



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
YVES BOT
föredraget den 15 december 2015¹

Mål C-486/14

**Brottmål
mot
Piotr Kossowski**

(begäran om förhandsavgörande från Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (regional överrätt i Hamburg) (Tyskland))

”Begäran om förhandsavgörande — Område med frihet, säkerhet och rättvisa — Konventionen om tillämpning av Schengenavtalet — Artiklarna 54 och 55.1 a — Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna — Artiklarna 50 och 52.1 — Principen *ne bis in idem* — Giltigheten av förbehållet i fråga om tillämpningen av principen *ne bis in idem* — Schengenregelverket — Principen om ömsesidigt erkännande — Ömsesidigt förtroende — Brottmål i en annan medlemsstat mot samma person och avseende samma gärning — Begreppet samma lagöverträdelse — Begreppet lagakraftvunnen dom — Prövning i sak — Målsägandens rättigheter”

1. Förevarande mål aktualiserar för första gången frågan om giltigheten av de förbehåll i fråga om tillämpningen av principen *ne bis in idem* som anges i artikel 55 i konventionen om tillämpning av Schengenavtalet² mot bakgrund av artikel 50 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan).

2. I synnerhet önskar Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (regional överrätt i Hamburg) vinna klarhet i huruvida en medlemsstats möjlighet enligt artikel 55.1 a i Schengenkonventionen att avstå från att tillämpa nämnda princip i fall där den gärning som ligger till grund för en utländsk dom har förövats helt eller delvis inom den medlemsstatens territorium utgör en sådan begränsning av artikel 50 i stadgan som är tillåten enligt artikel 52.1 i stadgan.

3. Förevarande mål ger dessutom domstolen tillfälle att förtydliga sin rättspraxis om begreppet lagakrafttagande respektive lagakraftvunnen dom i den mening som avses i artikel 54 i Schengenkonventionen och i artikel 50 i stadgan.

4. I detta förslag till avgörande kommer jag att redogöra för skälen till att jag anser att förbehållet enligt artikel 55.1 a i Schengenkonventionen ska ogiltigförklaras. Därefter kommer jag att förklara varför jag anser att principen *ne bis in idem* såsom denna kommer till uttryck i artikel 54 i Schengenkonventionen och i artikel 50 i stadgan ska tolkas så, att ett beslut av en allmän åklagarmyndighet att inte väcka åtal som innebär att förundersökningen läggs ned inte kan anses

1 — Originalspråk: franska.

2 — Konvention av den 14 juni 1985 mellan regeringarna i Beneluxstaterna, Förbundsrepubliken Tyskland och Franska republiken om gradvis avskaffande av kontroller vid de gemensamma gränserna, undertecknad i Schengen den 19 juni 1990 (EGT L 239, 2000, s. 19) (nedan kallad Schengenkonventionen).

utgöra en lagakraftätagande respektive lagakraftvunnen dom i den mening som avses i de artiklarna, om det tydligt framgår av motiveringen till beslutet att uppgifter som utgör själva kärnan i den rättsliga situationen, exempelvis förhör med målsäganden och vittnen, inte har prövats av de berörda rättsliga myndigheterna.

I – Tillämpliga bestämmelser

A – Unionsrätt

5. Principen *ne bis in idem* kommer till uttryck i stadgan. I artikel 50 i denna föreskrivs följande:

”Ingen 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.”

6. I artikel 52.1 i stadgan anges vidare att ”[v]arje begränsning i utövningen av de rättigheter och friheter som erkänns i denna stadga skall vara föreskriven i lag och förenlig med det väsentliga innehållet i dessa rättigheter och friheter. Begränsningar får, med beaktande av proportionalitetsprincipen, endast göras om de är nödvändiga och faktiskt svarar mot mål av allmänt samhällsintresse som erkänns av unionen eller behovet av skydd för andra människors rättigheter och friheter.”

7. I artikel 54 i Schengenkonventionen stadgas att ”[e]n person beträffande vilken fråga om ansvar prövats genom lagakraftätagande dom hos en avtalsslutande part [inte] får ... 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”.

8. I artikel 55 i Schengenkonventionen föreskrivs följande:

”1. I samband med ratificering, antagande eller godkännande av denna konvention kan en avtalsslutande part förklara sig icke bunden av artikel 54 i ett eller flera av följande fall:

- a) Om gärning som avses i en utländsk dom förövats helt eller delvis på den egna avtalsslutande partens territorium; i det senare fallet skall dock inte detta undantag gälla om brottet i fråga delvis förövats på ett territorium som tillhör den avtalsslutande part hos vilken domen avkunnats.

...

4. En förklaring enligt punkt 1 skall inte tillämpas, om den berörda avtalsslutande parten avseende samma gärning gjort framställning om överförande av lagföring till den andra parten eller beviljat utlämning av den berörda personen.”

9. Med stöd av denna bestämmelse har Förbundsrepubliken Tyskland framställt följande förbehåll avseende artikel 54 i Schengenavtalet:

”Förbundsrepubliken Tyskland ska inte vara bunden av artikel 54 i konventionen,

- a) om en gärning som avses i en utländsk dom har förövats helt eller delvis på Förbundsrepubliken Tysklands territorium.”³

3 — BGBl. 1994 II, s. 631.

10. Protokollet om införlivande av Schengenregelverket inom Europeiska unionens ramar, som genom Amsterdamfördraget fogades till fördraget om Europeiska unionen och fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen,⁴ gjorde Schengenkonventionen till en del av unionsrätten.

B – *Polsk rätt*

11. I artikel 282 i lagen av den 6 juni 1997 innehållande brottsbalken (*ustawa – Kodeks karny*)⁵ stadgas att den som, för att vinna en ekonomisk fördel, genom våld, genom hot till liv eller lem eller genom våldsam tillgrepp av egendom förmår en annan person att ställa sin eller annans egendom till hans eller hennes förfogande eller att avstå från ekonomisk verksamhet ska dömas till fängelse i mellan ett och tio år.

12. I artikel 327.2 i lagen av den 6 juni 1997 innehållande rättegångsbalken för brottmål (*ustawa – Kodeks postępowania karnego*)⁶ anges att om en förundersökning som har genomförts mot en person i egenskap av misstänkt har lagts ned genom lagakraftvunnet beslut, kan förundersökningen återupptas, genom beslut av allmänna åklagarmyndigheten, endast om det framkommer väsentliga faktiska omständigheter eller bevisuppgifter som inte var kända under den tidigare förundersökningen.

13. Enligt artikel 328.1 i rättegångsbalken för brottmål kan allmänna åklagarmyndigheten upphäva ett lagakraftvunnet beslut att lägga ned en förundersökning som har genomförts mot en person i egenskap av misstänkt, om myndigheten finner att det saknades skäl att lägga ned förundersökningen. När minst sex månader har förflutit från det att beslutet att lägga ned förundersökningen vunnit laga kraft, kan allmänna åklagarmyndigheten emellertid enligt artikel 328.2 i samma balk endast upphäva eller ändra det beslutet eller dess motivering på ett sätt som är till den brottsmisstänktes fördel.

II – Målet i den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

14. I det nationella målet har allmänna åklagarmyndigheten i Hamburg (Staatsanwaltschaft Hamburg) inlett en förundersökning mot Piotr Kossowski, som anklagas för att den 2 oktober 2005 i Hamburg (Tyskland) ha begått gärningar mot målsäganden som enligt tysk straffrätt rubriceras som grov utpressning under rån tvång. Närmare bestämt ska Piotr Kossowski ha hotat målsäganden, tvingat målsäganden att skriva under ett avtal avseende försäljning av målsägandens fordon och tvingat målsäganden att köra honom till en bensinstation. Därefter ska Piotr Kossowski ha kört därifrån med fordonet.

15. Vid en trafikkontroll i Kołobrzeg (Polen) den 20 oktober 2005 stoppade de polska myndigheterna nämnda fordon, som framfördes av Piotr Kossowski. De grep honom i syfte att se till att han avtjänade ett fängelsestraff som hade utdömts mot honom i Polen i ett annat mål. Efter att ha genomfört undersökningar avseende fordonet inledde lokala åklagarmyndigheten i Kołobrzeg (Prokuratura Rejonowa w Kołobrzegu) dessutom en förundersökning mot Piotr Kossowski rörande anklagelsen om grov utpressning under rån tvång avseende de gärningar som hade begåtts i Hamburg den 2 oktober 2005. Det är således fastställt att den förundersökningen och den som har genomförts av allmänna åklagarmyndigheten i Hamburg avser samma gärning.

4 — EGT C 340, 1997, s. 93 (nedan kallat Schengenprotokollet).

5 — Dz. U. 1997, nr 88, position 553.

6 — Dz. U. 1997, nr 89, position 555 (nedan kallad rättegångsbalken för brottmål).

16. Inom ramen för ömsesidig rättslig hjälp framställde regionala åklagarmyndigheten i Koszalin (Prokuratura Okręgowa w Koszalinie) (Polen) ett önskemål till allmänna åklagarmyndigheten i Hamburg om att erhålla en kopia av förundersökningsprotokollet. Allmänna åklagarmyndigheten i Hamburg översände i augusti 2006 en kopia av förundersökningsprotokollet efter att först ha begärt upplysningar om de vidare åtgärder som de polska myndigheterna avsåg att vidta.

17. Genom beslut av den 22 december 2008 avslutade lokala åklagarmyndigheten i Kołobrzeg brottmålsförfarandet mot Piotr Kossowski med hänvisning till att det inte förelåg tillräckligt starka brottsmisstankar. Som motivering till beslutet att inte väcka åtal angavs dels att Piotr Kossowski hade vägrat infinna sig till förhör, dels att målsäganden och ett indirekt vittne var bosatta i Tyskland och därför inte hade kunnat höras inom ramen för förundersökningen, dels att målsägandens uppgifter – vilka till en del var ospecifika och motsägelsefulla – således inte hade kunnat kontrolleras.

18. Den 24 juli 2009 utfärdade allmänna åklagarmyndigheten i Hamburg en europeisk arresteringsorder avseende Piotr Kossowski, och Förbundsrepubliken Tyskland begärde genom skrivelse av den 4 september 2009 till Republiken Polen att han skulle utlämnas.

19. Sąd Okręgowy w Koszalinie (regional domstol i Koszalin, Polen) avslog genom beslut av den 17 september 2009 begäran om verkställighet av den europeiska arresteringsordern med hänvisning till att det beslut att avsluta brottmålsförfarandet som lokala åklagarmyndigheten i Kołobrzeg hade fattat var lagakraftvunnet i den mening som avses i artikel 607p.1.2 i rättegångsbalken för brottmål.

20. Den 7 februari 2014 greps Piotr Kossowski, som då fortfarande var efterlyst i Tyskland, i Berlin (Tyskland). Den 17 mars 2014 ingav allmänna åklagarmyndigheten i Hamburg en stämningsansökan mot honom avseende gärningarna som begåtts den 2 oktober 2005.

21. Genom beslut av den 18 juni 2014 avvisade Landgericht Hamburg (regional domstol i Hamburg, Tyskland) stämningsansökan mot Piotr Kossowski med hänvisning till att det beslut som hade fattats av lokala åklagarmyndigheten i Kołobrzeg innebar att det, mot bakgrund av artikel 54 i Schengenkonventionen, inte längre var möjligt att väcka åtal. Redan den 4 april 2014 hade Landgericht Hamburg (regional domstol i Hamburg) för övrigt upphävt den europeiska arresteringsordern mot Piotr Kossowski, som därvid efter att ha suttit häktad hade släppts fri.

22. Allmänna åklagarmyndigheten i Hamburg överklagade Landgericht Hamburgs (regional domstol i Hamburg) beslut till Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (regional överrätt i Hamburg), som till följd av osäkerhet om hur den i det aktuella fallet relevanta unionsrätten skulle tolkas beslutade att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

- ”1) Är de förbehåll som de avtalsslutande parterna i samband med ratificeringen av Schengenkonventionen framställde med stöd av artikel 55.1 a i denna – särskilt punkt a i den förklaring som Förbundsrepubliken Tyskland avgav i samband med deponeringen av ratifikationsinstrumentet, med innebörden att Förbundsrepubliken Tyskland inte skulle vara bunden av artikel 54 i Schengenkonventionen ’om en gärning som avses i en utländsk dom har förövats helt eller delvis på Förbundsrepubliken Tysklands territorium’ – giltiga även efter det att Schengenregelverket har införlivats med unionens rättsordning genom Schengenprotokollet, vilket har bibehållits i kraft genom det Schengenprotokoll som fogades till Lissabonfördraget? Utgör dessa undantag proportionerliga begränsningar av artikel 50 i stadgan i den mening som avses i artikel 52.1 i stadgan?
- 2) Om så inte är fallet, ska principen *ne bis in idem* i artikel 54 i Schengenkonventionen och artikel 50 i stadgan tolkas så, att den utgör hinder för lagföring av en tilltalad i en medlemsstat (i det aktuella fallet Tyskland) om ett brottmålsförfarande mot denne i en annan medlemsstat (i det aktuella fallet Polen) har lagts ned av åklagarmyndigheten, utan att den tilltalade har fullgjort några angivna skyldigheter som han eller hon har ålagts i sanktionssyfte och utan att någon mer omfattande

utredning har genomförts, varvid åklagarmyndigheten under hänvisning till otillräckliga brottsmisstankar har motiverat nedlägningsbeslutet med skäl som rör de faktiska omständigheterna, och om brottmålsförfarandet kan återupptas endast om det framkommer tidigare okända väsentliga omständigheter men det i det aktuella fallet inte föreligger några sådana nya omständigheter?”

III – Bedömning

23. Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg har ställt sin första fråga för att vinna klarhet i huruvida förbehållet enligt artikel 55.1 a i Schengenkonventionen fortfarande är giltigt efter det att Schengenregelverket har införlivats med unionens rättsordning och mot bakgrund av artikel 50 i stadgan.

24. För den händelse att domstolen skulle finna att detta förbehåll inte längre är giltigt, önskar Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg vidare vinna klarhet i huruvida principen *ne bis in idem* i artikel 54 i Schengenkonventionen och artikel 50 i stadgan ska tolkas så, att en åklagarmyndighets beslut att inte väcka åtal som innebär att förundersökningen läggs ned kan anses utgöra en lagakraftgående respektive lagakraftvunnen dom i den mening som avses i dessa båda artiklar, om varken målsäganden eller vittnet har hörts i den aktuella förundersökningen.

A – Huruvida artikel 55.1 a i Schengenkonventionen är giltig

25. Inledningsvis ska ett argument från Europeiska kommissionens sida avvisas. Kommissionen har i sitt skriftliga yttrande⁷ och vid den muntliga förhandlingen hävdade att det kan saknas anledning för domstolen att pröva den första frågan från Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg. Kommissionen har därvid erinrat om att det i artikel 55.4 i Schengenkonventionen stadgas att "[e]n förklaring enligt punkt 1 ... inte [ska] tillämpas, om den berörda avtalsslutande parten avseende samma gärning gjort framställning om överförande av lagföring till den andra parten eller beviljat utlämning av den berörda personen". Enligt kommissionen har de tyska rättsliga myndigheterna, genom att samarbeta med de polska rättsliga myndigheterna, överlämnat en kopia av sitt förundersökningsprotokoll till dessa och inte motsätta sig ett eventuellt polskt brottmålsförfarande, implicit gjort en framställning om överförande av lagföring i den mening som avses i den bestämmelsen.

26. Jag instämmer inte med denna bedömning.

27. Att domstolar har territoriell behörighet i brottmål är till att börja med, enligt nationell lagstiftning, normalt en av grunderna för rättsordningen. Av den territoriella behörigheten följer nödvändigtvis vilken nationell rätt som är tillämplig, eftersom personrättsliga överväganden inte görs inom straffrätten. Straffrättens territorialitet är i själva verket ett av uttrycken för medlemsstaternas suveränitet. Således – och av principiella skäl – förefaller mig valet mellan tysk straffrätt och polsk straffrätt inte kunna bero på en sådan implicit mekanism som kommissionen har antytt. Enligt min mening kan ett sådant val inte grundas på något annat än en uttrycklig begäran från en domstol i en medlemsstat som uttryckligen bifalls av en domstol i en annan medlemsstat.

28. De handlingar som Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg har överlämnat till domstolen förefaller inte innehålla något som tyder på att en sådan begäran skulle ha framställts i någon som helst form. Tvärtom har allmänna åklagarmyndigheten i Hamburg, i sitt skriftliga yttrande, förtydligat att man inte gjorde någon framställning om överföring av lagföring till regionala åklagarmyndigheten i Koszalin. Även med tanke på att svaret från den regionala åklagarmyndigheten i Koszalin innehåller en uttrycklig redogörelse för de undersökningar som hade behövt genomföras för att åtal skulle ha

⁷ — Punkt 69.

kunnat väckas men som inte genomfördes, måste det anses styrkt att regionala åklagarmyndigheten i Koszalin aldrig ansåg sig ha någon lagföringsskyldighet. I motsatt fall hade det varit en enkel sak för regionala åklagarmyndigheten i Koszalin att be de behöriga tyska rättsliga myndigheterna att låta förhöra de personer vilkas vittnesmål saknades.

29. Dessutom ska det beaktas att allmänna åklagarmyndigheten i Hamburg i samband med att man översände en kopia av förundersökningsprotokollet uttryckligen bad de polska rättsliga myndigheterna att lämna upplysningar om de vidare åtgärder som de avsåg att vidta.⁸

30. Avslutningsvis ska det framhållas att allmänna åklagarmyndigheten i Hamburg endast översände en kopia av förundersökningsprotokollet medan man själv behöll originalet. Därvid agerade allmänna åklagarmyndigheten i Hamburg i linje med en grundläggande praxis som lagförande myndigheter brukar tillämpa i försiktighetssyfte, nämligen att åtal väcks endast på grundval av originalet av det förundersökningsprotokoll som utgör underlaget. Denna regel härrör från praktisk erfarenhet och är avsedd att förhindra att åtal väcks flera gånger för samma lagöverträdelse. Det rör sig således om ett sätt för rättsliga myndigheter att i görligaste mån undvika att principen *ne bis in idem* åsidosätts. Den principen syftar ju i grunden till att förhindra att åtal väcks och påföljd utdöms flera gånger för samma lagöverträdelse.

31. Av samtliga ovan angivna skäl anser jag att allmänna åklagarmyndigheten i Hamburg inte kan anses ha avstått från sin behörighet.

32. Därför ska det nu provas huruvida förbehållet enligt artikel 55.1 a i Schengenkonventionen fortfarande är giltigt efter det att Schengenregelverket har införlivats med unionsrätten och mot bakgrund av artiklarna 50 och 52.1 i stadgan. På tal om det sistnämnda ska det framhållas att detta förbehåll utgör en begränsning i den mening som avses i artikel 52.1 i stadgan av principen *ne bis in idem*, eftersom det i förklaringarna till stadgan, såvitt avser artikel 50 i denna, uttryckligen anges att artiklarna 54–58 i Schengenkonventionen ingår bland de bestämmelser på vilka den horisontella bestämmelsen i artikel 52.1 i stadgan är tillämplig.

33. När det gäller den första av de aspekter som Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg har tagit upp, nämligen vad införlivandet av Schengenregelverket innebar för giltigheten av artikel 55.1 a i Schengenkonventionen, anser jag att detta införlivande i sig inte a priori medförde att den bestämmelsen blev ogiltig.

34. Schengenkonventionen införlivades med unionsrätten genom Schengenprotokollet som en del av ”Schengenregelverket” såsom detta definierades i bilagan till nämnda protokoll. Av artikel 2 i beslut 1999/436/EG⁹ och bilaga A till det beslutet framgår att Europeiska unionens råd slog fast att artiklarna 34 FEU och 31 FEU utgjorde den rättsliga grunden för artiklarna 54–58 (och således för artikel 55) i Schengenkonventionen.

35. Det kan inte bestridas att förbehållet enligt artikel 55.1 a i Schengenkonventionen ingår i Schengenregelverket och har blivit en integrerad del av unionsrätten. Frågan är emellertid huruvida innehållet i den bestämmelsen är förenligt med unionsrätten i dess nuvarande stadium såsom denna framgår av domstolens praxis och av vad som stadgas i stadgan, vilka båda har tillkommit såväl efter det att Schengenkonventionen utarbetades som efter det att denna införlivades med unionsrätten som en del av Schengenregelverket. I första stycket i ingressen till Schengenprotokollet anges att syftet med införlivandet av Schengenregelverket särskilt var ”att göra det möjligt för Europeiska unionen att snabbare utvecklas till ett område med frihet, säkerhet och rättvisa”. Med tanke på att

⁸ — Se punkt 16 i detta förslag till avgörande.

⁹ — Rådets beslut av den 20 maj 1999 om fastställande, i enlighet med relevanta bestämmelser i Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen och Fördraget om Europeiska unionen, av rättslig grund för samtliga bestämmelser och beslut som utgör Schengenregelverket (EGT L 176, s. 17).

Schengenregelverket införlivades med unionsrätten för det ändamålet, är det uppenbart att detta regelverk inte får motverka utvecklingen av ett sådant område. Därför ankommer det på mig att undersöka huruvida det åberopade förbehållet i det aktuella fallet utgör ett hinder för strävan att bygga upp ett sådant område och att vid behov föreslå antingen att förbehållet inte ska tillämpas eller att det i mån av möjlighet ska tolkas på ett sätt som är förenligt med unionslagstiftarens vilja.

36. Historiskt sett är huvudsyftet med den sedan länge allmänt erkända principen *ne bis in idem* att skydda den enskilde från det godtycke som det skulle innebära om han eller hon dömdes flera gånger för samma gärning under olika brottsrubriceringar.

37. De första hänvisningarna till denna princip hänför sig till romartiden. Vår benämning på den härstammar från det uttryckssätt som användes i romerska domstolars förelägganden: "bis de eadem re ne sit actio" (Ej må talan väckas två gånger i samma sak). Det är omöjligt att bestrida att denna princip utgör en av medborgarnas grundläggande rättigheter i förhållande till den dömande makten. Inom straffrätten har den fått central betydelse.

38. Inom ramen för området med frihet, säkerhet och rättvisa har principen *ne bis in idem* – samtidigt som den har behållit denna grundläggande funktion i fråga om skydd av enskildas fri- och rättigheter – även fått en annan funktion, nämligen att garantera den fria rörligheten.

39. Denna nya dimension har gjort det oundgängligt att tillämpa principen på gränsöverskridande nivå inom unionen. Därigenom har det också blivit nödvändigt att sammanföra de olika medlemsstaternas straffrättsliga system, vilka onekligen kännetecknas av såväl likheter som skillnader, det sistnämnda särskilt i processuellt hänseende. För att kunna hantera svårigheterna i samband med mångfalden av system som inte har blivit föremål för vare sig harmonisering eller tillnärmning – något som medlemsstaterna för övrigt i allmänhet är avogt inställda till på straffrättens område – har domstolen tillämpat principen om ömsesidigt erkännande.

40. Vid Europeiska rådets möte i Tammerfors den 15 och 16 oktober 1999 slog medlemsstaterna också fast att den principen ska utgöra hörnstenen för deras samarbete i rättsliga frågor. Detta stadfäst dessutom i Lissabonfördraget genom att nämnda princip där får utgöra grundvalen för det straffrättsliga samarbetet inom unionen.¹⁰

41. I domen i målet Gözütok och Brügge¹¹ slog domstolen fast att "oavsett om principen [*ne*] *bis in idem* enligt artikel 54 i [Schengen]konventionen tillämpas på förfaranden som medför att åtal inte längre kan väckas och som genomförts med eller utan medverkan av domstol eller om de tillämpas på domar, *förutsätts med nödvändighet* att det råder ett ömsesidigt förtroende mellan medlemsstaterna vad gäller deras respektive straffrättsliga system och att var och en av dem godtar att den gällande straffrätten i övriga medlemsstater tillämpas, även om en tillämpning av den egna nationella rätten skulle leda till ett annat resultat".¹²

42. Jag har kursiverat uttrycket "förutsätts med nödvändighet" därför att detta enligt min uppfattning har en alldeles särskild innebörd. Om man beaktar att domstolen på de närmast föregående raderna påpekade att det inte finns någonting i EU-fördraget eller Schengenkonventionen som medför att principen *ne bis in idem* kan tillämpas endast om lagstiftningen i de berörda medlemsstaterna har blivit föremål för harmonisering eller tillnärmning, följer det nämligen att den principen, som har

10 — Se artikel 82.1 FEUF. Se även artikel 67 FEUF.

11 — C-187/01 och C-385/01, EU:C:2003:87.

12 — Punkt 33. Den andra kursiveringen är min.

blivit grundläggande i egenskap av förutsättning för den konkreta tillämpningen av den fria rörligheten, i själva verket ålägger medlemsstaterna att visa förtroende för varandra. Skillnader mellan olika medlemsstaters lagstiftning kan således inte utgöra något hinder för tillämpningen av denna princip.¹³

43. Unionslagstiftarens avsikt med att använda principen om ömsesidigt erkännande var att hantera de näst intill oöverstigliga svårigheter som hade uppstått bland annat till följd av att tidigare försök att få till stånd en tillnärmning av nationell lagstiftning hade misslyckats. Domstolen beaktade därefter detta i sin rättspraxis. Den formulering som domstolen använde ska följaktligen förstås så, att ömsesidigt förtroende inte är en förutsättning för att ömsesidigt erkännande ska kunna tillämpas, utan tvärtom en konsekvens¹⁴ som tillämpningen av den principen medför för medlemsstaterna. Med andra ord innebär tillämpningen av principen om ömsesidigt erkännande att medlemsstaterna åläggs att visa förtroende för varandra oavsett vilka skillnader som finns mellan deras respektive nationella lagstiftning.

44. Det är berättigat att tillmäta principen om ömsesidigt erkännande en sådan tyngd med tanke på att skapandet av området med frihet, säkerhet och rättvisa är så viktigt för byggandet av unionen. Detta område kan nämligen ses som ett komplement till det gemensamma området för rörlighet och ekonomisk verksamhet, eftersom det garanterar en rättslig ram för det sistnämnda området som innefattar unionsmedborgarnas individuella rättigheter. På så sätt har området med frihet, säkerhet och rättvisa obestriddligen en koppling till begreppet unionsmedborgarskap och bidrar till att ge detta begrepp ett konkret uttryck.

45. Det är således mot bakgrund av denna utveckling i rättspraxis som det i dag ska prövas huruvida det förbehåll som Förbundsrepubliken Tyskland framställde med stöd av artikel 55.1 a i Schengenkonventionen är giltigt. Innebär den särskilda styrka som principen om ömsesidigt erkännande tillmäts att det förbehållet inte ska tillämpas?

46. Som jag redan har påpekat, innebar införlivandet av Schengenregelverket med unionsrätten inte i sig att detta förbehåll förlorade sin verkan, men däremot får detta förbehåll inte strida mot unionsrätten.

47. Vid den muntliga förhandlingen hänvisade den tyska regeringen till begreppet nytta eller nödvändighet. Detta förefaller mig vara en lämplig utgångspunkt för att närma sig den aktuella frågan.

48. Det råder inget tvivel om att tillämpning av förbehållet enligt artikel 55.1 a i Schengenkonventionen medför att principen *ne bis in idem* töms på sitt innehåll. Med tanke dels på de ovannämnda övervägandena om sambandet mellan den principen och principen om ömsesidigt erkännande, dels på den sistnämnda principens grundläggande betydelse för strävan att bygga upp området med frihet, säkerhet och rättvisa, utgör detta i sig en tillräcklig grund för att dra slutsatsen att nämnda förbehåll ska ogiltigförklaras.

49. Ett eventuellt undantag skulle kunna godtas endast om det motiverades av nödvändigheten att ge detta förbehåll ändamålsenlig verkan på ett sätt som främjade ett överordnat intresse utan att strida mot utarbetandet av området med frihet, säkerhet och rättvisa.

50. Mot denna bakgrund kommer jag nu att se närmare på den tyska regeringens argument för att detta förbehåll skulle kunna vara nyttigt eller nödvändigt.

13 — EUF-fördraget erbjuder för övrigt en rättslig grund för tillnärmning av lagstiftning i fall där det enda syftet är att underlätta ömsesidigt erkännande.

14 — Annars skulle de svårigheter som tidigare hade uppkommit, och som man ville undvika, oundvikligen dyka upp på nytt.

51. Härvid anser jag att hänvisningen till begreppet nytta eller nödvändighet föranleder slutsatsen att förbehållet enligt artikel 55.1 a i Schengenkonventionen är onödigt, just därför att det inte längre är nödvändigt om domstolens praxis tillämpas på ett korrekt sätt och i linje med bestämmelserna i stadgan. Denna ståndpunkt kommer jag att utveckla vidare i det följande.

52. De formuleringar som domstolen har använt för att ange de konkreta villkoren för genomförandet av principen *ne bis in idem* får inte leda ens tankar fel och får i synnerhet inte tas ur sitt sammanhang, nämligen dels praxis i dess nuvarande tillstånd, dels stadgan – som uppenbart är tillämplig här.

53. I Schengenkonventionen används begreppet samma gärning medan stadgan använder begreppet samma lagöverträdelse. Det begrepp som ska beaktas här är naturligtvis det sistnämnda, vars betydelse kan utläsas ur domstolens praxis rörande reglerna för tillämpningen av principen *ne bis in idem*.

54. Domstolen ser inte begreppet samma gärning som ett enbart funktionellt begrepp utan i stället som ett rättsligt begrepp. I domen i målet Mantello¹⁵ upphörde domstolen detta begrepp till ett "självständigt unionsrättsligt begrepp". Domstolen anser, i linje med stadgan, att Schengenkonventionens kriterium om att det ska röra sig om samma gärning uteslutande innebär att det ska röra sig om liknande lagöverträdelser, varvid bedömningen av huruvida lagöverträdelserna liknar varandra inte ska grundas på de brottsrubriceringar som används i de enskilda nationella rättsordningarna utan på själva substansen i de aktuella lagöverträdelserna.

55. Domstolen har därvid slagit fast att det villkor som måste vara uppfyllt för att gärningen ska anses vara densamma är att det ska röra sig om faktiska omständigheter som i allt väsentligt är desamma (det vill säga utan att formuleringarna i nationell lagstiftning beaktas) och som är ouppslösligt förbundna med varandra i tid och rum samt med hänsyn till vad de "avser".¹⁶ Domstolen har således angett en klassisk definition av begreppet lagöverträdelse genom att hänvisa till att gärningen ska vara densamma med avseende på den innebörd, det väsentliga innehåll, som den får genom gärningsmannens brottsliga uppsåt. Det är ju inte möjligt att slå fast att en viss brottsrubricering, snarare än någon annan, ska tillämpas på en gärning om man bortser från syftet, det vill säga uppsåtet. Skillnaden mellan en skada som har tillfogats oavsiktligt och en som har tillfogats avsiktligt är inte en gradskillnad, utan en artskillnad – även om den sistnämnda skadan i sig skulle vara mindre allvarlig än den förstnämnda.

56. Här vill jag framhålla hänvisningen till vad omständigheterna "avser". Vad en gärning avser kan ju inte gärna vara något annat än målet eller syftet med den, det vill säga det uppsåt med vilket den begicks. Om gärningen är tänkt att göra det möjligt för gärningsmannen att avsiktligt tillgripa annans egendom – om detta är vad gärningsmannen önskar göra – så är han eller hon skyldig till stöld, och då är det just med uppsåtet att fullborda detta tillgrepp som gärningen har begåtts.

57. Genom att beakta vad gärningen avser i sin definition av vad som utgör konkret identitet mellan gärningar i den mening som avses i principen *ne bis in idem*, har domstolen hänvisat till det klassiska lagöverträdelsebegreppet och "lagt sig i linje med" stadgans formulering redan innan stadgan trädde i kraft. För övrigt har domstolen i sin praxis ibland uttryckligen använt begreppet uppsåt som en beståndsdel i definitionen av begreppet samma gärning.¹⁷

58. Vid den muntliga förhandlingen lade den tyska regeringen fram ett exempel. Det är nu lämpligt att se närmare på detta.

15 — C-261/09, EU:C:2010:683.

16 — Se dom Kraaijenbrink (C-367/05, EU:C:2007:444, punkterna 26 och 27 samt där angiven rättspraxis) och dom Mantello (C-261/09, EU:C:2010:683, punkt 39 och där angiven rättspraxis).

17 — I domen i målet Kretzinger (C-288/05, EU:C:2007:441) hänvisade domstolen till gärningsmannens uppsåt i sin bedömning av huruvida konkreta gärningar var desamma.

59. Den tyska regeringens exempel är följande: En utländsk medborgare har begått ett våldsbrott i Tyskland och därvid förhärligat nazismen. Han döms i sitt ursprungsland för våldshandlingarna enligt en lag där förhärligandet av nazismen inte beaktas såsom en särskild omständighet i brottsrubriceringen. Enligt den tyska regeringen borde förbehållet enligt artikel 55.1 a i Schengenkonventionen då vara tillämpligt. Det anser inte jag.

60. Uppsåt i den klassiska bemärkelsen har inom straffrätten i allmänhet definierats som en vilja syftande till ett mål. Därvid skiljer sig uppsåtet från motivet, som betecknar anledningen till att gärningsmannen har begått lagöverträdelsen. Motivet saknar i allmänhet relevans vid valet av brottsrubricering i så måtto att det inte beaktas i legaldefinitionen av den konkreta straffbara gärningen. Oavsett om en person stjälar av hunger eller av girighet, är brottet stöld. Den konkreta gärningen avser tillgrepp av annans egendom, och gärningsmannens uppsåt är just att tillgripa annans egendom. Motivet till det lagstridiga tillgreppet kan vara exempelvis nöd eller girighet, men lagöverträdelsen är densamma i båda fallen: det rör sig om stöld. Sedan kan domstolen förvisso göra åtskillnad genom att anpassa påföljden mot bakgrund av motivet eller till och med avstå från att utdöma någon påföljd.

61. Det kan emellertid tänkas att en medlemsstat anser att en gärning som begås med ett visst motiv, i det aktuella fallet för att förhärliga nazismen, stör den allmänna ordningen i särskilt hög grad och därför beslutar att införa en särskild brottsrubricering där motivet – som har inspirerat till gärningen men fått konkret uttryck i dess begående – utgör en specifik lagöverträdelse med en specifik påföljd. Detta är helt rättsenligt och legitimt, eftersom det är den allmänna ordningen i den medlemsstaten och således den nationens värderingar som är i fråga. Icke desto mindre innebär en sådan brottsrubricering att den nationella lagstiftningen har gjort förhärligande av nazismen till ett av rekvisiten för det aktuella brottet.

62. Här ska det framhållas att denna tolkning på intet sätt strider mot domstolens tydliga ståndpunkt med innebörden att det enda som ska beaktas är huruvida de konkreta gärningarna är desamma, oberoende av deras rättsliga kvalificering och oberoende av vilka intressen som skyddas. Den fråga som jag just har diskuterat rör nämligen inte vilka intressen som ska skyddas utan huruvida det – oavsett de brottsrubriceringar som används – rör sig om två lagöverträdelser som väsentligen är desamma.

63. Om det inte rör sig om samma lagöverträdelse – i den mening som detta uttryck ska förstås med ledning såväl av stadgan som av domstolens praxis – faller den aktuella situationen nämligen utanför tillämpningsområdet för principen *ne bis in idem*.

64. Att avgöra huruvida skillnaden i rättslig kvalificering återspeglar en konkret skillnad mot bakgrund av EU-domstolens definitioner är uppenbart något som ankommer på den domstol som ska pröva tvisten i sak, det vill säga den nationella domstolen – såvida inte denna hänvänder sig till EU-domstolen på grund av osäkerhet om något som ju är ett självständigt unionsrättsligt begrepp.

65. Här vill jag invända att det konkreta genomförandet kan vara förenat med svårigheter. Hur ska man göra om skillnaden mellan lagöverträdelser åberopas när en första fällande dom redan har meddelats i en annan medlemsstat? Och om en påföljd dessutom redan har verkställts?

66. Mot bakgrund av de ovannämnda principerna anser jag att ett andra åtal är rättsenligt, eftersom den åberopade skillnaden inte hindrar tillämpningen av principen *ne bis in idem*. Det kan emellertid inte bortses från att de båda aktuella lagöverträdelserna är delvis desamma trots att de på en övergripande nivå är olika. Det vore definitivt olämpligt att godta att de slutliga påföljder som utdöms i de båda medlemsstaterna helt enkelt läggs samman. Lösningen på detta problem, som är enkel och används i flera medlemsstaters nationella lagstiftning, är att verkställa endast den strängaste av de båda domarna. Enligt min uppfattning utgör denna lösning det enda sättet att, mot bakgrund av principerna, på ett godtagbart sätt täcka in hela mångfalden av möjliga konkreta situationer. Hur ska man annars

göra om en påföljd redan har utdömts och verkställts i en medlemsstat för den ena lagöverträdelsen? Om den första verkställda påföljden visar sig vara den strängaste, kan den domde med denna lösning inte åläggas någon ”kompletterande” påföljd. Om den däremot visar sig vara den minst stränga, ska den domde endast avtjäna skillnaden mellan den redan verkställda påföljden och den sedermera meddelade påföljden.

67. Jag anser att det följer av det ovan anförda att förbehållet enligt artikel 55.1 a i Schengenkonventionen i praktiken inte längre är nödvändigt, vare sig i förevarande mål eller i något annat mål. Eftersom domstolens praxis och stadgan gör det möjligt att beakta en väsentlig skillnad mellan lagöverträdelser, skulle principen *ne bis in idem* tömmas på allt innehåll om en medlemsstat fick göra avsteg från den under andra omständigheter, och detta skulle undergräva det system som ligger till grund för området med frihet, säkerhet och rättvisa.

68. Mot bakgrund av det ovan anförda anser jag att förbehållet enligt artikel 55.1 a i Schengenkonventionen inte är förenligt med det väsentliga innehållet i principen *ne bis in idem* såsom denna kommer till uttryck i artikel 50 i stadgan och att detta förbehåll därför ska ogiltigförklaras.

B – Begreppet lagakraftvunnen dom

69. Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg har ställt sin andra tolkningsfråga för att vinna klarhet i huruvida principen *ne bis in idem* såsom denna kommer till uttryck i artikel 54 i Schengenkonventionen och i artikel 50 i stadgan ska tolkas så, att ett beslut av en allmän åklagarmyndighet att inte väcka åtal som innebär att förundersökningen läggs ned kan anses utgöra en lagakraftäggande respektive lagakraftvunnen dom i den mening som avses i de artiklarna, om varken målsäganden eller vittnet har hörts under förundersökningen.

70. Domstolen har flera gånger haft anledning att yttra sig om begreppet lagakraftvunnen dom. Av dess praxis framgår att de kriterier som ska vara uppfyllda för att ett avgörande ska kunna betecknas som lagakraftvunnet är följande: avgörandet ska ha meddelats efter en bedömning i sak av ärendet och det ska i den nationella rättsordningen medföra att brottmålsförfarandet mot den som har begått lagöverträdelsen definitivt avslutas.¹⁸

71. Ett beslut att inte väcka åtal som meddelas efter en förundersökning under vilken olika typer av bevisning har samlats in och prövats ska enligt domstolen anses grundas på en bedömning i sak, om det slutligt slås fast i beslutet att den ifrågavarande bevisningen är otillräcklig och beslutet innebär att det inte är möjligt att återuppta ärendet på grundval av samma uppsättning indicier.¹⁹

72. Kommissionen anser att denna praxis ska tillämpas på förevarande mål.²⁰ Jag delar inte den uppfattningen.

73. Av det beslut att inte väcka åtal som är i fråga i det nationella målet framgår att motiveringen till det beslutet var dels att Piotr Kossowski hade vägrat inställa sig till förhör, dels att målsäganden och ett indirekt vittne var bosatta i Tyskland och därför inte hade kunnat höras inom ramen för förundersökningen, dels att målsägandens uppgifter – vilka till viss del var ospecifika och motsägelsefulla – inte hade kunnat kontrolleras.

18 — Se dom M (C-398/12, EU:C:2014:1057, punkterna 28 och 31 samt där angiven rättspraxis).

19 — Ibidem (punkt 30).

20 — Se punkt 50 och följande punkter i kommissionens yttrande.

74. Själva kärnan i principen *ne bis in idem* utgörs av ömsesidigt erkännande av domstolsavgöranden, som förutsätter att medlemsstaterna har förtroende för varandra. Är det således förbjudet för medlemsstaterna att kontrollera att villkoren för tillämpning av principen *ne bis in idem* verkligen är uppfyllda, bland annat huruvida det har gjorts en bedömning i sak?

75. Begreppet bedömning i sak kan leda tankarna till en fördjupad och kritisk prövning av det aktuella förfarandet. En medlemsstat som genomförde en sådan prövning skulle på sätt och vis först ”meddela dom över” den andra medlemsstatens förfarande innan den avgjorde huruvida den godtog detta förfarande. Detta skulle vara att jämföra med ett återinförande av kravet på exekvatur, vilket vore oacceptabelt eftersom det skulle tömma principen om ömsesidigt erkännande på allt innehåll och vara i grunden oförenligt med själva tanken bakom området med frihet, säkerhet och rättvisa.

76. Att tvinga en medlemsstats rättsliga myndigheter att i blindo, helt utan möjlighet till insyn, verkställa samtliga avgöranden skulle å andra sidan tvivelsutan innebära en vantolkning av principen om ömsesidigt erkännande i fall där det objektivt sett finns uppenbara frågetecken.

77. Varför skulle EU-domstolen över huvud taget ange villkor för när principen *ne bis in idem* ska anses ha tillämpats på ett giltigt sätt, om det sedan saknades möjlighet att objektivt undersöka huruvida dessa villkor var uppfyllda? Den strävan efter insyn i rättsliga avgöranden som är aktuell här, och som är en av rättsstatens beståndsdelar, ligger för övrigt också bakom kravet på att domstolsavgöranden ska vara motiverade. I ett område med frihet, säkerhet och rättvisa är en sådan insyn oundgänglig för dialogen mellan domstolar och åklagarmyndigheter.

78. Om det framgår av motiveringen (som inte får saknas) till det avgörande vars beaktande har satts i fråga att EU-domstolens villkor obestriddligen inte är uppfyllda, har den domstol som berörs av tillämpningen av principen *ne bis in idem* således legitim grund för att avstå från att tillämpa den principen. Vid tvivel kan denna domstol – vilket ju har skett i det aktuella fallet – hänvända sig till EU-domstolen.

79. De uppgifter som anges i det polska beslutet ger obestriddligen vid handen att ärendet inte har bedömts i sak. I det beslutet noteras nämligen att den misstänkte varken samarbetade eller lämnade några förklaringar samt att det inte genomfördes någon konfrontation – en åtgärd som torde ha varit påkallad med tanke på att målsägandens vittnesmål påstås ha innehållit ospecifika uppgifter – och att vittnet inte hördes, bland annat på grund av att målsäganden och vittnet var bosatta i Tyskland, men att det trots detta inte framställdes någon begäran om rättsligt bistånd i det avseendet. Därmed torde det vara uppenbart att uppgifter som utgör själva kärnan i den rättsliga situation som de tyska och de polska rättsliga myndigheterna ställdes inför faktiskt inte prövades av de polska rättsliga myndigheterna.

80. Även om vägen till ett verkligt område med frihet, säkerhet och rättvisa går via ömsesidigt erkännande av domstolsavgöranden och således kräver ett ömsesidigt förtroende mellan medlemsstaterna, får detta inte undergräva garantin för att de grundläggande rättigheterna, inbegripet målsägandens rättigheter, iakttas. Tillämpningen av principen *ne bis in idem* får aldrig resultera i erkännande av avgöranden som uppenbart strider mot de grundläggande rättigheterna.

81. I det nationella målet är det uppenbart att målsägandens rättigheter inte har iakttagits. Detta gäller bland annat rätten att yttra sig, rätten att få information och rätten till ersättning.²¹

21 — Se artiklarna 3, 4 och 9 i rådets rambeslut 2001/220/RIF av den 15 mars 2001 om brottsoffrets ställning i straffrättsliga förfaranden (EGT L 82, s. 1).

82. Det framgår nämligen av motiveringen till det beslut att inte väcka åtal som är i fråga i det nationella målet att målsäganden inte hördes. Den frist – sju dagar – inom vilken målsäganden var tvungen att svara efter det att han hade blivit delgiven beslutet att inte väcka åtal var till yttermera visso helt otillräcklig. Under den fristen skulle målsäganden, i en annan medlemsstat än den där han var bosatt, i förekommande fall hinna låta översätta beslutet och konsultera en rådgivare för att därefter eventuellt överklaga. För att kunna inge ett överklagande – som skulle avse de faktiska omständigheterna – hade målsäganden dessutom behövt hinna ta del av de skriftliga handlingarna i ärendet, vilket uppenbart var helt uteslutet i det aktuella fallet.

83. Straffrätten syftar vidare inte endast till att beivra störningar av den allmänna ordningen utan också till att ge brottsoffer möjlighet att erhålla ersättning för skada som de drabbas av till följd av gärningar som utgör det konkreta innehållet i lagöverträdelse. Även mot bakgrund av brottsoffrens grundläggande rättigheter är det i det aktuella fallet befogat att anse att det polska beslutet inte kan få den verkan som principen *ne bis in idem* medför, eftersom detta skulle innebära att den aktuella målsäganden framtogs varje rätt till ersättning.

84. Således anser jag att principen *ne bis in idem*, såsom den kommer till uttryck i artikel 54 i Schengenkonventionen och i artikel 50 i stadgan, ska tolkas så, att ett beslut av en allmän åklagarmyndighet att inte väcka åtal som innebär att förundersökningen läggs ned inte kan anses utgöra en lagakraftvägande respektive lagakraftvunnen dom i den mening som avses i de artiklarna, om det tydligt framgår av motiveringen till beslutet att uppgifter som utgör själva kärnan i den rättsliga situationen, exempelvis förhör med målsägande och vittne, inte har prövats av de berörda rättsliga myndigheterna.

IV – Förslag till avgörande

85. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen ska svara Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (regional överrätt i Hamburg) enligt följande:

- 1) Förbehållet enligt artikel 55.1 a i konventionen om tillämpning av Schengenavtalet av den 14 juni 1985 mellan regeringarna i Beneluxstaterna, Förbundsrepubliken Tyskland och Franska republiken om gradvis avskaffande av kontroller vid de gemensamma gränserna, undertecknad i Schengen den 19 juni 1990, är inte förenligt med det väsentliga innehållet i principen *ne bis in idem* såsom denna kommer till uttryck i artikel 50 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna. Detta förbehåll ska därför ogiltigförklaras.
- 2) Principen *ne bis in idem* såsom den kommer till uttryck i artikel 54 i nämnda konvention och i artikel 50 i nämnda stadga ska tolkas så, att ett beslut av en allmän åklagarmyndighet att inte väcka åtal som innebär att förundersökningen läggs ned inte kan anses utgöra en lagakraftvägande respektive lagakraftvunnen dom i den mening som avses i de artiklarna, om det tydligt framgår av motiveringen till beslutet att uppgifter som utgör själva kärnan i den rättsliga situationen, exempelvis förhör med målsägande och vittne, inte har prövats av de berörda rättsliga myndigheterna.