



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Paula Hafner

# Ne bis in idem i EU-rätten och Europakonventionen – en ond cirkel?

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet  
15 högskolepoäng

Handledare: Jacob Öberg

Termin: HT 2019

# Innehåll

<b>SUMMARY</b>	<b>1</b>
<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>3</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>5</b>
<b>1 INLEDNING</b>	<b>1</b>
<b>1.1 Bakgrund</b>	<b>1</b>
<b>1.2 Syfte och frågeställning</b>	<b>3</b>
<b>1.3 Metod</b>	<b>3</b>
1.3.1 Rättsdogmatisk metod och komparativ metod	3
1.3.2 EU-rättslig metod	4
1.3.3 Rättskällor och tolkningsprinciper för EKMR	5
<b>1.4 Material</b>	<b>6</b>
<b>1.5 Avgränsningar</b>	<b>7</b>
<b>1.6 Disposition</b>	<b>7</b>
<b>2 RELATIONEN MELLAN EKMR, STADGAN OCH SCHENGENKONVENTIONEN</b>	<b>9</b>
<b>2.1 Bakgrund</b>	<b>9</b>
<b>2.2 Homogenitetsklausulen</b>	<b>10</b>
<b>2.3 Relationen mellan Stadgan art. 50 och Schengenkonventionen art. 54</b>	<b>12</b>
<b>2.4 Europadomstolens relation till EU-rätten</b>	<b>12</b>
<b>3 NE BIS IN IDEM I EUROPA</b>	<b>14</b>
<b>3.1 Innehållet i principen ne bis in idem</b>	<b>14</b>
<b>3.2 Innebörden av domstolarnas praxis</b>	<b>15</b>
3.2.1 Innebörden av A och B mot Norge och Menci	15
3.2.1.1 A och B mot Norge	15
3.2.1.2 Analys av Europadomstolens resonemang	16
3.2.1.3 Menci	18
3.2.1.4 Analys av EU-domstolens tolkning och resonemang	19
3.2.2 Innebörden av Mihalache mot Rumänien och Kossowski	21
3.2.2.1 Kossowski	21
3.2.2.2 Analys av EU-domstolens tolkning och resonemang	22
3.2.2.3 Mihalache mot Rumänien	23
3.2.2.4 Analys av Europadomstolens tolkning och resonemang	24

<b>4</b>	<b>SLUTSATSER OCH ANALYS</b>	<b>26</b>
4.1	Analys	26
4.2	Slutsats	28
	<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</b>	<b>30</b>
	<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>	<b>33</b>

# Summary

The principle *ne bis in idem* is a fundamental human right that is recognized in Additional Protocol no. 7 (AP7) to the European Convention on Human Rights (ECHR), as well as in the EU Charter of Fundamental Rights (the Charter) and in the Convention Implementing the Schengen Agreement (CISA). In all of these instruments of law the principle prohibits double prosecution as well as double punishment for the same offence.

In a series of cases delivered by the European Court of Human Rights (ECtHR) and by the EU Court of Justice (CJEU) the past few years, the protection guaranteed by *ne bis in idem* has weakened. The courts have received plenty of criticism for their judgements, which have been criticized for opening up for state repression at the expense of the individual right. The courts have in these cases been inspired by each other's case law concerning *ne bis in idem* and have thus reached similar conclusions. This process has been described as a negative cross-fertilization that has led to a vicious cycle of troublesome jurisprudence multiplied through the courts' mutual encouragement.

In the essay, legal dogmatic method, the comparative method and EU legal method are used in order to clarify the content of the *ne bis in idem*-principle after this new case-law. It examines how the EU legal system and the ECHR relate to each other and in what ways they have been inspired by each other's case-law. Finally, it examines what this means for the protection that the individual is guaranteed according to the *ne bis in idem*-principle.

One conclusion that is reached in this study is that the judgements of the ECtHR made possible a weakening of the protection at union level that was previously impossible because of the so-called homogeneity clause in Article 52.3 of the Charter. Another conclusion is that the ECtHR has transferred an interpretation of *ne bis in idem* to entirely internal situations,

when neither the Charter nor the CISA are applicable, which is founded upon aims that are specific to the EU legal order. One such aim is to prevent impunity within the Schengen Area. An interpretation of the *ne bis in idem*-principle that is built upon the aim to prevent impunity is unsuitable in a strictly internal situation where the individual right should be prioritized above all else. Thus, the courts have been inspired by each other's case-law in such a way that the protection offered by *ne bis in idem* has weakened on union level as well as on national level in entirely internal situations. At the same time, this has increased the state's possibilities to punish offences.

# Sammanfattning

Principen *ne bis in idem* är en grundläggande mänsklig rättighet som erkänns i såväl tilläggsprotokoll nr. 7 till Europakonventionen, som i europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna och Schengenkonventionen. I samtliga rättsliga instrument förbjuder principen både dubbla lagföringar och dubbla straff för samma lagöverträdelse.

I en serie rättsfall meddelade av Europadomstolen och EU-domstolen de senaste åren har rättighetsskyddet i *ne bis in idem* försvagats. Domstolarna har fått mycket kritik för sina avgöranden vilka har kritiserats för att bädda för ökad repression från statsmaktens sida på bekostnad av individens rättigheter. Domstolarna har i dessa rättsfall låtit sig inspireras av varandras avgöranden beträffande *ne bis in idem* och har därmed kommit till liknande slutsatser. Denna process har beskrivits som en negativ korsbefruktning som har lett till en ond cirkel av problematisk juridisk vetenskap som har mångfaldigats genom domstolarnas ömsesidiga uppmuntran.

I uppsatsen används rättsdogmatisk metod, komparativ metod och EU-rättslig metod för att söka klargöra innehållet i principen *ne bis in idem* efter dessa rättsfall. Den utreder hur EU-rätten och Europakonventionen förhåller sig till varandra och på vilket sätt EU-domstolen och Europadomstolen har låtit sig inspireras av varandras avgöranden, samt vad detta innebär för det skydd den enskilde åtnjuter enligt *ne bis in idem*.

En slutsats av studien är att Europadomstolens avgörande möjliggjorde en försvagning av skyddet även på unionsnivå som tidigare inte var möjlig pga. den s.k. homogenitetsklausulen i Stadgan art. 52.3. En annan slutsats är att Europadomstolen har överfört en tolkning av *ne bis in idem* på rent interna situationer, när varken Stadgan eller Schengenkonventionen är tillämpliga, som grundar sig på specifikt EU-rättsliga ändamål och syften. Ett sådant EU-rättsligt syfte är att förhindra straffrihet inom Schengenområdet. En

tolkning av *ne bis in idem* som bygger på ändamålet att förhindra straffrihet är en som är olämplig i rent interna situationer när den enskildes rättighetskydd bör prioriteras framför allt annat. Domstolarna har inspirerats av varandras avgöranden på så sätt att det har inneburit en försvagning av rättighetskyddet på såväl unionsnivå som på nationell nivå i rent interna situationer. Samtidigt har detta ökat statens möjligheter att bestraffa lagöverträdelser.

# Förkortningar

Art.	Artikel
EKMR	Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
Europadomstolen	Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
ICCPR	International Covenant on Civil and Political Rights
Schengenkonventionen	Tillämpningskonventionen till Schengenavtalet
Stadgan	Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna
Wienkonventionen	Wienkonventionen om traktaträtten



# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

Principen *ne bis in idem* innebär ett förbud mot dubbla straff och dubbla lagföringar avseende en lagöverträdelse som redan prövats slutligt i en brottmålsrättegång.<sup>1</sup> Den återfinns i ett stort antal internationella regelverk.<sup>2</sup> För europeiskt vidkommande är principen som den är utformad i Europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna<sup>3</sup> (EKMR), Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna<sup>4</sup> (Stadgan) och Schengenkonventionen<sup>5</sup> mest relevant.

Då *ne bis in idem* bara är tillämplig på dubbla straffrättsliga processer är det relevant att ta upp fenomenet avkriminalisering. Avkriminalisering har varit en trend inom straffrätten som har observerats sedan 1960-talet.<sup>6</sup> På den fjortonde internationella kongressen för straffrätt år 1989 uppmärksammades detta som en välkommen trend, men att en inflation av s.k. ”administrativ straffrätt” inte är önskvärd.<sup>7</sup> Effekterna av denna trend syns tydligt i praxis från den Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna (Europadomstolen) och Europeiska unionens domstol (EU-domstolen).<sup>8</sup>

Det finns ett flertal rättsfall från båda dessa domstolar som behandlar situationen då en individ blir utsatt för dubbla processer för samma lagöverträdelse, där den ena processen enligt den nationella rättsordningen

---

<sup>1</sup> Ekelöf m.fl. (2018), s. 203

<sup>2</sup> T.ex. ICCPR art. 14.7, 1969 års American Convention on Human Rights art. 8.4, Tilläggsprotokoll nr 7 till EKMR art. 4, Stadgan art. 50 och Schengenkonventionen art. 54.

<sup>3</sup> Tilläggsprotokoll nr 7 till EKMR art. 4

<sup>4</sup> Art. 50

<sup>5</sup> Art. 54

<sup>6</sup> de Albuquerque (2016), punkt 16.

<sup>7</sup> de la Cuesta (ed.), José Luis (ed.) (2015), s. 351.

<sup>8</sup> T.ex. Zolotukhin v. Russia [GC], no. 14939/03, 2009-I; A and B v. Norway [GC], nos. 24130/11 and 29758/11; Mihalache v. Romania [GC], no. 54012/10; C-617/10 Åkerberg Fransson, EU:C:2013:105; C-524/15 Menci, EU:C:2018:197, C-537/16 Garlsson Real Estate, EU:C:2018:193, C-596/16 Di Puma, EU:C:2018:192.

är klassificerad som en administrativ process och den andra är klassificerad som en straffprocess.<sup>9</sup> Skyddet som den enskilde åtnjuter enligt principen *ne bis in idem* kan i sådana fall bli illusoriskt<sup>10</sup>, eftersom den endast är tillämplig på dubbla straffprocesser. Innebörden av *ne bis in idem* som den är utformad i de EU-rättsliga instrumenten och i EKMR är dock autonom och därmed inte beroende av vad som enligt nationell rätt klassificeras som ett brott respektive en brottmålsrättegång.<sup>11</sup>

Tolkningsproblem avseende *ne bis in idem* uppstår ändå. De senaste åren har de rättsliga frågorna som domstolarna stått inför främst behandlat *bis*-elementet, dvs. vad som utgör två olika förfaranden.<sup>12</sup> Domstolarnas tolkningar har kritiserats för att bädda för ökad repression från statsmaktens sida på bekostnad av individens rättigheter.<sup>13</sup> Detta är ett av skälen till att tolkningen och tillämpningen av *ne bis in idem* i EU-rätten och EKMR är ett ämne som har avhandlats flitigt bland akademiker de senaste åren. Ett par andra skäl till detta torde vara den komplexa relationen mellan EKMR, Stadgan och Schengenkonventionen, samt det faktum att många medlemsstater har system med dubbla förfaranden för administrativa och straffrättsliga lagöverträdelser.<sup>14</sup>

Domstolarna har påverkat varandra i sina avgöranden avseende *ne bis in idem* de senaste åren. Denna process har beskrivits som en negativ korsbefruktnings som har lett till en ond cirkel av problematisk juridisk vetenskap som har mångfaldigats genom domstolarnas ömsesidiga

---

<sup>9</sup> Ibid.

<sup>10</sup> de Albuquerque (2016), punkt 80.

<sup>11</sup> T.ex. *Engel and Others v. the Netherlands*, no. 5370/72 punkt 82; *A and B v. Norway* [GC], nos. 24130/11 and 29758/11, punkt 107; *Mihalache v. Romania* [GC], no. 54012/10 punkt 54; *C-489/10 Bonda*, EU:C:2012:319 punkt 37; *C-617/10 Åkerberg Fransson*, EU:C:2013:105 punkt 35; *C-524/15 Menci*, EU:C:2018:197 punkt 26.

<sup>12</sup> T.ex. *A and B v. Norway* [GC], nos. 24130/11 and 29758/11; *Mihalache v. Romania* [GC], no. 54012/10; *C-524/15 Menci*, EU:C:2018:197; förenade målen *C-217/15 Orsi* och *C-350/15 Baldetti*, EU:C:2017:264.

<sup>13</sup> de Albuquerque (2016), punkt 79; de Albuquerque (2019) punkt 54; *GA Campos Sánchez-Bordona i C-524/15 Menci*, EU:C:2017:669 punkt 69-73.

<sup>14</sup> *GA Cruz Villalón i C-617/10 Åkerberg Fransson*, EU:C:2012:340 punkt 70; *A and B v. Norway* [GC], nos. 24130/11 and 29758/11 punkt 118.

uppmuntran.<sup>15</sup> Denna onda cirkel kan komma att successivt urholka individens rättighet att inte bli åtalad och straffad två gånger för samma lagöverträdelse.

## 1.2 Syfte och frågeställning

Uppsatsen syftar till att undersöka och kritiskt analysera samspelet mellan EU-domstolen och Europadomstolen vad gäller tolkningen av *ne bis in idem* och vilka konsekvenser de olika domstolarnas tolkning av begreppen får utifrån ett rättighetsperspektiv. För detta syfte kommer följande frågeställningar att besvaras:

1. Vilken relation har EKMR, Stadgan och Schengenkonventionen till varandra när det gäller tolkningen och tillämpningen av *ne bis in idem*?
2. Vad innebär de senaste årens rättsfall från Europadomstolen och EU-domstolen för rättsläget beträffande *ne bis in idem* i Europa?
3. Vad innebär denna utveckling för individens rättigheter och för statens rätt att bestraffa lagöverträdelser (*ius puniendi*)?

## 1.3 Metod

### 1.3.1 Rättsdogmatisk metod och komparativ metod

Eftersom uppsatsen till stor del syftar till att utreda innehållet i gällande EU-rätt och i EKMR beträffande *ne bis in idem*, används i denna del den rättsdogmatiska metoden. Syftet med metoden brukar beskrivas som att finna lösningen på ett rättsligt problem genom att applicera en rättsregel på densamma. Mer konkret handlar det om att söka svaren i de allmänt accepterade rättskällorna och med hjälp av olika tolkningsregler tolka dessa rättskällor för att fastställa lösningen på problemet.<sup>16</sup> Uppsatsen innehåller även komparativ metod då den jämför EU-rätten och EKMR. Metoden går

---

<sup>15</sup> de Albuquerque (2019), punkt 47; de Albuquerque och Lim (2018), s. 6.

<sup>16</sup> Kleineman (2013), s. 21 och s. 25.

ut på att försöka förstå likheter och skillnader mellan rättssystem<sup>17</sup>, något som i detta fall är viktigt för att förstå samspelet dem. Den spelar också en viktig roll i harmoniseringsprocesser<sup>18</sup>, något som i viss mån sker mellan EU-rätten och EKMR på området grundläggande mänskliga rättigheter.

### 1.3.2 EU-rättslig metod

Då uppsatsen till stor del avhandlar EU-rätt är de tolkningsmedel och rättskällor som används här sådana som hör till EU-rätten. Inom EU-rätten är de primära rättskällorna Fördraget om Europeiska Unionen (FEU), Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt (FEUF) och Stadgan. Nästa rättskälla i hierarkin är allmänna rättsprinciper.<sup>19</sup> Dessa rättskällor är bindande.<sup>20</sup>

FEU art. 6 slår fast tre formella rättskällor för grundläggande rättigheter inom EU. Den första och viktigaste är Stadgan och därefter följer allmänna EU-rättsliga principer, vari EKMR ingår enligt art. 6.3. Rättspraxis från EU-domstolen utgör också en betydande rättskälla inom EU-rätten och är i princip bindande. EU-rätten är till stor del domarskapad och de allmänna rättsprinciperna som har utvecklats av EU-domstolen är ett resultat av domstolens starka ställning inom unionen.<sup>21</sup> Domstolens frekventa användning av allmänna rättsprinciper är något som är kännetecknande för den.<sup>22</sup> Just EKMR har intagit en viktig roll och har utgjort en ”speciell inspirationskälla” för EU-domstolen vid utarbetandet av dessa principer.<sup>23</sup>

Allmänna rättsprinciper används främst för att tolka fördragsartiklar och Stadgan, samt för att tolka och eventuellt ogiltigförklara de olika typerna av

---

<sup>17</sup> Valguarnera (2013) s. 141.

<sup>18</sup> Ibid. s. 143.

<sup>19</sup> Craig och de Búrca (2011), s. 109.

<sup>20</sup> Hettne och Otken Eriksson (red.) (2016), s. 40.

<sup>21</sup> Ibid. s. 40 och 49-50.

<sup>22</sup> Reichel (2013), s. 125.

<sup>23</sup> Craig och de Búrca (2011) s. 366-367.

akter, skulle de strida mot någon av principerna.<sup>24</sup> Domstolen har använt FEUF art. 263 som grund för doktrinen att en EU-reglering får upphävas om den kränker en allmän rättsprincip.<sup>25</sup> Därmed får domstolen möjlighet att använda de rättsliga principer som den själv har skapat för att ogiltigförklara EU-akter och ges så en vidsträckt rättsskapande roll.<sup>26</sup> En viktig tolkningsprincip är *effet utile*, vilken innebär att domstolen tolkar bestämmelserna mot bakgrund av deras ändamålsenliga verkan.<sup>27</sup>

### 1.3.3 Rättskällor och tolkningsprinciper för EKMR

Enligt Wienkonventionen om traktaträtten (Wienkonventionen) art. 31 är det främst ordalydelsen som tillmäts betydelse vid tolkningen av en traktat och EKMR är inget undantag. Även förarbetena är viktiga vid tolkningen, men de utgör en sekundär rättskälla enligt Wienkonventionen art. 32 och hänvisas till mer sällan av Europadomstolen. Detta beror till stor del på att förarbetena till de flesta bestämmelserna är gamla och Europadomstolen har framhållit att konventionen bör tolkas dynamiskt, dvs. i ljuset av samhällsutvecklingen och förändringar i rättsuppfattningen i konventionsstaterna. Beträffande rättskällevärdet utgör förutom konventionstexten även kommentarerna (Explanatory Reports) till EKMR en betydelsefull rättskälla.<sup>28</sup>

Ett par för uppsatsen särskilt relevanta tolkningsprinciper är de om autonoma begrepp, staternas s.k. *margin of appreciation* och sökandet efter en europeisk standard. Att tolka vissa begrepp autonomt innebär att centrala begrepp ska tolkas så att de får samma materiella innehåll för alla konventionsstater.<sup>29</sup> En tolkningsmetod domstolen ofta använder sig av är att söka efter en gemensam europeisk standard, och i avsaknad av en sådan

---

<sup>24</sup> Ibid s. 109.

<sup>25</sup> Hartley (2010) s. 143.

<sup>26</sup> Herdegren (2008), s. 352-353.

<sup>27</sup> Hettne och Otken Eriksson (red.) (2016), s. 49.

<sup>28</sup> Danelius (2015), s. 55

<sup>29</sup> Danelius (2015) s. 55-56 och s. 59

falla tillbaka på principen om staternas margin of appreciation.<sup>30</sup> Staternas margin of appreciation ska förstås på så sätt att de har frihet att tillämpa konventionsreglerna på ett flexibelt sätt med beaktande av inhemska förhållanden och rättsliga traditioner utan att detta innebär att konventionsrättigheterna berövas något av sitt centrala innehåll.<sup>31</sup>

## 1.4 Material

Uppsatsen behandlar *ne bis in idem* ur ett rättighetsperspektiv och hur denna rättighet balanseras mot statens rätt att bestraffa lagöverträdelse.

Beträffande mänskliga rättigheter har EKMR och Europadomstolens praxis genom åren utgjort en speciell inspirationskälla för EU-domstolen. En stor del av uppsatsen avhandlar därför praxis på området *ne bis in idem* i de två domstolarna, särskilt sådan praxis där de tydligt har inspirerats av varandra. Det är främst rättspraxis de senaste åren som avhandlas då det är under denna tid de för uppsatsens syfte väsentliga förändringarna har skett. Vidare utgör den s.k. ”homogenitetsklausulen” i Stadgan art. 52.3 en viktig aspekt beträffande relationen mellan EKMR och Stadgan. Dess inverkan på EU-domstolens rättspraxis utgör en viktig del av analysen.

Förutom rättspraxis läggs också vikt vid de bedömningar och åsikter som har framförts i de separata meningar som fogats till domarna i Europadomstolen. Även generaladvokatens förslag till avgörande i EU-domstolen används. Deras bidrag syftar främst till att belysa oenigheten kring hur principen *ne bis in idem* ska tolkas och tillämpas i medlemsstaterna. Generaladvokatens förslag utgör inte en bindande rättskälla, utan är bara vägledande.<sup>32</sup> Inte heller de separata meningarna i Europadomstolens domar är bindande; att uttrycka en separat mening är en rätt domarna har enligt EKMR art. 45.

---

<sup>30</sup> Danelius (2015) s. 59; Ambrus (2009), s. 363.

<sup>31</sup> Danelius (2015) s. 56

<sup>32</sup> Hettne och Otken Eriksson (2016), s. 40.

Slutligen används en del litteratur som rör principen ne bis in idem, då det är ett ämne som har avhandlats flitigt av akademiker de senaste åren.

## 1.5 Avgränsningar

Uppsatsens fokus ligger på bis-elementet av ne bis in idem varför idem-elementet inte behandlas mer än ytterst översiktligt. Vidare behandlar uppsatsen ne bis in idem som principen har tolkats i Europadomstolen och EU-domstolen. Fokus ligger på de tolkningar domstolarna har gjort från år 2016 och framåt, men även några äldre rättsfall berörs. Uppsatsen behandlar inte tilläggsprotokoll nr. 7 art. 4 i förhållande till EKMR art. 6 och art. 7 pga. platsbrist.

Vidare avhandlar uppsatsen inte principen som den kommer till uttryck inom konkurrensrätten, då den inom detta område är föremål för andra kriterier än den annars är, åtminstone inom EU-rätten.

## 1.6 Disposition

I uppsatsens andra kapitel behandlas relationen mellan EKMR och Stadgan, samt vilket syfte och funktion ne bis in idem fyller i dessa rättsliga instrument och vilket syfte och funktion principen fyller i Schengenkonventionen.

I det tredje kapitlet behandlas de senaste årens praxis från Europadomstolen och EU-domstolen beträffande ne bis in idem. Här redogörs för domstolarnas slutsatser varefter deras resonemang och tolkningsmetoder analyseras.

I det fjärde kapitlet görs en slutlig analys av de relevanta rättsfallen från föregående kapitel. Vidare analyseras hur relationen mellan EU-rätten och europarätten har påverkat de senaste årens rättsutveckling beträffande ne bis

in idem och vad detta innebär för enskildes rätt att slippa bli åtalad för samma brott två gånger.



## 2 Relationen mellan EKMR, Stadgan och Schengenkonventionen

### 2.1 Bakgrund

Det finns två sätt att betrakta principen *ne bis in idem*; som en princip *ne bis puniri* och som en princip *ne bis vexari*. *Ne bis puniri* innebär ett förbud mot dubbla straff och baseras på ett creditsystem. Detta innebär att i fall då ett andra åtal väcks tar domstolen hänsyn till den första påföljden vid utdömandet av den andra påföljden. *Ne bis vexari* innebär ett förbud mot ett andra åtal.<sup>33</sup> En sådan ordning innebär att statens möjligheter att åtala och straffa brottsliga gärningar uttöms då en anklagad person blir fälld eller friad genom ett slutligt beslut i en brottmålsrättegång.<sup>34</sup>

Såväl tilläggsprotokoll nr. 7 art. 4, Stadgan art. 50 som Schengenkonventionen art. 54 uttrycker *ne bis in idem* som *ne bis vexari*, då de uttryckligen förbjuder såväl dubbla straff som dubbla åtal.<sup>35</sup> Både art. 4 och art. 50 uttrycker principen som att ingen får ”lagföras eller straffas” på nytt och art. 54 uttrycker den som att ingen får ”åtalas för samma gärning”.

*Ne bis in idem* inkorporerades i EKMR:s tilläggsprotokoll nr. 7 art. 4, vilken trädde i kraft år 1988. Det är dock fortfarande några stater som inte har ratificerat tilläggsprotokoll nr. 7. Flera av EU:s medlemsstater – t.ex. Österrike, Frankrike, Italien och Portugal – har dessutom gjort reservationer till art. 4 som innebär att innebörden av begreppet ”brott” ska avgöras i nationell lagstiftning.<sup>36</sup> Art. 4 är bara tillämplig på nationell nivå.<sup>37</sup>

---

<sup>33</sup> Wattel (2016), s. 172-173.

<sup>34</sup> de Albuquerque (2016), punkt 6.

<sup>35</sup> Wattel (2016), s. 173-175.

<sup>36</sup> Groussot och Ericsson (2016), s. 56.

<sup>37</sup> Ibid. s. 60.

Schengenkonventionen art. 54 syftar främst till att upprätthålla den fria rörligheten inom EU. Den förbjuder upprepade åtal i flera medlemsstater för en fråga som redan har prövats genom lagakraftägande dom hos en avtalsslutande part. Till skillnad från tilläggsprotokoll nr. 7 art. 4 är den alltså bara tillämplig på gränsöverskridande situationer.<sup>38</sup>

Stadgan blev bindande för EU:s medlemsstater först år 2009 i samband med Lissabonfördragets ikraftträdande.<sup>39</sup> Till skillnad från tilläggsprotokoll nr. 7 art. 4 och Schengenkonventionen art. 54 skyddar Stadgan art. 50 både vid interna och gränsöverskridande situationer<sup>40</sup>, men den är bara tillämplig i den utsträckning medlemsstaterna tillämpar unionsrätten.<sup>41</sup>

## 2.2 Homogenitetsklausulen

Homogenitetsklausulen anger att i den mån som Stadgan omfattar rättigheter som motsvarar sådana som garanteras av EKMR ska de ha samma innebörd och räckvidd som i konventionen, men att detta inte hindrar unionsrätten från att tillförsäkra ett mer långtgående skydd. Syftet med bestämmelsen är att trygga det nödvändiga sammanhanget mellan Stadgan och EKMR och därigenom förhindra en kollision mellan dem.<sup>42</sup>

Det är inte helt klart vad detta innebär och hur långt EU-domstolens skyldighet att följa Europadomstolens rättspraxis sträcker sig.<sup>43</sup> Ordalydelsen i art. 52.3 ger inget direkt stöd för att Europadomstolens rättspraxis måste beaktas, då bestämmelsen inte uttryckligen refererar till dess rättspraxis.

---

<sup>38</sup> Groussot och Ericsson (2016), s. 57.

<sup>39</sup> Se Lissabonfördragets ändring till FEU art. 6

<sup>40</sup> Groussot och Ericsson (2016), s. 60.

<sup>41</sup> Tomkin (2014), s. 1374.

<sup>42</sup> ”Förklaringar avseende stadgan om de grundläggande rättigheterna”, publicerad 2007-12-14, Europeiska unionens officiella tidning C303, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SV/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:303:FULL&from=SV>> besökt 2019-11-20.

<sup>43</sup> Groussot och Ericsson (2016), s. 71-76.

Enligt förklaringarna till Stadgan innebär dock art. 52.3 att rättigheternas innebörd och räckvidd inte endast bestäms av ordalydelsen i EKMR och dess protokoll, utan också av rättspraxis vid Europadomstolen och EU-domstolen.<sup>44</sup> Stadgan art. 52.7 anger dock att dessa förklaringar bara ”ska vederbörligen beaktas av unionens och medlemsstaternas domstolar”. Således innebär varken förklaringarna till Stadgan eller art. 52.3 att det finns en uttrycklig skyldighet för EU-domstolen att följa Europadomstolens rättspraxis i fall rörande rättigheter som skyddas i både EKMR och Stadgan.<sup>45</sup>

Förutom att det inte går att finna någon sådan skyldighet i Stadgan vore en sådan skyldighet främmande för EU-rätten. Den hade inneburit att doktrinen stare decisis hade introducerats, vilken innebär att domstolen hade blivit bunden av sina egna prejudikat.<sup>46</sup> Detta har EU-domstolen aldrig formellt ansett sig vara.<sup>47</sup> Vidare förekom diverse försök att inkorporera en uttrycklig referens till Europadomstolens rättspraxis när Stadgan skrevs, med fruktlösa resultat.<sup>48</sup> Det verkar således som att om syftet var att EU-domstolen skulle vara bunden av Europadomstolens rättspraxis hade detta angetts uttryckligen i Stadgan.

Något som är helt okontroversiellt beträffande homogenitetsklausulen är att den skyddsnivå som erbjuds genom Stadgan aldrig får vara lägre än den som garanteras i EKMR.<sup>49</sup>

---

<sup>44</sup> ”Förklaringar avseende stadgan om de grundläggande rättigheterna”, publicerad 2007-12-14, Europeiska unionens officiella tidning C303, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SV/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:303:FULL&from=SV>> besökt 2019-11-21.

<sup>45</sup> Groussot och Ericsson (2016), s. 73.

<sup>46</sup> Lock (2009), s. 385.

<sup>47</sup> Hettne och Otken Eriksson (red.) (2016), s. 51.

<sup>48</sup> Craig och de Burca (2011) s. 397-398; Lock (2009) s. 385.

<sup>49</sup> ”Förklaringar avseende stadgan om de grundläggande rättigheterna”, publicerad 2007-12-14, Europeiska unionens officiella tidning C303, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SV/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:303:FULL&from=SV>> besökt 2019-11-21; Hettne och Otken Eriksson (red.) (2016) s. 149.

## 2.3 Relationen mellan Stadgan art. 50 och Schengenkonventionen art. 54

I samband med Lissabonfördragets ikraftträdande då Stadgan blev bindande för samtliga medlemsstater och fick status som primärrätt, uppstod frågan om Schengenkonventionen art. 54 var överflödig.<sup>50</sup> I sitt avgörande i målet Spasic bekräftade EU-domstolen att så inte var fallet.<sup>51</sup> Det som skiljer art. 50 och art. 54 åt är att art. 54 innehåller ett verkställighetsvillkor, som innebär att principen *ne bis in idem*, vid fällande dom, bara är tillämplig då straffet avtjänats eller är under verkställighet eller inte längre kan verkställas hos den part hos vilken avkunnandet ägt rum.

I Spasic-målet uttalade domstolen att art. 54 är en av de artiklar som uttryckligen nämns i förklaringarna till Stadgan art. 50 som omfattas av den s.k. ”begränsningsklausulen” i Stadgan art. 52.1. Begränsningsklausulen anger att de rättigheter och friheter som erkänns i Stadgan kan begränsas under vissa förutsättningar; bl.a. måste sådana begränsningar vara föreskrivna i lag. Verkställighetsvillkoret i art. 54 är en sådan begränsning som är föreskriven i lag i den mening som avses i art. 52.1 i Stadgan. Det innebär att ett ytterligare villkor ställs upp för att Stadgan art. 50 ska bli tillämplig i gränsöverskridande situationer.<sup>52</sup>

## 2.4 Europadomstolens relation till EU-rätten

I flera vägledande mål de senaste åren har Europadomstolen åtminstone delvis grundat sina avgörande på rättspraxis från EU-domstolen.<sup>53</sup> Det är inte ovanligt att Europadomstolens hänvisar till EU-domstolens rättspraxis, vilket följer av de tolkningsmetoder som Europadomstolen har utarbetat. En

---

<sup>50</sup> Asp (2016), s. 85-86.

<sup>51</sup> C-129/14 Spasic, EU:C:2014:586 punkt 55.

<sup>52</sup> Ibid. punkt 54-55.

<sup>53</sup> T.ex. Zolotukhin v. Russia [GC], no. 14939/03, 2009-I punkt 84 jämförd med C-436/04 Van Esbroeck, EU:C:2006:165 punkt 36-38; Mihalache v. Romania [GC], no. 54012/10 punkt 97-98 jämförd med C-486/14 Kossowski, EU:C:2016:483 punkt 48.

metod är att söka efter en gemensam europeisk standard, och i avsaknad av en sådan falla tillbaka på principen om staternas margin of appreciation.<sup>54</sup>

Vid sökandet efter en gemensam europeisk standard har domstolen ofta fallit tillbaka på komparativa överväganden.<sup>55</sup> De källor domstolen ofta använder sig av då är bl.a. rättspraxis från EU-domstolen, EU-rätt och nationell rätt.<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup> Danelius (2015), s. 59; Ambrus (2009) s. 356-357 och s. 363.

<sup>55</sup> Ambrus (2009), s. 356.

<sup>56</sup> Ibid s. 363.

## 3 Ne bis in idem i Europa

### 3.1 Innehållet i principen ne bis in idem

För att principen ne bis in idem ska vara tillämplig ska fyra villkor vara uppfyllda: 1) En och samma person ska ha lagförts eller straffats. 2) En och samma gärning ska ha lagförts (idem). 3) Dubbla sanktionsförfaranden ska ha tillämpats (bis). 4) Ett av de två avgörandena ska vara slutgiltigt (res judicata).<sup>57</sup> När dessa kriterier är uppfyllda föreligger en överträdelse av principen.

Trenden med avkriminalisering<sup>58</sup> som innebar en ökning av förvaltningsrättsliga sanktionsbestämmelser av repressiv karaktär ledde till Europadomstolens dom Engel m.fl. mot Nederländerna<sup>59</sup>. Här fastställde domstolen självständiga kriterier för att klargöra begreppen ”anklagelse för brott” i EKMR art. 6 och ”straff” i art. 7. och således att dessa är autonoma begrepp.<sup>60</sup> I sin dom i Bonda-målet antog EU-domstolen officiellt dessa kriterier även i sin bedömning av om en sanktion har straffrättslig karaktär.<sup>61</sup>

I samband med EU-domstolens dom i målet Åkerberg Fransson<sup>62</sup> fastslogs återigen att dessa kriterier gäller även inom unionsrätten och konceptet ”straffrätt” som det används i EU-domstolen i stort är detsamma som i Europadomstolen.<sup>63</sup> Denna dom medförde i princip att principen ne bis in idem fick samma omfattning i samtliga av EU:s medlemsstater. Detta innebar i sin tur att de medlemsstater som inte ratificerat tilläggsprotokoll nr

---

<sup>57</sup> GA Campos Sánchez-Bordona i C-524/15 Menci, EU:C:2017:669 punkt 38.

<sup>58</sup> de Albuquerque (2016), punkt 16.

<sup>59</sup> Engel and Others v. the Netherlands, no. 5370/72 punkt 80-82.

<sup>60</sup> Ibid.

<sup>61</sup> C-489/10 Bonda, EU:C:2012:319 punkt 36-37.

<sup>62</sup> C-617/10 Åkerberg Fransson, EU:C:2013:105.

<sup>63</sup> Ibid. punkt 34-35.

7 eller infört reservationer mot dess art. 4, ändå blev underkastade principen som såväl EU-domstolen som Europadomstolen hade definierat den.<sup>64</sup>

Så som beskrivits ovan har den europeiska *ne bis in idem*-principen i stora drag sett ut fram tills nyligen. Med de senaste årens domar från Europadomstolen och EU-domstolen har principen fått ett snävare tillämpningsområde, för vilket ska redovisas i kommande avsnitt.

## **3.2 Innebörden av domstolarnas praxis**

### **3.2.1 Innebörden av A och B mot Norge och Menci**

Både A och B mot Norge och Menci-målet rörde skatteförseelser vilka hade lett till dels administrativa sanktionsavgifter, dels straffrättsliga sanktioner. I båda fallen ansågs den administrativa sanktionsavgiften vara av straffrättslig karaktär<sup>65</sup> och de båda sanktionerna avsåg samma gärning<sup>66</sup>. Frågan i de båda fallen gällde *bis*-elementet.

#### **3.2.1.1 A och B mot Norge**

A och B mot Norge befäste resonemanget som tidigare hade förekommit i ett antal mål mot Sverige<sup>67</sup> och Finland<sup>68</sup>, vilket innebär att om det finns ett tillräckligt nära materiellt och tidsmässigt samband mellan de två förfarandena har en dubblering av processer inte ägt rum.<sup>69</sup>

Domstolen redogjorde utförligt för faktorer som visar på att det föreligger ett nära materiellt samband mellan två förfaranden. Härvid angav den att

---

<sup>64</sup> Asp (2016), s. 96-97.

<sup>65</sup> A and B v. Norway [GC], nos. 24130/11 and 29758/11 punkt 22-25 och punkt 137-139; C-524/15 Menci, EU:C:2018:197 punkt 33.

<sup>66</sup> A and B v. Norway [GC], nos. 24130/11 and 29758/11 punkt 141; C-524/15 Menci, EU:C:2018:197 punkt 38-39.

<sup>67</sup> T.ex. Nilsson v. Sweden, no. 73661/01, ECHR 2005-XIII.

<sup>68</sup> T.ex. Nykänen v. Finland, no. 11828/11.

<sup>69</sup> A and B v. Norway [GC], nos. 24130/11 and 29758/11 punkt 130.

proportionalitet mellan de två sanktionerna är det viktigaste kriteriet, för att minska den ytterligare börda en sådan kumulering medför för den enskilde. Domstolen var dock desto vagare gällande kriterierna för ett nära tidsmässigt samband. Den angav i princip bara att det måste finnas ett nära tidsmässigt samband för att skydda individen från rättslig osäkerhet och utdragna processer.<sup>70</sup>

En annan avgörande slutsats som Europadomstolen kom fram till i A och B mot Norge gäller res judicata. Härvid konstaterade domstolen att huruvida ett beslut är slutgiltigt eller inte saknar relevans då de två förfarandena ifråga inte rent faktiskt utgör dubbla förfaranden utan snarare är en kombination av förfaranden som tillsammans utgör en sammanhängande enhet. Detta innebär att frågan om de två förfarandena utgör en sammanhängande enhet med ett tillräckligt nära materiellt och tidsmässigt samband ska besvaras först, innan frågan om res judicata eventuellt blir aktuell.<sup>71</sup>

### **3.2.1.2 Analys av Europadomstolens resonemang**

Domstolen resonerade så, att staternas ovilja att acceptera ne bis in idem som den uttrycks i tilläggsprotokoll nr. 7 art. 4 och att flera stater har system med dubbla administrativa och straffrättsliga påföljder<sup>72</sup>, samt det faktum att flera stater intervenerat i målet i syfte att begränsa bestämmelsens tillämpningsområde, visar på avsaknad av en gemensam europeisk standard beträffande ne bis in idem. Domstolen konstaterade att det i första hand är upp till konventionsstaterna att välja hur de ska organisera sina straffrättsliga system då de här har bred margin of appreciation. Därefter argumenterade den att stater därför måste ha möjligheten att välja kompletterande påföljder för olika lagöverträdelser och att tilläggsprotokoll nr. 7 art. 4 inte kan innebära att sådana system blir otillåtna.<sup>73</sup>

---

<sup>70</sup> A and B v. Norway [GC], nos. 24130/11 and 29758/11 punkt 132 och punkt 134.

<sup>71</sup> Ibid. punkt 126.

<sup>72</sup> Se avsnitt 2.1 och punkt 117-118 i domen.

<sup>73</sup> A and B v. Norway [GC], nos. 24130/11 and 29758/11 punkt 106 och 120-123.



Detta resonemang går inte helt i linje med vad art. 4 föreskriver. Ne bis in idem är en absolut rättighet som det inte får göras avsteg från enligt EKMR art. 15<sup>74</sup>, vilket Pinto de Albuquerque påpekar i sin skiljaktiga mening. Därmed har stater ingen margin of appreciation beträffande denna rättighet.<sup>75</sup>

Vidare verkar domstolens slutsats angående res judicata inte överensstämja med vad den europeiska ne bis in idem-principen har inneburit tidigare.<sup>76</sup> Den verkar heller inte vara förenlig med vad den förklarande rapporten till tilläggsprotokoll nr. 7 anger om res judicata. Rapporten anger att ne bis in idem bara är tillämplig då personen i fråga har blivit slutgiltigt frikänd eller fälld i ett straffrättsligt förfarande. Ett sådant beslut är slutgiltigt när det fått res judicata-effekt.<sup>77</sup> Med domstolens resonemang i A och B mot Norge behöver frågan om res judicata inte prövas för att konstatera huruvida dubbla förfaranden har genomförts. Det är först då det har konstaterats att de två förfarandena inte har ett nära materiellt och tidsmässigt samband som frågan om res judicata är aktuell.

I sin skiljaktiga mening påpekade de Albuquerque att det inte finns något i ordalydelsen i art. 4 som tyder på att en distinktion ska göras mellan ett parallellt och ett efterföljande förfarande, mellan återupptagandet av ett pågående, parallellt förfarande och ett nytt åtal.<sup>78</sup> Det enda konventionen kräver är att då ett slutgiltigt beslut har fattats i det ena förfarandet måste det andra förfarandet upphöra. Annars föreligger en överträdelse.<sup>79</sup>

---

<sup>74</sup> Tilläggsprotokoll nr 7 art. 4.3

<sup>75</sup> de Albuquerque (2016), punkt 49.

<sup>76</sup> Se avsnitt 3.1.

<sup>77</sup> "Explanatory Report to the Protocol No 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms", publicerad 1984-11-22, European Treaty Series – No. 117, <<https://rm.coe.int/16800c96fd>> (besökt 2019-12-27), punkt 22 och 29. punkt 22 och 29.

<sup>78</sup> de Albuquerque (2016), punkt 41.

<sup>79</sup> Nykänen v. Finland, no. 11828/11 punkt 49.

### 3.2.1.3 Menci

EU-domstolen framhöll inledningsvis att ett sådant kumulerande av förfaranden och påföljder som var föremål för tolkningsfrågan i målet utgör en begränsning av den rättighet som garanteras i Stadgan art. 50.<sup>80</sup> En sådan begränsning av *ne bis in idem* kan dock vara berättigad på grundval av begränsningsklausulen.<sup>81</sup> Bestämmelsen föreskriver att begränsningar av de rättigheter och friheter som erkänns i Stadgan måste vara föreskrivna i lag och förenliga med det väsentliga innehållet i dessa rättigheter och friheter. Sådana begränsningar får, med beaktande av proportionalitetsprincipen, endast göras om de är nödvändiga och faktiskt svarar mot ett mål av allmänt samhällsintresse som erkänns av unionen eller behovet av skydd för andra människors rättigheter och friheter.<sup>82</sup>

Domstolen fann att bekämpandet av lagöverträdelser på mervärdesskatteområdet svarar mot ett mål av allmänt samhällsintresse som erkänns av unionen.<sup>83</sup> Beträffande kravet på proportionalitet får en sådan kumulering av förfaranden och påföljder inte gå utöver vad som är ändamålsenligt och nödvändigt för att uppnå de legitima mål som eftersträvas med lagstiftningen i fråga.<sup>84</sup> Vidare krävs att den nationella lagstiftningen innehåller bestämmelser som säkerställer en samordning som begränsar den ytterligare börda som en kumulering av förfaranden medför för de berörda personerna till vad som är strikt nödvändigt.<sup>85</sup> Det måste också finnas bestämmelser som säkerställer att strängheten i de samlade påföljderna motsvarar den berörda överträdelsens allvar, i enlighet med proportionalitetsprincipen i Stadgan art. 52.1 och art. 49.3.<sup>86</sup> De två sistnämnda kraven är hämtade från avgörandet i A och B mot Norge.<sup>87</sup>

---

<sup>80</sup> C-524/15 Menci, EU:C:2018:197 punkt 39.

<sup>81</sup> C-524/15 Menci, EU:C:2018:197 punkt 40; C-129/14 Spasic, EU:C:2014:586 punkt 55-56.

<sup>82</sup> C-524/15 Menci, EU:C:2018:197 punkt 40-41.

<sup>83</sup> *Ibid.* punkt 44-45.

<sup>84</sup> *Ibid.* punkt 46.

<sup>85</sup> *Ibid.* punkt 53.

<sup>86</sup> *Ibid.* punkt 55.

<sup>87</sup> A and B v. Norway [GC], nos. 24130/11 and 29758/11 punkt 134.

Slutligen konstaterade EU-domstolen att domen inte innebär att rättighetsskyddet i Stadgan art. 50 understiger den skyddsnivå Europadomstolen uppställt avseende *ne bis in idem* i A och B mot Norge. Därmed är kravet på homogenitet i Stadgan art. 52.3 uppfyllt.<sup>88</sup>

### 3.2.1.4 Analys av EU-domstolens tolkning och resonemang

I målet var frågan om EU-domstolen skulle anpassa sig efter A och B mot Norge högaktuell.<sup>89</sup> EU-domstolen rättfärdigade sitt ställningstagande genom att hänvisa till proportionalitetsprincipen, samt till begränsningsklausulen i art. 52.1 och homogenitetsklausulen art. 52.3.

Det framgår av FEUF art. 325 och av avgörandet i M.A.S. och M.B. bekämpandet av lagöverträdelse på mervärdesskatteområdet utgör ett ”mål av allmänt samhällsintresse som erkänns av unionen”.<sup>90</sup> Den nationella rättsordningen är skyldig att lagstifta om effektiva och avskräckande påföljder för grovt bedrägeri som riktar sig mot unionens ekonomiska intressen.<sup>91</sup> Domstolen gjorde här en tolkning enligt *effet utile* och konstaterade att i syfte att uppnå detta mål kan en kumulering av förfaranden och påföljder av straffrättslig karaktär vara berättigad.<sup>92</sup>

Generaladvokaten framförde att en anpassning till Europadomstolens praxis efter A och B mot Norge inte är önskvärd, delvis för att Europadomstolen själv medgett att det bästa sättet att iaktta principen *ne bis in idem* är att använda sig av en enda sanktion och att dubbla sanktioner vid blandade förfaranden bör vara ett undantag från denna huvudregel.<sup>93</sup>

---

<sup>88</sup> C-524/15 Menci, EU:C:2018:197 punkt 61-62.

<sup>89</sup> GA Campos Sánchez-Bordona i C-524/15 Menci, EU:C:2017:669 punkt 2-3.

<sup>90</sup> ”Förklaringar avseende stadgan om de grundläggande rättigheterna”, publicerad 2007-12-14, Europeiska unionens officiella tidning C303, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SV/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:303:FULL&from=SV>> besökt 2019-12-28.

<sup>91</sup> C-42/17 M.A.S. och M.B., EU:C:2017:93 p. 62

<sup>92</sup> C-524/15 Menci, EU:C:2018:197 punkt 44.

<sup>93</sup> GA Campos Sánchez-Bordona i C-524/15 Menci, EU:C:2017:669 punkt 70; A and B v. Norway [GC], nos. 24130/11 and 29758/11 punkt 130.

Han framförde vidare att ett av skälen till att Europadomstolen hade godtagit en begränsning av principen *ne bis in idem* var för att ett antal konventionsstater inte hade ratificerat tilläggsprotokoll nr. 7 och ytterligare andra hade infört reservationer mot art. 4.<sup>94</sup> Flera stater hade framfört argument till varför en begränsning av *ne bis in idem* var berättigad, och Europadomstolen synes ha godtagit vissa av dessa argument.<sup>95</sup> Generaladvokaten framförde härvid att tolkningen av Stadgan art. 50 inte kan göras beroende av i vilken mån medlemsstaterna är beredda att respektera dess innehåll, vilket är juridiskt bindande.<sup>96</sup>

När en begränsning av en rättighet i Stadgan motsvarar en rättighet i EKMR måste begränsningen också uppfylla begränsningskraven i konventionen.<sup>97</sup> Som nämnt ovan är *ne bis in idem* en absolut rättighet som det inte får göras avsteg från enligt EKMR art. 15.<sup>98</sup> Så är inte fallet i Stadgan, där principen får göras avsteg från under vissa förutsättningar. Samtidigt tvingar homogenitetsklausulen EU-domstolen att inte tolka *ne bis in idem* på ett sådant sätt att den får ett lägre skydd än vad som garanteras av EKMR. Med Europadomstolens vändning i A och B mot Norge blev detta krav lättare att uppfylla och har så möjliggjort ett sänkt skydd av principen även på unionsnivå.

---

<sup>94</sup> GA Campos Sánchez-Bordona i C-524/15 Menci, EU:C:2017:669 punkt 71.

<sup>95</sup> GA Campos Sánchez-Bordona i C-524/15 Menci, EU:C:2017:669 punkt 71; A and B v. Norway [GC], nos. 24130/11 and 29758/11 punkt 88-100.

<sup>96</sup> GA Campos Sánchez-Bordona i C-524/15 Menci, EU:C:2017:669 punkt 72.

<sup>97</sup> "Förklaringar avseende stadgan om de grundläggande rättigheterna", publicerad 2007-12-14, Europeiska unionens officiella tidning C303, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SV/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:303:FULL&from=SV>> besökt 2019-12-28.

<sup>98</sup> Tilläggsprotokoll nr 7 art. 4.3.

## 3.2.2 Innebörden av Mihalache mot Rumänien och Kossowski

Båda fallen gällde frågan vad som utgör en lagkraftätagande dom och därmed ett slutligt beslut som utgör hinder mot att väcka nytt åtal (res judicata).<sup>99</sup>

### 3.2.2.1 Kossowski

Målet gällde tillämpningen av ne bis in idem i Schengenkonventionen art. 54.<sup>100</sup> En slutsats är att art. 54 inte bara är tillämplig på beslut fattade av domstol i form av en dom, utan även på beslut fattade av myndigheter som deltar i straffrättskipningen som innebär att straffrättsliga förfaranden i den medlemsstaten definitivt avslutats.<sup>101</sup> I övrigt måste tre kriterier vara uppfyllda för att ett sådant beslut ska anses ha res judicata-effekt: 1) Det föreligger ett definitivt hinder mot att väcka åtal enligt lagstiftningen i den stat i vilken det aktuella beslutet meddelats.<sup>102</sup> 2) Detta beslut har föregåtts av en ingående utredning av fallet.<sup>103</sup> 3) Denna utredning har inkluderat en bedömning i sak av ärendet.<sup>104</sup>

Det första kriteriet innebär att tillämpningen av ne bis in idem beror av vad som utgör en lagkraftätagande dom enligt tilläggsprotokoll nr 7 art. 4<sup>105</sup> och Stadgan art. 50. Stadgan måste beaktas då den har status som primärrätt.<sup>106</sup> Tilläggsprotokoll nr 7 art. 4 är tillämplig då principen ska tillämpas i en och samma medlemsstat och då ska art. 50 ha samma innebörd och räckvidd

---

<sup>99</sup> C-486/14 Kossowski, EU:C:2016:483 punkt 29 och 32; Mihalache v. Romania [GC], no. 54012/10 punkt 86.

<sup>100</sup> C-486/14 Kossowski, EU:C:2016:483 punkt 29 och 32.

<sup>101</sup> C-486/14 Kossowski, EU:C:2016:483 punkt 39; se även förenade målen C-187/01 Gözütok och C-385/01 Brügge, EU:C:2003:87 punkt 38.

<sup>102</sup> C-486/14 Kossowski, EU:C:2016:483 punkt 34.

<sup>103</sup> Ibid. punkt 53-54.

<sup>104</sup> Ibid. punkt 42.

<sup>105</sup> C-398/12 M, EU:C:2014:1057 punkt 36-37.

<sup>106</sup> Asp (2016), s. 88

som denna bestämmelse.<sup>107</sup> Därmed ska dessa båda bestämmelser beaktas även då det rör en gränsöverskridande situation i vilken Schengenkonventionen art. 54 är tillämplig.

### **3.2.2.2 Analys av EU-domstolens tolkning och resonemang**

Domstolen gjorde återigen en ändamålsenlig tolkning, där den väger syftena med art. 54 mot varandra. Det främsta syftet med art. 54 är att säkerställa att en person inte åtalas för samma gärning i flera medlemsstater pga. att hen utövat sin rätt till fri rörlighet.<sup>108</sup> Ett annat viktigt syfte med Schengenkonventionen är att förebygga och bekämpa brottslighet inom Schengenområdet. Art. 54 ska nämligen tolkas mot bakgrund av FEU art. 3.2, vilken anger att unionen ska erbjuda sina medborgare ett område med frihet, säkerhet och rättvisa utan inre gränser.<sup>109</sup> För att uppnå detta syfte måste nödvändigtvis straffrihet undvikas.<sup>110</sup>

Beslutet som var föremål för prövning var ett som fattats av den polska åklagarmyndigheten att inte väcka åtal mot en person för ett påstått brott han hade begått i Tyskland. Beslutet om nedläggning av förundersökningen motiverades av att den misstänkte hade vägrat att yttra sig och att målsäganden och ett indirekt vittne var bosatta i Tyskland, varför de inte hade kunnat höras inom ramen för förundersökningen.<sup>111</sup> EU-domstolen slog fast att ett sådant beslut inte kan anses utgöra ett beslut som meddelats efter en bedömning i sak. Vore så fallet hade det blivit svårt, eller till och med omöjligt, att leva upp målet att förebygga och beivra brottslighet.<sup>112</sup> Det var mot denna bakgrund som domstolen drog slutsatsen att ett beslut att

---

<sup>107</sup> ”Förklaringar avseende stadgan om de grundläggande rättigheterna”, publicerad 2007-12-14, Europeiska unionens officiella tidning C303, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SV/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:303:FULL&from=SV>> besökt 2019-12-29.

<sup>108</sup> C-486/14 Kossowski, EU:C:2016:483 punkt 44; C-469/03 Miraglia, EU:C:2005:156 punkt 32; förenade målen C-187/01 Gözütok och C-385/01 Brügge, EU:C:2003:87 punkt 38.

<sup>109</sup> C-486/14 Kossowski, EU:C:2016:483 punkt 46.

<sup>110</sup> de Albuquerque (2019), punkt 33.

<sup>111</sup> C-486/14 Kossowski, EU:C:2016:483 punkt 12-16.

<sup>112</sup> Ibid. punkt 48-49.

inte väcka åtal utan att någon bedömning i sak har gjorts inte kan anses utgöra ett slutgiltigt beslut med res judicata-effekt.

Domstolen konstaterade slutligen att principen om ömsesidigt förtroende kräver att medlemsstaterna godtar ett lagakraftäggande beslut i en annan medlemsstat. Den framhöll dock att för att det ömsesidiga förtroendet ska kunna upprätthållas mellan medlemsstaterna krävs det att de kan kontrollera att de aktuella lagakraftäggande avgörandena faktiskt bygger på en prövning i sak.<sup>113</sup>

### 3.2.2.3 Mihalache mot Rumänien

Liksom EU-domstolen ansåg inte Europadomstolen att det krävs att en domstols dom för att avgöra huruvida det föreligger ett slutligt beslut om frikännande eller fällande. Det aktuella beslutet måste dock ha fattats av en rättsvårdande myndighet som enligt den nationella rättsordningen är behörig att fastställa, och vid behov, straffa det olagliga beteendet ifråga.<sup>114</sup>

Enligt den förklarande rapporten till tilläggsprotokoll nr. 7 är ett slutgiltigt beslut för handen när det innebär att personen i fråga har blivit slutgiltigt frikänd eller fälld.<sup>115</sup> För att avgöra huruvida beslutet ifråga innebär ett frikännande eller ett fällande måste en bedömning i sak har gjorts. Omständigheter som tyder på att det har gjorts en bedömning i sak inkluderar att ett vittne har blivit förhört, bevisning har samlats in och bedömts av en behörig myndighet och ett välmotiverat beslut har fattats på grundval av denna bevisning.<sup>116</sup>

Beträffande slutgiltigheten i ett beslut om frikännande eller fällande uttalar domstolen att begreppet ”slutgiltigt” måste tolkas autonomt.<sup>117</sup> Annars hade konventionsstaterna själva kunnat avgöra när ett beslut är att anse som

---

<sup>113</sup> Ibid. punkt 51-52.

<sup>114</sup> Mihalache v. Romania [GC], no. 54012/10 punkt 95.

<sup>115</sup> Ibid. punkt 88.

<sup>116</sup> Ibid. punkt 97-98.

<sup>117</sup> Ibid. punkt 110 och 114.

slutgiltigt, vilket hade kunnat leda till resultat som inte överensstämmer med konventionens ändamål och syfte.<sup>118</sup> Ett beslut om frikännande eller fällande är slutgiltigt i konventionens autonoma mening när alla ordinära rättsmedel är uttömda eller då tidsfristen för användandet av dessa rättsmedel har gått ut.<sup>119</sup> För att kravet på rättssäkerhet ska vara uppfyllt krävs att lagen tydligt föreskriver omfattningen av det ordinära rättsmedlet och tiden för vilken det kan utnyttjas.<sup>120</sup>

#### **3.2.2.4 Analys av Europadomstolens tolkning och resonemang**

Slutsatsen att ett slutgiltigt beslut inte behöver ha formen av domstols dom för att kunna få res judicata-effekt följer i linje med EU-domstolens slutsatser. Annars hade administrativa sanktionsförfaranden där andra myndigheter än domstolar fattar beslut om sanktioner av straffrättslig karaktär per automatik fallit utanför tillämpningsområdet för principen *ne bis in idem*. Så har dock varit fallet även tidigare och innebär inget nytt i sak.

Kravet att beslutet som är föremål för frågan om res judicata är baserat på en bedömning i sak är inspirerat av resonemanget i EU-domstolens avgörande i Kossowski-målet. Bakgrunden till EU-domstolens slutsats är dock grundat på syftet med Schengenkonventionen art. 54, dvs. att förebygga straffrihet och att säkerställa fri rörlighet inom Schengenområdet, samt på den EU-rättsliga principen om ömsesidigt förtroende. Syftet att förebygga straffrihet har inget att göra med principen *ne bis in idem* i betydelsen *ne bis vexari*, utan snarare motsäger den.<sup>121</sup>

Resonemanget ovan har kritiserats för att inte beakta just att EU-domstolens slutsatser i stort bygger på tolkningsmetoder som är specifika för just den

---

<sup>118</sup> Ibid. punkt 116.

<sup>119</sup> Ibid. punkt 103.

<sup>120</sup> Ibid. punkt 115.

<sup>121</sup> de Albuquerque (2019), punkt 47.



rättsordningen, men som inte nödvändigtvis är relevanta för Europadomstolens tolkning av samma rättighet.<sup>122</sup>

---

<sup>122</sup> Ibid.

## 4 Slutsatser och analys

### 4.1 Analys

Såväl tilläggsprotokoll nr. 7 art. 4 som Stadgan art. 50 och Schengenkonventionen art. 54 uttrycker principen *ne bis in idem* som *ne bis vexari*. I samband med avgörandet i A och B mot Norge gick dock Europadomstolen mer mot kreditsystemet och *ne bis puniri*.<sup>123</sup> Ett avgörande kriterium för att leva upp till kraven som ställs i domen är nämligen att det andra sanktionsförfarandet tar hänsyn till det första när den andra sanktionen ska dömas ut.

I Menci-målet antog EU-domstolen, mot bakgrund av Europadomstolens ställningstagande i A och B mot Norge, en liknande ståndpunkt. Det konstaterades att dubbla straffrättsliga och administrativa förfaranden inte strider mot Stadgan art. 50 om lagstiftningen också säkerställer att strängheten i de samlade sanktionerna är proportionerliga och inte överstiger vad den konstaterade överträdelsens allvar motiverar. Även detta är ett ställningstagande för *ne bis puniri*.

Det verkar som att Europadomstolen i A och B mot Norge föll för trycket från flera konventionsstater som inte accepterade innehållet i *ne bis in idem* efter EU-domstolens avgörande i Åkerberg Fransson. I sitt förslag till avgörande i Menci-målet framförde dock generaladvokaten att tolkningen av Stadgan art. 50 inte kan göras beroende av i vilken mån medlemsstaterna är beredda att respektera dess innehåll. Ur ett rättighetsperspektiv innebär en sådan ordning onekligen ett bakslag för den enskildes rättigheter till förmån för statens *ius puniendi*.

EU-domstolen gick inte på generaladvokatens linje, men följde inte heller helt i Europadomstolens spår i A och B mot Norge. Homogenitetsklausulen

---

<sup>123</sup> Vetzo (2018), s. 64.

torde emellertid inte innebära att EU-domstolen är strikt bunden av Europadomstolens praxis. Däremot tillåter Europadomstolens avgöranden att även EU-domstolen försvagar skyddet som *ne bis in idem* garanterar den enskilde.

EU-domstolen motiverar visserligen sitt ställningstagande mot bakgrund av unionens intressen och proportionalitetsprincipen och inte mot bakgrund av Europadomstolens rättspraxis. Denna begränsning hade dock inte levt upp till homogenitetsklausulens krav utan avgörandet i A och B mot Norge. Före detta avgörande var medlemsstaterna tvungna att leva upp till kraven som uppställdes i målet Åkerberg Fransson. Detta innebar ett klart förbud mot dubbel bestraffning i form av en straffrättslig sanktion å ena sidan och en administrativ sanktion å andra sidan när den sistnämnda sanktionen har straffrättslig karaktär.

Europadomstolen bekräftade sin ståndpunkt i A och B mot Norge i några efterföljande rättsfall. I inget av dem har det nationella rättssystemet levt upp till kravet om ett nära materiellt och tidsmässigt samband.<sup>124</sup> Kriteriet ger konventionsstaterna ett till synes vidsträckt skön att organisera sina rättsliga system, men det verkar inte vara helt lätt att leva upp till i praktiken. Faktum kvarstår dock att avgörandet har öppnat dörren för EU-domstolen att begränsa omfattningen av *ne bis in idem* även på unionsnivå.

Beträffande *Mihalache mot Rumänien* återstår det att se vad det kommer att innebära för den enskildes rättigheter. Avgörandet innebär delvis en vinst för den enskilde, då domstolen bekräftade att det inte enbart är en domstols dom som kan få *res judicata*-effekt. Detta innebär emellertid inget nytt i sak utan denna ordning förelåg även före avgörandet. Kriteriet att ett sådant beslut måste baseras på en ingående utredning och en bedömning i sak innebär en desto större förlust för den enskilde. Det möjliggör att en bristfällig utredning där t.ex. ett relevant vittne inte har förhörts, kan bli

---

<sup>124</sup> Jóhannesson and others v. Iceland, no. 22007/11; Nodet c. France, n° 47342/14; *Mihalache v. Romania* [GC], no. 54012/10.

avgörande för om beslutet ifråga får res judicata-effekt. De rättsvårdande myndigheterna kan vinna på att inte göra en utförlig utredning och fatta ett slutgiltigt beslut därefter. Är utredningen bristfällig kan den återupptas ändå.

Detta innebär en betydande rättsosäkerhet för den enskilde som inte nödvändigtvis kan förlita sig på att de rättsvårdande myndigheternas beslut har rättskraft. Den enskilde kan bli helt utelämnad till de rättsvårdande myndigheternas vilja och förmåga att genomföra en ingående utredning. EU-domstolens resonemang i Kossowski är rimligt mot bakgrund av EU-rättens ändamål och syften, men ett motsvarande resonemang i Europadomstolen synes olämpligt. EU-domstolens motivering bygger på det unionsrättsliga intresset att förebygga straffrihet och att upprätthålla den unionsrättsliga principen om ömsesidigt förtroende. I gränsöverskridande situationer som den i Kossowski-målet kan stater ibland stöta på svåra hinder i sina brottsutredningar som gör det svårt för dem att göra en bedömning i sak i ärendet. I syfte att förhindra straffrihet i gränsöverskridande situationer bör det krävas att det har gjorts en ingående utredning för att ett beslut baserat på utredningen ska anses slutgiltigt.

## 4.2 Slutsats

Det är visserligen positivt att domstolarna söker harmonisera tolkningen och tillämpningen av *ne bis in idem* då detta bidrar till förutsebarhet för medlemsstaterna. Kreditsystemet och målet att förhindra straffrihet är dock inga koncept som är förenliga med tilläggsprotokoll nr. 7 art. 4 som uttrycker *ne bis in idem* som *ne bis vexari*. Det är viktigt att hålla isär de olika syften som styr EKMR och EU-rätten. I rent interna situationer, när art. 50 och art. 54 inte är tillämpliga, bör den enskilde inte bli föremål för en tolkning av *ne bis in idem* som grundar sig på specifikt EU-rättsliga ändamål och syften. Sådana tolkningar utvidgar området för statens *ius puniendi* samtidigt som den enskildes rättighetsskydd minskar. Europadomstolen bör därför vara försiktig i sin tolkningsverksamhet. Dess avgörande i A och B mot Norge öppnade dörren för ett försvagat

rättighetskydd även på unionsnivå. Dess avgörande i Mihalache mot Rumänien överförde en tolkning av *ne bis in idem* som är olämplig i rent interna situationer när den enskildes rättighetskydd bör prioriteras framför allt annat.

# Käll- och litteraturförteckning

## *Litteratur*

Ambrus, Mónika (2009), 'Comparative Law Method in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights in the Light of the Rule of Law', *Erasmus Law Review, Volume 02, Issue 3* s. 354-371.

Asp, Petter (2016), *The Procedural Criminal Law Cooperation of the EU*. Uppl. 1. Stiftelsen Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet. 2016.

Craig, Paul och de Búrca, Gráinne (2011), *EU Law: Texts, Cases and Materials*. Uppl. 5. Oxford University Press. 2011.

Danelius, Hans (2015), *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*. Uppl. 5. Norstedts Juridik AB. 2015.

de Albuquerque, Pinto (2016), *A and B v Norway – Separate opinion: Dissenting Opinion of Judge Pinto de Albuquerque*. A and B v. Norway [GC], nos. 24130/11 and 29758/11, s. 53-92.

de Albuquerque, Pinto (2019), *Mihalache v Romania – Separate opinion: Concurring Opinion of Judge Pinto de Albuquerque*. Mihalache v. Romania [GC], no. 54012/10, s. 49-70.

de Albuquerque, Paulo Pinto och Lim, Hyun-Soo (2018), 'The cross-fertilisation between the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights: reframing the discussion on Brexit', *European Human Rights Law Review 2018-6* s. 567-577.

de la Cuesta (ed.), José Luis (ed.); Blanco Cordero, Isidoro (ed.) (2015), 'Fourteenth International Congress of Penal Law (Vienna, 2-7 October 1989)', *International Review of Penal Law (Vol. 86)*, s. 351-368.

Ekelöf, Per Olof; Andersson, Simon; Bellander, Henrik; Bylund, Torleif; Edelstam, Henrik; Pauli, Mikael (2018), *Rättegång: Tredje häftet*. Uppl. 8. Norstedts Juridik AB. 2018.

Groussot, Xavier och Ericsson, Angelica (2016), 'Ne Bis in Idem in the EU and ECHR Legal Orders: A Matter of Uniform Interpretation?', i van Bockel, Bas (red.), *Ne Bis in Idem in EU Law*. Cambridge University Press s. 53-102. 2016.

Hartley, TC (2010), *The Foundations of European Union Law*. Uppl. 7. Oxford University Press Inc. 2010.

Herdegren, Matthias (2008), 'General Principles of EU law – the Methodological Challenge', i Bernitz, Ulf; Nergelius, Joakim; Cardner, Cecilia; Groussot, Xavier (ed.), *General Principles of EC Law in a Process of Development*, s. 343-355. 2008.

Hettne, Jörgen och Otken Eriksson, Ida (red.) (2011), *EU-rättslig metod: Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*. Uppl. 2. Norstedts Juridik AB. 2016.

Kleineman, Jan (2013), 'Rättsdogmatisk metod', i Korling, Fredric och Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk Metodlära*. Uppl. 1:6. Studentlitteratur AB s. 21-45. 2017.

Lock, Tobias (2009), 'The ECJ and the ECtHR: The Future Relationship between the Two European Courts', *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* s. 375-398.

Reichel, Jane (2013), 'EU-rättslig metod', i Korling, Fredric och Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk Metodlära*. Uppl. 1:6. Studentlitteratur AB s. 109-140. 2017.

Tomkin, Jonathan (2014), 'Right not to be Tried or Punished Twice in Criminal Proceedings for the same Criminal Offence' i Peers, Steve; Hervey, Tamara; Kenner, Jeff; Ward, Angela (ed.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary* s. 1373-1412.

Valguarnera, Filippo (2013), 'Den komparativa metoden', i Korling, Fredric och Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk Metodlära*. Uppl. 1:6. Studentlitteratur AB s. 141-173. 2017.

Vetzo, Max (2018), 'The Past, Present and Future of the *Ne Bis In Idem* Dialogue between the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights: The Cases of *Menci*, *Garlsson* and *Di Puma*', *Review of European Administrative Law* 2018-2 s. 55-84.

Wattel, Peter J. (2016), '*Ne Bis in Idem* in Tax Offences in EU Law and ECHR Law', i van Bockel, Bas (ed.), *Ne Bis in Idem in EU Law*. Cambridge University Press s. 167-217. 2016.

## ***Källor***

### Tryckta källor

Förslag till avgörande av generaladvokat Manuel Campos Sánchez-Bordona, föredraget den 12 september 2017, i mål C-524/15 Luca Menci.

Förslag till avgörande av generaladvokat Pedro Cruz Villalón, föredraget den 12 juni 2012, i mål C-617/10 Hans Åkerberg Fransson.

#### Elektroniska källor

”Förklaringar avseende stadgan om de grundläggande rättigheterna”, publicerad 2007-12-14, Europeiska unionens officiella tidning C303, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SV/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:303:FULL&from=SV>> (besökt 2019-11-20).

“Explanatory Report to the Protocol No 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms”, publicerad 1984-11-22, European Treaty Series – No. 117, <<https://rm.coe.int/16800c96fd>> (besökt 2019-12-04).



# Rättsfallsförteckning

## *EU-domstolen*

Dom av den 20 mars 2018, Menci, i mål C-524/15 Menci

Dom av den 20 mars 2018, Garlsson Real Estate, C-537/16

Dom av den 20 mars 2018, Di Puma och Consob, C-596/16 och C-597/16

Dom av den 5 december 2017, M.A.S. och M.B., C-42/17

Dom av den 5 april 2017, Orsi och Baldetti, C-217/15 och C-350/15

Dom av den 29 juni 2016, Kossowski, C-486/14

Dom av den 27 maj 2014, Spasic, C-129/14

Dom av den 5 juni 2014, M, C-398/12

Dom av den 26 februari 2013, Åkerberg Fransson, C-617/10

Dom av den 5 juni 2012, Bonda, C-489/10

Dom av den 9 mars 2006, Van Esbroeck, C-436/04

Dom av den 10 mars 2005, Miraglia, C-469/03

Dom av den 11 februari 2003, Gözütok och Brügge, C-187/01 och C-385/01

## *Europadomstolen*

*Korneyeva v. Russia*, no. 72051/17, 8 October 2019

*Mihalache v. Romania* [GC], no. 54012/10, 8 July 2019

*Nodet c. France*, n° 47342/14, 6 juin 2019

*Jóhannesson and others v. Iceland*, no. 22007/11, 18 May 2017

*A and B v. Norway* [GC], nos. 24130/11 and 29758/11, 15 November 2016

*Nykänen v. Finland*, no. 11828/11, 20 May 2014

*Zolotukhin v. Russia* [GC], no. 14939/03, 10 February 2009, Reports of Judgements and Decisions 2009-I

*Nilsson v. Sweden*, no. 73661/01, 13 December 2005, Reports of Judgements and Decisions 2005-XIII

*Engel and Others v. the Netherlands*, no. 5370/72, 23 November 1976