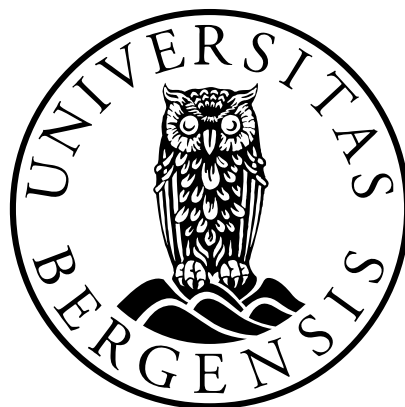


Transnasjonal *ne bis in idem*

I hvilken utstrekning skal en avgjørelse avsagt i et Schengen-land tillegges grenseoverskridende sperrevirkning i et annet Schengen-land etter CISA art. 54?

Kandidatnummer: 170

Antall ord: 14 995



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1. juni 2015

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning	3
1.1 Bakgrunn og problemstilling	3
1.2 Aktualitet	4
1.3 Metode	6
1.4 Avgrensning og fremstilling	7
1.5 Legislative hensyn bak CISA art. 54	8
1.6 Charterets betydning for tolkningen av CISA art. 54	10
1.6.1 Bakgrunn	10
1.6.2 Systembetragtninger	11
1.6.3 Bidrag fra EU-domstolen	12
1.6.4 Konklusjon	14
2 <i>Idem</i> : Hvordan trekkes grensen for omfanget av sperrevirkningen etter CISA art 54?	15
2.1 Innledning	15
2.2 Avgrensning av <i>idem</i> etter ordlyden i CISA art. 54	15
2.3 Avgrensningen av <i>idem</i> etter EU-domstolens praksis	16
2.3.1 Generelle retningslinjer - samme faktiske handling	16
2.3.2 Kasuistikk	18
2.4 Konklusjon og vurdering <i>idem</i>	19
3 <i>Bis</i> : Hvilke typer avgjørelser har sperrevirkning?	22
3.1 Innledning	22
3.2 Avgjørelsen må ha strafferettslig karakter etter førsteforfølgingslandets rett	22
3.3 Domstolens frifinnelser og domfellelser i straffesaker	23
3.4 Påtalemyndighetens avgjørelser	24
3.5 Forvaltningens avgjørelser	25
3.5.1 Bakgrunn	25
3.5.2 Vurdering av en transnasjonal anvendelse av Engelkriteriene	27
4 <i>Bis</i> : Hvilke øvrige krav må en avgjørelse oppfylle for at den skal ha sperrevirkning?	31
4.1 Innledning	31
4.2 Avgjørelsen må være “endelig”	31
4.2.1 Innledning	31

4.2.2	Etter avsagt dom	31
4.2.3	Før avsagt dom	32
4.2.4	Konklusjon.....	36
4.3	Fullbyrdelsesbetingelsen etter CISA art. 54	37
4.3.1	Fullbyrdelsesbetingelsen som inngrep i Charterets minimumsvern.....	37
4.3.2	Fullbyrdelsesbetingelsens rekkevidde	39
4.3.3	Vurdering av fullbyrdelsesbetingelsen	42
4.4	Konklusjon <i>bis</i>	43
5	Vurdering og konklusjon	44
5.1	Bør rekkevidden av CISA art. 54 bero på autonome kriterier?	44
5.1.1	Innledning	44
5.1.2	Sondringen mellom autonome kriterier og gjensidig anerkjennelse	44
5.1.3	Vurdering av anvendelsen av autonome kriterier på CISA art. 54.....	45
5.2	Er det grunnlag for å gjøre unntak fra Engelkriteriene for CISA art. 54 <i>de lege ferenda</i> ?	46
5.2.1	Innledning	46
5.2.2	Kan CISA art. 54 begrenses til kun å omfatte strafferettslige reaksjoner etter førsteforfølgingslandets rett etter Charteret art. 52?.....	46
5.2.3	Konklusjon.....	49
5.3	Konklusjon og avsluttende bemerkninger	50
6	Litteraturliste	52
6.1	Lover, traktater mv.	52
6.2	Forarbeider.....	53
6.3	Rettsavgjørelser	53
6.3.1	EU-domstolen.....	53
6.3.2	Generaladvokatens forslag til avgjørelse.....	54
6.3.3	Den Europeiske Menneskerettighetsdomstol (EMD).....	55
6.4	Bøker	55
6.5	Artikler.....	55
6.6	Annet	57

1 Innledning

1.1 Bakgrunn og problemstilling

Temaet for oppgaven er transnasjonal *ne bis in idem*.¹ Prinsippet *ne bis in idem* fastsetter et forbud mot gjentatt straffeforfølgning, og verner en borger mot å straffeforfølges flere ganger for samme straffbare forhold.² Dette er ansett som et så grunnleggende rettsstatsprinsipp³ at det er gitt menneskerettslig⁴ så vel som konstitusjonelt vern i flere stater.⁵

I et transnasjonalt aspekt innebærer prinsippet at en endelig avgjørelse får grenseoverskridende rettskraftvirkning, slik at en stats avgjørelse etter nærmere vilkår også vil ha sperrende virkning for forfølgning i en annen stat.⁶ Det kan på denne måten oppstå en strafferettslig kompetansekonflikt ved at flere stater ønsker å forfølge samme handling, men likevel er henvist til å respektere den negative rettskraftvirkningen av også andre lands avgjørelser.

Prinsippet *ne bis in idem* har sin fremvekst og utvikling i nasjonale rettsystem,⁷ og det finnes ingen internasjonalt gjeldende regel om gjentatt straffeforfølgning.⁸ Dette er en naturlig følge av statssuvereniteten. Etter suverenitetsprinsippet har enhver stat selvråderett, og suverenitetsavståelse krever rettslig grunnlag.⁹ En transnasjonal virkning av regelen som innebærer at en stats avgjørelse skal få sperrende virkning for andre stater, krever dermed særskilt hjemmel. Slik hjemmel finnes blant annet i flere menneskerettighetsinstrumenter.¹⁰

¹ Latin; ikke to ganger det samme.

² Rui 2009 s. 17.

³ Rui 2009 s. 17.

⁴ Protocol no. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 22 November 1984 art. 4.

⁵ Vervaele 2005 s. 100.

⁶ Vervaele 2005 s. 101.

⁷ Rui 2009 s. 64-120.

⁸ GA *Spasic* p. 43, Vervaele 2013(A) s. 213, Schomburg 2012 s. 313.

⁹ FN-pakten artikkel 2 (1).

¹⁰ Vervaele 2005 s. 102.

Et forbud mot gjentatt straffeforfølging med grenseoverskridende virkning er inntatt Schengen-avtalen (CISA) art. 54,¹¹ som gir anvisning på vern mot gjentatt straffeforfølging innen Schengen-området. Schengen-avtalen har sin opprinnelse i 1985, med formål om å etablere fri bevegelighet mellom Frankrike, Vest-Tyskland og Benelux-landene.¹² Avtalen ble inkorporert i EU-retten ved Amsterdamtraktaten, som trådte i kraft 1. mai 1999.¹³ Schengen omfatter i dag de fleste av EUs medlemsland samt Norge, Island og Sveits.¹⁴ Norge er bundet av Schengen-avtalen ved en tilslutningsavtale av 1999, og forbudet er inkorporert i straffeloven § 12a (1) nr. 3.¹⁵

Det følger av CISA art. 54 at;

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

Problemstillingen i denne oppgaven er i hvilken grad en avgjørelse avsagt i et Schengen-land skal tillegges grenseoverskridende sperrevirkning i et annet Schengen-land etter CISA art. 54.

1.2 Aktualitet

Problemstillingen har utspring i den stadige utviklingen og internasjonaliseringen av retten, som blant annet har gitt utslag i en transnasjonal dimensjon av prinsippet *ne bis in idem*. Med dette transnasjonale aspektet introduseres også et nytt sett av problemstillinger. I tillegg til at prinsippet fastslår en menneskerettighet for borgeren, innebærer det med transnasjonal virkning også et grenseoverskridende samarbeid og en regel om jurisdiksjon for offentlig maktutøvelse på tvers av landegrensene.¹⁶

¹¹ Konvention om gennemførelse af Schengen-aftalen af 14. juni 1985 mellem regeringerne for statene i Den Økonomiske Union Benelux, Forbundsrepublikken Tyskland og Den Franske Republik om gradvis ophævelse af kontrollen ved de fælles grænser (CISA).

¹² Rui 2009 s. 34-35.

¹³ Rui 2009 s. 35-36 med videre henvisninger.

¹⁴ Mathisen 2009 s. 182-184.

¹⁵ Lov 22.mai 1902 nr. 10 (straffeloven), Ot.prp.nr.56 (1998-99) s. 90, Rui 2009 s. 58-59.

¹⁶ Vervaele 2005 s. 101.

På samme måte som at rettssystemene er gjenstad for en stadig økende internasjonalisering, skjer også kriminaliteten i økende grad på tvers av landegrensene.¹⁷ Den grenseoverskridende kriminaliteten er generelt også av svært alvorlig art og innebærer gjerne stor grad av organisering, som menneskehandel.¹⁸ En av de mest typiske grenseoverskridende straffeovertrædelser, narkotikaforbrytelsene, er til illustrasjon ansett som allmennfarlige forbrytelser i den norske straffeloven.¹⁹ På denne måten utgjør transnasjonal kriminalitet en stadig mer sentral del av strafferetten og økende trussel mot rettsstaten. Det er derfor aktuelt å sikre et funksjonelt regelverk som kan møte denne utviklingen.²⁰

Økte bevegelsesmuligheter medfører på den andre siden også en økt risiko for at en borger kan bli utsatt for gjentatt straffeforfølgning.²¹ Det er derfor viktig at reglene på en effektiv og funksjonell måte ivaretar borgerens rettigheter.

EU-domstolen, som er tolkningsautoritet for Schengen-avtalen,²² har gjennom en rekke avgjørelser om CISA art. 54²³ underlagt bestemmelsen en dynamisk, utvidende tolkning.²⁴ Det finnes en rekke dommer om *ne bis in idem*, også fra de senere år, som viser at tolkningen av art. 54 er i stadig utvikling. Det er dermed grunn til å tro at bestemmelsens rekkevidde i dag er en annen enn det som følger av ordlyden isolert sett. Det er følgelig et aktuelt behov for å fastlegge innholdet i bestemmelsen *de lege lata*, men det kan også være grunn til å vurdere hvorvidt gjeldende rett som fastlagt av EU-domstolen fremstår som hensiktsmessig.

For Norges vedkommende må situasjonen ses i sammenheng med at det har vært lite fokus på grenseoverskridende straffeforfølgning. Jon Petter Ruis *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning* er en sjelden norsk bokutgivelse med fokus på våre internasjonale forpliktelser etter forbudet mot gjentatt straffeforfølgning. Boken er imidlertid fra 2009, og EU-domstolen har avsagt flere interessante dommer etter at boken gikk i trykken.²⁵ Situasjonen med lite norsk litteratur på området og dynamisk utvikling innen tolkningen av

¹⁷ Winter 2013 s. 127.

¹⁸ Ruud/Ulfstein 2011 s. 265.

¹⁹ Straffeloven § 162.

²⁰ Winter 2013 s. 128.

²¹ Vervaele 2013(A) s. 113.

²² TEU art. 19 (3) b og TFEU art 267 a.

²³ For oversikt se Nergelius m.fl 2015 s. 142 med videre henvisninger.

²⁴ Gundersen 2010 s. 117.

²⁵ *M.*, C-398/12, *Spasic*, C-129/1, *Åkerberg Fransson* C-617/10, *Bonda* C-489/10, *Mantello* C-261/09, *Bourquain* C-297/07, *Turansky* C-491/07.

prinsippet og for grenseoverskridende kriminalitet, gjør at det samlet sett er et aktuelt behov for å fastlegge rammene for transnasjonal *ne bis in idem* etter CISA art 54.

1.3 Metode

Metoden for tolkning av konvensjoner følger i utgangspunktet av Wien-konvensjonen²⁶ art. 31-33. Tolkingsprinsippene her anses å gi uttrykk for folkerettslig sedvanerett.²⁷ Det følger av Wien-konvensjonen art. 31 og 32 jf. art. 33 (4) at traktater skal tolkes lojalt i samsvar med ordenes vanlige mening i den kontekst de er anvendt, og i lys av bestemmelsens formål.²⁸ Utgangspunktet for tolkningen er følgelig ordlyden. Schengen-avtalen har flere offisielle språk hvor alle er rettslig likestilte,²⁹ og eventuell språklig motstrid må dermed søkes løst gjennom tolkning i tråd med Wien-konvensjonen. Det er for øvrig lite tilgjengelige forarbeider, som gir begrensede bidrag til tolkningen.³⁰

EU-domstolen har kompetanse til å avgi bindende tolkningsuttalelser for EUs regelverk gjennom prejudisielle avgjørelser, og det er videre opp til de nasjonale domstolene å foreta subsumsjonen på grunnlag av EU-domstolens tolkning.³¹ Hensikten er å sikre en ensartet anvendelse av EU-retten i medlemsstatene.³² Som den nærmere analyse av praksis vil vise, har Domstolen anlagt en dynamisk tolkningsstil preget av utvidende tolkning basert særlig på formålsbetraktninger med sikte på integrasjonsfremming og et effektivt regelverk.³³ Domstolens tolkningsuttalelser vil følgelig i tråd med dens aktive og sentrale rolle spille ha avgjørende betydning ved fastleggelsen av gjeldende rett, og ordlyden spiller en tilsvarende tilbaketrasket rolle for den endelige rettsregelen.

Forbud om gjentatt straffeforfølgning på tvers av EUs indre grenser følger også av EUs Charter for fundamentale rettigheter (Charteret) i artikkel 50.³⁴ Hvilken betydning Charterets bestemmelse skal ha for tolkningen av CISA art. 54 fordrer særskilt behandling, se punkt 1.6.

²⁶ Vienna Convention on the Law of Treaties, 23. mai 1969.

²⁷ Ruud/Ulfstein 2011 s. 89.

²⁸ Skoghøy 2011 s. 513.

²⁹ Rui 2009 s. 55.

³⁰ Gundersen 2010 s. 117.

³¹ TEU art. 19 (3) b, TFEU art. 267, Gundersen 2010 s. 121-123.

³² Gundersen 2010 s. 122.

³³ Gundersen 2010 s. 117, Skoghøy 2011 s. 522-523.

³⁴ Charter of Fundamental Rights of the European Union (2000/C 364/01) 18/12/2000.

EU-domstolen består av åtte generaladvokater, som velges blant dyktige og upartiske jurister.³⁵ Disse avgir på grunnlag av en grundig behandling av saken et upartisk og offentlig forslag til avgjørelse før Domstolen tar stilling til saken.³⁶ Domstolen avgjør selv hvorvidt de ønsker å rette seg etter forslaget, og vekten av Generaladvokatens forslag ved tolkningen av EU-retten vil dermed i stor grad være avhengig av Domstolens avgjørelse. Forslaget kan tjene som utdypning hvor Domstolen legger samme resonnement til grunn, særlig hvor det henvises direkte til Generaladvokatens forslag. Dersom Domstolen bygger på annen rettsanvendelse, annet rettslig grunnlag eller særlig om de kommer til annet resultat, kan imidlertid ikke forslaget tillegges tilsvarende vekt. Forslagene er imidlertid en grundig gjennomgang av Generaladvokatens syn på saken og rettsgrunnlaget, og er derfor uansett egnet til å kaste lys over saken, om enn med noe mindre vekt.³⁷

1.4 Avgrensning og fremstilling

Oppgaven tar sikte på å fastlegge den gjeldende rekkevidden av CISA art. 54 etter en analyse av særlig ordlyden og Domstolens tolkning av denne, og videre på å vurdere hvorvidt gjeldende rett fremstår som en hensiktsmessig løsning.

Prinsippet aktualiserer flere tolknings spørsmål.³⁸ Det vil imidlertid her fokuseres på prinsippets kjernes spørsmål, som er hvilke avgjørelser som tillegges sperrevirkning (*bis*) og hvordan grensen trekkes for omfanget av sperrevirkningen (*idem*). Det er grensedragningen for disse spørsmålene som i størst grad er avgjørende for rekkevidden av prinsippet og sperrevirkningen.

I det videre behandles grensen for en avgjørelses sperrevirkning (*idem*) i del 3, mens det i del 4 og 5 ses hen til hvilke krav som stilles til en avgjørelse etter CISA art. 54 (*bis*). Her følger først en innføring i CISA og de legislative hensyn bak bestemmelsen, samt en vurdering av forholdet mellom CISA art. 54 og Charterets bestemmelse.

³⁵ TFEU art. 252 (1) og 253 (1).

³⁶ TFEU art. 252 (2), Gundersen 2010 s. 114.

³⁷ Rui 2009 s. 57-58.

³⁸ Se Rui 2014 s. 356.

1.5 Legislative hensyn bak CISA art. 54

CISA art. 54 bygger på de samme tradisjonelle hensyn som ligger bak *ne bis in idem*, men bestemmelsens grenseoverskridende kontekst gjør at også andre spesifikke hensyn gjør seg gjeldende.

Prinsippet *ne bis in idem* skal særlig ivareta hensynet til belastning for den forfulgte. Dette er det primære hensynet også bak CISA art. 54. Forbudet skal gi vern mot maktmisbruk fra staten og sørge for at borgeren ikke utsettes for den belastningen gjentatt forfølgning for samme forhold innebærer. Også risikoen for gjentatt forfølgning er i seg selv en relevant belastning. Belastningshensynet taler dermed for en vid avgrensning av en avgjørelses sperrevirkning.

Videre gjør hensynet til borgerens forutberegnelighet og innrettelse seg gjeldende, slik at borgeren skal kunne innrette seg på at saken er endelig avsluttet, uten å måtte risikere ny forfølgning for samme forhold. Det kan imidlertid også tenkes unntak fra forbudet i den grad den forfulgte ikke har en beskyttelsesverdig forventning om at avgjørelsen er endelig.

En rekke andre hensyn gjør seg gjeldende, herunder hensynet til materielt riktig resultat, prosessøkonomiske hensyn og hensynet til tillit til strafferettspleien. Forbudet medfører at myndighetene gis et incentiv til å forfølge saken så godt som mulig første gang, og ivaretar på denne måten hensynet til en effektiv etterforskning og fullstendig prosedyre. Hensynet til effektiv strafferettspleie taler for at forbudet mot gjentatt straffeforfølgning ikke må få så vid anvendelse at det går på akkord med en effektiv håndhevelse av strafferetten. Hensynet til effektiv strafferettspleie og etterforskning taler således for en snevrere avgrensning av forbudet.³⁹

Schengen-avtalen og CISA art. 54 utgjør en del av EUs samarbeid på justis- og innenriksområdet, som har en overordnet målsetning om ”å bevare og utvikle...et område av frihet, sikkerhet og rettferdighet, der fri bevegelighet for personer garanteres samtidig som egnede tiltak iverksettes for...forebygging og bekjempelse av kriminalitet”.⁴⁰ Som del av formålet å sikre fri bevegelighet gjennom å opprette et område med frihet, sikkerhet og rettferdighet, utvides borgerens rett til å bevege seg uhindret av en risiko for gjentatt

³⁹ Rui 2009 s. 121-1, Schomburg 2012 s. 319.

⁴⁰ TEU art. 3 (2).

straffeforfølgning til å gjelde på tvers av de indre grensene i EU.⁴¹ Dette er et sentralt tolkningsprinsipp.⁴²

Ved å fjerne den indre grensekontrollen legges det samtidig også til rette for kriminalitet på tvers av grensene. Grenseoverskridende aktivitet medfører også økte utfordringer for mulighetene til å etterforske og forfølge handlinger, og disse utfordringene vil gjøre seg gjeldende med økende styrke jo videre sperrevirkningens rekkevidde trekkes i tid og sted. Hensynet til effektiv etterforskning gjør seg heller ikke gjeldende på samme måte, da myndighetene ikke har hatt den samme oppfordringen til å allerede ha foretatt en fullstendig etterforskning og heller ikke lenger har mulighet til å forfølge forholdet. Rui fremholder at hensynet til effektiv etterforskning ”ikke [slår] til” dersom det ikke var ”prosessuell adgang” til forfølgning i utgangspunktet.⁴³

Hensynet til effektiv etterforskning og effektiv nasjonal strafferettspleie gjør seg dermed gjeldende i større grad ved CISA art. 54 enn ved en ren nasjonal anvendelse av prinsippet *ne bis in idem*. Hensynene bør derfor tillegges vekt, slik at de samarbeidende stater både nasjonalt og transnasjonalt blir gitt rimelige muligheter til å forfølge kriminelle handlinger. Dette er også i tråd med formålet bak CISA, som fremhever at ”*egnede tiltak iverksettes for...forebyggelse og bekæmpelse av kriminalitet*”.⁴⁴ Videre er også et av de hovedsaklige formålene bak strafferettssamarbeidet i Unionen å effektivisere grenseoverskridende straffeprosess.⁴⁵ Rekkevidden av prinsippet bør dermed ikke trekkes så vidt at det går på akkord med mulighetene til å møte den grenseoverskridende kriminaliteten med effektiv nasjonal og transnasjonal strafferettspleie.

Dette innebærer videre at bestemmelsen som del av et transnasjonalt samarbeid ikke bør gis videre rekkevidde enn det er instrumenter til å håndtere. Uten slike instrument vil en vid fortolkning gå på bekostning av både et funksjonelt samarbeid og som en direkte følge også effektiv etterforskning og strafferettspleie.⁴⁶ En utvidende tolkning av bestemmelsen vil også gå på bekostning av statenes suverenitet, slik at suvereniteten overføres fra medlemsstatene

⁴¹ Rui 2009 s 132 med videre henvisninger.

⁴² Rui 2014 s. 367.

⁴³ Rui 2009 s. 127.

⁴⁴ *Spasic* p. 62.

⁴⁵ Kvam/Suominen 2009 s. 480.

⁴⁶ Rui 2014 s. 369, Schomburg 2012 s. 314 og 320-322, Winter 2013 s. 127-129, Vervaele 2013(B) s. 220-221.

til EU.⁴⁷ Omfanget av suverenitetsavståelsen avgjøres da også i strid med suverenitetsprinsippet av Domstolen, fremfor av medlemsstatene selv.

Man ser på denne måten hvordan det transnasjonale perspektivet både bringer inn nye hensyn, som hensynet til funksjonelt samarbeid, og samtidig gir andre hensyn økt aktualitet, her særlig hensynet til effektiv etterforskning og strafferettspleie. Totalt sett taler dette for en mer begrenset rekkevidde av prinsippets grenseoverskridende anvendelse. Det må etter dette ved tolkningen søkes et balansepunkt mellom hensynet til borgerens belastning, innrettelse og rett til fri bevegelse mot hensynet til effektiv etterforskning og strafferettspleie og funksjonelt samarbeid.

1.6 Charterets betydning for tolkningen av CISA art. 54

1.6.1 Bakgrunn

Charteret var opprinnelig en politisk erklæring, men fikk status som rettslig bindende ved Lisboa-traktaten i 2009. Det følger nå av TEU art. 6 (1) at *”de rettigheter, friheter og prinsipper, der findes i chartret...har samme juridiske verdi som traktaterne”*. Det følger av Charterets artikkel 52 (3) og 53 at konvensjonen fastlegger et minimumsvern for borgernes rettigheter ved utøvelse av EU-retten. Etter art. 51 (1) kommer Charteret til anvendelse når medlemsstatene gjennomfører EU-retten, herunder CISA.

Charteret art. 50 slår fast at;

”Ingen skal i en straffesag på ny kunne stilles for en domstol eller dømmes for en lovovertrædelse, for hvilken den pågældende allerede er blevet endeligt frikendt eller domfældt i en af Unionens medlemsstater i overensstemmelse med lovgivningen.”

CISA og Charterets regulering av forbudet mot gjentatt straffeforfølgning har en noe ulik ordlyd.⁴⁸ Det er imidlertid vanskelig å finne klare retningslinjer for forholdet mellom EU-

⁴⁷ Schomburg 2012 s. 313-314.

⁴⁸ GA Spasic para 38.

Charteret art. 50 og CISA art. 54.⁴⁹ Det har heller ikke vært gjenstand for vurdering hos Domstolen.⁵⁰

1.6.2 Systembetragtninger

Prinsippene *lex posterior*, *lex superior* og *lex specialis* er universelt gjeldende rettslige prinsipper for harmonisering av rettsregler. Prinsippene innebærer at bestemmelser som er henholdsvis nyere, overordnet i rang og har større grad av spesifisering skal ha forrang.⁵¹

Charteret ble rettslig bindende så sent som i 2009. Siden Schengen-avtalen ble en del av EU-retten ti år tidligere, er Charteret klart det nyeste uttrykket for lovgivers vilje. Dette taler for at det ved tolkningen av rettighetene i CISA bør tas sikte på en tolkning i overensstemmelse med Charterets regel.

Det følger av Charterets art. 52 (1) at for inngrep i rettighetene fastlagt i Charteret kreves det at dets ”*rettigheders og friheders væsentligste innhold*” skal aksepteres. Tilsvarende følger det av CISA art. 134 at Schengens bestemmelser kun kommer til anvendelse ”*i det omfang, de er forenelige med fællesskabsretten*”. Ordlyden må her forutsetningsvis anses å antyde Charterets overordnede stilling, og gir med det Charteret en karakter som kan sammenlignes med Grunnlovens stilling som overordnet tolkningsnorm i Norge. Systembetragtninger taler på denne måten for at Charteret er *lex superior* i forhold til Schengen. Det har da gode grunner for seg at Charteret skal ha overordnet, styrende betydning ved tolkningen av bestemmelser som gjennomfører EU-retten.

Charterets overordnede formål er som nevnt å sikre individenes grunnleggende rettigheter, herunder *ne bis in idem*, mens Schengen gjennomfører denne rettigheten konkretisert til retten til fri bevegelse på tvers av de indre grensene. Også dette tyder på at CISA er underordnet Charteret. Charteret anvendes også som direkte rettslig grunnlag for *ne bis in idem*,⁵² og dette kan dermed ikke tillegges for stor betydning.

Da Charteret både er å anse som den nyeste og mest overordnede uttrykket for lovgiverens vilje, må det anses som både *lex posterior* og *lex superior* i forhold til CISA. Dette taler i tråd med

⁴⁹ Schomburg 2012 s. 314.

⁵⁰ Schomburg 2012 s. 315.

⁵¹ Andenæs 2009 s. 160-161.

⁵² Åkerberg Fransson p. 32.

generelle prinsipper for lovtolkning for at CISA må tolkes i samsvar med Charteret i den grad den gjennomfører rettigheter fastsatt her.⁵³

Også hensynet til konsekvens og harmoni taler for at to regler som bærer samme rettighet bør ha samme innhold. I samme retning taler hensynet til borgernes forutberegnelig, særlig sett i lys av at det som nevnt ikke kan anses avklart hvorvidt det er Charteret eller CISA som skal gjelde som rettslig grunnlag innen EU. På samme måte vil autonome begrep føre til mest effektiv håndhevelse.⁵⁴ Samsvar i tolkningen vil også føre til at medlemsstatenes forpliktelse til samarbeid har samme innhold etter begge konvensjoner.

Systembetraktninger taler på denne måten for å anse Charteret som en overordnet rettesnor for tolkningen. I samme retning antok Rui også før Charteret ble rettslig bindende at EU-domstolen ”vil hente inspirasjon” fra Charteret ved tolkningen.⁵⁵ Dette vil i alle fall være tilfellet når Charteret har status som rettslig forpliktende.

1.6.3 Bidrag fra EU-domstolen

Rettspraksis fra EU-domstolen kan på samme måte bidra til å kaste lys over forholdet mellom regelsettene. *Mantello*-saken,⁵⁶ avsagt november 2010, gjaldt direkte prinsippet *ne bis in idem* i Den europeiske arrestordre (EAW). Et vurderingstema var hvorvidt begrepet ”*samme handling*” skal tolkes autonomt i hele EU-retten. Domstolen slår fast at ”[det] følger af kravet om en ensartet anvendelse af EU-retten, at...begrepet [skal] undergives en selvstændig og ensartet fortolkning i hele Unionen”.⁵⁷ Domstolen understreker at målet med EAW er å skape et system basert på gjensidig anerkjennelse mellom statene og at en autonom fortolkning er en forutsetning for dette, og dermed for effektiv håndhevelse. Videre vises det til at begrepet i EAW må tolkes i tråd med EU-domstolens tolkningsuttalelser etter CISA art. 54, men uten at Charteret nevnes.⁵⁸ Dette kan forstås som at det skal legges ulik tolkning til grunn for Charteret, men det bør utvises forsiktighet med å legge dette til grunn kun ut fra taushet.⁵⁹ Det er i motsatt retning flere holdepunkter som taler for en entydig fastleggelse av begrepet i hele

⁵³ Schomburg 2012 s. 315-316.

⁵⁴ Skoghøy 2011 s. 528.

⁵⁵ Rui 2009 s. 36.

⁵⁶ *Mantello* C-261/09 (16/11/2010).

⁵⁷ *Mantello* p. 38.

⁵⁸ *Mantello* para 39.

⁵⁹ Nergelius m.fl. 2015 s. 155-156.

EU-retten når man ser det i sammenheng med rettspraksis for øvrig. Dermed kan *Mantello*-saken tas til inntekt for at EU-domstolen ønsker en entydig tolkning av begrepet. For å nå en slik tolkning er det hensiktsmessig å ha et overordnet knytpunkt å forankre denne felles tolkningen i. I tråd med det som er nevnt overfor, fremstår Charteret klart som det naturlige felles forankringspunkt.

Forholdet mellom EU-Charteret og Schengen-avtalen var for første gang til vurdering i *Spasic* fra mai 2014.⁶⁰ Hr. Spasic var dømt til fengsel og bøter for bedrageri, men hadde foreløpig kun betalt boten. Ett spørsmålene for EU-domstolen var hvorvidt en betingelse om avgjørelsens fullbyrdelse etter CISA art. 54 er forenlig med Charteret art 50, som ikke har slikt vilkår. Domstolen kommer til at fullbyrdelsesbetingelsen er en begrensning som er i samsvar med Charterets artikkel 50, ettersom den respekterer essensen i prinsippet og ellers er et proporsjonalt inngrep i tråd med Charteret artikkel 52.⁶¹ Det følger dermed av *Spasic* at det kan gjøres inngrep i Charterets minimumsterskel såfremt vilkårene etter art. 52 er oppfylt. Avgjørelsen viderefører og konkretiserer således hensynet til entydig tolkning som fremhevet i *Mantello*-saken.

I juni 2014 tar Domstolen i saken *M.* et ytterligere klart standpunkt om forholdet mellom regelsettene.⁶² I saken var tiltalte gjenstand for forfølgning i to medlemsstater for de samme påståtte seksuelle overgrep. Domstolen uttaler her klart og konsist at ”*da retten til ikke at bli retsforfulgt eller straffet to gange for samme lovovertrædelse ligeledes er fastsat i chartrets artikkel 50, skal artikkel 54 i konventionen om gennemførelse af Schengenaftalens fortolkes i lyset af denne bestemmelse*”.⁶³ Domstolen løser videre tolkningsspørsmålet på bakgrunn av en harmoniserende tolkning av de to bestemmelsene.

Etter *M.* må forholdet mellom CISA og Charterets bestemmelse om gjentatt straffeforfølgning anses avklart. Dommen knesetter oppfattelsen av Charteret som overordnet og styrende rettesnor for de grunnleggende rettigheter, med den følge at de EU-regler som gjennomfører rettighetene må gjøre det i samsvar med Charterets minimumsvern.

⁶⁰ *Spasic*, C-129/14 PPU (27/5/2014), GA *Spasic* p. 2.

⁶¹ *Spasic* p. 55.

⁶² *M.*, C-398/12 (5/6/2014).

⁶³ *M.* p. 35.

1.6.4 Konklusjon

Etter dette må det konkluderes med at Charteret ikke bare skal inngå som tolkningsbidrag i fastleggelsen av innholdet i CISA, men at CISA også må tolkes på en måte som respekterer Charterets alminnelige regler i kapittel VII. Denne løsningen samsvarer best med bestemmelsenes formelle rangordning, hensynet til ensartet tolkning og EU-domstolens praksis.

Betydningen av dette er at man ved tolkningen av CISA art. 54 i tråd med *M.*-saken må foreta en harmoniserende tolkning med prinsippets forankring i Charterets artikkel 50. I tråd med Domstolens sentrale rolle som utvikler av EU-retten, må det også tolkes i tråd med Charteret slik det er fastlagt i rettspraksis. I den grad Schengen-avtalen ikke gjennomfører minimumsvernet i samsvar med Charterets art 52 (3), må inngrepet i Charteret være proporsjonalt og respektere kjernen i rettigheten etter art. 52 (1).

2 *Idem*: Hvordan trekkes grensen for omfanget av sperrevirkningen etter CISA art 54?

2.1 Innledning

Det første av to kjernespoørsmål for å fastlegge rekkevidden av CISA art. 54, er hvordan grensen for en avgjørelses sperrende virkning skal trekkes. Etter ordlyden begrenses sperrevirkningen til de ”*samme straffbare handlinger*”. Det må følgelig vurderes hvilket kriterium som skal legges til grunn for å avgjøre hvorvidt andreforfølgingslandets forfølgning angår ”*samme...handlinger*” som den sperrende avgjørelsen. EU-domtolen har ikke avgitt tolkningsuttalelser om *idem* etter Charteret art. 50.⁶⁴

Avgrensningen av *idem* har tradisjonelt berodd enten på rettslige eller faktiske kriterier. Hvilket alternativ som legges til grunn, får store konsekvenser for regelens anvendelse, særlig ved en transnasjonal anvendelse etter CISA, hvor medlemsstatene ikke har harmonisert sin straffelovgivning.⁶⁵ Når statene ikke har felles straffelovgivning medfører det at dersom rettslig karakteristik legges til grunn, vil det ikke anses å være samme forhold om de(n) aktuelle straffebestemmelse(n) har forskjellig karakteristik av handlingen. Avgrensning etter faktiske parametre vil dermed gi den videste beskyttelsen, mens å ta hensyn til den rettslige identiteten i et transnasjonalt perspektiv derimot vil gi en mer illusorisk beskyttelse.⁶⁶

2.2 Avgrensning av *idem* etter ordlyden i CISA art. 54

Ordlyden ”*de samme straffbare handlinger*” (min kursivering) retter etter en naturlig forståelse fokus mot utøvelsen av gjerninger. Dette taler for at avgrensningen beror på hva som anses som samme faktiske omstendigheter, i motsetning til en rettslig karakteristik.⁶⁷

⁶⁴ Rui 2014 s. 369.

⁶⁵ Gözütok og Brüggge p. 32.

⁶⁶ Lelieur 2013 s. 205.

⁶⁷ Rui 2009 s. 335.

Slik tolkning har støtte også i andre språklige versjoner av CISA art. 54, som den svenske ”*samma gärning*” og engelske ”*the same acts*”. Til sammenligning benytter EMK i TP7-4 begrepet ”*offence*”, som forstås som lovbrudd og dermed retter fokuset mot handlingens rettslige avgrensning.⁶⁸

2.3 Avgrensningen av *idem* etter EU-domstolens praksis

2.3.1 Generelle retningslinjer - samme faktiske handling

EU-domstolen har langt på vei fastlagt og utviklet innholdet i ordlyden ”*samme straffbare handlinger*”. Den første dommen som angikk *idem* var *van Esbroeck*,⁶⁹ som er fulgt opp med generelle retningslinjer i *van Straaten*-saken.⁷⁰ De prinsipp for avgrensning som følger av *van Straaten* legges til grunn med videre veiledning i de etterfølgende avgjørelsene.⁷¹

I *van Esbroeck* var det reist straffesak i to land angående det samme parti narkotika. Vedkommende var idømt en 5-årig fengselsstraff for *innførsel* av narkotika til Norge i juni 1999, og siden tiltalt for *utførsel* av det samme partiet i Belgia mai 1999. Det sentrale spørsmålet for EU-domstolen var nettopp om dette var å anse som ”*samme straffbare handlinger*”. Domstolen slår her fast at det relevante kriterium er om

”*de faktiske handlinger, når disse forstås som en foreliggende helhet av konkrete omstendigheter, der er indbyrdes uløselig forbundne, er identiske*”.⁷²

Ved at det avgjørende etter Domstolens tolkning er en konstatering av faktiske hendelser som er en universell målestokk, fremfor rettslig karakteristik som er avhengig av nasjonal subsumering, legges det til grunn en autonom avgrensning ”*samme...handling*”.⁷³ Det er heller ikke relevant hvilken rettslig interesse reglene tar sikte på å beskytte.⁷⁴ Det legges med dette også til grunn den tolkningen som er best i samsvar med ordlyden. At ulik

⁶⁸ Rui 2009 s. 373.

⁶⁹ *van Esbroeck* C-436/04 (9/3/2006).

⁷⁰ *van Straaten* C-150/05 (28/9/2006).

⁷¹ Rui 2009 s. 337 med videre henvisninger og *Mantello* p. 39.

⁷² *van Esbroeck* p. 42.

⁷³ Rui 2009 s 337.

⁷⁴ *Kretzinger* p. 31.

straffelovgivning på denne måten ikke er til hinder for at sperrevirkningen inntre, gjør at tolkningen er egnet til å effektivt ivareta formålet om fri bevegelse for borgeren.

Øvrige retningslinjer trekkes opp i *van Straaten*, som er avsagt et halvt år etter *van Esbroeck*. Van Straaten var tiltalt i Nederland blant annet for innførsel av ca. 5 500 gram heroin fra Italia til Nederland 26. mars 1983 og oppbevaring av 1 000 gram heroin i Nederland 27. til 30. mars 1983. Han ble grunnet bevisets stilling frifunnet for innførselen av narkotika, men dømt på de øvrige punkter. I Italia ble han senere dømt for oppbevaring av ca 5 kg heroin rundt 27. mars og for å ved flere anledninger ha ført dette inn fra Nederland. Spørsmålet var følgelig hvorvidt besittelsen av 1 kg narkotika i Nederland var samme straffbare handling som besittelsen av 5 kg i Italia, og videre hvorvidt utførsel av et parti heroin fra Italia til Nederland er samme straffbare handling som innførsel av det samme parti heroin fra Italia til Nederland.

Domstolen bygger på Generaladvokatens resonnement, og forslaget til avgjørelse kan således tjene til utdypning av domstolens tolkningsuttalelse.⁷⁵ Generaladvokaten tar utgangspunkt i rettssetningen fastlagt i *van Esbroeck*-avgjørelsen, og utdyper;

”På den ene side skal der tages hensyn til rum og tid, forstået på den måde, at hvis der for de to størrelses vedkommende foreligger en enhed, kan virkeligheden ikke opdeles i kunstigt isolerede episoder. På den anden side kan man – uden at se bort fra det faktuelle aspekt – ikke se bort fra gerningsmandens psykiske forbindelse med sine egne handlinger. Enhed i tid, enhed i sted, men også enhed i forsæt. Det er nødvendigt at håndtere disse tre elementer for at efterprøve den med princippet ne bis in idem forlangte overensstemmelse, idet det dog ikke kan kræves, at de tre elementer skal være sammenfaldende. Stedet kan skifte som i Van Esbroeck-sagen, hvor der overførtes en mængde forbudte stoffer fra en medlemsstat til en anden, uden at begivenheden ændres. Den strafbare handling kan forlænges og opdeles i særskilte enkelthandlinger og alligevel forblive en enhed i sanktionsmæssig henseende. Endelig er der intet til hinder for, at gerningsmandens hensigt undertiden ændrer sig, og situationen alligevel forbliver uændret.”⁷⁶

Generaladvokaten henviser altså til en konkret helhetsvurdering, hvor det ses hen til et vidt spekter av moment. Begrepet ”*hensigt*” forstås her som gjerningspersonens psykiske

⁷⁵ Rui 2009 s. 337.

⁷⁶ GA *van Straaten* para 79-82.

innstilling.⁷⁷ Det avgjørende for grensedragningen mellom en og flere faktiske handlinger etter CISA art. 54 er dermed en konkret vurdering av tid, sted og psykisk innstilling.

2.3.2 Kasuistikk

Selv om Domstolens tolkningsuttalelser i utgangspunktet angår generelle rettslige spørsmål, er avgjørelsene likevel egnet til å kaste lys over den konkrete vurderingen som skal foretas i tråd med de nevnte generelle retningslinjene.

I *van Straaten* tar Domstolen utgangspunkt i og gjentar rettsetningen fra *van Esbroeck*-saken, og uttaler videre at når det gjelder narkotikaforbrytelser kreves det ikke at ”*de pågældende mengder*” i de to sakene ”*er identiske*”. Det konkluderes videre ganske kontant med at ”*udførsel og indførsel af samme eurforiserende stoffer, og som retsforfølges i forskellige stater...som udgangspunkt skal anses for at være ”samme straffbare handlinger”*”.⁷⁸ Tatt på ordet ville dette medført en svært vid avgrensning av *idem*. Det har derfor de beste grunner for seg å heller forstå uttalelsen slik at det må gjelde små avvik i kvantum, slik at det ikke kreves identisk angivelse av kvantumet, men at det aksepteres mindre avvik uten at det medfører at sperrevirkningen oppheves. Dersom det aksepteres større forskjeller, vil det i praksis kunne innebære at en narkotikadomfellelse for en mindre del av et parti vil stenge for forfølgning av hele partiet. Dette ville klart være i strid med hensynet til effektiv etterforskning og strafferettspleie.⁷⁹

Saken *Gasparini m.fl.*,⁸⁰ også avsagt i 2006, gjaldt overtredelse av tollovgivningen ved innførsel av olivenolje. Oljen ble fraktet fra Tunisia og Tyrkia via Portugal til Spania. I Portugal ble varene sendt videre til Spania uten fortolling, og det ble ved bruk av falske fakturaer gitt uttrykk for at olivenoljen hadde sin opprinnelse i Sveits. I Portugal ble tiltalte frifunnet grunnet foreldelse. Det ble så iverksatt straffeforfølgning i Spania rettet seg mot den etterfølgende markedsføringen av varen. Spørsmålet var dermed om markedsføringen av oljen måtte anses som annen faktisk handling enn innførselen, eller om frifinnelsen i Portugal i motsatt fall sperret for videre forfølgning i Spania.

⁷⁷ Rui 2009 s 338.

⁷⁸ *van Straaten* p. 49 og 51.

⁷⁹ Rui 2009 s. 340-341.

⁸⁰ *Gasparini m.fl.* C-467/04 (28/9/2006).

Domstolen tar utgangspunkt i at det avgjørende er om selskapets oppreden kunne anses som en sammenhengende faktisk handling, og uttaler at ”*markedsføring af en vare i en anden medlemsstat...udgør en atferd, som kan være led i ”de samme strafbare handlinger”*”.⁸¹ Dette innebærer en betraktelig videre avgrensning enn det som er lagt til grunn for innførsel og utførsel av narkotika. For narkotika vil grensepasseringen være en konkret avgrenset handling uten flere ledd enn passeringen av grenselinjen i seg selv.

Et sentralt element er, som påpekt av Rui, at det er en ”*vesensforskjellig psykisk innstilling*” mellom ulovlig innførsel og ulovlig markedsføring.⁸² I tillegg kan handlingsforløpet også omfatte et vidt antall steder. I motsetning til grensekryssing av narkotika gjelder *Gasparini* to kriminelle handlinger av vidt ulik karakter. Til sammenligning ville innførselen og markedsføringen klart blitt ansett som to ulike handlinger etter norsk straffeprosess.⁸³ Samlet sett gjør det at det er nødvendig med et omfattende, fungerende samarbeid for å fange opp alle handlingsledd i den ulovlige atferden, for å unngå at pådømmelse av et ledd har sperrende virkning for etterfølgende forfølgning for andre ledd. Videre må alle sider av handlingen være straffebelagte etter de ulike nasjonale lover for at det skal være mulig å reagere mot handlingene ved første forfølgning. Hensynet til effektiv etterforskning og strafferettspleie er dermed ikke godt ivarettatt, og den vide tolkningen vanskeliggjør muligheten for å møte den grenseoverskridende kriminaliteten med tilstrekkelige sikringstiltak.

2.4 Konklusjon og vurdering *idem*

Ved å legge til grunn autonome kriterier, har Domstolen valgt den løsning som gir borgeren en reell og effektiv beskyttelse mot gjentatt straffeforfølgning. Rettslige kriterier vil som nevnt i en transnasjonal kontekst føre til svak ivarettelse av borgerens vern på bakgrunn av at det ikke er skjedd en harmonisering av medlemsstatenes straffelovgivning, slik at ulik rettslig subsumsjon dermed ville ført til at forbudet potensielt ikke fikk anvendelse.⁸⁴ En autonom vurdering basert på faktum verner altså best om menneskerettigheten bak regelen og fremmer formålet om borgerens rett til å fritt forflytte seg innen Schengen-området indre grenser uhindret av en risiko for gjentatt forfølgning.

⁸¹ *Gasparini* p. 57.

⁸² Rui 2009 s 345.

⁸³ Rui 2014 s. 368.

⁸⁴ Lelieur 2013 s. 205.

Til sammenligning adopterer Menneskerettighetsdomstolen (EMD) EU-domstolens tilnærming i *Zolotukhin*-saken.⁸⁵ Praksisendringen⁸⁶ begrunnes med at avgrensning etter rettslig karakteristik var ”*too restrictive on the rights of the individual*”, og at en tolkning basert på faktisk identitet bedre ville ivareta rettighetens effektivitet og være i samsvar med bestemmelsens formål.⁸⁷ EMD har til sammenligning ikke grenseoverskridende virkning med de særlige utfordringer som gjør seg gjeldende grunnet ulike nasjonale straffelovgivninger, og praksisendringen illustrere dermed særlig godt hvordan faktisk avgrensning er nødvendig for å sikre vernet om borgerens rettigheter.

Rettslig subsumsjon som avgrensningskriterium kan også by på store praktiske og samarbeidsmessige problemer ved transnasjonal samhandling mellom ulike rettslige system. En autonom vurderingsnorm er dermed best egnet ved slikt samarbeid, og er en retsteknisk god regel.

Det er imidlertid uomtvistet at Domstolen legger til grunn en svært vid avgrensning av *idem*.⁸⁸ Jo videre avgrensningen for samme handling trekkes i tid og sted, jo vanskeligere vil det være for førsteforfølgingslandet å sanksjonere alle ønskelige handlinger ved første forfølgning. Det byr også på ytterligere utfordringer å oppnå komplett etterforskning og forfølgning av straffbare forhold på tvers av landegrensene. Hensynet til effektiv etterforskning og strafferettspleie taler for at det likevel bør være mulighet for ny forfølgning hvor det ikke har vært mulig å pådømme forholdet første gang.⁸⁹ For å nå formålet om å fremme Schengen som et område med sikkerhet og rettferdighet gjennom effektivt strafferettsinstitutt, forutsettes det et funksjonelt samarbeid mellom medlemsstatene. Det kan ikke per i dag påvises at det foreligger slike instrumenter som sikrer tilstrekkelig samarbeid, herunder å sikre at etterforskningen er i stand til å avdekke alle sider ved saken ved første forfølgning.⁹⁰ Igjen ser man hvordan hensynene mot en for utvidende tolkning gjør seg gjeldende i en transnasjonal kontekst.

Belastningshensynet knytter seg videre til den faktiske gjennomførte handlingen, og ikke til en rettslig karakteristik, da det er dette borgeren hovedsakelig har å forholde seg til. På

⁸⁵ *Zolotukhin v. Russia* app.no. 14939/03, 10 February 2009.

⁸⁶ Nergelius m.fl 2015 s. 132-133 med videre henvisninger.

⁸⁷ *Zolotukhin* p. 80-81, Rui 2009 s. 181, Skoghøy 2011 s. 517.

⁸⁸ Rui 2014 s. 367.

⁸⁹ Rui 2009 s. 127.

⁹⁰ Rui 2014 s. 369 med videre henvisninger.

samme måte vil hensynet til borgerens innrettelse normalt knytte seg til handlingsmønsteret, ikke lovregler.⁹¹ Det kan imidlertid stilles spørsmål ved domstolens grensedragning. Særlig i *Gasparini* synes domstolen å gå lenger enn sin egen formulering ”*innbyrdes uløselig forbundne*”.⁹² Rui knytter borgerens innrettelse nettopp til en ”*beskyttelsesverdige forventning*” om at vedkommende ikke vil bli forfulgt på ny.⁹³ Borgerens beskyttelsesverdige interesse vil fremstå svakere jo videre og vagere avgrensingen av samme faktiske forhold gjøres. Domstolen synes å gå lenger enn sin egen formulering eksempelvis i *Gasparini*.

Ut fra utgangspunktet om at autonome kriterier er hensiktsmessig for å sikre borgerens vern mot gjentatt straffeforfølgning, har Domstolen imidlertid lagt til grunn en svært vid avgrensning av sperrevirkningen etter CISA art. 54. Ved tolkningen av *idem* har Domstolen gått langt i å vektlegge hensynet til borgeren og formålet om å skape et felles europeisk område med frihet, sikkerhet og rettferdighet på bekostning av hensynet til effektiv etterforskning, strafferettspleie og samarbeid. Hvor vid rekkevidde forbudet får i praksis er likevel avhengig av hvilke typer avgjørelser som omfattes av bestemmelsen. Jo mindre omfattende krav som stilles til avgjørelsen for at den skal tillegges sperrevirkning, desto større virkning får den vide avgrensningen av sperrevirkningens omfang.

⁹¹ Rui 2009 s. 123.

⁹² *van Esbroeck* p. 42.

⁹³ Rui 2009 s. 125.

3 *Bis*: Hvilke typer avgjørelser har sperrevirkning?

3.1 Innledning

Spørsmålet er videre hvilke avgjørelser som tillegges sperrevirkning etter CISA art. 54. Etter sin ordlyd stiller bestemmelsen fire vilkår. Det må dreie seg om en ”dom” som er ”strafferettslig”, ”endelig” og ”fullbyrdet”.

Her gjennomgås først hvilke typer avgjørelser som omfattes av art. 54, før det i del 4 vurderes hvilke øvrige krav som stilles til avgjørelsen for at den skal sperre for gjentatt forfølgning. Hvilke typer avgjørelser som omfattes har stor betydning for rekkevidden av prinsippet. Jo tidligere i et straffesaksforløp prinsippet inntreer, jo videre er beskyttelsen etter prinsippet.⁹⁴

CISA art 54 retter seg etter ordlyden mot saker om straff. Dette medfører at det kun er visse typer avgjørelser som er aktuelle. Det er tradisjonelt domstolene og påtalemyndigheten som treffer avgjørelser i straffesaker, se punkt 3.3 og 3.4. Det er nylig avsagt en dom angående forvaltningssanksjoners betydning for forbudet mot gjentatt straffeforfølgning etter EU-Charteret. I lys av Charterets overordnede rolle ved tolkningen av CISA behandles dommen og dens betydning særskilt i punkt 3.6.

3.2 Avgjørelsen må ha strafferettslig karakter etter førsteforfølgningslandets rett

CISA art. 54 angår etter sin ordlyd ”*strafbare handlinger*”, og en forutsetning for at prinsippet skal komme til anvendelse er dermed at det foreligger en tidligere avgjørelse som er av strafferettslig karakter.⁹⁵ I en grenseoverskridende anvendelse hvor det ikke er skjedd harmonisering av de kontraherende staters straffelovgivning,⁹⁶ må det fastlegges et felles kriterium for vurderingen av hva som skal anses som strafferettslig. Etter teorien er det førsteforfølgningslandets rett og dennes subsumsjon som er avgjørende for hvorvidt

⁹⁴ Lelieur 2013 s. 205.

⁹⁵ Spasic p. 53.

⁹⁶ GA Spasic 94.

avgjørelsen har sperrevirkning.⁹⁷ Dersom andreforfølgningslandets rett skulle vært avgjørende, ville det medført en forskyvning av tidspunktet for beskyttelse slik at sperrevirkningen ikke ville inntre før man eventuelt er forfulgt i nytt land. Dette er i strid med at belastningshensynet også omfatter en risiko for forfølgning i seg selv. Det ville videre åpnet for misbruk og tilpasninger dersom muligheten til forfølgning avgjøres av andreforfølgningslandet som ønsker å gjennomføre forfølgningen. Det ville dermed vært til hinder for å fremme formålet om fri bevegelighet.⁹⁸

At avgjørelsens strafferettslig karakter avhenger av førsteforfølgningslandets rett, utgjør en sentral del av prinsippet om gjensidig anerkjennelse. Prinsippet innebærer at anvendelsen CISA art. 54 i mangel av harmonisering av statenes strafferettssystem, forutsetter en gjensidig anerkjennelse og respekt for de kontraherende staters strafferettssystem. Prinsippet ble knesatt den første dommen angående art. 54, *Gözütok og Brügge*.⁹⁹

I avgjørelsen *Åkerberg Fransson* legger imidlertid Domstolen til grunn en autonom tolkning av avgjørelsens strafferettslige karakter ved tolkningen av Charterets bestemmelse.¹⁰⁰

Hvorvidt denne tolkningsnormen må legges til grunn også for tolkningen av CISA art. 54 behandles nærmere i punkt 3.5 og 5.2.

3.3 Domstolens frifinnelser og domfellelser i straffesaker

Etter ordlyden omfatter CISA art. 54 avgjørelser som er å anse som ”dom”. Lignende formulering rettet mot ”dom” har også Charteret art. 50 og TP7-4 som gjennomfører forbudet i EMK. Domstolens avgjørelser i straffesaker fremstår dermed som kjernen av prinsippet.

Domstolens rolle i rettsstaten er å utøve den dømmende makt, som utøves nettopp gjennom avsigelsen av dommer som er deres viktigste avgjørelsesform. Dommen er dermed et sentralt middel for statens utøvelse av makt i strafferettssystemet. At dommer omfattes er dermed en forutsetning for et effektivt vern av prinsippet.

Det fremstår dermed ganske selvfølgelig at domstolens avgjørelser omfattes, og det er heller ikke omtvistet, verken i teori eller EU-domstolens praksis.

⁹⁷ Rui 2009 s. 177 med videre henvisninger.

⁹⁸ Rui 2009 s. 176-177.

⁹⁹ *Gözütok og Brügge* forenede saker C-187/01 og C-385/01 (11/2/2003) p. 32-33, Rui 2009 133-134.

¹⁰⁰ *Åkerberg Fransson* C-617/10 (26/2/2013) p. 33-35.

3.4 Påtalemyndighetens avgjørelser

Påtalemyndighetens avgjørelser faller etter en naturlig språklig forståelse klart utenfor ordlyden ”dom”. Dette har ført til at det i teorien er lagt til grunn at prinsippet ikke omfatter slike avgjørelser.¹⁰¹ Påtalemyndigheten spiller imidlertid en sentral rolle i strafferettssystemet, og deres oppgaver er utelukkende å håndheve strafferetten.¹⁰²

Domstolens første sak om CISA art. 54, de forente saker *Gözütok* og *Brügge*, angikk nettopp betydningen av påtalemyndighetens avgjørelser. Begge tilfellene gjaldt vedtakelse av forelegg mot at påtalemyndigheten innstilte forfølgningen. I *Gözütoks* sak tilla førsteforfølgningslandet Nederland slik påtaleavgjørelse sperrevirkning, mens sperrevirkning etter andreforfølgningslandet Tysklands rett forutsatte domstolens medvirkning. EU-domstolen tar utgangspunkt i at påtalemyndighetens avgjørelser er del av strafferettspleien, og påpeker at de pålagte vilkårene innebærer en form for sanksjonering av handlingene. Det konkluderes med at slike forlik er å anse som ”dom”.¹⁰³ Det fremholdes at påtalemyndigheten utgjør en del av avgjørelsene innen strafferettssystemet, og å omfattelse påtalemyndighetsavgjørelser er dermed en forutsetning for å oppnå effektiv beskyttelse av formålet om borgernes frie bevegelse.¹⁰⁴

Sperrevirkningen etter CISA art. 54 er dermed ikke avhengig av om avgjørelsen formelt er å anse som en ”dom”, og det krever heller ikke medvirkning av en domstolens.¹⁰⁵ At påtalemyndighetens avgjørelser i prinsippet omfattes følger også av *Turansky* og *Miragli*.¹⁰⁶ Det gjelder uavhengig om det ilegges en sanksjon.¹⁰⁷ Mens domstolens avgjørelser omfattes *de facto*, er det imidlertid for påtalemyndighetens avgjørelser en grunnleggende forutsetning at den aktuelle avgjørelsen er tillagt sperrevirkning etter førsteforfølgningslandets rett. Dette er igjen en side av prinsippet om gjensidig anerkjennelse og respekt av de kontraherende staters rettssystem.¹⁰⁸

Konklusjonen er dermed at påtalemyndighetens avgjørelser er til hinder for gjentatt forfølgning etter CISA art. 54 i den utstrekning de er ilagt sperrevirkning etter

¹⁰¹ Se Rui 2009 s. 212 med videre henvisninger.

¹⁰² *Gözütok* og *Brügge* p. 28.

¹⁰³ *Gözütok* og *Brügge* p. 28-30.

¹⁰⁴ *Gözütok* og *Brügge* p. 40.

¹⁰⁵ *Gözütok* og *Brügge* p. 43.

¹⁰⁶ *Turansky* C-491/07 (22/12/2008) p. 45, *Miraglia* C-469/03 (10/3/2005) p. 35.

¹⁰⁷ Rui 2009 s. 216.

¹⁰⁸ *Turansky* p. 45.

førsteforfølgingslandets rett. Vernet mot gjentatt forfølgning vil som følge av dette utvides til å omfatte ikke bare tiltalte, men også mistenkte i en sak. På samme måte tillegges hensynet til borgerens belastning betydning i en slik prosess, som er mindre omfattende sammenlignet med hovedforhandling for domstolene.

Denne konklusjonen er i strid med klar ordlyd, og en følge av at domstolen har tillagt formålsbetraktninger avgjørende vekt.¹⁰⁹ Det er likevel nødvendig og naturlig å omfatte alle avgjørelser innen strafferettspleien, herunder påtalemyndighetens avgjørelser, for å oppnå formålet bak Schengen-avtalen. Imidlertid tillegges ikke alle medlemslandene påtalemyndighetens avgjørelser sperrevirkning. Dette utgjør i realiteten en vilkårlig og lite effektiv ivaretagelse av borgerens vern og formålet bak CISA art. 54.¹¹⁰

I *Turansky* vektlegger domstolen etter sin egen formulering formålet om fri bevegelse kun så langt det er nødvendig for at tolkningsresultatet skulle være ”forenelig” med dette, og hensynet til effektiv strafferettspleie tillegges imidlertid vekt så langt dette lar seg gjøre uten at det går utover forenligheten med formålet.¹¹¹ Når flere medlemsstater ikke tillegger slike avgjørelser sperrevirkning, kan domstolen sies å vektlegge hensynet til gjensidig anerkjennelse og effektivitet betydelig vekt på bekostning av hensynet til integrasjon og harmonisering samt formålet om å skape et felles område med frihet, sikkerhet og fri bevegelighet. Vernet om borgeren vil også først ivaretas på effektiv måte hvor realiteten, herunder den faktiske belastningen, er avgjørende. Hvor medlemsstatenes strafferettsordninger er avgjørende, blir borgerens beskyttelse mer vilkårlig.

3.5 Forvaltningens avgjørelser

3.5.1 Bakgrunn

Det har vært gjenstand for diskusjoner både nasjonalt og internasjonalt hvorvidt også forvaltningens avgjørelser som ikke er kategorisert som straff etter nasjonal rett skal omfattes av prinsippet *ne bis in idem*.¹¹² Som nevnt i punkt 4.2-4.4 er det avgjørende for CISA art. 54 hvorvidt avgjørelsen er ansett som straff etter førsteforfølgingslandets rett, og videre

¹⁰⁹ Rui 2009 s. 223.

¹¹⁰ Rui 2009 s. 218.

¹¹¹ *Turansky* p. 41.

¹¹² Rui 2009 s. 179.

omfattes både domstolen og påtalemyndighetens avgjørelser, tross at sistnevnte ikke kan utledes direkte av ordlyden. I utgangspunktet skulle dette tilsi at rent administrative avgjørelser faller utenfor bestemmelsen. Å la også forvaltningen omfattes av prinsippet medfører videre en svært betydelig utvidelse av bestemmelsens rekkevidde.

Imidlertid kan også forvaltningens avgjørelser innebære sanksjoner, som tilleggsskatt.¹¹³ Dette fører til at avgjørelsen gis et visst strafferettslig preg, med den følge at borgeren på samme måte har et visst behov for vern. For CISA art. 54 har det avgjørende imidlertid vært formelle kriterier, herunder førsteforfølgingslandets rett, ikke kvalitative vurderinger. Forvaltningssanksjoners stilling etter CISA art. 54 har heller ikke vært gjenstand for vurdering for Domstolen. Det falt imidlertid i 2013 en dom angående forvaltningsavgjørelses betydning for Charterets artikkel 50, i *Åkerberg Fransson*-saken.

Saken gjaldt en svensk fiskers unndragelse fra skatteplikt. Etter at forvaltningen hadde ilagt tilleggsskatt, ble det tatt ut tiltale for skattesvik. Spørsmålet for Domstolen var hvorvidt forbudet mot gjentatt straffeforfølgning var til hinder for strafferettslig forfølgning av skattesvik når det allerede var ilagt slik administrativ reaksjon.

Domstolen kommer til at det avgjørende var hvorvidt avgjørelsen om tilleggsskatt hadde *”strafferetli[g] karakter”*, og at vurderingen beror på tre kriterier, hvor *”[d]et første kriterium er den retlige kvalifisering af lovovertrædelsen i national ret, det andet kriterium er selve lovovertrædelsens art, og det tredje kriterium er karakteren og strengheden af den sanktion, som den pågældende risikerer at blive pålagt”*.¹¹⁴ Sitatet følger av en henvisning til *Bonda*-saken, hvor det eksplisitt vises til at det er de samme kriterier som ble lagt til grunn av EMD i *Engel*-saken,¹¹⁵ de såkalte *Engel*kriteriene.¹¹⁶ I teorien vakt avgjørelsen omfattende reaksjoner, og er blant annet omtalt som en europarettlig tsunami.¹¹⁷ *Engel*kriteriene har også i seg selv møtt motstand i teorien fordi kriteriene fremstår som vage og uklare.¹¹⁸

*Engel*kriteriene legger til rette for en autonom vurdering av en avgjørelses strafferettslige karakter.¹¹⁹ Kriteriene er videre ikke kumulative, og det er dermed tilstrekkelig at ett er

¹¹³ Skoghøy 2014 s. 298.

¹¹⁴ *Åkerberg Fransson* p. 35.

¹¹⁵ *Engel and others vs the Netherlands*, no. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, 8 June 1976.

¹¹⁶ *Bonda* C-489/10 (5/6/2012) p. 37. Saken gjaldt nedsettelse av jordbruksstøtte.

¹¹⁷ Nergelius m.fl 2015 s. 131, Voßkuhle 2015 s. 46, Vervaele 2013(B) s. 220-221.

¹¹⁸ Rui 2009 s. 182 med videre henvisninger.

¹¹⁹ Rui 2009 s. 156.

oppfylt. Etter kriteriene kan derfor en sanksjon som ikke er klassifisert som straff etter nasjonal rett, likevel måtte anses som straff.¹²⁰ Den hovedsaklige konsekvensen av Engelkriteriene er at de utvider rekkevidden av CISA art. 54 til å omfatte også forvaltningssanksjoner. Dette skiller seg klart fra det som tidligere er lagt til grunn ved tolkningen av CISA art. 54, hvor det avgjørende er hvorvidt avgjørelsen er klassifisert som straff etter førstefølgingslandets rett.

Både *Bonda* og *Åkerberg Fransson* gjaldt gjentatt forfølgning innen samme jurisdiksjon. Da CISA som utgangspunkt skal tolkes i tråd med Charteret, er det grunn til å vurdere eventuelle konsekvenser av en transnasjonal anvendelsen av Engelkriteriene etter CISA art. 54.

3.5.2 Vurdering av en transnasjonal anvendelse av Engelkriteriene

Ved at kriteriene fokuserer på den reelle opplevelsen for borgeren, og ikke sanksjonens klassifikasjon, ivaretas hensynet til forfulgtes belastning klart best ved et slikt autonomt straffebegrep. Sett i sammenheng med at vernet utvides til andre typer avgjørelser, vil Engelkriteriene også i større grad sikre formålet om fri bevegelighet og et felles område med frihet, sikkerhet og rettferdighet.¹²¹

Den autonome vurderingen som følger av Engelkriteriene er imidlertid i strid med både ordlyden og tidligere praksis etter CISA art. 54, hvor det avgjørende har vært prinsippet om gjensidig anerkjennelse og førstefølgingslandets rett.¹²² Gjensidig anerkjennelse har vært grunnmuren for Schengen-samarbeidet fra starten.¹²³ Dette må ses i sammenheng med at å la et helt ny gruppe avgjørelser omfattes av prinsippet, også vil føre til en betraktelig økning i overføring av jurisdiksjon fra medlemsstatene til EU-organene.

Engelkriteriene vil medføre at samarbeidet utvides til å omfatte også forvaltningssanksjoner, slik at strafferettspleien må se hen til og respektere både forvaltningsavgjørelser innen hele Schengen, og forvaltningen må ta CISA art. 54 i betraktning.¹²⁴ Å tillegge forvaltningsavgjørelser transnasjonal sperrevirkning vil dermed være i strid med hensynet til effektiv etterforskning og strafferettspleie.

¹²⁰ Skoghøy 2014 s. 300.

¹²¹ Rui 2009 s. 181, Rui 2014 s. 369.

¹²² Mathisen 2009 s. 536.

¹²³ Winter 2013 s. 140.

¹²⁴ Rui 2014 s. 369.

Imidlertid omfattes også påtalemyndighetens avgjørelser selv om det ikke er i tråd med ordlyden. Forvaltningssanksjoner som omfattes av Engelkriteriene kan ha mye til felles med påtalemyndighetens avgjørelser med vilkår. Den store forskjellen er likevel at påtalemyndigheten er en integrert del av den nasjonale strafferettspleien, som også er en stor del av begrunnelsen i *Gözütok* og *Brügge*.¹²⁵ Siden påtalemyndigheten er en integrert del av samme system, taler ikke hensynet til etterforskning og strafferettspleie mot slik utvidende tolkning på samme måte. En utvidelse av ordlyden til å omfatte påtalemyndighetens avgjørelse fremstår videre som en forutsetning for å sikre strafferettslige avgjørelsers effektivitet i en grenseoverskridende anvendelse, og dermed som en minimumsforutsetning for effektiv oppnåelse av formålet om et effektivt grenseoverskridende strafferettsinstitutt. Det samme hensynet som taler mot å ekskludere forvaltningssanksjoner, begrunner altså å la påtalemyndighetsavgjørelsene omfattes.

Hensynet til sanksjoners effektivitet i et transnasjonal perspektiv var også sentralt i domstolens vurderingen av vilkåret om fullbyrdelse, som behandles nærmere under punkt 5.3 I *Turansky*, avsagt 5 år før *Åkerberg Fransson*, vektlegger tilsynelatende Domstolen kun formålet til fri bevegelse så langt var nødvendig for at tolkningsresultatet skulle være ”forenelig” med dette.¹²⁶ Det samme hensynet gjør seg ikke gjeldende for forvaltningsavgjørelser, nettopp fordi statene ikke har valgt å subsumere forvaltningsavgjørelsene under strafferettssystemet. Avgjørelsen demonstrerer også at det også kan tenkes visse grenser for domstolens dynamiske tolkning.

For påtalemyndighetens avgjørelser er det i tillegg avgjørende om de etter førsteforfølgingslandets rett er tillagt sperrevirkning. Det kan imidlertid nevnes at Engelkriteriene vil medføre at borgerens vern mot forfølgning etter påtalemyndighetens avgjørelser ikke fremstår like vilkårlige som når det avgjørende er om førsteforfølgingslandet har ilagt avgjørelsen sperrevirkning.¹²⁷

Domstolen kan som påpekt synes villig til å vektlegge andre hensyn som gjør seg gjeldende i en transnasjonal kontekst på bekostning av formålet om fri bevegelse. I tillegg til at domstolen synes å legge til grunn en annen hensynsbalanse ved grenseoverskridende anvendelse av prinsippet, fremkommer det av veiledningene at det ved inngrep i Charteret kan

¹²⁵ *Gözütok* og *Brügge* p. 28.

¹²⁶ *Turansky* p. 41.

¹²⁷ Rui 2009 s. 223.

sondres mellom nasjonale og transnasjonale situasjoner. I *Spasic*-saken fra 2014, som gjaldt fullbyrdelsesbetingelsen, fremholder Generaladvokat N. Jääskinen på denne bakgrunn at ”indgreb kan tillades uden for anvendelsesområdet for den traditionelle strafferet, i tilfælde af idealkonkurrence, samt i grænseoverskridende tilfælde”.¹²⁸ Denne sontring mellom nasjonal og transnasjonal anvendelse av prinsippet foretas ikke i *Åkerberg Fransson*. Det er imidlertid heller ikke naturlig all den tid saken kun omfattet én jurisdiksjon. Dette taler for at det kan være grunnlag for en annen løsning ved en grenseoverskridende anvendelse etter CISA art. 54.

Generaladvokat P. Cruz Villalón avviker i sitt forslag til avgjørelse i *Åkerberg Fransson*-saken markant fra domstolen. Han kommer både til at saken må avvises fra behandling og til at andre parameter må legges til grunn for bedømmelsen av anvendelsen av prinsippet på sanksjonen. Generaladvokaten konkluderer med at et system med parallelle straffer ikke er i strid med forbudet så lenge den tidligere forvaltningssanksjonen kan tas i betraktning ved pådømmelse i straffesaken.¹²⁹

De særlige hensyn som gjør seg gjeldende i en transnasjonal anvendelse, sett i sammenheng med at både Engelkriteriene og domstolens avgjørelse i *Åkerberg Fransson* har vært gjenstand for kritikk, gjør at det er grunn til å stille seg skeptisk til hvorvidt Domstolen har vurdert konsekvensene rettsanvendelsen vil ha for CISA. Dette støttes av at Domstolen i tolkningen av CISA art. 54 tidligere har vist seg villig til å vektlegge andre hensyn i en transnasjonal kontekst i retning av en mer moderat tolkning av prinsippet. Det må her nevnes at Domstolen selv viser til *Åkerberg Fransson* ved behandling av vilkåret om ”strafbarhet” i *Spasic*.¹³⁰ Det var imidlertid her uten tvil at vilkåret var oppfylt, og henvisningen bør dermed i lys av vurderingene her ikke tillegges særlig vekt.

Da kriteriene som nevnt er vage og uklare, medfører det også en retts teknisk svak regel som er egnet til å skape en uklar retts tilstand og dårlig forutberegnelighet både for borgeren og for aktørene i strafferettssamarbeidet. Vurderingen fører også til at de opprinnelig formelle vilkårene ”strafretlig” og ”dom” slås sammen til én kvalitativ vurdering hvor vilkårene glir over i hverandre. Å la forvaltningssanksjoner omfattes vil også for flere stater ha den virkning

¹²⁸ GA *Spasic* p. 88-89.

¹²⁹ GA *Åkerberg Fransson* p. 101.

¹³⁰ *Spasic* p. 53.

at utenlandske forvaltningsavgjørelser vil tillegges videre sperrevirkning enn de nasjonale myndigheters egne administrative avgjørelser.¹³¹

I tillegg til at tolkningen av *bis* dermed ville blitt svært vid, må rekkevidden også ses i sammenheng med den svært vide grensedragningen av *idem*. *Gasparini*-saken kan her tjene til illustrasjon. Dersom det hadde vært ilagt en administrativ sanksjon som oppfylte Engelkriteriene for ett av de mangfoldige leddene i handlingsrekken i saken, ville det etter Domstolens tolkning ha sperret for strafferettslig pådømmelse av hele det omfattende forholdet.

Det må etter dette konkluderes med at Engelkriteriene kan ha uheldige konsekvenser for grenseoverskridende strafferettssamarbeid og anvendelse av prinsippet *ne bis in idem*. I tråd med Charterets stilling som styrende tolkningsnorm for CISA, må imidlertid vurdering av en avgjørelses strafferettslige karakter foretas etter i tråd med Engelkriteriene inntil Domstolen eventuelt selv begrenser prejudikatsvirkningen av *Åkerberg Fransson*.¹³² Selv om Domstolen har demonstrert en typisk dynamisk tolkningsstil, har den også vist vilje til å vektlegge også de særskilte hensyn og utfordringer som gjør seg gjeldende i en transnasjonal kontekst til fordel for en mer restriktiv tolkning av ordlyden. Hvorvidt det er grunnlag for å gjøre slikt unntak fra Engelkriteriene i samsvar med inngrepsbestemmelsen i Charteret art. 52, vurderes *de lege ferenda* i punkt 5.2.

¹³¹ Rui (2009) s. 180.

¹³² Rui 2014 s. 369.

4 *Bis*: Hvilke øvrige krav må en avgjørelse oppfylle for at den skal ha sperrevirkning?

4.1 Innledning

Det rettes etter både ordlyd og praksis etter CISA art. 54 også øvrige krav til en avgjørelse for at den skal virke sperrende for senere forfølgning. Etter ordlyden må avgjørelsen være ”endelig” og ”fuldbyrdet”.

4.2 Avgjørelsen må være “endelig”

4.2.1 Innledning

At avgjørelsen må være ”endelig”, innebærer i utgangspunktet et krav om at avgjørelsen må være rettskraftig, slik at fristen for å angripe avgjørelsen med ordinære rettsmidler er passert.¹³³ Imidlertid stilles det etter domstolens praksis også øvrige kvalitetskrav til en avgjørelse før den anses å være ”endelig” etter CISA art. 54.

4.2.2 Etter avsagt dom

Såfremt en avgjørelse er av slik art at den omfattes av CISA art. 54, er det uten betydning hvorvidt tiltalte frifinnes eller kjennes skyldig.¹³⁴ Dette er naturlig, sett i lys av at prinsippet knytter seg til nettopp tiltaltes innrettelse og opplevde belastning på grunnlag av forfølgningen i seg selv. Beskyttelsesverdigheten er med andre ord ikke knyttet til kun en konstatering av klander. Det ville klart vært i strid med formålet om fri bevegelse uten å

¹³³ GA M. p. 13.

¹³⁴ van Straaten p. 56.

risikere forfølgning basert på de samme forhold.¹³⁵ Domstolen har videre fastslått at også frifinnelse på grunn av foreldelse¹³⁶ og dommer avsagt *in absentia* i prinsippet omfattes.¹³⁷

Dette må imidlertid nyanseres noe. I *van Straaten*, som gjaldt narkotikatransport, ble tiltalte frikjent grunnet manglende bevis etter fullstendig prøvelse av saken. Det slås her fast at det er en forutsetning for sperrevirkning etter art. 54 at avgjørelsen hviler på en vurdering av sakens realitet. Et vilkår om vurdering av sakens realitet er et absolutt kvalitetskrav for at en avgjørelse skal tillegges sperrevirkning, uavhengig av type avgjørelse og stadium i prosessen, se punkt 4.2.3.2. Domstolen avviste uttrykkelig å ta stilling til om frifinnelse som *ikke* var basert på slik behandling av realiteten kan ha sperrevirkning.¹³⁸

4.2.3 Før avsagt dom

4.2.3.1 Gjensidig anerkjennelse; sperrende effekt etter første-forfølgingslandets rett

Prinsippet om gjensidig anerkjennelse av andre staters rettssystem, herunder avgjørelses sperrevirkning, får først selvstendig betydning for avgjørelser som ikke faller under en naturlig språklig forståelse av ”*endelig dom*”. Prinsippet ble også slått fast første gang i en dom som omhandlet påtalemyndighetens avgjørelser.¹³⁹

I *Bourquain*¹⁴⁰ var spørsmålet hvilken betydning det har for sperrevirkningen at straffen aldri har kunnet vært fullbyrdet etter domsstatens rett. Avgjørelsen gjaldt en drapssak i Tyskland og Frankrike for handlinger begått under Algerie-krigen. I den første saken, for fransk rett, var det blant annet etter domfellelse gitt amnesti for handlinger begått under Algerie-krigen. Videre var foreldelsesfristen utløpt, og det var grunnet disse særegenheter ikke mulig å fullbyrde dommen etter fransk rett.

Domstolen tar her utgangspunkt i at siden det ikke er en forutsetning at medlemsstatenes straffelovgivning er harmonisert, må gjennomførelsen av *ne bis in idem* ”nødvendigvis”

¹³⁵ *van Straaten* p. 58.

¹³⁶ *Gasparini* p. 33.

¹³⁷ *Bourquain*, p. 34.

¹³⁸ GA M p. 30.

¹³⁹ *Gözütok og Brügger* p. 32-33.

¹⁴⁰ *Bourquain* C-297/07 (11/12/2008).

bygge på gjensidig anerkjennelse av de øvrige kontraherende staters strafferettslige system.¹⁴¹ Det vil da være en trussel for formålet om fri bevegelighet dersom ”*særegenheder i de nationale procedurer*” skulle medføre at avgjørelsen ikke ville være å anse som endelig.¹⁴² At en eventuell foreldelse som sperrer for forfølgning etter førsteforfølgningenslandets rett er bindende også for de kontraherende parter på grunnlag av prinsippet om gjensidig anerkjennelse, følger også av *Gasparini*.¹⁴³

4.2.3.2 Krav om behandling av sakens realitet

I *Miraglia*¹⁴⁴ avsluttet nederlandske myndigheter sin forfølgning på bakgrunn av at tiltalte ble forfulgt i Italia for samme forhold. Etter nederlandsk rett medførte en slik avgjørelse sperrevirkning med mindre det fremkom nye bevis i saken. Domstolen fastslår her at det må være en grunnleggende forutsetning for sperrevirkning at avgjørelsen innebærer en behandling av realiteten. Uten slik behandling vil det ”*gøre det vanskeligere, eller endog hindre, konkret at sanktionere den ulovlige atferd, som foreholdes tiltalte, i nogen af de berørte medlemsstater*”.¹⁴⁵ Domstolens argumentasjon påviser dermed viktigheten av å sikre fri bevegelighet kombinert med opprettholdelse av passende sikringstiltak for å forhindre og bekjempe kriminalitet, og tolkningen ivaretar dermed hensynet til effektiv etterforskning og strafferettspleie.¹⁴⁶

Et krav om behandling av sakens realitet vil medføre at henleggelse av prosessuelle grunner ikke vil ha sperrevirkning, mens henleggelse på bakgrunn av bevisets stilling eller intet straffbart forhold vil bli tillagt sperrevirkning. Det har ikke betydning om det ved avgjørelsen tas stilling til straffeskyld såfremt sakens realitet er vurdert, men på den annen side vil ikke henleggelse ut fra prosessuelle grunner uten behandling av sakens realitet uten videre tillegges sperrevirkning.¹⁴⁷

¹⁴¹ *Bourquain* para 36-37.

¹⁴² *Bourquain* para 41-42.

¹⁴³ *Gasparini* p. 28.

¹⁴⁴ *Miraglia* C-469/03 (10/3/2005).

¹⁴⁵ *Miraglia* p. 33.

¹⁴⁶ *GA M.* para 33.

¹⁴⁷ *Rui* 2009 s. 217-218.

4.2.3.3 Turansky-testen

I *Turansky* ble forfølgningen innstilt etter materiell prøvelse grunnet ikke straffbart forhold, en avgjørelse som ikke hadde sperrevirkning etter nasjonal rett. På bakgrunn av tidligere praksis fastslår Domstolen at sperrevirkning forutsetter at avgjørelsen skal avslutte straffeforfølgningen og innebære at adgangen til straffeforfølgning er endelig opphørt.¹⁴⁸ Videre blir det legges det til grunn at en avgjørelse om innstilling som ikke tillegges sperrevirkning etter førsteforfølgningslandets rett, ikke er til hinder for ny straffeforfølgning for de samme handlinger.¹⁴⁹

Av dette følger den såkalte ”*Turansky-testen*” for å avgjøre hvor en avgjørelse skal anses som ”*endelig dom*”. Avgjørelsen må ”*avslutte straffeforfølgningen og innebære, at adgangen til straffeforfølgning er endelig opphørt*” og det må ”*indledningsvis verificeres, at den omhandlede avgjørelse etter national ret i den kontraherende stat, hvis myndigheter har truffet den, anses for endelig og bindende, og det skal sikres, at avgjørelsen i denne stat medfører den beskyttelse, som følger af princippet ne bis in idem*”.¹⁵⁰ Disse kriteriene ble senere anvendt i *Mantello*.¹⁵¹

Det følger av dommen at denne tolkningen er forenlig med bestemmelsens formål, og det påpekes at å tillegge en avgjørelse om innstilling av saken sperrende effekt ville ”*indebære en hindring for enhver konkret mulighet for i en anden medlemsstat, hvor der eventuelt kunne være flere beviser til rådighed, at retsforfølge den berørte person og eventuelt pålægge denne sanktioner på grund af dennes ulovlige atferd*”. En slik konsekvens ville vært i strid med ”*formålet om at træffe ”passende foranstaltninger vedrørende...forebyggelse og bekæmpelse af kriminalitet” og bevare og udbygge Unionen som område med frihet, sikkerhet og retfærdighet*”.¹⁵² Bestemmelsen har til motsetning ikke til formål å beskytte mistenkte mot eventuell gjentatt *etterforskning* for de samme handlinger.¹⁵³ Det trekkes dermed av hensyn til effektiv etterforskning og strafferettspleie en grense for hvor tidlig i en forfølgningsprosess borgerens vern inntreer.

¹⁴⁸ *Turansky* p. 34.

¹⁴⁹ *Turansky* p. 45.

¹⁵⁰ GA M. p. 34 med videre henvisninger.

¹⁵¹ *Mantello* p. 45.

¹⁵² *Turansky* p. 41-43.

¹⁵³ *Turansky* p. 44.

Som tidligere nevnt knytter vilkåret om behandling av sakens realitet seg til at slik behandling aktualiserer hensynet til belastning og berettiget innrettelse for borgeren. Etter Domstolens praksis kan likevel påtalemyndigheten ha behandlet sakens realitet, men uten at det har sperrende virkning såfremt ikke det er tillagt sperrevirkning etter førsteforfølgingslandets rett. Dette er i tråd med prinsippet om gjensidig anerkjennelse, men fører til lite konsekvent regelverk og et svakere og mer vilkårlig vern for borgeren.

4.2.3.4 M. – autonom tolkning

I saken *M.* var en italiensk statsborger bosatt i Belgia anmeldt for seksuelle overgrep mot mindreårige i Belgia. Saken i Belgia var grunnet bevisets stilling helt avsluttet. Etter belgisk rett var det mulighet for å gjenoppta straffesaken såfremt det fremkom nye opplysninger og/eller bevis, men likevel slik at det stiltes strenge krav. *M.* ble videre anmeldt for de samme handlinger i Italia, slik at det pågikk parallell etterforskning i de to landene.

Det er klart at avgjørelsen hadde innbåret en vurdering av sakens realitet,¹⁵⁴ og avgjørelsen skulle i utgangspunktet vært tillagt sperrevirkning all den tid avslutningen av saken hadde sperrende effekt etter nasjonal rett. Det må imidlertid også vurderes hvorvidt muligheten for gjenopptakelse av saken også kan føre til opphevelse av sperrevirkningen.

For å svare på spørsmålet, påpeker Domstolen at vurderingen av avgjørelsens endelige karakter skal ”foretages på grundlag af lovgivningen i den medlemsstat, som har afsagt denne”.¹⁵⁵ Domstolen forlater så prinsippet om gjensidig anerkjennelse til fordel for at artikkel 54 ”skal...fortolkes i lyset af [charterets artikkel 50]”.¹⁵⁶ På bakgrunn av at det ved tolkningen av Charteret i tråd med forklaringene skal ses hen til EMK, går Domstolen videre rett til ordlyden og rettspraksis etter EMK TP7-4. Det følger herav etter *Zolotukhin*-dommen at ekstraordinære rettsmidler, herunder gjenopptakelse, ikke kan tas i betraktning når det gjelder sakens endelige karakter. EU-domstolen kommer på denne bakgrunn til at ”fremkomsten af nye faktiske opplysninger og/eller beviser...ikke [kan] reise tvivl om den endelige karakter af kendelsen”. Dette skyldes at muligheten for gjenopptakelse ikke anses som et ekstraordinært rettsmiddel etter *Zolotukhin*. Saken kan dermed kun gjenopptas i den

¹⁵⁴ *M.* p. 30.

¹⁵⁵ *M.* p. 36.

¹⁵⁶ *M.* p. 35.

samme stat, slik at avgjørelsen likevel har sperrevirkning mot gjenopptakelse i andre stater.¹⁵⁷ Resultatet innebærer med dette en begrensning i rekkevidden av gjensidig anerkjennelse, ved at muligheten til gjenopptakelse etter førsteforfølgingslandets rett ikke får grenseoverskridende anvendelse.

Domstolens løsning er imidlertid naturlig sett i lys av måten formålet om fri bevegelighet er tolket tidligere. Ved å legge til grunn motsatt resultat ville ikke borgerens vern i realiteten inntrådt før all mulighet til ekstraordinære rettsmidler er utløpt, i strid med hensynet til borgerens berettigede innrettelse. Selv om tolkningsresultatet på denne måten fremstår som et naturlig skritt videre i samsvar med tidligere praksis, er rettsanvendelsen i seg selv av en helt annen karakter. I utgangspunktet skulle nasjonal rett i tråd med prinsippet om gjensidig anerkjennelse tilsi at domstolen skulle lagt til grunn gjenåpningsmuligheten også transnasjonalt. Det er imidlertid i strid med formålet om fri bevegelse, som også etter tidligere Domstolspraksis er tillagt avgjørende vekt. Domstolen bygger imidlertid ikke sin tolkning hovedsakelig på formålet etter CISA, men på EMK og anvendelsen av autonome kriterier.

4.2.4 Konklusjon

I tillegg til inngangsforutsetningen om at avgjørelsen formelt må være tillagt sperrevirkning etter førsteforfølgingslandets rett, stilles det også øvrige kvalitetskrav ved at avgjørelsen må innebære en behandling av sakens realitet. I tillegg til at hensynet til belastning for den forfulgte da ikke gjør seg gjeldende i like stor grad uten slik mer inngående behandling, er vilkåret også egnet til å ivareta hensynet til effektivt strafferettssystem. Heller ikke hensynet til berettiget innrettelse gjør seg gjeldende i like sterk grad til fordel for borgeren. På denne måten nås det en viss balanse mellom et reelt behov for beskyttelse for borgeren i tråd med den belastning han reelt har vært utsatt for, og hensynet til effektiv etterforskning og strafferettspleie i et transnasjonalt samarbeid.

Rettsanvendelsen i *M.* viser også hvordan det på grunnlag av Domstolens avgjørelse i *Åkerberg Fransson*, gjennom Charteret er oppstått en plutselig, sterk kobling mellom EMK og CISA art. 54 når det gjelder forbudet mot gjentatt straffeforfølgning. Avgjørelsen kan videre synes å være en utvikling i Domstolens vekting av hensyn, da formålet om fri bevegelighet tillegges avgjørende vekt gjennom en svært dynamisk tolkningsmåte.

¹⁵⁷ *M.* p. 40.

4.3 Fullbyrdelsesbetingelsen etter CISA art. 54

4.3.1 Fullbyrdelsesbetingelsen som inngrep i Charterets minimumsvern

Etter sin ordlyd omfatter CISA art. 54 avgjørelser som ”er fullbyrdet eller ikke lenger kan kræves fullbyrdet” etter førsteforfølgingslandets rett. Det rettes altså her et vilkår om sakens fullbyrdelse.

Ordlyden skiller seg fra Charterets art. 50, som kun taler om ”endelig...domfældt” uten videre vilkår om fullbyrdelse.¹⁵⁸ For borgeren innebærer det at hans vern ikke er begrenset til avgjørelser som er realisert. CISA oppfyller dermed ikke minimumsvernet etter Charteret. Inngrep i minimumsvernet krever som nevnt at vilkårene etter Charterets artikkel 52 er oppfylt. Fullbyrdelsesbetingelsen som inngrep i minimumsvernet var gjenstand for behandling hos Domstolen i *Spasic*-avgjørelsen. Serberen Spasic var i Tyskland tiltalt for bedrageri utøvd i Italia. Han var allerede dømt for forholdet i Italia og ilagt et års fengsel og bot på 800 euro. Når saken ble reist i Tyskland var den italienske saken rettskraftig. Imidlertid var bare boten betalt, mens soningen av fengselsstraffen gjenstod. Det ble fremlagt to spørsmål for domstolen, for det første hvorvidt fullbyrdelsesbetingelsen var forenlig med Charterets artikkel 52, og for det andre hvorvidt betingelsen er oppfylt hvor kun en av to deler av straffen er fullbyrdet.

Det følger av inngrepshjemmelen i artikkel 52 at enhver begrensnig i utøvelsen av rettigheter og friheter etter Charteret må være ”fastlagt i lovgivningen og respektere disse rettigheters...væsetligste innhold”. Videre rettes det et krav om proporsjonalitet, slik at begrensningene må være ”nødvendige og...svare til mål af almen interesse, der er anerkendt af Unionen, eller et behov for beskyttelse af andres rettigheder og friheder”.

Domstolen finner at fullbyrdelsesbetingelsen ”ikke rejser tvivl om princippet *ne bis in idem som sådan*” og at Charterets vesentlige innhold er ivaretatt på bakgrunn av at fullbyrdelsesbetingelsens formål er å unngå at en endelig domfelt person ”ikke lenger kan

¹⁵⁸ *Spasic* p. 52.

retsfølges for de samme straffbare handlinger i en anden kontraherende stat, og dermed forbliver ustraffet i sidste ende, når den første stat ikke har fullbyrdet den idømte straff.¹⁵⁹

Det legges videre til grunn at formålet med fullbyrdelsesbetingelsen er å hindre straffrihet som følge av at førstefølgingslandet ikke har fullbyrdet straffen, som må anses som et formål med allmenn interesse som del av Unionens overordnede mål om å bli et felles område med frihet, sikkerhet og rettferdighet.¹⁶⁰

Den nærmere proporsjonalitetsvurderingen knytter seg til hvorvidt betingelsen er nødvendig for å oppfylle dette målet av allmenn interesse. Nødvendigheten påvirkes av at det er en rekke EU-instrumenter som skal lette samarbeidet mellom medlemsstatene, herunder medlemsstatenes forpliktelse til å foreta direkte høringer for å nå enighet med andre medlemsstater involvert i samme straffesak for å bøte på konsekvensene ved dobbelt forfølgning. Et annet alternativ er utlevering til soning i annet land, men dette forutsetter både statens og fangens samtykke.¹⁶¹ Domstolen kommer likevel til at ”sådanne instrumenter [imidlertid ikke] forutsætter opfyldelsen af en fuldbyrdelsesbetingelse, der er analog med betingelsen i gennemførelseskonventionens art. 54, og kan derfor ikke sikre den fuldstændige opfyldelse av det forfulgte mål”.¹⁶²

Fullbyrdelsesbetingelsen er på denne bakgrunn ”nødvendig” da ingen andre av Unionens mekanismer for samarbeid like effektivt vil nå formålet om å unngå straffrihet. Det er, som også domstolen selv påpeker, en risiko ved slike instrumenter for gjensidig anerkjennelse, fordi gjennomførelsen av straffen er overlatt til statens eget skjønn.¹⁶³ Dette viser at uten fullbyrdelsesbetingelsen vil det være et hull i systemet som åpner for omgåelse, hvor en straffedømt kan unngå straff kun ved å forflytte seg til en annen jurisdiksjon. At det er et legitimt formål å sikre faktisk avstraffelse og hindre straffrihet følger også av EU-domstolens rettspraksis i *Miraglia*¹⁶⁴ og *Kretzinger*¹⁶⁵.

Etter dette er det klart at fullbyrdelsesbetingelsen etter CISA art. 54 er i samsvar med Charteret.

¹⁵⁹ *Spasic* p. 58-59.

¹⁶⁰ *Spasic* p. 62-64.

¹⁶¹ *Spasic* p. 65-73.

¹⁶² *Spasic* p. 68.

¹⁶³ *Spasic* p. 69.

¹⁶⁴ *Miraglia* p. 33-34.

¹⁶⁵ *Kretzinger* C-288/05 (18/7/2007) p. 51.

Det følger også forutsetningsvis av *Spasic* at fullbyrdelseshindringen ikke må foreligge umiddelbart ved domsavsigelse i førsteforfølgningens landets rett, det avgjørende tidspunktet er hva som er forholdet på tidspunktet når det innledes ny straffeforfølgning. Dette er en naturlig løsning for å sikre vernet om borgeren, samtidig som ikke alle fullbyrdelseshindringer vil foreligge umiddelbart ved domsavsigelse, som foreldelse.

4.3.2 Fullbyrdelsesbetingelsens rekkevidde

4.3.2.1 Betinget dom

Kretzinger gjaldt smugling av tobakk. Vedkommende var etter kort tid i politiarrest dømt til en betinget fengselsstraff på ett år og 8 måneder i Italia, før han ble dømt igjen i Tyskland, denne gang til ubetinget fengselsstraff i to år og 8 måneder. Spørsmålet for domstolen var her hvorvidt en betinget sanksjon oppfyller fullbyrdelsesbetingelsen.

Domstolen slår fast at en betinget straff "*skal anses for at være "ved at blive fuldbyrdet" så snart dommen kan fuldbyrdes og under prøvetiden. Efter at prøvetiden er udløbet, skal straffen derefter anses for at være "fuldbyrdet" i henhold til denne bestemmelse*".¹⁶⁶ Det fremstår som naturlig og nødvendig å omfatte denne typen sanksjon, både for å sikre at betingede straffer er effektive sanksjonsmidler, men også fordi et motsatt resultat ville vært i strid med formålet om et område med fri bevegelse.

4.3.2.2 Politiarrest og varetektsfengsel

I *Kretzinger* ble videre slått fast at politiarrest og varetekt som er utstått før dommen har fått rettskraft og hvor varigheten trekkes fra den endelige dom, ikke kan føre til at fullbyrdelsesbetingelsen anses oppfylt på forhånd. Domstolen fastslår at art. 54 ikke får anvendelse før "*der er avsagt endelig dom*", mens politiarrest og varetektsfengsling skjer forut for dette og dermed faller utenfor bestemmelsens rekkevidde.¹⁶⁷ Det gjelder uavhengig av om "*sådanne perioder med frihedsberøvelse...i henhold til national ret skal tages i betragtning ved en eventuell senere domfældelse*".¹⁶⁸ Tolkningen støttes av at varetektsfengsling har et mer forebyggende formål, mens formålet med

¹⁶⁶ *Kretzinger* p. 42.

¹⁶⁷ *Kretzinger* p. 49.

¹⁶⁸ *Kretzinger* p. 50.

fullbyrdelsesbetingelsen er å unngå at en person ”forbliver ustraffet i sidste ende, når den første domsstat ikke fullbyrder den idømte straff”.¹⁶⁹

4.3.2.3. Sammensatte straffer

Foranlediget av at Spasic kun hadde betalt den ilagte boten, men ikke sonet fengselsstraffen, var det andre spørsmålet for domstolen hvorvidt fullbyrdelse av en del av en sammensatt straff tilfredsstillende fullbyrdelsesvilkåret.

Domstolen fremholder at hvor samarbeidet bygger på gjensidig anerkjennelse av strafferettssystemene, er det for å oppnå formålet med et område med frihet, sikkerhet og rettferdighet, nødvendig å sikre avgjørelsers effektivitet og at ”endelige avgørelser fra offentlige organer etterkommes”.¹⁷⁰ Betingelsen er følgelig ikke oppfylt hvor kun en av sanksjonene er fullbyrdet.

Det følger videre at de ulike delene av den sammensatte straffen må anses som selvstendige deler. Det alternative vilkåret at straffen er ”ved at blive fuldbyrdet” er derfor ikke oppfylt om kun en del av straffen er realisert. Det fremstår som den eneste riktige løsning, da den andre del av straffen ellers ville mistet sin betydning. Slik tolkning ville brakt bestemmelsens ”effektive virkning i fare”.¹⁷¹

Domstolen differensierer ikke mellom ulike typer sanksjoner i sin vurdering. Selv om det prejudisielle spørsmålet forelagt for domstolen var generelt formulert og knytter seg til ”en del...af en sanktion bestående af to selvstændige dele”¹⁷² og også domstolens argumentasjon er generell i sin karakter, konkluderes det likevel med at ”den blotte betaling af den bøde, som er pålagt en person, der...ved samme afgørelse er blevet idømt en frihedsstraf, der ikke er blevet fuldbyrdet, ikke gør det mulig at lægge til grund, at sanktionen er blevet fuldbyrdet”.¹⁷³

Domstolen går her lenger enn å bare avgi en generell tolkningsuttalelse, og legger langt på vei føringer for den nasjonale rett.

Det legges derved til grunn en vid begrunnelse for et snevrere resultat. Den store typeforskjellen mellom bøte- og fengselsstraff tilsier på samme måte at hensynet til den

¹⁶⁹ Kretzinger p. 51.

¹⁷⁰ Spasic p. 77.

¹⁷¹ Spasic p. 81.

¹⁷² Spasic p. 41.

¹⁷³ Spasic p. 85.

dømte gjør seg gjeldende i ulik grad. Ved bøtestraff er gjennomføringen lagt i den dømtes hender, mens fullbyrdelsen ved fengselsstraff er opp til myndighetenes initiativ. Det er større grunn til å ta hensyn til den dømtes belastning når gjennomføringen er opp til myndighetene. På samme måte vil heller ikke borgerens mulighet for omgåelse gjøre seg gjeldende i samme grad ved fengselsstraff. *Spasic*-saken er selv et godt eksempel på dette, da den domfelte her ikke betalte boten før det var spørsmål om gjentatt forfølgning. En borger har ikke på samme måte muligheten til selv å effektivere en fengselsstraff. Også hensynet til den dømtes belastning gjør seg gjeldende på ulik måte, da et fengselsopphold medfører en helt annen grad og art av belastning sammenlignet med den økonomisk ulempe av en bot.

Selv om verken domstolen eller Generaladvokaten differensierer mellom ulike typer sanksjoner i sine overveielser, kan det likevel på grunnlag av hensynene bak bestemmelsen være gode grunner for å foreta slik differensiering etter hvilken type sanksjoner som er fullbyrdet/ikke fullbyrdet. I tråd med konklusjonens formulering, fører det til at *Spasic*-saken får en begrenset vekt utover tilfeller hvor bøtestraff, men ikke fengselsstraff, er utholdt.

4.3.2.4 Fullbyrdelseshindringer

Det kan også stilles spørsmål ved fullbyrdelsesbetingelsens anvendelse hvor det aldri har vært mulig å fullbyrde straffen etter domsstatens rett. Dette var gjenstand for vurdering i *Bourquain*-saken om krigshandlinger under Algerie-krigen. Det var her flere hinder for fullbyrdelse etter nasjonal rett. Dommen var avsagt *in absentia* med den følge at den ikke var forkynt for domfelte, det var siden gitt amnesti for de aktuelle krigshandlingene og foreldelsesfristen var utløpt.

Alle de tre fullbyrdelseshindringene i saken grunner på forhold fastsatt i førsteforfølgingslandets rett, som vil gi domfelte en berettiget forventning om å kunne innrette seg på at saken er endelig avsluttet. På samme måte ville det vært et hinder for en effektiv ivaretagelse av formålet om fri bevegelighet om særegenheter i nasjonal rett ikke skal tillegges vekt etter CISA art. 54.¹⁷⁴ Dette må ses i sammenheng med at gjensidig anerkjennelse ligger til grunn for samarbeidet. Hensynet til domfeltes innrettelse taler sådan mot at forholdet skal kunne forfølges på ny. Domstolen kommer også til at det avgjørende er

¹⁷⁴ *Bourquain* p. 41.

om han er blitt endelig dømt, uavhengig av straffen grunnet ”*processuelle sær-
egenheder...aldrig har kunnet fullbyrdes*”.¹⁷⁵

4.3.3 Vurdering av fullbyrdelsesbetingelsen

Etter Domstolen er fullbyrdelsesbetingelsen i CISA art. 54 gjeldende rett og i tråd med Charterets minimumsvern. Betingelsen gjør seg gjeldende for alle typer avgjørelser, også for påtalemyndighetens avgjørelser. Det følger av *Gözütok* og *Brügge* at når påtalemyndigheten har pålagt slike vilkår, må sanksjonen anses fullbyrdet når betingelsene ”*er overholdt*”.¹⁷⁶

Følgen av domstolens rettsanvendelse er at hensynet til effektivitet og et område med frihet, sikkerhet og rettferdighet blir avgjørende fremfor borgerens rett til fri bevegelse. Det er likevel slik at vilkåret må anses som en nødvendig forutsetning for et effektivt vern nettopp grunnet den transnasjonale konteksten. Uten fullbyrdelsesbetingelsen åpnes det for at borgeren kan misbruke bevegelsesfriheten, ved at han gjennom å fjerne seg fra en jurisdiksjon kan unngå håndhevelse av straffen.

Domstolen har siden *Gözütok* og *Brügge* lagt til grunn gjensidig anerkjennelse av medlemsstatenes strafferettsordninger.¹⁷⁷ I denne sammenheng bidrar fullbyrdelsesforutsetningen til et velfungerende samarbeid, da domsstaten selv ilegges ansvaret for å realisere straffen, mens andreforfølgingslandet ellers vil ha muligheten til å forfølge handlingene. Det medfører at det også er en grense for hvor langt annenforfølgingslandet vil måtte respektere domslandets skjønn med hensyn til gjennomførelsen av ilagte straffer.

Det må likevel, i lys av at fullbyrdelsesbetingelsen går på akkord med en rett til full bevegelsesfrihet, stilles strenge krav til begrensningens nødvendighet. Det er nettopp dette som kan ligge bak domstolens snevre resultat i *Spasic*. Inngrep i minimumsvernet etter Charteret bør kun anses som nødvendig såfremt fullbyrdelsesbetingelsen ikke er en forutsetning for å hindre misbruk av den transnasjonale friheten. At Domstolen til tross for dette likevel kommer til at betingelsen er i tråd med Charteret og dermed gir et tilstrekkelig vern for borgeren, støtter opp om forståelsen om fullbyrdelsesbetingelsen som en minimumsforutsetning for hensynet til strafferettssystemets effektivitet og respekt, og dermed

¹⁷⁵ *Bourquain* p. 52.

¹⁷⁶ *Gözütok* og *Brügge* p. 30.

¹⁷⁷ *Spasic* p. 76.

også for et velfungerende og effektivt samarbeid og ivaretagelse av et område med frihet, sikkerhet og rettferdighet.

Vurderingen knytter seg dermed nettopp til den ekstra dimensjonen av prinsippet som oppstår i en grenseoverskridende kontekst. Rettsanvendelsen i *Spasic* viser at Domstolen også er villig til å ta hensyn til denne særlige konteksten. Hensynet til borgeren knyttes ikke her til forfølgningen, men fullbyrdelsen, slik at vernet for borgeren i realiteten ikke inntreffer før avgjørelsen er fullbyrdet, uavhengig av om dette skjer før eller etter en ny forfølgning.

Samlet sett er dermed fullbyrdelsesbetingelsen i samsvar med Charteret. Likevel bør ikke betingelsen anses å gjelde like generelt som ordlyden gir inntrykk av.

4.4 Konklusjon *bis*

Ved fastleggelsen av hvilke krav som skal stilles til en avgjørelse etter CISA art. 54, foretar Domstolen en dynamisk, utvidende tolkning som innebærer en klar fravikelse av ordlyden. Den utvidende tolkningen skjer særlig med sikte på å fremme formålet om fri bevegelse, og går igjen på akkord med hensynet til effektiv etterforskning og strafferettspleie i et transnasjonalt samarbeid. Imidlertid får slike betraktninger gjennomslag ved at fullbyrdelsesbetingelsen, nettopp av hensyn til transnasjonaliteten, begrenses til fullbyrdede avgjørelser.

Særlig etter *Åkerberg Fransson* synes domstolen å ha tatt sikte på en endre kurs, ved å forlate prinsippet om gjensidig anerkjennelse med solid forankring helt siden *Gözütok* og *Brügge*, til fordel for rent autonome kriterier. Hvorvidt autonome kriterier fremstår som hensiktsmessig for tolkning av forbudet mot gjentatt straffeforfølgning i en transnasjonal kontekst vurderes i del 5.

5 Vurdering og konklusjon

5.1 Bør rekkevidden av CISA art. 54 bero på autonome kriterier?

5.1.1 Innledning

Utviklingen i Domstolens praksis peker altså i retning av økende bruk av autonome kriterier. For *idem* rettes kritikken her først og fremst mot de vide rammene tolkningen etter autonome kriterier har medført og den betydningen det har for forbudets totale rekkevidde, mens anvendelsen av slike kriterier i seg selv har de beste grunner for seg. Det er imidlertid som påpekt mer problematisk å legge til grunn autonome kriterier ved tolkningen av *bis*, særlig tatt i betraktning at det innebærer at Domstolen fraviker det tidligere klare og faste prinsippet om gjensidig anerkjennelse. Det er i lys av dette grunn til å vurdere anvendelsen av autonome kriterier på prinsippet *ne bis in idem* i en transnasjonal kontekst etter CISA art. 54.

5.1.2 Sondringen mellom autonome kriterier og gjensidig anerkjennelse

Valget mellom autonome kriterier og gjensidig anerkjennelse har en rekke konsekvenser. Autonome kriterier medfører som vist at avgjørelsens kvalitative sider blir avgjørende, og fokuset dermed rettes mot borgerens vern. Slike kriterier legger samtidig til rette for en dynamisk og utvidende tolkningsstil, og vil føre til et sterkt vern om bestemmelsens effektivitet. Fokuset er derimot fjernet fra bestemmelsens transnasjonale kontekst, herunder statenes suverenitet og hensynet til samarbeid.

Hvor gjensidig anerkjennelse er styrende, er derimot rent formelle kriterier avgjørende, mens det reelle behovet for vern kommer i bakgrunnen. Ved at de kontraherende staters egen ordning blir avgjørende, vil slike formelle kriterier innebære en skranke mot for dynamisk tolkning hos Domstolen og medfører, i tråd med suverenitetsprinsippet, mindre grad av overføring av suverenitet.¹⁷⁸ På denne måten vil vurderingen av hvorvidt det skal legges til grunn autonome kriterier eller gjensidig tillit, innebære en vurdering av hvorvidt retten til fri

¹⁷⁸ Skoghøy 2011 s. 527.

bevegelighet eller hensynet til samarbeidets effektivitet og statenes suverenitet bør få gjennomslag i en transnasjonal anvendelse av *ne bis in idem*.

5.1.3 Vurdering av anvendelsen av autonome kriterier på CISA art. 54

EU-domstolen har siden sin første avgjørelse *Gözütok* og *Brügge* fra 2007 lagt til grunn gjensidig anerkjennelse i slik grad at det fremstår som en grunnstein for prinsippets transnasjonale anvendelse. En overgang til autonome kriterier vil dermed medføre en endring av samarbeidets karakter.¹⁷⁹

Det klare utgangspunkt er at det er elementært å sikre en effektiv ivaretagelse av borgeren og formålet om et område med frihet, sikkerhet og rettferdighet. Det har derfor gode grunner for seg å til en viss grad operere med autonome kriterier som tar sikte på en kvalitativ vurdering. Gjensidig anerkjennelse kan til sammenligning føre til vilkårlige resultat, og formelle kriterier medfører på samme måte at det ikke er en selvfølge at prinsippet baseres på hensynene bak, herunder særlig belastning.

Som nevnt følger det av tidligere praksis at det er grunnlag for å sondre mellom transnasjonal og nasjonal anvendelse av prinsippet. Det kan her stilles spørsmål ved om formålet om fri bevegelse og et felles område er tilstrekkelig tungtveiende for å fravike en tidligere fast og klar praksis hvor respekt for statenes egen ordening er avgjørende.

Det må også ses hen til samarbeidets funksjonalitet. Det er som tidligere påpekt ikke tilstrekkelig instrumenter på plass for å ivareta den vide tolkningen av CISA art. 54. Dette problemet vil få et betydelig større omfang når det også skal ses hen til forvaltningsavgjørelser etter Engelkriteriene. I det minste bør utvidelsen av prinsippet skje i takt med etableringen av instrument i samarbeidet for å sikre en funksjonell transnasjonal gjennomføring av forbudet mot gjentatt straffeforfølgning.¹⁸⁰

¹⁷⁹ Rui 2009 s. 185.

¹⁸⁰ Rui 2014 s. 369.

5.2 Er det grunnlag for å gjøre unntak fra Engelkriteriene for CISA art. 54 de lege ferenda?

5.2.1 Innledning

Det autonome kriteriet med størst ringvirkning for hensynet til effektivt samarbeid, etterforskning og strafferettspleie er Engelkriteriene etter *Åkerberg Fransson*. På bakgrunn av at det kan gjøres unntak fra minimumsvernet etter Charterets artikkel 52, er det naturlig å se hen til hvorvidt det i en transnasjonal kontekst etter CISA art. 54 er grunnlag for å begrense prinsippets rekkevidde mot forvaltningssanksjoner. Dette støttes også av vurderingen i *Spasic*, som viser at det kan være både grunnlag og gode grunner for å sonde mellom nasjonal og transnasjonal anvendelse av prinsippet.

Etter Charteret art. 52 (1) må begrensninger i rettigheter etter Charteret ”være fastlagt i lovgivningen og skal respektere disse rettigheters og friheders væsentligste indhold. Under iagttagelse af proportionalitetsprinsippet kan der kun indføres begrænsninger, såfremt disse er nødvendige og faktisk svarer til mål af almen interesse, der er anerkendt af Unionen”.

5.2.2 Kan CISA art. 54 begrenses til kun å omfatte strafferettslige reaksjoner etter førsteforfølgningens landets rett etter Charteret art. 52?

5.2.2.1 Ikke-ratifisering som tolkningsfaktor

EMKs forbud mot gjentatt straffeforfølgning er inntatt i Tilleggsprotokoll 7 art. 4. Tilleggsprotokollen krever ratifisering, og et betydelig antall medlemsstater har enten inntatt forbehold eller ikke ratifisert protokollen.¹⁸¹ Begrunnelsen for dette er nettopp at flere stater har system med parallelle administrative og strafferettslige sanksjoner, som etter *Åkerberg Fransson* og Engelkriteriene strider mot forbudet mot gjentatt straffeforfølgning.¹⁸² Det kan dermed spørres hvorvidt ikke-ratifisering som uttrykk for partenes vilje er en relevant tolkningsfaktor ved fastleggelsen av CISA art. 54.

¹⁸¹ GA *Åkerberg Fransson* p. 72, Vervaele 2013(B) s. 213-214.

¹⁸² GA *Åkerberg Fransson* p. 74, Rui 2014 s. 369.

I *Gözütok og Brügge* ble medlemsstatenes vilje som uttrykt i forarbeidene anført, men avfeies som irrelevant argument fordi de aktuelle forarbeidene lå forut for integreringen av Schengen i EU.¹⁸³ Rui legger til grunn at Domstolen her bygger på at ”partenes vilje bak innlemmingen av Schengenregelverket i rammeverket for EU, nærmere bestemt målet om økt integrasjon, må tillegges større betydning enn partenes vilje da Schengenregelverket ble utarbeidet”.¹⁸⁴ I *Spasic* legger Generaladvokat Jääskinen på samme måte til grunn at det ”ikke kan påvirke fortolkningen af CH 50 at der er medlemsstater som ikke har ratifisert protokol nr. 7”.¹⁸⁵

Ikke-ratifiseringen som uttrykk for partenes vilje kan dermed ikke tillegges betydning i tolkningen. Imidlertid vil statenes ordninger likevel kunne ha betydning på bakgrunn av førsteforfølgingslandets definerende rolle og prinsippet om gjensidig anerkjennelse. Dette er noe annet enn partenes vilje i seg selv, men utgjør en del av hensynet til grenseoverskridende samarbeid.

5.2.2.2 Er det en begrensning i tråd med Charterets artikkel 52 å ikke la CISA art. 54 omfatte forvaltningsavgjørelser etter Engelkriteriene?

Da begrensningen følger av CISA art. 54 som etter ordlyden kun omfatter avgjørelsesformen ”dom”, er det klart at det oppfyller vilkåret om at inngrepet må være fastlagt i ”lov” etter Charteret art. 52.¹⁸⁶

Begrensningen må videre respektere rettighetens vesentligste innhold. I *Spasic* ble det kort slått fast at fullbyrdelsesbetingelsen ikke reiser tvil om prinsippets kjerne, da den hadde som formål å unngå straffrihet på bakgrunn av ikke-fullbyrdelse i den første staten.¹⁸⁷

Generaladvokat Jääskinen tar en litt brede tilnærming, og slår fast at ”indgreb kan tillades uden for anvendelsesområdet for den traditionelle strafferet...i grænseoverskridende tilfælde”.¹⁸⁸ Generaladvokaten uttaler for øvrig også på generelt grunnlag at ”artikel 54, som afspejler princippet...i en grænseoverskridende sammenhæng, anses for at respektere det væsentligste innhold i princippet”.¹⁸⁹ Generaladvokatens konklusjon omfatter dermed hele bestemmelsen, ikke bare fullbyrdelsesbetingelsen. Uttalelsen må dermed kunne tas til inntekt

¹⁸³ *Gözütok og Brügge* p. 41 og 46.

¹⁸⁴ Rui 2009 s. 179.

¹⁸⁵ GA *Spasic* p. 63.

¹⁸⁶ *Spasic* p. 57.

¹⁸⁷ *Spasic* p. 58-59.

¹⁸⁸ GA *Spasic* p. 88-89.

¹⁸⁹ GA *Spasic* p. 90.

for at en begrensning mot administrative avgjørelser, som klart ligger utenfor ordlyden, ikke går utover kjernen i prinsippet. Nettopp det faktum at det er snakk om en begrensning mot ytterligere utvidende tolkning av prinsippets ordlyd slik det fremkommer av CISA art. 54, taler på samme måte for at prinsippets kjerne i er intakt. Til sammenligning er fullbyrdelsesbetingelsen i seg selv et direkte unntak fra ordlyden i Charterets art. 50. Diskusjonen i teorien om hvorvidt administrative sanksjoner omfattes av prinsippet, må også forstås slik at prinsippets vesentlige innhold likevel er ivaretatt.

Begrensningen må etter dette anses å respektere rettighetens vesentligste innhold i tråd med Charteret artikkel 52.

Videre forutsetter inngrep i minimumsvernet at begrensningen har et ”*mål af almindelig interesse*”. Formålet med å begrense rekkevidden av CISA art. 54 er hovedsakelig å sikre effektiv etterforskning, strafferettspleie et transnasjonalt samarbeid. Slikt effektivt strafferettssamarbeid bidrar igjen til den overordnede målsetningen om å skape et ”*område med frihed, sikkerhed og retfærdighed... ved hjælp af foranstaltninger til forebyggelse og bekæmpelse af kriminalitet*”.¹⁹⁰

Etter Domstolens praksis innebærer proporsjonalitetsprinsippet at begrensningen må være egnet til å gjennomføre det aktuelle formålet og ”*ikke gå videre, end hva der er nødvendig og passende for gjennomførelsen af disse mål*”.¹⁹¹ Spørsmålet er dermed om det for å ivareta et effektivt strafferettssamarbeid i en transnasjonal kontekst er nødvendig å begrense CISA art. 54 til å kun omfatte avgjørelser med strafferettslig karakter etter nasjonal rett.

Dersom også forvaltningens avgjørelser skal omfattes av CISA, vil forvaltningen måtte iakttas forbudet mot gjentatt straffeforfølgning, og strafferettspleien må i tillegg til andre lands strafferettsavgjørelser også respektere og iakttas deres forvaltningsavgjørelser. At statene har vidt ulike system for henholdsvis strafferett og administrative reaksjoner, kompliserer dette ytterligere med tilsvarende reduksjon av strafferettssystemets effektivitet.¹⁹² Omfanget kan også bli betydelig, Skoghøy legger til grunn at ”*[d]e fleste forvaltningssanksjoner må anses som straff etter EMK*”.¹⁹³

¹⁹⁰ Spasic p. 63.

¹⁹¹ Spasic p. 91.

¹⁹² Rui 2009 s. 179.

¹⁹³ Skoghøy 2014 s. 299.

I *Spasic* knytter nødvendighetsvurderingen seg til andre foreliggende instrumenter i EU-retten. Det finnes ikke i dag tilstrekkelige instrumenter for å sikre et slikt funksjonelt samarbeid blant Schengen-landene som er egnet til å sikre straffesystemets effektivitet i denne transnasjonale konteksten.¹⁹⁴ Dette er en naturlig konsekvens av at det først var ved avgjørelsene *Bonda* og *Åkerberg Fransson* i 2013 at forvaltningssanksjoner ble introdusert som en del av forbudet mot gjentatt straffeforfølgning i EU-retten.

5.2.3 Konklusjon

Vurderingene her tyder på at det er grunnlag for å unnta forvaltningsavgjørelser i tråd med Engelkriteriene fra CISA art. 54 jf Charteret art. 52 og *Spasic*-saken. Det er imidlertid opp til Domstolen å eventuelt begrense prejudikatsvirkningen av *Åkerberg Fransson*.

Med bakgrunn i at autonome kriterier best er egnet til å ivareta hensynet til den forfulgtes belastning og formålet om et område med frihet, sikkerhet og rettferdighet, vil prinsippet om gjensidig anerkjennelse føre til en for snever anvendelse av prinsippet og vil også senke utviklingen. De beste grunner taler dermed for gjensidig anerkjennelse må forlates til fordel for autonome kriterier.¹⁹⁵

Inspirasjon til en slik mellomløsning kan finnes i EMDs avgjørelse i *Mjelde* og *Storbråten*,¹⁹⁶ som legger til grunn et vesentlig snevrere straffebegrep enn *Engel*. Saken gjaldt konkursskarantene med påfølgende straffesak, som ikke ble ansett som straff etter TP7-4. En særlig forskjell er at vurderingen her beror på en konkret helhetsvurdering og at statenes anførte formål med reaksjonen i de fleste tilfeller vil få gjennomslag.¹⁹⁷ Et slikt snevrere straffebegrep vil i større grad imøtegå hensynet til effektiv etterforskning, strafferettspleie og samarbeid, samtidig som vurderingen likevel vil ta sikte på en kvalitativ vurdering av sanksjonens realitet, og dermed ivareta borgerens behov for beskyttelse. Ved å tillegge statenes formål med sanksjonen betydning, vil det også være en løsning som er et naturlig skritt videre fra et system med gjensidig anerkjennelse, slik at det både tas hensyn til statenes ordninger, samtidig som borgerens vern ivaretas. Ved at CISA art. 54 likevel er undergitt vid

¹⁹⁴ *Spasic* p. 65-73, Rui 2014 s. 369, Schomburg 2012 s. 314 og 320-322, Winter 2013 s. 127-129, Vervaele 2013(B) s. 220-221.

¹⁹⁵ Rui 2014 s. 369, Winter 2013 s. 145.

¹⁹⁶ *Mjelde v. Norway* app.no 11143/04 1. February 2007, *Storbråthen v. Norway*, app.no. 12277/04, 1. February 2007.

¹⁹⁷ Rui 2009 s. 163-171 og Rui 2014 s 358.

fortolkning, vil formålet om å skape et felles europeisk område med frihet, sikkerhet og rettferdighet likevel være ivaretatt.

5.3 Konklusjon og avsluttende bemerkninger

Etter gjennomgang av ordlyd og Domstolens praksis må det konkluderes med at en avgjørelse avsagt i et Schengen-land har sperrende virkning for forfølgning i et annet Schengen-land såfremt det er en avgjørelse som oppfyller Engelkriteriene og er endelig, fullbyrdet og innebærer en behandling av sakens realitet. Sperrevirkningen omfatter videre den ”*helhed av konkrete omstændigheder, der er indbyrdes uløselig forbundne*”,¹⁹⁸ og er gjennom Domstolens tolkning underlagt svært vid avgrensning.

Prinsippet *ne bis in idem* etter CISA art. 54 synes å være i stadig utvikling. Domstolens dynamiske tolkningsstil medfører et effektivt vern om prinsippet *ne bis in idem* og borgerens rett til fri bevegelse uhindret av gjentatt forfølgning. Det er videre klart at den domstolsfaste rekkevidden av CISA art. 54 er å anse som svært vid.

Denne vide tolkningen gjør at det ikke bare er snakk om å beskytte borgerens vern, men heller å gi rettigheten stadig større gjennomslagskraft. *Åkerberg Fransson* medfører et særlig skritt i retning av en svært vid rekkevidde av prinsippet. Det gjenstår å se i hvilken grad dette blir resultatet eller om Domstolen vil modifisere prejudikatvirkningen for Schengen-samarbeidets vedkommende. Domstolen har i kjølvannet av *Åkerberg Fransson* truffet to avgjørelser vedrørende *ne bis in idem*, og disse gir ikke en entydig indikasjon på hvilken retning utviklingen går i. *Spasic*, er det første eksempel på at inngrepshjemmelen i Charteret blir benyttet for CISA, mens *M.* er det første eksempel på at EMK direkte legges til grunn for tolkningen av CISA art. 54.

Det er som påpekt grunn til å se på den drastiske utviklingen av bestemmelsens rekkevidde med en viss skepsis. Dette gjelder særlig så lenge det ikke er etablert tilstrekkelige instrumenter for å sikre et funksjonelt strafferettslig samarbeid, slik at prinsippet *ne bis in idem* dermed ikke går på bekostning av et visst vern av hensynet til effektiv etterforskning og strafferettspleie i det transnasjonale samarbeidet. Det er her grunn til å minne om at slike instrument med sikte på å koordinere straffeforfølgninger også kan bidra til å oppnå formålet

¹⁹⁸ *van Esbroeck* p. 42.

om å et felles område med frihet, sikkerhet og rettferdighet gjennom effektiv forebyggelse og bekjempelse av kriminalitet.

Det er opp til Domstolen å vurdere hvorvidt de ønsker at prinsippet *ne bis in idem* skal være en stadig sterkere ”drivkraft...for det videre straffesakssamarbeidet”,¹⁹⁹ eller om utviklingen likevel bør avpasses for å ivareta hensynet til effektiv etterforskning, strafferettspleie og samarbeid i et transnasjonalt aspekt.

¹⁹⁹ Rui 2014 s. 368.

6 Litteraturliste

Som det fremkommer i fotnotene

Fullstendig henvisning

6.1 Lover, traktater mv.

Straffeloven	Lov av 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven)
Charteret	Charter of Fundamental Rights of the European Union (2000/C 364/01) 18/12/2000
CISA	Konvention om gjennomførelse af Schengen-aftalen af 14. juni 1985 mellem regeringerne for statene i Den Økonomiske Union Benelux, Forbundsrepublikken Tyskland og Den Franske Republik om gradvis ophevelse af kontrollen ved de fælles grænser. Protokol om integration af Schengen-reglerne i Den Europæiske Union, EF-Tidende nr. C 340 af 10/11/1997
TEU	Consolidated version of the Treaty on European Union EUT C 326 af 26.10.2012, s. 13–390
TFEU	Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union EUT C 326 af 26.10.2012, s. 47–390
EMK	Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 November 1950
TP7-4	Protocol no. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 22. November 1984
Wienkonvensjonen	Vienna Convention on the Law of Treaties, 23. mai 1969

6.2 Forarbeider

Ot.prp.nr.56 (1998-1999) Om lov om Schengen informasjonssystem (SIS) og lov om endringer i utlendingsloven

6.3 Rettsavgjørelser

6.3.1 EU-domstolen

<i>M.</i>	Domstolens dom 5. juni 2014, sag M C-398/12 M
<i>Spasic</i>	Domstolens dom 27. mai 2014 sag C-129/14 PPU Zoran Spasic
<i>Åkerberg Fransson</i>	Domstolens dom 26. februar 2013 sag C-617/10 Åklagaren mod Hans Åkerberg Fransson
<i>Bonda</i>	Domstolens dom 5. juni 2012 sag C-489/10 Lukasz Marcin Bonda
<i>Mantello</i>	Domstolens dom 16. november 2010 sag C-261/09 Gaetano Mantello
<i>Bourquain</i>	Domstolens dom 11. december 2008 sag C-297/07 Klaus Bourquain
<i>Turansky</i>	Domstolens dom 22. december 2008 sag C-491/07 Vladimir Turansky
<i>Kretzinger</i>	Domstolens dom 18. juli 2007 sag C-288/05 Jürgen Kretzinger procesdeltager Hauptzollant Augsburg
<i>van Straaten</i>	Domstolens dom 28. september 2006 sag C-150/05 Jean Leon Van Straaten mod Staat der Nederlanden, Republik Italië
<i>van Esbroeck</i>	Domstolens dom 9. marts 2006 sag C-436/04 Leopold Henri Van Esbroeck

<i>Gasparini</i>	Domstolens dom 28. september 2006 sag C-467/04 Giuseppe Francesco Gasparini, José Ma L.A. Gasparini, Giuseppe Costa Bozzo, Juan de Lucchi Calcagno, Francesco Mario Gasparini, José A. Hormiga Marrero, Sindicatura Quiebra
<i>Miraglia</i>	Domstolens dom 10. marts 2005 sag C-469/03 Filomeno Mario Miraglia
<i>Gözütok og Brügge</i>	Domstolens dom 11. februar 2003 i de forenede sager C-187/01 og C-385/01 Hüseyin Gözütok (sag C-187/01) og Klaus Brügge (sag C-385/01)

6.3.2 Generaladvokatens forslag til avgjørelse

GA Spasic	Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat N. Jääskinen, fremsatt 2. mai 2014, sak C-129/14 PPU, Zoran Spasic
GA M.	Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat E. Sharpston, fremsatt 6. februar 2014, sak C-398/12, Procura della Repubblica mot M
GA Åkerberg Fransson	Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat P. Cruz Villalón, fremsatt 12. juni 2012, sak C-617/10, Åklagaren mot Hans Åkerberg Fransson
GA van Straaten	Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, fremsatt 8. juni 2006, sak C-150/15, Jean Leon van Straaten mot Staat der Nederlanden og Den Italienske Republikk
GA Gözütok og Brügge	Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, fremsatt 19. september 2002, forenede sager C-187/01 og C-385/01, Straffesaker mot Hüseyin Gözütok og Klaus Brügge

6.3.3 Den Europeiske Menneskerettighetsdomstol (EMD)

- Mjelde og Storbråthen* Mjelde v. Norway app.no 11143/04 1. February 2007,
Storbråthen v. Norway, app.no. 12277/04, 1. February 2007.
- Zolothukin* Sergey Zolotukhin v. Russland, app. no. 14939/03, 10 February
2009
- Engel* Engel and others v. Netherlands, 6 August 1976, Series A, No.
22. no 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 og 5370/72

6.4 Bøker

- Andenæs 2009 Andenæs, Mads Henry; Rettskildelære, 2. utgave, Oslo, 2009
- Gundersen 2010 Gundersen, Fridtjof Fredrik; EU etter Lisboa-traktakten,
Institusjoner, rettssystem og rettsregler, Oslo 2010
- Nergelius m.fl 2015 Nergelius, Joakim og Kristoffersson, Eleonor (red.); Human
Rights in Contemporary European Law, Hart Publishing Ltd,
2015
- Rui 2009 Rui, Jon Petter; Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning,
Universitetsforlaget, 2009
- Ruud/Ulfstein 2011 Ruud, Morten og Ulfstein, Geir; Innføring i folkerett,
Universitetsforlaget, 4. utgave, 2011

6.5 Artikler

- Kvam/Suominen 2009 Kvam, Bjarne og Suominen, Annika; Skjær i sjøen for Norges
strafferettslige samarbeid med EU (Lov og Rett 8/2009)
- Lelieur 2013 Lelieur, Juliette; 'Transnationalising' *Ne Bis In Idem*; How the
Rule of *Ne Bis In Idem* Reveals the Principle of Personal Legal
Certainty (Utrecht Law Review Volume 9, Issue 4, September

2013)

- Schomburg 2012 Schomburg, Wolfgang; Criminal matters; Transnational *ne bis in idem* in Europe – conflict of jurisdictions – transfer of proceedings (ERA Forum (2012) 13:311-324)
- Skoghøy 2011 Skoghøy, Jens Edvin A.; Dynamisk tolkning i internasjonale domstoler som fenomen, problem og effektivitetsgaranti (Lov og Rett 2011 nr. 09)
- Skoghøy 2014 Skoghøy, Jens Edvin A.; Forvaltningssanksjoner, EMK og Grunnloven (Jussens Venner vol. 49 (5/2014), s. 297-339)
- Vervaele 2005 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)
- Vervaele 2013(A) Vervaele, John A.E; The Application of the EU Charter of Fundamental Rights (CFR) and the *Ne bis in idem* Principle in the Member States of the EU (Review of European Administrative Law (REALaw), volume 6, issue 1, side 113-134)
- Vervaele 2013(B) Vervaele, John A.E; *Ne bis in idem*: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU? (Utrecht Law Review, Volume 9, Issue 4, September 2013)
- Winter 2013 Winter, Lorena Bachmaier; Transnational Criminal Proceedings, Witness Evidence and Confrontation: Lessons from the ECtHR's Case Law (Utrecht Law Review Volume 9, Issue 4, September 2013)

6.6 Annet

- Mathisen 2009 Mathisen, Gjermund; Utlevering for straffbare forhold, norsk rett i nordisk, europeisk og globalt samarbeid (Avhandling for graden philosophiae doctor (PhD)) Universitetet i Bergen, 2009
- Rui 2014 Rui, Jon Petter; Forbudet mot dobbel strafforfølging (*ne bis in idem*), Forhandlingene ved det 40. Nordiske juristmøtet i Oslo 21.-22. August 2014 (del 1 2014, s. 353-370)
- Voßkuhle 2015 Andreas Voßkuhle; Speech given by prof. Andreas Voßkuhle, president of the German Federal Constitutional Court, on the Occasion of the Opening of the Judicial Year, 31 January 2014 (Annual Report 2014 of the European Court of Human Rights, Council of Europe, Registry of the European Court of Human Rights Strasbourg, 2015)