationernas överenskommelser, särskilt konventionerna om narkotika och psykotropa ämnen enligt vilka straffbara gärningar skall anses utgöra skilda brott om de sker i olika länder (artiklarna 36 och 22).

54. Nämnda bestämmelser synes strida mot vad som anförts i punkterna ovan i förevarande förslag till avgörande. Ett närmare betraktande av bestämmelsernas innehåll ger emellertid vid handen att de inte innebär något ifrågasättande av det anförda utan tvärtom bekräftar detta.

55. Enligt artikel 71 får de avtalsslutande parterna inom ramen för Schengensamarbetet inte ge vika för kampen mot denna typ av brottslighet. I detta syfte upprepas kopplingen till Förenta nationernas konventioner på enskilda rättsområden. Artikeln har allmän giltighet och är därför inte specifikt begränsad till artikel 54.

56. Mot denna bakgrund skall nämnda överenskommelser inom Förenta nationerna bedömas utifrån deras historiska och lagstiftningsmässiga sammanhang, ty skyldigheten för de avtalsslutande parterna i artiklarna 22 och 36 däri att lagstifta om åtgärder för att motverka handlanden som är förknippade med sådan olaglig handel är inte förbehållslös, utan utrymme lämnas för bibehållande av de begränsningar som föreskrivs i de avtalsslutande parternas respektive rättssystem. Artikel 54 i konventionen utgör del av den nationella rätten i de stater som har undertecknat konventionen, varför sådana bestämmelser inte kan begränsa dess verkan.

57. Det får inte heller glömmas att nämnda konventioner inom Förenta nationerna tillkom för internationell bekämpning av illegal handel med droger, narkotika och psykotropa substanser, även om inte alla stater slöt upp bakom detta. Med detta betraktelsesätt framträder den verkliga betydelsen av de nämnda artiklarna 22 och 36, nämligen att handlingar som begås i olika konventionsstater kan leda till åtal och straff i vilken som helst av staterna för att en gärningsman inte skall undgå bestraffning på grund av att några länder inte bemödar sig om att lagföra brottet. Detta synsätt är dock meningslöst inom Schengenområdet vilket jag också påpekade i mitt förslag till avgörande i målen Gözütok och Brügge (punkt 124), vilket domstolen sedermera godtog i sin dom av den 11 februari 2003 (punkt 33). Schengensamarbetet bygger nämligen på ett ömsesidigt förtroende mellan medlemsstaterna vad gäller deras straffrättsliga system. [26]

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

58. Sammanfattningsvis är nämnda artiklar avsedda att förhindra att ett handlande *de facto* avkriminaliseras. När handlandet väl har beivrats får det dock inte leda till mer än ett straff i sådana rättsordningar som Schengenregelverket där principen om *ne bis in idem* erkänns. Det föreligger således ingen motsägelse mellan de två regelverken i fråga.

59. Enligt artikel 54 jämförd med artikel 71 i konventionen avser begreppet "samma gärning" vid tillämpningen av den första av dessa bestämmelser alltså transport av samma narkotika eller samma psykotropa substanser av vad slag det vara månde, inklusive cannabis, mellan två stater som har undertecknat konventionen eller i vilka Schengenregelverket har genomförts och tillämpas, oberoende av hur denna överföring kvalificeras i rättsligt hänseende i de respektive rättsordningarna.

VI — Förslag till avgörande

60. Mot bakgrund av vad som anförts ovan föreslår jag att domstolen besvarar tolkningsfrågorna från Hof van Cassatie enligt följande:

"1) Artikel 54 i Konventionen om tillämpning av Schengenavtalet är tillämplig *ratione temporis* när ett straffrättsligt förfarande inleds efter konventionens ikraftträdande avseende gärningar som redan varit föremål för dom, och det är därvid irrelevant när domen i det första förfarandet avkunnades.

2) Enligt nämnda artikel 54 jämförd med artikel 71 i nämnda konvention omfattar begreppet "samma gärning" transport av samma narkotika eller samma psykotropa substanser av vad slag det vara månde, inklusive cannabis, mellan två stater som har undertecknat konventionen eller i vilka Schengenregelverket har genomförts och tillämpas, oberoende av hur detta handlande kvalificeras i rättsligt hänseende i de respektive rättsordningarna."