

DEN STRAFFRÄTTSLIGA TOLKNINGEN AV "NE BIS IN IDEM" INOM EU OCH BESTÄMMANDE AV JURISDIKTION VID BEHÖRIGHETSKONFLIKTER*

AV JUR.KAND. DAN HELENIUS

*This article deals with the principle of ne bis in idem and its interpretation in the EU as well as the prevention and resolution of conflicts of jurisdiction between Member States. The primary aim of the article is to discuss these problems in light of the principle of lis pendens, i.e., that no one should be prosecuted on the same facts as those already addressed in a pending prosecution. The concept of criminal proceedings is discussed first, since one of the prerequisites of the application of both ne bis in idem and lis pendens is that the proceedings in question are of a criminal nature. After this, the concept of "same facts" is discussed, since neither principle naturally can come into question if the proceedings are based on different facts. The case law of the European Court of Human Rights as well as that of the European Court of Justice is taken into consideration. Subsequently, the prevention of conflicts of jurisdiction and a possible mechanism for resolving such problems are discussed.***

1. Utgångspunkter

Förbudet mot dubbel lagföring – ne bis in idem – ansågs länge utgöra enbart en intern regel för nationella rättssystem. Om en person alltså dömdes för dråp i staten B, riskerade han att vid återkomsten till hemstaten A, även där – måhända med tillämpningen av rekvisitet för mord – dömas för samma gärning. I dylika situationer ger den individuella rättvisan uppenbarligen vika för de suveräna staters intressen som är inblandade. Vare sig det berott på en ökande medvetenhet om de rättviseintressen som står på spel, eller enbart ett pragmatiskt intresse att minska på de kostnader som flerfaldiga processer innebär, har den senaste tiden dock medfört en allt ökande trend att inom EU även godta ne bis in idem utöver nationella gränser.¹

Ne bis in idem innebär – i sin synbart självklara enkelhet – att ingen får åtalas eller lagföras på nytt för samma sak. Innebörden av principen har traditionellt delats upp i två distinktioner: *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa* – dvs. att ingen skall behöva åtalas mer än en gång för samma sak – och *nemo*

* Artikeln baserar sig på skribentens pro gradu-avhandling.

** Title in English: *The Interpretation of ne bis in idem in the EU and the Resolution of Conflicts of Jurisdiction*. Original in Swedish.

debet bis puniri pro uno delicto – dvs. att ingen skall dömas mer än en gång för samma sak.² Den centrala bestämmelsen gällande *ne bis in idem* inom EU kan vid dags dato sägas utgöras av artikel 54 i Schengenregelverket. Artikeln föreskriver att ingen får "åtalas för samma gärning" av en medlemsstat "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". Det bör alltså noteras att bestämmelsen enbart erbjuder skydd i fall där en ytterligare dom härrör sig från en annan medlemsstat, men däremot inte om den gör det från en instans inom samma nationella rättssystem som den första domen. I detta fall kan dock en kränkning av Europeiska människorättskonventionens (EMRK) 7 tilläggsprotokoll artikel 4 komma i fråga. Artikeln stadgar: "ingen får lagföras eller straffas på nytt i en brottmålsrättegång i samma stat för ett brott för vilket han redan blivit slutligt frikänd eller dömd i enlighet med lagen och rättegångsordningen i denna stat". Såsom framkommer ur denna ordalydelse erbjuder EMRK inte skydd mot dubbel lagföring i gränsöverskridande sammanhang, utan *ne bis in idem* gäller enligt konventionens bestämmelse enbart inom de nationella gränserna. Däremot berör varken denna bestämmelse eller Schengenregelverkets artikel 54 på något vis situationer då inget slutligt avgörande ännu givits, utan där exempelvis två medlemsstater fortfarande är i beråd att väcka åtal gällande samma sak – den s.k. *lis pendens*-principen.

Bland annat avsaknaden av bestämmelser gällande dylika *lis pendens*-situationer ledde till att Grekland i april 2003 gjorde ett initiativ inför antagandet av rådets rambeslut om tillämpning av *ne bis in idem*-principen.³ Syftet med initiativet var att erbjuda medlemsstaterna gemensamma rättsliga regler gällande *ne bis in idem* för att säkerställa enhetligheten av såväl tolkningen som den praktiska implementeringen av principen. Genom rambeslutet skulle art. 54–58 i Schengenregelverket upphävas och ersättas av rambeslutets föreskrifter.⁴ Initiativet innehöll därtill en skild artikel rörande *lis pendens*, och ytterligare vissa företrädesbestämmelser för avgörande av behörigt forum vid positiva lagvalskonflikter. Det visade sig dock att medlemsstaterna inte kunde komma överens om bland annat gemensamma processuella regler och kriterier för bestämmande av jurisdiktion och Rådets diskussioner kring initiativet avbröts sedermera i juli 2004.

Ett ytterligare försök att förhandla fram en fungerande tillämpning av *ne bis in idem* togs i december 2005 då kommissionen lade fram en grönbok om behörighetskonflikter och *ne bis in idem*-principen i straffrättsliga förfaranden.⁵ En av de primära ambitionerna med grönboken kan sägas vara att elaborera fram en fungerande tillämpning av *lis pendens*, vilket dock kräver att det skapas ett fungerande system för bestämmande av lämplig jurisdiktion vid positiva lagvalskonflikter. Om stater nämligen känner sig försäkrade om att en anklagad redan inledningsvis

tillförsäkras en rättvis och effektiv rättegång, som därtill på ett solidariskt vis är till alla de inblandades fördel, kan behovet att göra undantag till *ne bis in idem* (Schengenregelverkets artikel 55) hoppeligen med tiden bli överflödigt. Till och med *ne bis in idem* i sig kan tänkas förlora sin betydelse på en europeisk nivå om ett lyckat EU-omfattande behörighetssystem skapas.⁶

Jag ämnar i följande framställning främst diskutera frågor och problemställningar rörande *lis pendens* och bestämmande av jurisdiktion vid behörighetskonflikter. Först kommer jag dock att ta upp vissa aspekter gällande själva omfattningen och innebörden av *ne bis in idem*, emedan en viss förståelse för de särproblem som hänför sig till denna princip ter sig nödvändig för att ytterligare kunna diskutera problematiken kring behörighetskonflikter.

2. Innebörden av *ne bis in idem*

Vid bedömningen av om dubbel lagföring ligger för handen, och *ne bis in idem* därmed blir tillämplig, måste två kriterier primärt uppfyllas. För det första måste det vara fråga om jämförbara (straff)processuella förfaranden (*bis*), och för det andra måste dessa förfaranden härröra från samma sak (*idem*).

2.1. Brottmålsförfaranden

En förutsättning för att den straffrättsliga omfattningen av *ne bis in idem* överhuvudtaget skall komma på tal är att de ifrågavarande förfarandena innebär anklagelser för brott, dvs. hänför sig till brottmålsförfaranden. Denna problematik ter sig tillika relevant ifråga om positiva lagvalskonflikter och *lis pendens*-principen, emedan parallella straffrättsliga processer givetvis inte kan uppstå såvida den ena processen överhuvudtaget inte är av straffrättslig art. Till detta hänför sig ytterligare frågan om hurdana myndigheter som kan utfärda avgöranden i dylika brottmålsförfaranden, dvs. hurdana avgöranden som överhuvudtaget kan komma att omfattas av *ne bis in idem*. Detta ämnar jag dock inte här gå närmare in på, emedan jag velat koncentrera mig på den preventiva effekten av *ne bis in idem*, och bortse från fall där *lis pendens* redan förlorat sin relevans.

Det kan i detta skede poängteras att EG-domstolen länge framhållit att EMRK har en särskild ställning som källa för EG-rättens allmänna principer,⁷ och domstolen har yttrat att den måste "ta i beaktande" Europadomstolens avgöranden.⁸ Även om det inte vid dags dato är fullständigt klart hurdan status EMRK 7 tilläggsprotokoll artikel 4 bör ha i förhållande till EU-rätten, finner jag det vara av klar relevans att även diskutera Europadomstolens praxis gällande vissa aspekter av *ne bis in idem*.

Gällande särskiljandet av disciplinära och administrativa förfaranden från rent straffrättsliga sådana, är det nämligen främst Europadomstolens praxis som medför visst matnyttigt diskussionsunderlag. I fallet *Engel m.fl. mot Nederlän-*

derna slog Europadomstolen för första gången fast de tre kriterier enligt vilka disciplinära eller administrativa åtgärder bör avskiljas från straffrättsliga sådana.⁹ Utgångspunkten är förfarandets klassificering i den nationella lagstiftningen, varefter även gärningens art samt dess förhållande till sanktionens syfte bör beaktas, och slutligen själva sanktionens natur och omfattning. De tre kriterierna har i regel bedömts som alternativa, men Europadomstolen har i vissa fall avvikit från denna tolkning.¹⁰ Även om ett förfarande alltså ses som administrativt inom den nationella rätten, kan det – på grund av sin repressiva och punitiva karaktär – i enlighet med Europadomstolens praxis anses inneha en straffrättslig karaktär, och därmed åstadkomma en *ne bis in idem*-effekt ifråga om ytterligare brottmålsförfaranden.

Schengenregelverket uttrycker i sig inte klart huruvida administrativa förfaranden faller inom tillämpningssfären för artikel 54. Initiativet till ett rambeslut rörande *ne bis in idem* innehåller däremot en definition på straffbara handlingar, enligt vilken även administrativa handlingar skall omfattas. Detta gäller dock enbart såvida "handlingarna faller under den administrativa myndighetens behörighet och den berörda personen har möjlighet att få saken prövad i en brottmålsdomstol" (art. 1(a)). Även om det kan ses som positivt att även administrativa förfaranden specifikt inkluderats – den individuella rättssäkerheten bör inte begränsas till straffrättsliga förfaranden i enbart snäv bemärkelse –¹¹ kan det ifrågasättas om denna föreskrift i sig är tillräckligt heltäckande. Om nationella domstolar t.ex. bryter mot EMRK art. 6 genom att inte erbjuda en rättvis och offentlig rättegång åt en person, kunde detta innebära att bestämmelserna om *ne bis in idem* följaktligen inte blir tillämpliga, emedan denna person därmed nekats möjligheten att få "saken prövad i en brottmålsdomstol".¹² I grönboken föreslås i sin tur följande definition på räckvidden av *ne bis in idem*-principen: "avgörande i brottmål som antingen har meddelats av en rättslig myndighet eller har överklagats inför en sådan myndighet". För det första förblir det ur denna ordalydelse oklart om "brottmål" bör tolkas snävt – *stricto sensu* – eller i enlighet med EMRK:s praxis. För det andra ger begreppet "rättslig myndighet" en något felaktig uppfattning, såvida även administrativa myndigheter skall anses ha kompetens att påföra sanktioner som kan ses ha en straffrättslig karaktär. Ytterligare bör den rättsliga säkerheten som *ne bis in idem* erbjuder tryggas även i fall av brottmålsmedling – som alltså kan ske utan inblandningen av en rättslig myndighet.¹³ Om det dessutom vore ett krav att ett avgörande har överklagats inför en sådan (rättslig) myndighet, kan problem uppstå ifråga om t.ex. ordningsbot utfärdade av polismyndigheter. Om en person som föreläggs en dylik påföljd inte överklagar till en rättslig myndighet (en domstol) skulle det ju innebära att saken inte har "överklagats" och att *ne bis in idem* därmed inte aktualiseras. Såvida ett avgörande dessutom har överklagats hos en

rättslig myndighet innebär detta ju, att det "slutliga" avgörandet av nödvändighet är gjort av just en rättslig myndighet. Man kan alltså fråga sig om det inte vore lämpligare att tala om avgöranden i brottmål som har "varit möjliga att överklagas inför en rättslig myndighet", än att kräva att så de facto bör ha skett.¹⁴

Det s.k. Freiburginitiativet från år 2003 framför i sin tur följande definition på begreppet "åtal" (prosecution): "Alla förfaranden med en repressiv karaktär. Det är inte nödvändigt att brottet som åtalet grundar sig på är klassificerat som straffrättsligt enligt rättsystemet som fogat över det första förfarandet."¹⁵ Denna definition verkar i sin enkelhet något sånär omfatta den praxis Europadomstolen byggt upp kring ämnet. Emedan denna praxis erbjuder en solid utgångspunkt för avgörande av huruvida ett förfarande faller inom den straffrättsliga tillämpnings sfären för *ne bis in idem* eller inte, skulle det kunna ses som rationellt att i framtida instrument helt enkelt utgå från den vid bedömningen av om ett "brottmålsförfarande", "brott" eller "åtal" omfattas av *ne bis in idem*.¹⁶ Problematiskt är dock att inte heller Europadomstolens praxis erbjuder en fullständigt konsekvent tolkningskälla för dessa begrepp,¹⁷ men kunde dock tänkas fungera som en utgångspunkt som berörda stater inom Europa är villiga att sälla sig till.

2.2. Innebörden av samma sak

Med tanke på positiva lagvalskonflikter är *idem* ett betydligt viktigare begrepp att analysera än *bis*. Då man frågar sig hurdana avgöranden som kan aktualisera en *ne bis in idem*-effekt, innebär det ju i praktiken att det redan ligger något slags slutligt beslut till grund för problemställningen – den preventiva effekten av *lis pendens* har således redan gått förlorad. Däremot kan positiva lagvalskonflikter ju enbart uppkomma ifråga om samma *idem*, varmed detta begrepp i princip utgör själva utgångspunkten för en ytterligare diskussion om bestämmande av lämplig jurisdiktion. Således bör man utgå från att konceptet "samma sak" bör tillämpas såväl ifråga om redan avgjorda mål som ännu anhängiga mål.

Det verkar i dagens läge vara vedertaget att konceptet *idem* vid en gränsöverskridande tillämpning av *ne bis in idem* baserad på artikel 54 i Schengenregelverket bör härröra från materiella omständigheter (*idem factum*), dvs. de faktiska handlingar en person utfört, istället för brott (*idem crimem*), dvs. den rättsliga definitionen på en handling.¹⁸ På denna punkt har dock Europadomstolens respektive EG-domstolens praxis varit något motstridiga.

I *Gradinger*-fallet hade den klagande av en allmän domstol dömts för dödsvållande på grund av att han med sin bil kört på en cyklist som dog till följd av detta. Klaganden hade vid tidpunkten för handlingen varit alkoholpåverkad, men dömdes inte för ett grövre brott än dödsvållande emedan det inte hade visats att alkoholhalten i hans blod uppgått till 0,8 promille. Efter denna process dömdes

den klagande i ett administrativt förfarande – där det ansågs bevisat att alkoholhalten i hans blod uppgått till 0,95 promille – på basis av samma fakta för att ha kört under påverkan av alkohol. Europadomstolen konstaterade att även om de två bestämmelserna skilde sig ifråga om såväl sina syften som rubriceringar var det fråga om ett brott mott EMRK protokoll 7 art. 4 (ne bis in idem), emedan båda straffen baserade sig på samma beteende.¹⁹

I det senare *Oliveira*-fallet hade den klagande av polismagistraten först dömts för en trafikförseelse, och sedermera av en brottmålsdomstol dömts för vållande av personskada på basis av samma handling. I detta fall konstaterade dock Europadomstolen att det var fråga om ett typiskt fall av idealkonkurrens, dvs. två brott som begåtts genom samma handling. Även om ett dylikt fall företrädesvis borde ha behandlats inom en och samma process utgjorde detta inte en kränkning av EMRK protokoll 7 art. 4, emedan bestämmelsen enbart förbjuder dubbel lagföring för samma brott, men inte för skilda brott som härstammar från samma handling. Europadomstolen ansåg att detta fall skilde sig från *Gradinger*-fallet där två domstolar hade kommit till skilda slutsatser angående alkoholhalten i klagandens blod.²⁰

Europadomstolens tillvägagångssätt i dessa två fall kan ses som motstridiga, vilket även framfördes i en avvikande åsikt av en av domarna i *Oliveira*-fallet. Motstridigheten kan inte förklaras av att de två gäningarna i *Oliveira*-fallet kunde ha behandlats i samma process. Inte heller kan det förklaras av den ordning i vilken förfarandena vidtogs eller av att de två domstolarna i *Gradinger*-fallet kom till skilda resultat gällande de faktiska omständigheterna. I det senare *Fischer*-fallet konstaterade Europadomstolen nämligen att frågan huruvida *ne bis in idem* kränkts eller inte är beroende av sambandet mellan de två befintliga brotten, och kan därmed inte bero på den ordning i vilken straffen dömts ut. Ytterligare poängterade Europadomstolen att ordalydelsen i protokoll 7 art. 4 är: ”lagföras eller straffas på nytt [...] för ett brott för vilket han redan blivit slutligt frikänd eller dömd”, inte lagföras eller straffas för ”samma brott”. Europadomstolen framförde att den inte bör begränsa sin analys till enbart om en handling formellt utgör olika brott. I vissa fall kan det nämligen hända att en handling vid första anblick verkar bestå av skilda brott, men vid närmare granskning kan det visa sig att enbart ett av rekvisiten borde tillämpas emedan det *de facto* innefattar alla de övriga rekvisitens oförrätter.²¹ Ett typexempel på detta är då två brott innehåller identiskt samma element, men ett av dem inkluderar ett ytterligare sådant. I sådana fall måste man undersöka huruvida brotten kan sägas innehålla väsentligen samma element.²² Denna tolkning stödde Europadomstolen bland annat på sin tidigare dom i fallet *Ponsetti och Chesnel mot Frankrike*²³. I det fallet hade klagandena först i ett administrativt förfarande dömts till skattetillägg för underlåtenhet att lämna

skattedeklaration, och sedermera i en straffprocess dömts för skattebedrägeri. Europadomstolen konstaterade att skattetillägget var möjligt på enbart objektiva grunder – för underlåtenhet att lämna deklaration – medan skattebedrägeri däremot förutsatte vållande och en grad av medvetenhet från lagöverträdarens sida. Rekviriten innehöll alltså inte väsentligen samma element och *ne bis in idem* hade därmed inte kränkts.²⁴ Det kan konstateras att Europadomstolen i denna senare praxis frångått kravet på *samma handling* som användes i *Gradinger*-fallet i favör för konceptet *väsentligen samma element*.²⁵

Generaladvokat Ruiz Jarabo-Colomer framförde redan i sitt förslag till avgörande i de banbrytande fallen *Gözütok C-187/01* och *Brügge C-385/01* att det relevanta vid tolkningen av *ne bis in idem* är om det är fråga om "samma omständigheter" och samma rättsliga intresse som skyddas.²⁶ EG-domstolen verkade även sälla sig till denna ståndpunkt, trots att fallet i sig inte berörde denna problematik.²⁷ EG-domstolen konstaterade dock sedermera i sin dom i *van Esbroeck*-fallet att "det kriterium som är relevant för tillämpningen av nämnda artikel [54] är det som avser huruvida sakförhållandena är identiska i den meningen att de består av en rad sinsemellan oskiljaktiga omständigheter, oberoende av omständigheternas rättsliga kvalificering eller det rättsliga intresse som skyddas".²⁸ Fallet handlade om en belgisk medborgare som i Norge dömdes för olaglig införsel av narkotika, och sedermera i Belgien dömdes för att ha fört ut samma varor ur landet. EG-domstolen konstaterade att straffbara gärningar som består i ut- och införsel av samma narkotika och som leder till åtal skall anses utgöra "samma gärningar".²⁹

EG-domstolens tillämpningssfär för *ne bis in idem* är av naturliga orsaker bredare än Europadomstolens motsvarande, men skiljer sig även från generaladvokatens formulering i fallen *Gözütok* och *Brügge*, emedan inget omnämnande om "samma rättsliga intresse" görs. Frågor om brottskonkurrens kan nämligen inte ges en lika stor relevans i en internationell som i en nationell omfattning, emedan brottsbeskrivningar stater emellan kan variera redan ifråga om de mest allmänna brotten. Således kunde en handling potentiellt utgöra en stöld i ett land, förskingring i ett annat land och bedrägeri i ett tredje land.³⁰ Enligt denna logik bör inte heller det rättsliga intresse som en nationell kriminalisering skyddar ges relevans, eftersom detta likväl kan variera från en stat till en annan. Eftersom de nationella strafflagstiftningarna inte har harmoniserats, skulle ett kriterium som grundas på gärningarnas rättsliga kvalificering eller på det rättsliga intresse som skyddas kunna ge upphov till lika många hinder för den fria rörligheten inom Schengenområdet som det finns straffrättsliga system i de avtalslutande staterna.³¹

Vid beaktande av Europadomstolens och EG-domstolens praxis gällande begreppet *idem* framkommer sålunda vissa klara skillnader. Europadomstolens praxis hänför sig för det första enbart till nationella situationer av dubbel lagfö-

ring, och redan detta faktum begränsar praxisens jämförbarhet i gränsöverskridande fall av dubbel lagföring. För det andra innebär begreppet "samma element" – som Europadomstolen brukat sig av – att *idem* fortfarande är delvis knutet till den rättsliga karaktären av en handling – dvs. brottsbeskrivningen. Europadomstolen har konstaterat att åtgärder kan skilja sig från varandra gällande sina "element" till exempel då de innefattar olika subjektiva skuldkrav eller då de skiljer sig till sitt syfte.³² I detta hänseende har Europadomstolen enligt mig gjort en ännu klarare ändring i sin senare praxis, emedan den i *Gradinger*-fallet fortfarande vidhöll att *ne bis in idem* hade kränkts trots att de två på varandra följande sanktionsförfarandena hade olika natur och syfte, emedan de trots detta hänförde sig till *samma handling*.³³

EG-domstolen i sin tur har däremot uttryckligen konstaterat att den rättsliga kvalificeringen och det rättsligt skyddade intresset med ett rekvisit inte skall tas i beaktande, emedan dessa kan variera från en avtalslutande stat till en annan.³⁴ Om den rättsliga kvalificeringen och det rättsligt skyddade intresset inte är av relevans vid uttolkande av *idem*, är det inte troligt att det rättsliga *syftet* heller kan anses vara det. Således förefaller det klart som om EG-domstolen givit *idem* en betydligt bredare omfattning – som härrör sig från de faktiska omständigheterna – än Europadomstolen. Detta leder enligt mig till den något betänkliga situationen att personer i praktiken erbjuds ett bredare skydd om de begår två samhöriga straffbara handlingar i skilda medlemsstater än om de gör det inom samma medlemsstat. Om X till exempel för ut narkotika ur staten A till staten B, innebär det att X inte längre – enligt EG-domstolens praxis – kan dömas för ett fiskalt brott (t.ex. olaglig import av varor) i B om han redan dömts för ett narkotikabrott gällande varorna i A.³⁵ I ett sådant fall torde det finnas en rad sinsemellan "oskiljaktiga omständigheter" som gör sakförhållandena identiska, oberoende av omständigheternas "rättsliga kvalificering". Däremot är det möjligt – enligt Europadomstolens praxis – att X i staten A ytterligare kan dömas för ett fiskalt brott trots att han redan dömts för ett narkotikabrott i samma land.³⁶ Samma vore tillika *ex analogia* fallet gällande en motsvarande *lis pendens*-situation.

I *van Esbroeck*-fallet framförde EG-domstolen alltså att det relevanta är huruvida de sakförhållanden som gärningarna i fråga utgör är identiska i den meningen att de består av en rad konkreta sinsemellan oskiljaktiga omständigheter, vilket tyder på ett resonemang som hänför sig till ett historiskt händelseförlopp.³⁷ Men vad innebär då samma faktiska eller oskiljaktiga omständigheter?

Med tanke på den individuella rättssäkerheten vore det av yttersta vikt att *idem* kan definieras på så objektiva grunder som möjligt. En möjlighet vore att analysera omständigheterna utgående från "helheten av straffbara handlingar", vilket innebär att en "omständighet" skall förstås omfatta alla de substantiella fakta som ett åtal omfattar. En omständighet utgörs därmed av den "historisk hän-

delse" – begränsad av tid och substans – till vilken ett åtal hänför sig. Den helhet av straffbara handlingar som bildar en *idem* inkluderar då alla de aspekter i fallet som bildar en "naturlig enhet".³⁸ Nya åtal vore således förbjudna om de innebär enbart en viss avvikelse från händelseförloppet i det första åtalet. Även kumulativa tillägg och en rekonstruktion av händelseförloppet – gällande samma tid och rum – skulle omfattas.³⁹ Freiburginitiativet framför likväl att en handling bör tolkas utgående från en persons objektiva handlingar vid samma tid och rum.⁴⁰

En stringent tillämpning av denna modell kunde dock tänkas medföra vissa brister. Om en person till exempel i staten A rånar en bank, varefter han flyr över gränsen till staten B, där han av polisen stannas och bötfälls för att ha fört ett fortskaffningsmedel utan körkort, kunde han på basis av modellen med "helheten av straffbara handlingar" inte längre dömas för bankränet i staten A. Detta vore givetvis såväl klumpigt som oacceptabelt. I dylika fall vore det mera ändamålsenligt att ty sig till initiativet till ett rambeslut gällande *ne bis in idem*, där det talas om "väsentligen samma, faktiska omständigheter".⁴¹ I ett dylikt fall kan handlingarna visserligen tidsmässigt vara intrikat bundna till varandra, men rent substantiellt skiljer de sig däremot klart. Om omständigheterna gällande de straffbara handlingarna således är faktiskt (substantiellt) olika, kan det inte ses utgöra samma *idem*.⁴² Om det däremot är så att föraren i exemplet enbart genom sitt körande åstadkommer t.ex. en trafikförseelse i A och vållar en personskada i B, bör en dom som gäller enbart någon av dessa gärningar utesluta åtal för den andra genom *ne bis in idem* – båda gärningarna har då orsakats genom samma faktiska handlande.⁴³

EG-domstolen har emellertid konstaterat att den slutgiltiga bedömningen i detta hänseende ankommer på de behöriga nationella domstolarna, som skall fastställa huruvida sakförhållandena i fråga består av en rad omständigheter som sinsemellan är oskiljaktiga i tid och rum samt med hänsyn till deras syfte.⁴⁴ Även om det sålunda i framtida akter dras upp klarare objektiva linjer för hur *idem* bör tolkas,⁴⁵ och EG-domstolen ytterligare i sin praxis förmår klargöra och tolka begreppet, faller det i sista hand på de nationella domstolarna att tolka om handlingar är "oskiljaktiga i tid och rum med hänsyn till deras syfte (subject-matter)"⁴⁶ och hänför sig till "väsentligen samma, faktiska (substantiella) omständigheter". Teoretiskt kunde den väsentliga frågan således tänkas vara: Var bryts den objektiva, väsentligt faktiska länken mellan två handlingar, så att de inte längre är oskiljaktiga i tid och rum?

Om en nationell domstol således uppdragar att en process gällande samma sak är anhängig i en annan medlemsstat bör den första frågan enligt mig – måhända efter någon form av informationsutbyte med berörda medlemsländer – utgöras av om det överhuvudtaget är fråga om samma *idem*. Om så inte är fallet, aktualiseras varken *ne bis in idem* eller *lis pendens*.

3. *Lis pendens* och bestämmande av jurisdiktion

Oberoende av om man på ett lyckat vis förmår klargöra omfattningen av *ne bis in idem* kvarstår fortfarande problemet, att principen inte i sig själv kan tillhandahålla en adekvat lösning på behörighetskonflikter. För att undvika att *ne bis in idem* enbart skänker en uteslutande effekt åt den medlemsstat som "snabbast" hinner väcka åtal, krävs det ytterligare att en mekanism för bestämmande av lämplig jurisdiktion under pågående processer framarbetas.⁴⁷

Då varken EMRK eller Schengenregelverket idag innehåller några bestämmelser om påbörjade men icke avslutade processer, finns det idag ingen akt som skulle reglera *lis pendens* i sin helhet.⁴⁸ Även de nationella bestämmelserna skiljer sig från varandra gällande huruvida och i vilken mån utländska påbörjade brottmålsprocesser skall beaktas.⁴⁹ Initiativet till ett rambeslut gällande *ne bis in idem* (art. 1.e) framför följaktligen att *litispenses* bör utgöras av ett "brottmål där åtal för en straffbar handling redan har väckts mot en person och anhängiggjorts vid domstol utan att dom i målet har avkunnats". Ett redan anhängigt brottmål spärrar således mot väckande av ett nytt åtal gällande samma sak, oberoende av vilket land det görs i. Begreppen brottmål, domstol och sak (*idem*) bör givetvis för följdriktighetens skull tolkas enligt vad som framförts ovan.⁵⁰

3.1. Allokering av jurisdiktion

Inom nationella rättssystem existerar i regel konsekventa bestämmelser om behörighet, och några problem gällande *lis pendens* verkar därmed uppstå relativt sällan. Då flera stater däremot är inblandade, saknas denna konsekvens. En tendens att utvidga snarare än inskränka statlig behörighet har kunnat observeras, framför allt i samband med gränsöverskridande brottslighet, brott under internationell rätt och terrorism.⁵¹

Som det nu är, kan en person komma att åtalas antingen genom olika former av forum-shopping – från åklagarens eller den åtalades sida – eller helt enkelt enligt principen "först till brunn får mala". Den stat som först hinner väcka åtal, kan i sin tur därefter antingen bestämma sig för att processa vidare eller utlämna personen.

Det vore således klart önskvärt att en mekanism för allokering av jurisdiktion utformas. En sådan mekanism bör dock vara obyråkratisk men samtidigt garantera balans i tillvägagångssättet och respekt för de berörda parternas rättigheter. För att åstadkomma detta bör de behöriga myndigheterna för det första ha möjlighet till ett fungerande informationsutbyte gällande förutsebara eller redan påbörjade processer som respektive stater kan ha koppling till. För det andra bör en åklagarmyndighet i en stat som får reda på att rättsliga åtgärder i en annan stat redan vidtagits gällande en viss sak kunna avstå från att inleda ett förfarande eller avsluta ett redan påbörjat sådant.⁵² Ett dylikt beslut om avslutande av åtalsförfaranden bör däremot inte skapa en *ne bis in idem*-effekt.⁵³

3.2. Möjlighet att få kännedom om pågående och avslutade förfaranden

För att det överhuvudtaget skall vara möjligt att beakta och erkänna ett tidigare avgjort eller påbörjat förfarande bör man först och främst känna till att det existerar. I vissa fall kan det vara möjligt att de inblandade medlemsstaterna informerar varandra på basis av bilaterala avtal, medan det i andra fall kan vara möjligt att ingen information erhålls alls. Ofta kan myndigheter tänkas finna det nödvändigt att utbyta information närmast då det existerar ett ömsesidigt behov av informationsutbyte, t.ex. vid insamlande av bevis.

Enligt artikel 57 i Schengenregelverket skall en avtalslutande part som "åtar en person för ett brott och de behöriga myndigheterna hos denna part har skäl att anta att åtalet avser samma gärning som personen redan dömts för av en annan part, om skäl föreligger, göra en framställning om upplysningar av betydelse för ärendet till de behöriga myndigheterna hos den part på vars territorium den misstänkte redan dömts". Det är dock inte sagt att denna regel i praktiken konsekvent efterföljs. Den ombedda myndigheten kan i vissa fall underlåta att ge någon information alls eller så kan det vara fråga om en *in absentia*-dom, som den åtalade måhända inte ens är medveten om. För att säkerställa att ömsesidig information verkligen utbyts, kan vissa skyldigheter för proaktivt och systematiskt informationsutbyte komma att behövas.

Det vore tillika viktigt att ett europeiskt kriminalregister upprättas. Med ett sådant register skulle man dels kunna vidta lämpliga åtgärder vid återfall i brott, dels skulle åklagarmyndigheter snabbt och enkelt kunna kontrollera om ett förfarande redan har inletts i fråga om en viss person. På så vis kunde åklagare undvika att väcka åtal för redan avgjorda saker, men även erhålla viktig information om andra eventuella brottsutredningar rörande personen ifråga.⁵⁴ Ett problem är dock att de flesta medlemsstaters kriminalregister inte innehåller någon information om frikännanden, för att inte tala om olika interrimistiska avgöranden som åtalsprocesser avbrutits genom.

3.3. Diskussion och informationsutbyte

Utgångsvis bör man granska vilka stater som kan ha intresse av att påbörja en process gällande samma sak. En myndighet som har inletts eller är på väg att inleda straffrättsliga åtgärder i ett ärende som har starka kopplingar till en annan stat bör vara skyldig att vidta åtgärder för att informera denna stat om detta. Enbart det faktum att en annan stat har jurisdiktion över ett ärende bör dock inte skapa en sådan informationsplikt, emedan det inte kan krävas att medlemsstaterna bör sätta sig in i alla de övriga medlemsstaternas jurisdiktionsbestämmelser – som dessutom ofta kan vara rätt så omfattande. Det bör således yttermera krävas att gärningen ifråga har en viss signifikant anknytning till en annan stat.⁵⁵ Frågan är dock hur man bör dra upp objektiva riktlinjer för bedömning av om en sådan

signifikant anknytning existerar eller inte. Vid denna överbägning bör man tillika även bedöma om det överhuvudtaget kan tänkas vara fråga om samma sak, eller om det måhända är fråga om helt skilda ärenden som fullständigt väl kan behandlas separat i skilda medlemsstater (visserligen kan pragmatiska skäl tala för en allokering av alla ärenden till samma jurisdiktion).

Informationsutbytet kunde i sin tur antingen göras bilateralt eller, kanske förnuftigare, via en central europeisk myndighet – företrädesvis Eurojust. Detta skulle möjliggöra att information snabbt kan utväxlas mellan stater och följaktligen uppdragas om andra processer redan är påbörjade.⁵⁶ Såvida det är fråga om en mångfacetterad brottslig verksamhet med breda internationella kopplingar, kan det säkert i många fall vara svårt att skönja exakt vilka stater som kan tänkas ha en sammankoppling till de specifika brott som ägt rum. Det verkar därmed åtminstone rent teoretiskt vara ändamålsenligare att låta en central myndighet sköta informationsutbytet.

Vid informationsutbytet kan man även tänka sig att en stat bör uttrycka sitt intresse inom en viss tidsperiod. Freiburginitiativet framför sålunda att en stat – av effektivitetsskäl – bör framföra sitt intresse att inleda en process inom tre månader från att den tillkännagivits att en annan stat påbörjat åtgärder gällande samma sak. Om ingen stat inom denna tid uttrycker sitt intresse kan den inledande staten fortsätta med det rättsliga förfarandet ärendet utan vidare samråd – såvida inte nya sakförhållanden kommer in i bilden.⁵⁷

Tidpunkten för uppkomsten av en dylik plikt att informera är tillika en fråga i sig. Det verkar inte vettigt att kräva att denna skyldighet absolut skall uppstå redan under förundersökningsskedet, emedan detta potentiellt kan komma att fördröja och försvåra polisarbetet. Den pragmatiskt bästa tidpunkten kunde således tänkas infalla i samband med åtalsprövningen. Man bör tillika beakta – trots att EG-domstolen inte ännu helt tydligt gett uttryck för detta⁵⁸ – att alla former av åtals-eftergifter kan komma att omfattas av *ne bis in idem*, varmed en korrekt utredning av lämplig jurisdiktion åtminstone bör utföras i god tid före dylika åtgärder blir aktuella. Klart är enligt mig att ingen egentlig *lis pendens*-effekt kan uppkomma så länge det fortfarande är fråga om förundersökningsskedet, och så länge inga åtalsförfaranden ännu vidtagits. Man kan utgående från detta ytterligare fråga sig om det däremot bör vara möjligt för polismyndigheter att under förundersökningsskedet fatta avgöranden med *ne bis in idem*-effekt, utan att någon åklagare varit inblandad eller åtalsförfaranden vidtagits. För konsekvensens skull bör så enligt min mening inte vara fallet.

Följande steg för de inblandade staterna vore att inleda en samrådig diskussion i syfte att lösa jurisdiktionstvisten. Det mest effektiva sättet att göra detta torde vara genom direkta kontakter staterna emellan – potentiellt med stöd av Eurojust

eller någon annan stödmekanism inom EU. Om staterna kommer överens om jurisdiktionsfrågan, innebär det att en (eller flera) av staterna avslutar eller inställer sitt förfarande, medan myndigheterna i en annan stat inleder eller fortsätter med rättsliga förfaranden i saken. Dessa myndigheter handlar då i enlighet med sin nationella lagstiftning. Det vore även möjligt för stater att sluta bindande avtal ifråga om jurisdiktionskonflikter – möjligtvis med hjälp av ett EU-modellavtal, som bland annat kunde innehålla gemensamma regler om hur sådana avtal kan upphävas såvida omständigheterna gällande behörigheten förändras.⁵⁹ Dock kan det visa sig vara svårt att på ett konsekvent och objektivt vis dra upp linjer för exakt hurdana omständighetsförändringar som skall beaktas och vilka kriterier en omallokering av jurisdiktionen egentligen bör baseras på – samt hur dessa skall tas upp i modellavtalet.

Såvida medlemsstaterna kommer överens om jurisdiktionsfördelningen, bör de stater som inställer sina förfaranden givetvis inte förbli passiva, utan kontinuerligt fortsätta att assistera den stat som fördelats jurisdiktionen. Utgående från *Miraglia*-målet bör det tillika beaktas att medlemsstater inte kan förvägra andra medlemsstater rättslig hjälp enbart på den grunden att de avbrutit sina egna rättsliga förfaranden på grund av att samma sak är anhängig i en annan medlemsstat.⁶⁰

Om de inblandade staterna inte förmår lösa jurisdiktionsproblemet sinsemellan, bör en mekanism för tvistlösning ytterligare finnas tillhanda. De berörda parterna bör då ha möjlighet till en strukturerad dialog inför en objektiv medlingsledare – som dock inte bör ha behörighet att fatta bindande beslut för parterna. Eurojust verkar vara bäst lämpad för denna roll – såvida inte en fullständigt ny instans för tvistlösning skapas. Det verkar även vettigt att här göra medlingen obligatorisk såvida staterna inte sinsemellan förmår uppnå en överenskommelse inom en viss tidsperiod – framför allt med tanke på rätten till en rättvis rättegång inom skälig tid (EMRK art. 6).⁶¹

3.4. Rättsligt bindande beslut gällande jurisdiktion

För det fall att tvistlösningen inte leder till något resultat, verkar det slutligen vara nödvändigt att kunna överföra ärendet till en instans på EU-nivå som har befogenhet att fatta ett rättsligt bindande beslut om allokering av jurisdiktion. Detta kunde i sin tur antingen ske genom ett administrativt (via Europeiska kommissionen till exempel) eller ett rättsligt förfarande (via EG-domstolen).⁶²

Enligt Freiburginitiativet vore EG-domstolen bäst lämpad att fatta ett sådant beslut tack vare dess ställning som ett självständigt organ och den transparens ett sådant rättsligt avgörande skulle medföra.⁶³ För detta talar även kravet på rättssäkerhet och förutsebarhet, emedan det i sig är fråga om ett relativt nytt och svårreglerat

område inom EU. Kritik mot att låta Eurojust behandla denna fråga har främst framförts på grund av organets administrativa natur. Frågor om rättslig behörighet kan i första hand ses höra till domstolar eller åklagarmyndigheter, och en omstrukturering av Eurojusts organisation vore förmodligen nödvändig för detta syfte.⁶⁴

Enligt artikel 35 i Fördraget om Europeiska unionen kan frågor som gäller tolkningen av EU-regler om förfaranden och kriterier för val av jurisdiktion föreläggas EG-domstolen, varmed nationella domstolar bör kunna hänföra en fråga om jurisdiktion som de funnit tvistig till denna.⁶⁵ Om jurisdiktionsvalet baserar sig på ett avtal mellan medlemsstater skulle EG-domstolen naturligt kunna ses ha befogenhet att behandla ett tvistigt ärende. Utöver nationella domstolar bör tillika även de berörda personerna – åtminstone parterna – ha rätt att be om en rättslig prövning i detta fall. Om beslutet om jurisdiktionsfördelningen däremot fattats av ett annat EU-organ blir frågan om EG-domstolens behörighet mer komplicerad. Att ge nationella domstolar i uppgift att pröva ett sådant beslut verkar i sig olämpligt och även juridiskt omöjligt. Å andra sidan finns det i de nuvarande fördragen inte heller någon rättslig grund för att ge en sådan befogenhet åt EG-domstolen. Inom ramarna för de nuvarande fördragen kunde man dock undersöka möjligheten att ge EG-domstolen en rättslig grund för en sådan prövning.⁶⁶

Med tanke på den arbetsbörda EG-domstolen har i dagens läge, kan det dock ifrågasättas om den i sig vore rätt organ att behandla även frågor gällande medlemsstaternas jurisdiktion. Rätten att få sin sak behandlad inom skälig tid förutsätter redan att jurisdiktionsfrågan inte blir hängande oskäligt länge. Således bör rättsligt bindande beslut om jurisdiktionsallokeringen enbart ses som *ultima ratio* i de fall medlingen inte leder till något resultat. En möjlighet skulle givetvis vara att skapa en skild avdelning för jurisdiktionsfrågor inom EG-domstolen eller möjligtvis hänföra denna befogenhet till förstainstansen.⁶⁷ En annan möjlighet i sin tur vore att skapa ett fullständigt självständigt organ att behandla dylika frågor.⁶⁸ Detta är hur som helst en fråga som kommer att kräva ytterligare diskussion.

3.5. Kriterier för bestämmande av jurisdiktion

Det verkar ytterligare nödvändigt att införa en EU-bestämmelse om att åtalsförfaranden gällande samma ärende i ett visst skede bör samlas till en ledande jurisdiktion. Övriga medlemsstater måste i detta skede avbryta sina egna förfaranden och avstå från att inleda nya. Det vettigaste kunde vara att avbryta parallella åtalsförfaranden antingen då en anklagelseakt eller ett åtal sänts till en nationell domstol⁶⁹ eller då ett beslut fattats om fördelningen av jurisdiktion (antingen genom ett bindande avtal eller via ett EU-organ).⁷⁰ Som det redan konstaterats, bör man akta sig för att fatta ett sådant beslut i ett alltför tidigt skede – t.ex. redan under förundersökningen – emedan det inte är sagt att alla relevanta omständig-

heter ännu hunnit uppdagas då. I vissa fall kan t.o.m. parallella processer ses som positiva med tanke på ärendets framskridande, även om detta ur den individuella rättssäkerhetens synvinkel kan ses som något dubiöst. Här är det egentligen fråga om två rättigheter som står i konflikt med varandra – *lis pendens*-principen och rätten att få sin sak behandlad inom en skälig tid. Återupptagande av åtalsförfaranden kunde i sin tur tänkas vara möjligt antingen då nya omständigheter (bevis) uppenbarar sig eller då en stat lyckas anföra ett framgångsrikt besvär hos ett EU-organ gällande valet av jurisdiktion.⁷¹

Oavsett om medlemstaterna själva skall komma att avgöra vem som är behörig eller om detta ansvar skall vila på ett EU-organ, krävs det tydliga regler för hur den lämpligaste jurisdiktionen bör utses. Företrädare bör ges den stat som bäst säkerställer en korrekt rättskipning. Vissa objektiva kriterier som kan tillämpas och vägas mot varandra på ett någotsånär flexibelt sätt från fall till fall bör sålunda fastställas. De traditionella folkrättsliga principerna för bestämmande av forum bör givetvis inkluderas i en dylik lista. Således bör åtminstone territorialprincipen, kriterier som avser den misstänkta eller tilltalade (aktiva personalitetsprincipen), brottsoffrens intressen (passiva personalitetsprincipen), kriterier som avser statsintressen och vissa andra kriterier som hör samman med effektiviteten och snabbheten (såsom lokaliseringen av bevis) beaktas i förfarandet.⁷²

Territorialprincipen bör *prima facie* utgöra den preliminära utgångspunkten. Problemet är dock att medlemsstaterna alltjämnt tillämpar divergerande tolkningar för omfattningen av denna princip. Bör territorialitetsprincipen aktualiseras enbart där den egentliga brottsliga handlingen ägt rum, eller bör den även omfatta platsen där effekten av den brottsliga handlingen uppstått? Den egentliga fysiska handlingen som konstituerar ett brott är allt som oftast betydligt lättare att precisera än den uppstådda effekten, även om bägge tillika kan sträcka ut sig över många olika medlemsstater. Gällande platsen för själva handlingen kunde det dock tänkas vara möjligt att finna en sorts medelpunkt eller "centre of gravity", som kommissionen kallar det.⁷³ Såvida man går in för att även beakta den uppstådda skadan eller effekten, vore det likväl möjligt att söka lokalisera platsen där den primära effekten uppstått.⁷⁴

Om man väljer att beakta även platsen för uppkomsten av en brottslig handlingseffekt vid uttolkande av territorialprincipen, innebär det dessutom tillika att även brottsoffrens intressen i regel kommer att omfattas, emedan dessa troligtvis befinner sig just där effekten uppstår. Ytterligare kunde det vara relevant att ta i beaktande att det i vissa medlemsstater genom adhesionsprincipen är möjligt för åklagare att även driva målsägandens talan i samband med brottmål. På detta vis skulle offren vara tvungna att delta i enbart en process, och på så vis belastas i en lägre grad. Detta är dock ett förhållandevis ensidigt intresse, och bör naturligtvis avvägas gentemot den åtalades intresse att få saken behandlad i den stat där han eller hon har sin huvudboplat.⁷⁵

Utöver detta kunde det vara ändamålsenligt att beakta vissa kriterier som det under inga omständigheter skall fästas avseende vid – framför allt sådana som har samband med forum-shopping (till exempel strängare eller lindrigare strafflagsstiftning).⁷⁶ Självklart är dock att dylika kriterier oavsett detta inte kan komma att självständigt beaktas, utan jurisdiktionsvalet bör alltid basera sig på objektivitet och ändamålsenlighet.

En ytterligare fråga, är huruvida kriterierna bör rangordnas hierarkiskt eller om de skall kunna tillämpas mera flexibelt i förhållande till varandra.⁷⁷ Att beakta kriterierna i en strikt hierarkisk ordning verkar dock inte fullt ändamålsenligt, emedan varje fall i sig är unikt och bör behandlas *in casu*. Någon måttstock för ”vägande” av ett visst kriterium verkar dock förnuftigt att ange för tydlighetens och objektivitetens skull: till exempel kunde territoriell behörighet ges den högsta prioriteten medan passiva personalitetsprincipen ges den lägsta – kriterierna kan härefter slutligen sammanslås och räknas ihop för att avgöra vilken stat som har det största jurisdiktionsintresset.⁷⁸

4. Konklusioner

Det väsentliga i detta skede kan fortfarande – såsom även EG-domstolen konstaterat – anses vara att de enskilda nationella straffrätterna inom EU allttjämnt skiljer sig en hel del från varandra. Olika ideologier ligger till grund, och lagbestämmelser tillämpas på olika vis. Då en person – må vara en kriminell sådan – dock rör sig inom området för frihet, säkerhet och rättvisa, är detta sällan något som denne beaktar. I samband med att den fria rörligheten ökar bör visserligen även säkerheten öka, men detta får inte medföra att rättvisan glöms bort.

Det bör alltså vara möjligt att bygga upp *ne bis in idem* på så objektiva grunder som möjligt. När det kommer till innebörden av begreppet ”brottmål” har Europadomstolens praxis visat sig ha en stor betydelse. Stater bör inte kunna maskera sina förfaranden som administrativa i syfte att dölja deras *de facto* straffrättsliga karaktär.⁷⁹ Ett betydligt svårare begrepp att definiera objektivt är däremot vad som utgör samma sak. Emedan detta av nödvändighet anknyter till och baserar sig på semantisk innebörd,⁸⁰ tvivlar jag på att det överhuvudtaget är möjligt att åstadkomma en fullständigt objektiv definition – framför allt med tanke på att denna definition bör ha samma betydelse på samtliga språk den översätts till. Praxis och doktrin är således nödvändiga för att klargöra denna innebörd. Även om det skapas ett fungerande system för informationsutbyte stater emellan, kan det fortfarande uppstå problem gällande var exakt gränsen går för handlingar som är ”oskiljaktiga i tid och rum”. Det gäller sålunda för EG-domstolen att bygga upp en konsekvent tillämpningspraxis ifråga om detta.

En stor fråga som likväl ännu hänger i luften, är vilken form framtida europeiska bestämmelser om *ne bis in idem* bör ha. Antagligen kommer ett nytt rambeslut baserat på ömsesidigt erkännande att uppgöras, i vilket fall *ne bis in idem* görs beroende av ömsesidigt erkännande av utländska domar⁸¹. Alternativt bibehålls enbart bestämmelserna i Schengenregelverket art. 54–58. Ytterligare vore det särdeles viktigt att det i ett sådant rambeslut framarbetas en mekanism för bestämmande av jurisdiktion. Om man genom detta förmår mota Olle i grind, är det möjligt att *ne bis in idem* i framtiden inte längre ger upphov till lika stora problem i praktiken. Det ligger dock slutligen i händerna på de beslutsfattande organen inom EU att besluta hur de vill närma sig och lösa saken.

För att allt detta skall lyckas och kunna omsättas i praktiken, krävs det dock att de europeiska staterna har tillräckligt förtroende för varandras – såväl straffrättsliga som straffprocessuella – system – vilket även måste uppvisas i praktiken. Till detta bidrar en mängd faktorer; harmonisering av straffprocessrätten, förbättrade garantier i straffrättsliga förfaranden, klarhet om valet av behörig jurisdiktion och fortsatt tillnärmning av den materiella straffrätten, för att bara nämna några.

Man torde slutligen kunna konstatera att det inte direkt är någon lätt uppgift att försöka reda ut förhållandet mellan *ne bis in idem*, *lis pendens* och behörighetskonflikter. Teorier och idéer går det ju alltid att kasta fram, men den praktiska tillämpningen är däremot en nöt för sig att knäcka.

Noter:

- ¹ Biehler, Anke; Kniebühler, Roland; Lelieur-Fischer, Juliette; Stein, Sibyl: *Freiburg Proposal on Concurrent Jurisdictions and the Prohibition of Multiple Prosecutions in the European Union*. Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, Freiburg i.Br. November 2003, s. 3.
- ² Vervaele, John A.E: *The transnational ne bis in idem principle in the EU. Mutual recognition and equivalent protection of human rights*. Utrecht Law Review, Volume 1, Issue 2 (December) 2005, s. 100.
- ³ Republiken Greklands initiativ inför antagandet av rådets rambeslut om tillämpning av *ne bis in idem*-principen, EUT nr C-100, 26.4.2003.
- ⁴ Fletcher, Maria: *Some Developments to the ne bis in idem Principle in the European Union: Criminal Proceedings Against Hüseyin Gözütok and Claus Brügge*. The Modern Law Review, Vol. 66 September 2003, s. 775.
- ⁵ Grönbok om behörighetskonflikter och *ne bis in idem*-principen i straffrättsliga förfaranden, KOM(2005) 696 slutlig, 23.12.2005.
- ⁶ Se Meddelande från Kommissionen till Rådet och Europaparlamentet om om ömsesidigt erkännande av rättsliga avgöranden i brottmål och ökat ömsesidigt förtroende mellan medlemsstaterna, KOM(2005) 195, 19.5.2005, s. 8.
- ⁷ Se t.ex. mål 222/84, *Johnston* (1986).
- ⁸ Se mål 105/03, *Pupino* (2005), p. 51.
- ⁹ *Engel m.fl. mot Nederländerna*, 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, dom 8.6.1976, p. 80–83. Se även t.ex. *Campbell och Fell mot Förenade kungariket*, 7819/77; 7878/77, dom 28.7.1984, p. 70–73.
- ¹⁰ Se t.ex. *Kadubec mot Slovakien*, 27061/95, dom 2.9.1998, p. 51.

- ¹¹ Se Lelieur-Fischer, Juliette: *Comments on the Green Paper on Conflicts of Jurisdiction and the principle of ne bis in idem in criminal proceedings*. Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, March 2006, s. 21.
- ¹² *Freiburg Proposal* (2003), s. 21.
- ¹³ Se Lelieur-Fischer (2006), s. 24 och Commission staff working document – Annex to the Green Paper on conflicts of jurisdiction and the principle of ne bis in idem in criminal proceedings (COM(2005) 696 final), SEC(2005) 1767, 23.12.2005, s. 46.
- ¹⁴ Jämför SEC(2005) 1767, s. 52–54.
- ¹⁵ *Freiburg Proposal* (2003), s. 10 (skribentens egen översättning).
- ¹⁶ Se Lelieur-Fischer (2006), s. 21.
- ¹⁷ Se van Dijk P., Van Hoof F., van Rijn A., Zwaak L: *Theory And Practise of the European Convention on Human Rights*. Fourth edition. Intersentia, Antwerpen-Oxford 2006, s. 556–557.
- ¹⁸ SEC(2005) 1767, s. 56.
- ¹⁹ *Gradinger mot Österrike*, 15963/90, dom 23.10.1995, p. 66. Se van Dijk et al. (2006), s. 981.
- ²⁰ *Oliveira mot Schweiz*, 25711/94, dom 30.7.1998, p. 26–28. Se även *Göktan mot Frankrike*, 33402/96, dom 2.7.2002. Denna tolkning kan åtminstone sägas vara främmande för det finska rättssystemet, där ett dylikt fall troligtvis hade fallit inom sfären för *res judicata*, se Koponen, Pekka: *Uudempaa tulkintalainkäyttöä syytesidonnaisuudesta ja rikostuomion oikeusvoimasta I-II*. Lakimies 2–3/2003, s. 183–200, 375–397, s. 377 och 386.
- ²¹ *Franz Fischer mot Österrike*, 37950/97, dom 29.5.2001, p. 28–29; *W.F. mot Österrike*, 38275/97, dom 30.5.2002, p. 25. Jämförelsevis, se Frände, Dan: *Allmän straffrätt*. Publikationer från juridiska fakulteten vid Helsingfors universitet (Forum Juris), Helsingfors 2004, s. 317–322 gällande lagkonkurrens.
- ²² *Franz Fischer mot Österrike* (2001), p. 25: “the same essential elements”. Se även *Sergey Zolotukhin mot Ryssland*, 14939/03, dom 7.7.2007, p. 33.
- ²³ *Ponsetti och Chesnel mot Frankrike*, 36855/97;41731/98, beslut 14.9.1999.
- ²⁴ Se ytterligare Knuts, Märten: *Kvitt eller dubbelt? Ne bis in idem och de administrativa sanktionerna i värdepappersmarknadsrätten*. Defensor Legis 5/2006, s. 831–852., s. 843 och *Rosenquist mot Sverige*, 60619/00, beslut 14.9.2004. Det kan poängteras att Europadomstolen i fallet först hade konstaterat att skattetillägget uppfyllde kriterierna på en straffrättslig karaktär.
- ²⁵ van Dijk et al. (2006), s. 982. Se ytterligare *Sailer mot Österrike*, 38237/97, dom 6.6.2002; *W.F. mot Österrike* (2002) och *Asci mot Österrike*, 4483/02, beslut 19.10.2006.
- ²⁶ Förenade fallen *Gözütok C-187/01* och *Brügge C-385/01* (2003), förslag till avgörande av generaladvokat Ruis-Jarabo Colomer, p. 56.
- ²⁷ Se mål C-187/01, *Gözütok* och C-385/01, *Brügge* (2003) p. 38: “no one is prosecuted on the same facts”.
- ²⁸ Mål C-436/04, *van Esbroeck* (2006), p. 42.
- ²⁹ Det bör dock poängteras att en avkunnad dom i regel anses avbryta ett dylikt kontinuerligt brottsförfarande. Om en person således efter en avkunnad dom fortsätter med samma narkotikabrottslighet, bör det inte längre ses vara fråga om samma gärning, se Lappalainen, Juha; Frände, Dan; Koulu, Risto; Niemi-Kiesiläinen, Johanna; Rautio, Jaakko; Sihto, Juha; Virolainen, Jyrki: *Prosessioikeus*. WSOY Lakitieto, Helsinki 2003, s. 416.
- ³⁰ Lelieur-Fischer (2006), s. 25.
- ³¹ Se mål C-436/04, *van Esbroeck* (2006), p. 32–35.
- ³² *Ponsetti och Chesnel mot Frankrike*, 36855/97;41731/98, beslut 14.9.1999, p. 5. I fallet *Mjelde mot Norge*, 11143/04, beslut 1.2.2007 konstaterar Europadomstolen: “It may in addition be noted that the two measures not only pursued different purposes – prevention and deterrence in the case of the first and also retribution in the case of the second, but also differed in their essential elements”.
- ³³ *Gradinger mot Österrike* (1995), p. 55.

³⁴ Mål C-436/04, *van Esbroeck* (2006), p. 32.

³⁵ Se *mutatis mutandis* mål C-436/04, *van Esbroeck* (2006).

³⁶ Jämför *Göktan mot Frankrike* (2002). Se Lööf, Robin: *54 CISA and the Principles of ne bis in idem*. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* (2007) s. 309–334, s. 319–320 för en motsvarande argumentering.

³⁷ Se målen C-436/04, *van Esbroeck* (2006), p. 36, C-467/04; *Gasparini mfl.* (2006), p. 54 och C-150/05, *van Straaten* (2006), p. 48.

³⁸ Lelieur-Fischer (2006), s. 26. Jämför *Sergey Zolotukhin mot Ryssland* (2007), p. 33, där Europadomstolen konstaterade att klaganden visserligen åtalats för en handling som tidsmässigt skiljde sig från den han tidigare dömts för, men däremot inte faktiskt ("connected with the same facts"), varmed en kränkning av *ne bis in idem* låg för handen.

³⁹ Se Frände, Dan: *Finsk straffprocessrätt I*. Publikationer från juridiska fakulteten vid Helsingfors universitet (Forum Iuris), Helsingfors 1999, s. 427.

⁴⁰ *Freiburg proposal* (2003), s. 23.

⁴¹ De olika språkversionerna skiljer sig något på denna punkt. Den engelska versionen använder uttrycket "a second criminal offence arising solely from the same, or substantially the same, facts", medan den franska lyder "le deuxième acte punissable résulte exclusivement des mêmes circonstances ou de circonstances en substance similaires". Här måste presumeras att ordet "faktiska" är synonymt med "substansiella". Se även Europaparlamentets betänkande om Republiken Greklands initiativ inför antagandet av rådets rambeslut om tillämpning av *ne bis in idem*-principen (7246/2003 – C5-0165/2003 – 2003/0811(CNS)) (A5-0275/2003), 14.7.2003, s. 12: "samma eller väsentligen samma, handlingar, faktiska omständigheter eller beteende".

⁴² Lelieur-Fischer (2006), s. 27–28.

⁴³ Möjligheten till civilrättsligt skadestånd bör givetvis inte uteslutas, även om ytterligare åtal för vållande av personskada utesluts.

⁴⁴ Mål C-436/04, *van Esbroeck* (2006), p. 38.

⁴⁵ Det kan poängteras att rambeslut i enlighet med Fördraget om Europeiska unionen art. 34(b), inte kan ha direkt effekt, se Wasmeier, Martin: *The Principle of ne bis in idem*. *Revue internationale de droit pénal, Le droit pénal de l'Union européenne*, 77 année – nouvelle série, 1er et 2nd trimestres 2006, s. 121–130, s. 130.

⁴⁶ I mål C-367/05, *Kraaijenbrink* (2007), p. 30 sägs det något annorlunda att handlingar skall "urskiljas i tid och rum genom sin natur".

⁴⁷ SEC(2005) 1767, s. 51.

⁴⁸ KOM(2005) 696 slutlig, s. 3. T.ex. rambeslutet om en europeisk arresteringsorder (2002/584/RIF) innehåller däremot en bestämmelse gällande *lis pendens* (art. 4.2).

⁴⁹ Se t.ex. Lelieur-Fischer (2006), s. 6.

⁵⁰ Se SEC(2005) 1767, s. 33–34: "the same concept of "same facts" should be applied both to the treatment of pending cases through the mechanism and as to the principle of *ne bis in idem*. Applying a different rule on pending cases than on final decisions would lead to a lack of legal certainty and to frictions among both types of rules."

⁵¹ *Freiburg proposal* (2003), s. 12.

⁵² KOM(2005) 696 slutlig, s. 4 och Lelieur-Fischer (2006), s. 7.

⁵³ Se mål C-469/03, *Miraglia* (2005).

⁵⁴ Se KOM(2005) 195 slutlig, s. 4.

⁵⁵ SEC(2005) 1767, s. 18.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ KOM(2005) 696 slutlig, s. 4 och *Freiburg proposal* (2003), s. 13–14.

⁵⁸ Målen *Gözütok* och *Brügge* (2003) talar dock onekligen för en sådan tillämpning.

⁵⁹ KOM(2005) 696 slutlig, s. 5 och Lelieur-Fischer (2006), s. 7–8.

- ⁶⁰ Mål C-493/03, *Miraglia* (2005).
- ⁶¹ *Freiburg proposal* (2003), s. 13.
- ⁶² Lelieur-Fischer (2006), s. 8.
- ⁶³ *Freiburg proposal* (2003), s. 15–16.
- ⁶⁴ Se Justice, EU co-operation in criminal matters: Response to Specific proposals. February 2001 (<http://www.justice.org.uk/images/pdfs/matters.PDF>), s. 4. Dessutom består Eurojust av medlemsstaternas nationella polistjänstemän, varmed frågor om objektivitet lätt kan tänkas kunna uppstå om dessa ges befogenhet att fatta beslut om nationell behörighet. KOM(2005) 696 slutlig, s. 6 framför att ett helt nytt organ måhända borde inrättas för detta ändamål. Där framförs även att ett organ som tidigare fungerat som medlare knappast ytterligare kunde ta på sig rollen att fatta ett bindande beslut, vilket ytterligare talar mot att låta Eurojust sköta detta.
- ⁶⁵ KOM(2005) 696 slutlig, s. 6. Lelieur-Fischer (2006), s. 8–9 framför att ett nytt rättsområde i detta fall bör öppnas upp för EG-domstolen, implicerande en utvidgning av dess behörighet enligt Fördraget om Europeiska unionen art. 35.
- ⁶⁶ KOM(2005) 696 slutlig, s. 7.
- ⁶⁷ Lelieur-Fischer (2006), s. 9.
- ⁶⁸ Vars avgöranden dock av nödvändighet måste vara möjliga att undersökas av EG-domstolen.
- ⁶⁹ KOM(2005) 696 slutlig, s. 7.
- ⁷⁰ Lelieur-Fischer (2006), s. 10.
- ⁷¹ Ibid. Om ett förfarande förklaras vilande, avbryts eller eljest inte slutligen avgörs i en stat, bör denna stat tillika informera myndigheterna i övriga stater med behörighet om detta, se *Freiburg proposal* (2003), s. 16 och Republiken Greklands initiativ inför antagandet av rådets rambeslut om tillämpning av *ne bis in idem-principen*, EUT nr C-100, 26.4.2003, art. 3c.
- ⁷² KOM(2005) 696 slutlig, s. 7–8; Lelieur-Fischer (2006), s. 11; *Freiburg proposal* 2003, s. 1–14.
- ⁷³ SEC(2005) 1767, s. 37.
- ⁷⁴ Se Wong, Christoffer, *Criminal Act, Criminal Jurisdiction and Criminal Justice*. Polpress Publisher, Cracow 2004, s. 63–87 och 143–192 för en grundlig diskussion gällande lokaliseringen av kriminella gärningar.
- ⁷⁵ Se SEC(2005) 1767, s. 37–39.
- ⁷⁶ Lelieur-Fischer (2006), s. 11.
- ⁷⁷ I initiativet till ett rambeslut om *ne bis in idem* och Freiburginitiativet framförs att kriterierna bör beaktas samtidigt, medan Europaparlamentet (A5-0275/2003, s. 13) föreslår att de skall beaktas hierarkiskt i en klart angiven ordning.
- ⁷⁸ Se Lelieur-Fischer (2006), s. 12–13 och SEC(2005) 1767, s. 39.
- ⁷⁹ Nog för att detta i regel knappast görs med vett och vilja.
- ⁸⁰ Inte enbart objektiva rättsligt reglerade förfaranden, vilket är fallet med definitionen av *bis*.
- ⁸¹ Vid definition av begreppet ”domar” vore det särdeles viktigt att även beakta Europadomstolens praxis.

Adress:

Justitieministeriet

Postadress: PB25, 00023 Statsrådet

Huvudanstalt: Södra Esplanaden 10

Helsingfors

E-post: dan.helenius@om.fi