



Strafferettens påvirkning fra det europæiske Charter om grundlæggende rettigheder strejftog i et uvejsomt landskab

Vestergaard, Jørn

Published in:
EU's Charter

Publication date:
2016

Document version
Også kaldet Forlagets PDF

Citation for published version (APA):
Vestergaard, J. (2016). Strafferettens påvirkning fra det europæiske Charter om grundlæggende rettigheder: strejftog i et uvejsomt landskab. I E. Ersbøll (red.), *EU's Charter: I et menneskeretligt krydsfelt* (s. 133-183). Djøf Forlag.

Strafferettens påvirkning fra det europæiske Charter om grundlæggende rettigheder – strejftog i et uvejsomt landskab

Af Jørn Vestergaard

1. Indledning

På det strafferetlige område i bred forstand kommer grundlæggende rettigheder og menneskerettigheder i spil med to modsatrettede formål. På den ene side skal lovgivning og praksis værne om væsentlige beskyttelsesinteresser, f.eks. retten til liv, frihed og personlig sikkerhed, privatliv, osv.¹ Dette indebærer nødvendigvis indskrænkninger i borgeres og virksomheders friheder og rettigheder, ikke mindst i tilfælde af efterforskning af, retsforfølgning for eller fuldbyrdelse af straf for kriminelle forhold. Så på den anden side skal anvendelsen af strafferetlige foranstaltninger og indgreb ske under respekt af en række hensyn og principper, der begrænser adgangen til myndighedsudøvelse, f.eks. legalitetskravet, uskyldsformodningen og andre retsstatslige krav til retfærdig rettergang, den strafferetlige proportionalitetsgrundsætning, osv.² Og i pagt med Chartrets bestemmelse om rækkevidde og fortolkning af ret-

1. EU og medlemsstaterne har *negative forpligtelser* til ikke at begrænse borgernes rettigheder ved gennemførelsen af EU-retten, jf. art. 51, stk. 1, i Chartret. Derimod anses Chartret ikke i sig selv at indebære *positive forpligtelser* til at kriminalisere bestemte forhold; men sådanne forpligtelser kan følge af den internationale menneskeret. For en nærmere redegørelse herom, se Jonas Christoffersen, *EU's Charter med kommentarer*, Jurist og Økonomforbundets Forlag, 2014, s. 57 f.
2. Om retfærdighed i retssystemet, se afsnit VI, art. 47-50 i Chartret.

tigheder og principper skal foranstaltninger til forbedring af sikkerheden være fastlagt i lovgivningen og overholde proportionalitetsprincippet mv.³

EU-Domstolen betragter ikke varetagelse af den offentlige sikkerhed og respekt for grundlæggende rettigheder som modsatrettede målsætninger, men som sammenhængende og indbyrdes supplerende mål.⁴ En sådan forestilling kan der med rette sættes spørgsmålstegn ved.

Ganske mange af de 54 bestemmelser i Chartret kan have interesse i forbindelse med spørgsmål inden for såvel den materielle strafferet, straffuldbyrdelsesretten og strafferetsplejen som tilgrænsende retsområder, hvor der anvendes pønalt prægede sanktioner og foranstaltninger. I det følgende må der nødvendigvis ske en udvælgelse af problemstillinger, som indtil videre har aktualiseret sig.⁵ Det vil selvsagt heller ikke være muligt at dække de mange spørgsmål, som er behandlet under EMRK.⁶

På grund af retsforbeholdet finder bestemmelserne i Chartret fortsat ikke anvendelse på området for retlige og indre anliggender for Danmarks vedkommende.⁷ Danske domstole kan således ikke forelægge Domstolen præju-

3. Art. 52, stk. 1, i Chartret indeholder de klassiske krav til begrænsninger i udøvelsen af rettigheder og friheder. Unionen anerkender de rettigheder, friheder og principper, der findes i Chartret, »der har samme juridiske værdi som traktaterne«, jf. art. 6, stk. 1, TEU.
4. Se således EU-Domstolens afgørelse i de forenede sager C-293/12 og C-594/12 *Digital Rights Ireland m.fl.* [2014], para. 42. Afgørelsen omtales nærmere nedenfor. En tilsvarende opfattelse ligger til grund for Stockholm-programmet, som Det Europæiske Råd vedtog i 2009, se herom senere.
5. En omfattende og opdateret fremstilling er udgivet af André Klip, *European Criminal Law*, 3rd edition, Intersentia, 2015 (590 sider). En mere overskuelig og stadig gangbar bog er udgivet af Helmut Satzger, *International and European Criminal Law*, Hart Publishing, 2012. På dansk, se Thomas Elholm i *Grundlæggende EU-ret*, 2. udgave 2011, Jurist- og Økonomforbundets Forlag kap. 8. Se også en række bidrag i Diego Acosta Arcarazo & Cian C. Murphy (eds.), *EU Security and Justice Law*, samt Maria Bergström & Anna Jonsson Cornell, *European Police and Criminal Law Co-Operation*, begge Hart Publishing, 2014. De nu klassiske fremstillinger er forfattet af de også i øvrigt flittigt publicerende Steve Peers, *EU Justice and Home Affairs Law*, 3rd Edition 2011, Oxford, 2011, og Valsamis Mitsilegas, *EU Criminal Law*, Hart Publishing, 2009, forventet ny udgave medio 2016. Se også Samuli Miettinen, *Criminal Law and Policy in the European Union*, Routledge.
6. EMRK's betydning på det strafferetlige område er forbilledligt behandlet af Satzger pp. 143 ff. En samlet fremstilling på dansk er forfattet af Trine Baumbach, *Strafferet og menneskeret*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2014 (634 sider). Emnet er også indgående behandlet i kommentaren til EMRK og i Jon Fridrik Kjølbro's bog.
7. Se i øvrigt Henning Bang Fuglsang Madsen Sørensen, *Retsforbeholdet – Hvad, hvorfor og hvordan?*, Books on demand, 2015.

dicielle spørgsmål om fortolkningen eller gyldigheden af retsakter på området.⁸ Men Danmark kan afgive indlæg eller skriftlige udtalelser i sager indbragt af andre.⁹ Som følge af loyalitetsprincipper har danske domstole imidlertid pligt til at iagttage praksis fra Domstolen.¹⁰ Danske domstole har i øvrigt kun i ganske få tilfælde haft lejlighed til at berøre Chartrets bestemmelser i straffesager.¹¹

Et aktuelt eksempel på, hvordan en lang stribe af grundlæggende rettigheder, friheder og menneskeretlige principper kan gøre sig gældende på et givet strafferetligt lovgivningsområde finder man i det aktuelle direktivforslag vedrørende bekæmpelse af terrorisme.¹² Med de begivenheder der kulminerede med attentaterne i Paris den 13. november 2015 som bagtæppe fremlagde Kommissionen den 2. december 2015 et forslag til afløsning og udvidelse af den gældende retsakt om samme emne.¹³ Forslaget tager særligt sigte på at begrænse mulighederne for radikalisering og rekruttering, herunder af *foreign terrorist fighters*.¹⁴ Der skabes bl.a. forpligtelser til kriminalisering af modtagelse af oplæring i terrorisme samt af rejseaktiviteter og facilitering heraf, herunder muligvis også med hensyn til rejser mellem medlemsstaterne.¹⁵ En gennemførelse vil muligvis ratificering af en ny tillægsprotokol til Europa-

8. Jf. art. 2 i Protokol 22 om Danmarks stilling. I forhold til retsakter udstedt før Lissabon-traktatens ikrafttrædelse ville en sådan kompetence for Domstolen forudsætte afgivelse fra dansk side af erklæring herom efter art. 35 EU. Om Domstolens almindelige kompetence under Lissabon-traktaten, se senere.
9. Jf. art. 23, stk. 2, i Protokol 3 om statuten for Domstolen.
10. Om loyalitetsprincippet, se art. 4, stk. 3, TEU.
11. Om U 2013.834 H se nedenfor i afsnittet vedrørende betydningen af princippet om *ne bis in idem* ved behandlingen af en europæisk arrestordre. Om dansk strafferet og EU, se Trine Baumbach, *Retskildernes kamp*, Jurist- og økonomforbundets Forlag, 2012, s. 49-71. Om retspraksis vedrørende domstolskontrol med administrativ frihedsberøvelse ved udvisning, se Jonas Christoffersen, *ibid.* s. 417 f.
12. Om Kommissionens generelle strategi for den effektive gennemførelse af Chartret, se COM(2010)573.
13. COM(2015) 625 final. Om rammeafgørelse 2002/475/RIA om bekæmpelse af terrorisme, se senere.
14. Se herom mit bidrag til antologien *Skarpt engagement*, red.: Peter Vedel Kessing m.fl., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2016.
15. Som følge af det danske retsforhold, vil Danmark ikke være bundet af direktivet, men vil forsat være undergivet forpligtelserne i rammeafgørelsen. I det væsentlige må det antages, at dansk ret allerede er i samklang med reglerne i direktivforslaget, om end det på enkelte punkter ville kunne have lovgivningsmæssige konsekvenser, hvis forslaget fandt anvendelse i Danmark.

rådets 2007 konvention om forebyggelse af terrorisme.¹⁶ I Kommissionens bemærkninger til direktivforslaget er der medtaget ikke mindre end 17 artikler i Chartret, og de principielle hensyn er udførligt omtalt i præamblen.¹⁷ Også i den oprindelige retsakt på området blev respekten for grundlæggende rettigheder, menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder understreget, herunder ved henvisning til de principper, der anerkendes i traktatgrundlaget, og som afspejles i Chartrets afsnit om retfærdighed i retssystemet.¹⁸

Oprindeligt blev beskyttelsen af grundlæggende rettigheder et tema i fællesskabsretten gennem retspraksis i sager om dennes legitime forrang i forhold til national ret. Medlemsstaterne fik derved sikkerhed for, at fællesskabslovgivningen respekterede grundlæggende rettigheder og menneskerettigheder samt medlemsstaternes fælles forfatningsretlige traditioner.¹⁹ Da Chartret blev vedtaget sammen med Nice-traktaten ved Det Europæiske Råd

16. Den 22.10.2015 undertegnede Kommissionen på EU's vegne tillægsprotokollen til den europæiske konvention, hvilket skete sammen med en række af Europarådets medlemsstater. Primo 2016 har ingen stater endnu ratificeret protokollen, og Danmark har heller ikke undertegnet denne. Selve konventionen trådte i kraft i 2007 for Danmarks vedkommende, men en håndfuld EU-medlemsstater har fortsat ikke ratificeret den.
17. Præambelbetragtning 19: »Dette direktiv er i overensstemmelse med de principper, der anerkendes i art. 2 i Traktaten om Den Europæiske Union, og de grundlæggende rettigheder og friheder, samt med de principper, der navnlig er anerkendt i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, herunder i kapitel II, III, V og VI, og som bl.a. omfatter retten til frihed og sikkerhed, ytrings- og informationsfrihed, foreningsfrihed og tanke-, samvittigheds- og religionsfrihed, det generelle forbud mod diskrimination, navnlig på grund af race, farve, etnisk eller social oprindelse, genetiske anlæg, sprog, religion eller tro, politiske eller andre anskuelser, retten til respekt for privatliv og familieliv og retten til beskyttelse af personoplysninger, princippet om proportionalitet mellem lovovertrædelse og straf, præcision, klarhed og forudsigelighed i strafferetten, uskyldsformodning samt fri bevægelighed som omhandlet i art. 21, stk. 1, i Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde og direktiv 2004/38/EF. Dette direktiv skal gennemføres i overensstemmelse med disse rettigheder og principper.«
18. Afsnit VI i Chartret, jf. art. 47-50. I præambelbetragtning 10 i rammeafgørelse 2002/475/RIA om bekæmpelse af terrorisme blev det yderligere fastslået, at intet i retsaktens måtte fortolkes på en måde, som indskrænker eller er til hinder for de grundlæggende frihedsrettigheder som f.eks. strejkeret, forsamlings-, forenings- eller ytringsfrihed. Præambelbetragtningen er i sin helhed citeret i flere danske afgørelser om terrorisme, se U 2009.1452 H, U 2011.2778 V og U 2012.2562 H.
19. Om Unionens værdier, jf. nu art. 2 TEU. I relation til området med frihed, sikkerhed og retfærdighed er den eneste udtrykkelige anerkendelse i traktatgrundlaget af grundlæggende rettigheder den generiske art. 6 TEU.

2. Den historiske udvikling i traktatgrundlaget ...

møde i december 2000, fik det fra først af status som en politisk erklæring. Med ophøjelsen til retligt bindende primær ret ved Lissabon-traktatens ikrafttrædelse den 1. december 2009 blev det på bl.a. det strafferetlige område i bred forstand fastslået, at grundlæggende rettigheder skal tillægges mindst samme beskyttelsesniveau som garanteret ved andre internationale overenskomster, som medlemsstaterne har tilsluttet sig, herunder særligt EMRK, samt medlemsstaternes forfatninger.²⁰

Inddragelsen af Chartret i traktatgrundlaget har nu sat sit præg på dele af EU-strafferetten, særligt for de medlemsstater som deltager fuldt ud i det overstatslige samarbejde på området for retlige og indre anliggender. Området er blandt dem, der med Lissabon-traktaten undergik de største strukturelle ændringer, og indholdsmæssigt har traktaten medført en opgradering af grundlæggende rettigheders betydning.

Som baggrund for bemærkningerne i det følgende om rækkevidden af Chartrets bestemmelser i forhold til EU-strafferetten vil der først blive givet en oversigt over områdets udvikling.

2. Den historiske udvikling i traktatgrundlaget og det strafferetlige samarbejde

Gennem historien har det været af grundlæggende betydning for den enkelte stat at forbeholde sig suverænitet med hensyn til myndighedsudøvelse på eget territorium. Selvbestemmelse over politimæssige og strafferetlige spørgsmål har således traditionelt været udgangspunktet for det internationale samarbejde på disse områder, sådan som dette f.eks. har udfoldet sig i forholdet mellem de nordiske lande, i Europarådet og i FN. Samme udgangspunkt præger stadig til dels det samarbejde, der har sit udspring i den europæiske fællesskabsret. De første fire årtier efter oprettelsen af det oprindelige fællesskab havde de europæiske institutioner ingen beføjelser på dette område, og de spæde tilløb til samarbejde foregik enten informelt eller gennem folkeretlige aftaler. I løbet af de seneste par årtier har politisamarbejde og strafferetligt samarbejde imidlertid fået en stadig større principiel og praktisk betydning som led i den europæiske integration. Der er med rivende hast udviklet stadig mere forpligtende samarbejdsrelationer, herunder på grundlag af et princip om gensidig anerkendelse af retsafgørelser og senest med overgang til over-

20. Se nærmere art. 53 i Chartret. Da Chartret ikke er udtømmende, kan der på EU-rettens område fortsat være yderligere grundlæggende rettigheder forankret i EMRK eller i medlemsstaternes forfatningsretlige traditioner.

statslige kompetencer også på dette område. Strafferetten undergår med andre ord en form for europæisering i lighed med den, der gennem længere tid er foregået på andre retsområder, men stadig under en vis respekt for de enkelte medlemsstaters særlige samfundsmæssige og kulturelle værdier, hvilket kan være relevant i forhold til såvel kriminalisering og sanktioner som kriminalpolitik i bredere forstand.²¹

Med udviklingen af samarbejdet på dette område er begreber som »europæisk strafferet« og »EU-strafferet« blevet gangbare. Dette skal ikke forstås som ensbetydende med, at EU som lovgiver har kompetence til at udstede formelle strafferetlige regler med direkte virkning for borgerne.²² Med enkelte særlige modifikationer hviler kompetencen til vedtagelse af strafferetlig lovgivning fortsat hos medlemsstaterne. Derimod er retstilstanden i national strafferet på efterhånden mange områder fastlagt under indtryk af EU-retlige forpligtelser, sådan som det er tilfældet, når en såkaldt rammeafgørelse eller et direktiv implementeres. Dette gælder også på strafferetsplejens område.

Det første spæde frø til EU-strafferetten kan siges at være spiret i 1976, da der uden for de institutionelle strukturer blev etableret et mellemstatsligt politisamarbejde mellem medlemsstaternes justits- og indenrigsministre. Dette forum fik betegnelsen TREVI, hvilket stod for *Terrorisme, Radikalisme, Extremisme & Violence Internationale*. Efterfølgende udviklede der sig en tradition for møder i ekspertgrupper på forskellige områder.

Nogenlunde samtidig begyndte Domstolen at udvikle en stadig mere forgrenet praksis, der i fællesskabsretten efterhånden indlejrede et omfattende

21. I traktatgrundlaget understreges det bl.a. generelt, at Unionen respekterer medlemsstaternes nationale identitet, som den kommer til udtryk i deres grundlæggende politiske og forfatningsmæssige strukturer, jf. art. 4, stk. 2, TEU. På Lissabon-traktatens »område med frihed, sikkerhed og retfærdighed« respekterer Unionen »de grundlæggende rettigheder og medlemsstaternes forskellige retssystemer og retstraditioner«, jf. art. 67, stk. 1, TEUF.
22. EU-konkurrenceretten kendetegnes ved en regulering, der i sin helhed henhører under EU, idet såvel regelfastsættelse, kontrol, retsforfølgning som sanktionering foregår i EU-regi, jf. art. 103, stk. 2 (a), TEUF, der hjemler bøde og tvangsbøde for overtrædelse af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler. Sanktionerne betragtes som forvaltningsretlige, ikke strafferetlige, men reelt er der tale om stor lighed med straf. Også forordningerne om de fælles markedsordninger for landbrugsvarer mv. indeholder bestemmelser om anvendelse af administrative sanktioner mod overtrædelser; men heller ikke sådanne sanktioner opfattes som strafferetlige, om end de reelt har stor lighed hermed. Det samme kan siges om sanktions-regimerne vedrørende forebyggelse af terrorisme mv. med anvendelse af blacklisting, indfrysning osv.

2. Den historiske udvikling i traktatgrundlaget ...

antal grundlæggende rettigheder, som blev udledt af EMRK og andre internationale aftaler samt medlemsstaternes fælles forfatningstraditioner.²³

Bestræbelserne på at udvikle det indre marked fik en indirekte indflydelse på medlemsstaternes strafferet, som måtte tilpasses i det omfang, den indeholdt forbud mod forskellige former for import og eksport.²⁴

Med Traktaten om Den Europæiske Union (TEU), der i 1992 blev undertegnet i Maastricht, og som trådte i kraft i 1993, blev det politimæssige og strafferetlige samarbejde traktatfæstet. Bestemmelserne i TEU Afsnit VI skabte et nyt kompetenceområde med hensyn til Retlige og Indre Anliggender (RIA-samarbejdet), som kom til at henhøre under den såkaldte søjle 3, hvorunder samarbejdet var mellemstatsligt, ligesom det var tilfældet under den samtidig traktatfæstede søjle 2 om den fælles udenrigs- og sikkerhedspolitik (FUSP-samarbejdet). Dette indebar, at der var andre regler for kompetencer, procedurer og typer af retsakter end for fællesskabsanliggender under søjle 1. Men samarbejdet foregik i EU-regi, og aktørerne var i det væsentlige de samme. Kommissionen oprettede et generaldirektorat med ansvar for samarbejdet om retlige og indre anliggender.

Da medlemsstaterne forhandlede om EU-traktaten opstillede de en liste over spørgsmål af fælles interesse. Listen omfattede asyl, indvandring, kontrol ved EU's ydre grænser, narkotika, bedrageri på internationalt plan, civil- og strafferetligt samarbejde, toldsamarbejde og politisamarbejde, især til bekæmpelse af international kriminalitet og terrorisme.

Samarbejdet blev yderligere udbygget med Amsterdam-traktaten. Med dennes ikrafttrædelse i 1999 blev der ambitiøst fastlagt en pluralistisk mål-

23. Se således C-4/73 *Nold* [1974] og en række efterfølgende afgørelser afsagt under indflydelse af den tyske forfatningsdomstols forbehold over for fællesskabsrettens forrang i sagen *Solange I*. Forud havde Domstolen anerkendt, at borgernes grundrettigheder som formet af medlemsstaternes forfatningsmæssige traditioner indgår i fællesskabsrettens generelle principper, som Domstolen skal beskytte, jf. sag C-11/70 *Internationale Handelsgesellschaft* [1970].
24. Med hensyn til gennemførelsen af de opgaver, der følger af traktaterne, er medlemsstaterne undergivet en loyalitetspligt, som kan begrænse friheden også på det strafferetlige område, jf. art. 4, stk. 3, TEU. Også principperne om subsidiaritet og proportionalitet kan have betydning, jf. art. 5, stk. 3, TEU, hhv. art. 5, stk. 4, TEU samt Protokol 2 til Lissabon-traktaten. Om hensynet til den fri bevægelighed for personer, se således C-193/94 *Sofia Skanavi & Chryssanthakopoulos* [1996] om underkendelse af at pålægge en græsk statsborger med et førerbevis udstedt i Grækenland straf for at køre i Tyskland uden at være i besiddelse af et tysk førerbevis. Se også sag C-348/96 *Donatella Calfa* [1999] om livsvarig udvisning i en mindre alvorlig narkotikasag som uforenelig med fællesskabsretten. Vedrørende retten til frihed og personlig sikkerhed, se art. 20 og 21 TEUF samt art. 6 i Chartret.

sætning om at bevare og udbygge Unionen som »et område med frihed, sikkerhed og retfærdighed« for at give borgerne et højt tryghedsniveau, og der blev foretaget en uddybning af, hvad fælles handling vedrørende politisamarbejde og retligt samarbejde omfattede.²⁵ Rammerne om samarbejdet gennemgik en omfattende omstrukturering og intensivering med mere effektive juridiske instrumenter, præcisering af fællesskabsorganernes rolle og tættere indbyrdes samarbejde.

Kommissionen delte nu initiativretten med medlemsstaterne, som indtil Amsterdam-traktatens ikrafttrædelse havde haft denne alene. Parlamentet var fortsat ikke en del af lovgivningsmagten inden for RIA-samarbejdet, men skulle høres om alle retsakter af bindende art.

For så vidt angår RIA-spørgsmål under søjle 3, blev der i Amsterdam-traktaten indført nye typer af instrumenter.

Fælles holdninger kunne vedtages af Rådet med enstemmighed som udtryk for EU's tilgang til et bestemt spørgsmål, f.eks. med henblik på tilkendegivelser eller vedtagelser i eksterne sammenhænge. Det blev bl.a. besluttet at vedtage fælles holdninger forud for forhandlinger i FN om en konvention vedrørende bekæmpelse af organiseret kriminalitet og forud for forhandlinger i OECD om en konvention vedrørende bestikkelse.

Af særlig betydning for en vis samordning af strafferetten i medlemsstaterne blev indførelsen af de såkaldte rammeafgørelser, der med hensyn til retsvirkninger minder om fællesskabsrettens direktiver. Rammeafgørelser kunne på et afgrænset område vedtages af Rådet med henblik på indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes strafferetlige regler. Sådanne instrumenter er bindende for medlemsstaterne med hensyn til det tilsigtede mål, men overlader det til dem selv at bestemme form og midler for gennemførelsen, og de »indebærer ikke umiddelbar anvendelighed«, som der stod i Amsterdam-traktaten.²⁶ Det blev således udtrykkeligt slået fast, at formålet med sådanne retsakter ikke var at harmonisere, hvorved der fortsat blev taget vidtgående hensyn til medlemsstaternes selvbestemmelse på dette område. I det mellemstatslige samarbejde fik rammeafgørelser en ganske stor praktisk betydning som afløsning for den tidligere praksis med udarbejdelse af konventioner, som det havde vist sig vanskeligt at få alle medlemsstater til at ratificere og

25. Jf. COM(1998) 459 final s. 11. Om Unionens mål, se nu art. 3, stk. 2, TEU. Bestemmelserne om et område med frihed, sikkerhed og retfærdighed findes nu i Tredje Del, Afsnit V, art. 67-76 TEUF.

26. Jf. art. 34 i Amsterdamtraktaten om det retlige samarbejde i straffesager. Mindsteregler for fastlæggelse af kriminelle handlinger og straffene herfor kunne kun fastsættes for »organiseret kriminalitet, terrorisme og ulovlig narkotikahandel«.

2. Den historiske udvikling i traktatgrundlaget ...

implementere. Mange rammeafgørelser er stadig i kraft, se senere; men de fleste forventes efterhånden afløst af direktiver med virkning for medlemsstater uden særlige forbehold.

For så vidt angår de spørgsmål, der hørte under den mellemstatslige søjle 3, kunne enhver medlemsstat acceptere Domstolens kompetence til at afgøre præjudicielle spørgsmål om gyldigheden eller fortolkningen af en retsakt og af gennemførelsesforanstaltninger hertil.²⁷

Baggrunden for udbygningen af samarbejdet om retlige og indre anliggender var, at der med Den europæiske Fælles Akts ikrafttrædelse i 1987 var oprettet et område med fri bevægelighed for personer. Oprettelsen af et stort europæisk økonomisk marked var et af hovedmålene med fællesskabskonstruktionen. Grænserne mellem medlemsstaterne og de nationale markeder skulle åbnes, og herved skulle der etableres et område uden indre grænser. Den fri bevægelighed for personer mellem medlemsstaterne kan imidlertid skade befolkningernes sikkerhed, den offentlige orden og praktiseringen af de borgerlige rettigheder. Dette skabte et behov for kompenserende og supplerende foranstaltninger til styrkelse af de ydre grænser samt udvikling af samarbejdet mellem de myndigheder, der har ansvaret for retlige og indre anliggender, navnlig politi, toldmyndigheder, og udlændingemyndigheder. Bestræbelserne herpå skete tillige under indtryk af den øgede mobilitet på globalt plan samt de muligheder, der er forbundet med den nye informationsteknologi. Følgelig blev bekæmpelse af grov kriminalitet af grænseoverskridende betydning – f.eks. narkotikakriminalitet, organiseret kriminalitet, bedrageri på internationalt plan, menneskehandel, seksuel udnyttelse af børn, it-kriminalitet, hvidvaskning af sorte penge – omfattet af samarbejdet. Opmærksomheden blev især rettet mod udlevering i straffesager og andre former for international retshjælp, som forudsætter, at der ikke er for store forskelle med hensyn til kriminalisering og strafferammer. Unionen fik derfor tildelt en vis kompetence til at fastsætte minimumskrav med hensyn til strafbare forhold, forsøgshandlinger, medvirken, selskabsansvar, mindste maksimumstraffe mv.

Ifølge traktatgrundlaget henhører strafferetten fortsat under de nationale myndigheders kompetence. I 2005 fastslog Domstolen imidlertid, at der i henhold til EF-traktaten gyldigt kunne fastsættes regler med relation til medlemsstaternes strafferet, hvis dette var åbenart nødvendigt for effektivt at kunne håndhæve sektorpolitisk regulering. Da miljøbeskyttelse er et af Fæl-

27. Jf. art. 35 EU (art. K.7 i Amsterdamtraktaten). En tredjedel af medlemsstaterne har aldrig afgivet erklæring herom. Om Domstolens almindelige kompetence under Lisabon-traktaten, se senere.

lesskabets grundlæggende formål, kunne og skulle reguleringen principielt ske i et fællesskabsretligt direktiv, ikke i en mellemstatslig rammeafgørelse.²⁸ Men strafferetligt samarbejde om spørgsmål, som ikke i øvrigt henhørte under Fællesskabets kompetence, skulle stadig foregå i mellemstatslige rammer under søjle 3.

De særegne typer af retsakter vedrørende det politimæssige og strafferetlige samarbejde, kunne ikke vedtages med kvalificeret flertal, men krævede enstemmighed, og de havde som nævnt ikke samme retsvirkninger som forordninger og direktiver udstedt under søjle 1, om end Domstolen i 2005 fastslog, at en rammeafgørelse udstedt under søjle 3 er bindende for medlemsstaterne og efter omstændighederne kan have en »indirekte virkning«, der minder om de retsvirkninger, der kendetegner et direktiv udstedt under søjle 1.²⁹ Som udgangspunkt skal medlemsstaterne nemlig sikre opfyldelsen af deres pligter i henhold til EU-retten, dvs. at loyalitetsprincippet også gælder på området for det politimæssige og strafferetlige samarbejde. Nationale domstole har med andre ord pligt til så vidt muligt at fortolke national ret i overensstemmelse med en rammeafgørelses ordlyd og formål. Principielt er forpligtelsen til at tilstræbe normkonformitet dog begrænset af respekt for de grundlæggende rettigheder, herunder navnlig retten til en retfærdig rettergang som omhandlet i EMRK, sådan som EMD har fortolket konventionen.

Med Lissabon-traktatens ikrafttrædelse blev søjlestrukturen og dermed sondringen mellem Det Europæiske Fællesskab og Den Europæiske Union afskaffet, hvilket indebar, at området for retlige og indre anliggende herefter blev »unioniseret« med overstatslige kompetencer for Rådet, om end med visse mellemstatslige indslag og særlige mekanismer til sikring af mindretals-

28. Se sagerne C-176/03 og C-440/05, begge *Kommissionen mod Rådet* [2005] samt direktiv om miljøbeskyttelse 2008/99/EF og direktiv om skibsforurening 2009/123/EF. Se også direktiv om minimumsstandarder for sanktioner og foranstaltninger over for arbejdsgivere, der beskæftiger tredjelandssstatsborgere med ulovligt ophold 2009/52/EF. Med Lissabon-traktaten blev retsstillingen fastslået i art. 83 TEUF.
29. Om retsvirkningerne af rammeafgørelser, se sag C-105/03 *Pupino* [2005], der ikke vedrører materiel strafferet, men reglerne for bevisoptagelse og andre procesregler til beskyttelse af ofre for kriminalitet. Den italienske skolelærer Maria Pupino var anklaget for vold mod sine elever. Domstolen fik forelagt spørgsmålet om fortolkningen af en rammeafgørelse om ofres stilling, hvorefter ofre skulle have krav på at kunne afgive forklaring på anden måde end i et offentligt retsmøde. Domstolen fandt, at ligheden mellem en rammeafgørelse og et direktiv medførte en forpligtelse for domstolene i medlemsstaterne til at anlægge en overensstemmende fortolkning af national ret, og at børnene derfor skulle have adgang til at afgive forklaring efter regler, der sikrede et passende beskyttelsesniveau. Afgørelsen har været genstand for omfattende behandling i litteraturen.

2. Den historiske udvikling i traktatgrundlaget ...

interesser, hvilket afspejler medlemsstaternes ønske om at bevare selvbestemmelsen, hvis den nationale suverænitet bliver gået for nær.³⁰ Samtidig blev Parlamentet medlovgiver på området for politimæssigt og strafferetlige samarbejde, hvilket utvivlsomt har bevirket en bedre demokratisk forankring af lovgivningsprocessen.³¹ Parlamentet har på mange punkter været fortalere for styrkelse af borgernes grundlæggende rettigheder.³² Desuden fik Domstolen i det væsentlige almindelig kompetence på området, og der blev direkte adgang for nationale domstole i alle instanser til forelæggelse af præjudicielle spørgsmål, hvor dette tidligere ikke havde været muligt for domstole på lave trin.³³

Med Lissabon-traktaten blev Unionens strafferetlige kompetence udvidet, sådan som det kom til udtryk i Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF).³⁴ I det nugældende traktatgrundlag er det udtrykkeligt fastslået, at samarbejdet i straffesager bygger på princippet om gensidig anerken-

30. Om de nationale parlamenters overvågning af nærhedsprincippet overholdelse på området med frihed, sikkerhed og retfærdighed i overensstemmelse med bestemmelserne i Protokol 2 om anvendelse af nærhedsprincippet og proportionalitetsprincippet, se art. 69 TEUF. Om den særlige procedure, hvis en medlemsstat påberåber sig, at et udkast til direktiv om retligt samarbejde i straffesager berører grundlæggende aspekter af national ret, se art. 82, stk. 3, og art. 83, stk. 3, TEUF. En gruppe på mindst en fjerdedel af medlemsstaterne kan fortsat stille lovforslag, jf. art. 76(b) TEUF. Se i øvrigt Steve Peers, *Common Market Review*, 2011 pp. 661 f.
31. I forbindelse med vedtagelse af foranstaltninger ned henblik på administrativt samarbejde mellem myndigheder i medlemsstaterne og mellem sådanne og Kommissionen, skal Parlamentet dog fortsat blot høres, jf. art. 74 TEUF.
32. Parlamentets borgerretlighedsudvalg, LIBE-komiteen, spiller en særdeles aktiv rolle i lovgivningsprocessen. Se således udvalgets resolution af 12.04.2012 på grundlag af rapport om EU-tilgang til straffelovgivning. I en principiel sag om overdragelse under Schengen-grænsekodekset af magtbeføjelser til medlemsstaternes grænsevagter lagde Domstolen til grund, at standsning af pågrebne personer, beslaglæggelse af skibe og overførsel af de pågrebne personer, kunne indebære indgreb i de berørte personers grundlæggende rettigheder i et sådant omfang, at Parlamentets medvirken som EU-lovgiver var påkrævet, og en rådsafgørelse herom blev derfor annulleret, se sag C-355/10 *Parlamentet v. Rådet* [2012].
33. Dog fortsat med undtagelse af beføjelser til at prøve gyldigheden eller proportionaliteten af medlemsstaternes retshåndhavende myndigheders operationer samt medlemsstaternes opretholdelse af ro og orden og beskyttelse af den indre sikkerhed, se nærmere art. 276 TEUF. I forhold til andre medlemslande end Danmark, Irland og UK kan Domstolen behandle præjudicielle forelæggelser fra alle retter vedrørende retsakter om politisamarbejde og retsligt samarbejde i straffesager, jf. art. 267 TEUF. Om den 5-årige overgangsperiode, der udløb den 1. december 2014, se art. 10 i Protokol 36 til Lissabon-traktaten.
34. Jf. Tredje Del, Afsnit V, kap. 4 og 5 TEUF.

delse af domme og retsafgørelser og omfatter indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning på de udtrykkeligt opregnede områder vedrørende alvorlig kriminalitet med en grænseoverskridende dimension.³⁵ Se nærmere nedenfor.

Traktaten hjemler i øvrigt fastsættelse af minimumsregler om enkeltpersoners rettigheder inden for strafferetsplejen, nu ved udstedelse af direktiver.³⁶ Der kan også lovgives om gensidig anerkendelse af bevismidler og om kriminalitetsofres rettigheder.³⁷

Foranstaltninger på området vedtages af Parlamentet og Rådet i fælleskab som direktiver efter den almindelige lovgivningsprocedure,³⁸ dvs. med fælles beslutningstagning og med adgang til flertalsafgørelser, om end med visse særlige modifikationer, og med kompetence for EU-Domstolen.³⁹ Rameafgørelser kan ikke længere udstedes, men de allerede vedtagne er gældende, indtil de måtte blive erstattet af direktiver.⁴⁰ På grund af det danske retsforbe-

35. Jf. art. 82 TEUF om principper, mål og midler for det strafferetlige samarbejde. Om minimumsharmonisering af strafbare handlinger og strafferammer, se nærmere art. 83 TEUF. En udtømmende opregning af en række områder med alvorlig grænseoverskridende kriminalitet er fastlagt i art. 83, stk. 1 (1). Under forudsætning af enstemmighed i Rådet åbner art. 83, stk. 1 (2), teoretisk set for initiativer på andre kriminalitetsområder, men denne mulighed har næppe nogen praktisk betydning. Det vil derimod kunne være tilfældet med hensyn til residualbestemmelsen i art. 83, stk. 2, der i princippet tillader indbyrdes tilnærmelse på det strafferetlige område, hvis det anses for *absolut nødvendigt* for at sikre gennemførelsen af en EU-politik omfattet af harmoniseringsforanstaltninger. Generelt forudsætter indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes straffelovgivning, at dette er *nødvendigt* »for at sikre et højt sikkerhedsniveau«, jf. art. 67, stk. 3, TEUF.
36. Jf. art. 82, stk. 2 (b) TEUF.
37. Jf. art. 82, stk. 2 (a) og (c), TEUF. En generel hjemmel til udstedelse af retsakter om tilnærmelse på det straffeprocessuelle område er ikke indeholdt i traktaten, som forudsætter generel tilbageholdenhed med indgriben i medlemsstaternes strafferetspleje. Traktaten åbner dog for lovgivning om »andre særlige elementer i strafferetsplejen«, hvis der opnås enstemmighed og godkendelse fra Parlamentet, jf. art. 82, stk. 2 (d).
38. Om Unionens retsakter, se art. 288 ff. TEUF. Se nærmere art. 289 og 294, jf. art. 82-85, 87 og 88 TEUF. Samordningen af det operationelle samarbejde er forankret i Den Stående Komité for det Operationelle Samarbejde om den Indre Sikkerhed, COSI, se nærmere art. 71 TEUF.
39. I tilfælde af at en medlemsstat finder, at et direktivforslag vil berøre »grundlæggende aspekter« af dens nationale strafferet, kan den nedlægge veto og få beslutningen hensendt til Det Europæiske Råd, se nærmere art. 82, stk. 3, og art. 83, stk. 3, TEUF, som åbner for et forstærket samarbejde mellem tilhængere af forslaget.
40. Retsvirkningerne af retsakter vedtaget forud for Lissabon-traktatens ikrafttrædelse bevares, så længe sådanne retsakter ikke er ophævet, annulleret eller ændret, jf. art. 9 i Protokol 36 om overgangsbestemmelser.

3. Samarbejdet mellem medlemsstaternes strafferetlige myndigheder mv.

hold er sådanne ikke bindende for eller finder anvendelse i Danmark, som heller ikke deltager i deres forberedelse eller vedtagelse.⁴¹

På området for den fælles indvandringspolitik er der hjemmel til vedtagelse af overnationale foranstaltninger til bekæmpelse af ulovlig indvandring, ulovligt ophold og menneskehandel.⁴²

3. Samarbejdet mellem medlemsstaternes strafferetlige myndigheder mv.

Det strafferetlige samarbejde bygger på en bred vifte af initiativer vedrørende regelfastsættelse og praktiske foranstaltninger, f.eks. med hensyn til indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes strafferet, udleveringsspørgsmål, gensidig retshjælp, uddannelsesprogrammer mv.

Med det formål at forbedre *politisamarbejdet* mellem medlemsstaterne med henblik på bekæmpelse af alvorlig grænseoverskridende kriminalitet har medlemsstaterne oprettet Europol, som er baseret i Haag.⁴³ Europol har ansvar for indsamling, opbevaring, behandling, analyse og udveksling af oplysninger mellem medlemsstaternes myndigheder. European Information System, EIS, rejser selvstændigt en række spørgsmål vedrørende beskyttelse af persondataoplysninger, og Europol betragtes i almindelighed som pionér på dette

41. Se art. 2 i Protokol 22 om Danmarks stilling, hvorefter ingen bestemmelser, foranstaltninger eller afgørelser på området med frihed, sikkerhed og retfærdighed »på nogen måde berører Danmarks beføjelser, rettigheder og forpligtelser« eller »udgør en del af EU-retten, således som de finder anvendelse på Danmark«.
42. Jf. art. 79, stk. 2 (c-d), TEUF. Allerede under det tidligere traktatgrundlag blev der udstedt en retsakt om minimumsstandarder for sanktioner og foranstaltninger over for arbejdsgivere, der beskæftiger tredjelandstatsborgere med ulovligt ophold, se direktiv 2009/52/EF. I lighed med art. 4 EMRK indeholder art. 5 i Chartret forbud mod slaveri, tvangsarbejde og menneskehandel mv. Smh. direktiv 2011/36/EU og dir. 2011/92/EU. Om Europols kompetence på området, se art. 88, stk. 1, TEUF samt art. 4, stk. 1, i rådsafgørelse 2009/371/RIA. Om medlemsstaternes pligt til at sanktionere menneskesmugning, se afsnit II, kap. 6 i Schengenkonventionen.
43. Medlemsstaterne besluttede med vedtagelsen af Maastricht-traktaten at oprette Europol, hvilket skete på mellemstatsligt grundlag med Europol-konventionen af 1995, der trådte i kraft i 1998. Med Nice-traktaten retsgrundlaget fastlagt i rådsafgørelse 2009/371/RIA, og Europol blev i 2010 et EU-agentur. Lissabon-traktaten hjemler udstedelse af forordninger efter den almindelige lovgivningsprocedure om struktur, funktionsmåde, indsatsområde og opgaver, se nærmere art. 88 TEUF. Rådsafgørelsen er gennemført ved lov 1261, 2009. I Danmark er Datatilsynet national kontrolinstans.

område.⁴⁴ Desuden har Europol ansvar for samordning, tilrettelæggelse og udførelse af efterforskning og operative aktioner, der gennemføres sammen med myndighederne i medlemsstaterne eller inden for rammerne af fælles efterforskningshold etableret af medlemsstaterne (*joint investigation teams*). Europol har ikke selvstændig politimyndighed, men kan anmode medlemsstaterne om at indlede efterforskning, og repræsentanter for Europol kan deltage i fælles efterforskningshold. I retsgrundlaget for Europol indgår der en principudtalelse om respekt for grundlæggende rettigheder med henvisning særligt til Chartret.⁴⁵ Såvel i traktatgrundlagt som i selve Chartret og i sekundær ret er der fastsat regler af betydning for adgangen til aktindsigt i Europols data.⁴⁶

I almindelighed vedtages foranstaltninger inden for politisamarbejdet nu efter den almindelige lovgivningsprocedure, og EU-Domstolen har kompetence. Politisamarbejdet og det retlige samarbejde i straffesager har dog bevareret noget af den oprindelige struktur. Initiativretten er delt mellem Kommissionen og medlemsstaterne, forudsat at disse udgør en fjerdedel af alle.⁴⁷ Foranstaltninger vedrørende operationelt samarbejde vedtages af Rådet i enstemmighed, og Parlamentet skal blot høres.⁴⁸

44. Europol er underlagt de generelle regler om beskyttelse af personoplysninger i art. 16 TEUF samt art. 7 og 8 i Chartret og er i øvrigt omfattet af EU-Domstolens kompetence, jf. art. 267 TEUF. Udvekslingen af oplysninger i forhold til andre organers registre kan dog rejse spørgsmål om overholdelsen specialitetsprincippet og beskyttelsen af grundlæggende rettigheder, f.eks. i forhold til immigration (VIS, Eurodac), grænsekontrol (SIS II, Frontex), og svigsbekæmpelse (OLAF). Se i øvrigt Franziska Boehm, *Information Sharing and Data Protection in the Area of Freedom, Security and Justice*, Springer 2012, samt Julia Ballaschk, *Stanford Journal of International Law*, 2015 pp. 20-52.
45. Præambelbetragtning 24 i rådsafgørelse 2009/371/RIA. En fortrinlig problematisering af de forskellige forgreninger af Europols virksomhed i forhold til Chartret, blev foretaget af Generaldirektoratet for Indre Anliggender i den udførlige rapport om *Implementation of the EU Charter ... Frontex, Europol and EASO*, 2011.
46. Se nærmere art. 15 TEUF om åbenhed og aktindsigt i EU-dokumenter, art. 42 i Chartret, rådsforordning 1049/2001/EF, art. 45 i rådsafgørelse 2009/371/RIA om Europol, samt Decision of the management Board of Europol, 8 July 2009. Parlamentet har dog opfordret til opstramning af databeskyttelsen og de registreredes rettigheder, jf. P7_TA(2014)0121 af 25.02.2015 med henvisning til art. 8 i Chartret. Også under den aktuelle revision af retsgrundlaget for Europol har Parlamentet understreget behovet for bedre databeskyttelse.
47. Jf. art. 76 TEUF.
48. Se nærmere art. 87, stk. 3, TEUF, der åbner for henskydelse til Det Europæiske Råd samt forstærket samarbejde mellem tilhængere af forslaget.

3. Samarbejdet mellem medlemsstaternes strafferetlige myndigheder mv.

Europol udarbejder trusselsvurderinger om grov og organiseret kriminalitet og rapporterer om terrorisme i Europa. I 2013 blev der oprettet et Europæisk Center til Bekæmpelse af IT-Kriminalitet (EC3). Efter terrorangrebene i Paris og København i 2015 blev der oprettet en EU Internet Referral Unit, der skal bekæmpe online-terrorpropaganda og anden ekstremistisk virksomhed, og der er planlagt et EU Internet Forum, som skal bidrage til en praksisrettet dialog mellem myndigheder og udbydere. Desuden er der bebudet en styrkelse af Radicalisation Awareness Network, RAN, som siden 2011 har haft til opgave at erfaringsdele mellem praktikere, herunder om af- og anti-radikalisering i fængsler og udvikling af evidensbaserede resocialiseringsprogrammer.⁴⁹ Yderligere lægges der op til intensiveret samarbejde med visse tredjelande om udveksling af oplysninger om personer, der rejser fra Europa for at tilslutte sig terrorbevægelser, eller som senere vender tilbage. I lyset af den store tilstrømning af flygtninge og migranter til EU i 2014 og begyndelsen af 2015 iværksattes operation Mare Nostrum i et forsøg på at udvide indsatsen til bekæmpelse af menneskesmugling. Europol er bemyndiget til at forhandle aftaler med tredjelande og ikke-EU-organer.

Retsgrundlaget for Europol er under revision.⁵⁰ Efter gennemførelse af Kommissionens forslag til forordning om Europol, vil Danmark ikke længere være medlem af samarbejdet.

Politisamarbejdet omfatter også virksomheden under *Det Europæiske Politiakademi*, CEPOL, som nu har hovedsæde i Budapest.⁵¹

Et andet mellemstatsligt samarbejde på det politimæssige område finder sted under *Schengen-ordningen*.⁵² Formålet med denne er dels at skabe fri

49. Om indsatsen mod radikaliserings, se COM(2013) 941 final.

50. Se forslag til forordning om et EU-agentur for samarbejde og uddannelse inden for retshåndhævelse til erstatning af den nugældende rådsafgørelse om Europol COM(2013) 173 final.

51. CEPOL blev oprettet i 2000 som et netværk af nationale uddannelsesinstitutioner og er efterfølgende blevet et EU-agentur. Retsgrundlaget er nu forordning (EU) 2015/2219. Planer om en sammenlægning med Europol blev skrinlagt på grund af modstand i Parlamentet.

52. Schengenordningen blev påbegyndt uden for EU-regi og blev efterfølgende integreret i EU med Amsterdam-traktaten. Den såkaldte Schengen-aftale blev indgået i 1985 i en lille luxembourgsk grænseby af samme navn med deltagelse af Frankrig, Tyskland og Benelux-landene, som ønskede at kompensere for afskaffelsen af personkontrollen ved de fælles indre grænser. I 1990 indgik de samme lande en gennemførelseskonvention om indførelse af fri bevægelighed for personer inden for Schengen-området med ikrafttrædelse i 1995. Efterfølgende tilsluttede Italien, Spanien, Portugal, Grækenland og Østrig sig, og i 1995-97 fik de nordiske lande en associeringsaftale. Danmark blev observatør i 1996, og Folketinget godkendte fuldt medlemskab i 1997. De

bevægelighed for personer over de indre grænser, dels at bekæmpe grænseoverskridende kriminalitet og ulovlig indvandring. Schengen-samarbejdet vedrører bl.a. ophævelse af personkontrol ved indre grænser, grænsekontrol ved de ydre grænser, indvandring, asyl, visumpolitik, grænseoverskridende kriminalitet, politisamarbejde, gensidig retshjælp i straffesager samt drift af informationssystemet SIS, se nedenfor. Schengen-konventionen indeholder særlige bestemmelser om grænseoverskridende observation (skygning) og forfølgelse (hot pursuit).⁵³ Storbritannien og Irland har ønsket at bevare deres ret til personkontrol ved grænserne, men deltager bl.a. i anvendelsen af SIS og visse dele af politisamarbejdet samt nye initiativer på det af ordningen omfattede område.

Schengen-informationssystemet SIS danner grundlag for udveksling af oplysninger, især i forbindelse med eftersøgning. Det består af en national del i hver medlemsstat og en central støtteenhed. Hertil kommer nationale enheder, der varetager meddelelse af supplerende oplysninger (SIRENE-kontorer). Systemet indeholder bl.a. oplysninger om eftersøgte personer (udlevering, indstævning, forkyndelse, tilsigelse mv.), udviste og uønskede udlændinge, efterlyste genstande (biler, våben, pas, kørekort mv.). SIS II rummer biometriske data (fingeraftryk, digitale fotos mv.), links mellem data, links til Interpol, access for nationale motorregister-myndigheder, visa og opholdstilladelser for tredjelandes borgere, pas for deltagerlandenes borgere.

Ved udbygning af Schengen-reglerne kan DK tilslutte sig – »opt-in« – *mellemsstatsligt* ved en parallelaftale, som er indgået under hensyntagen til de danske forbehold.⁵⁴ Denne ret er benyttet fuldt ud. Ved en eventuel omdannelse af retsforbeholdet til en tilvalgsordning vil alle Schengenregler og for-

nordiske lande trådte samlet ind i alle dele af samarbejdet i 2001, hvor f.eks. grænsekontrollen mellem landene ophørte.

53. Reglerne suppleres af bilaterale aftaler mellem Danmark og Sverige, hhv. Tyskland. De nordiske lande havde i 1957 oprettet Den Nordiske Pasunion. Samarbejdet inden for denne skulle lette nordiske borgeres adgang til at rejse og opholde sig i Norden, og samtidig begyndte politiet at samarbejde på tværs af grænserne om bl.a. udveksling af oplysninger om mistænkte og undvegne kriminelle. I 1995 blev man i Nordisk Råd enige om at søge om samlet optagelse i Schengen-samarbejdet. Da Schengen fungerede på folkeretligt grundlag og for så vidt uafhængigt af EU, voldte Norge og Islands tilknytning ikke væsentlige problemer. Der blev udarbejdet en associeringsaftale for Norge og Island, der mellemsstatsligt kan tilslutte sig nye initiativer – »opt-in« – ved en parallelaftale. EU og Schweiz har indgået en til dels lignende aftale, bl.a. om ophævelse af personkontrollen ved de indre grænser i 2007; denne aftale er dog særegen ved at indrømme mulighed for at afslå retshjælp i skattesager.
54. Se nærmere art. 4 i protokol 22 om Danmarks stilling.

4. Princippet om gensidig anerkendelse som »hjørnesten« i samarbejdet

anstaltninger vedtaget til udbygning af disse regler blive bindende på overstatsligt niveau.⁵⁵

En mellemstatslig tilgang ligger også til grund for et antal medlemsstaters indgåelse af *Prümaftalen*, en konvention om udveksling af oplysninger vedrørende DNA, fingeraftryk og køretøjsregistrering.⁵⁶

Med henblik på at styrke bekæmpelsen af grov organiseret kriminalitet besluttede Det Europæiske Råd i 1999 at oprette enheden *Eurojust* bestående af nationale offentlige anklagere, dommere eller polititjenestemænd, der udstationeres i Haag af hver enkelt medlemsstat i henhold til national ret.⁵⁷ Eurojust har til opgave at lette koordineringen mellem medlemsstaternes retsfølgende myndigheder og støtte efterforskningen i straffesager vedrørende organiseret kriminalitet, især med udgangspunkt i Europols analyser.

Det Europæiske Retlige Netværk (European Judicial Network, EJN) består af nationale repræsentanter for anklagemyndighed og domstole.⁵⁸ Netværket udgøres af decentrale kontaktpunkter, som har til opgave at smidiggøre samarbejdet om gensidig retshjælp gennem udveksling af generelle erfaringer og konkrete oplysninger.

4. Princippet om gensidig anerkendelse som »hjørnesten« i samarbejdet

Det Europæiske Råd trådte i 1999 sammen med henblik på en drøftelse, der udelukkende handlede om RIA-spørgsmål. De såkaldte Tammerfors-konklusioner fra dette topmøde kom til at rumme den konkrete dagsorden for gennemførelsen af Amsterdam-traktatens målsætning om at give borgerne et højt tryghedsniveau i »et område med frihed, sikkerhed og retfærdighed«. Heri

55. Se nærmere art. 8, stk. 2, i protokol 22 om Danmarks stilling.

56. Bestemmelserne herom blev integreret i EU-lovgivningen ved rådsafgørelse 2008/615/RIA.

57. Eurojust blev oprettet ved en rådsafgørelse. I Lissabon-traktaten er retsgrundlaget for Eurojust art. 85 TEUF. Eurojust er nu et EU-agentur. Langstrakte forhandlinger om etablering af et European Public Prosecutors Office, EPPO, med ansvar for bekæmpelse af lovovertrædelser, der skader Unionens finansielle interesser, har indtil videre ikke ført til noget, se nærmere art. 86 TEUF om hjemmelsgrundlaget mv. Om forslaget, se COM(2013)534 final. Om forslag til en moderniseret retlig ramme for et nyt agentur for strafferetligt samarbejde som afløser for det nuværende Eurojust, se COM(2013) 535 final.

58. EJN blev etableret ved fælles aktion 98/428/RI, som nu er erstattet af rådsafgørelse 2008/976/RIA. Netværket har sekretariat hos Eurojust.

indgik bekæmpelse af kriminalitet på EU-plan som én af fire prioriteter. Desuden blev princippet om gensidig anerkendelse af retsafgørelser ophøjet til en »hjørnesten« i samarbejdet. Tillige skulle indbyrdes tilnærmelse af lovgivningen »lette samarbejdet mellem myndighederne og fremme den retlige beskyttelse af den enkeltes rettigheder«. ⁵⁹ Det politisk-ideologiske grundlag for princippet om gensidig anerkendelse skulle være »en høj grad af tillid mellem medlemsstaterne«, se senere om udfordringerne i tilknytning til denne forestilling. Med Lissabon-traktaten har princippet om gensidig anerkendelse af retsafgørelser i straffesager så fået status som primær ret. ⁶⁰

Gensidig anerkendelse indebærer, at omdrejningspunktet for det strafferetlige samarbejde i en konkret straffesag er den afgørelse, som i en medlemsstat er truffet af en judiciel myndighed, der så fremsætter en anmodning om fuldbyrdelse af sin afgørelse i en anden medlemsstat. Afgørelsen i den udstedende stat kan f.eks. dreje sig om iværksættelse af efterforskningskridt, udlevering til strafforfølgning eller straffuldbyrdelse, fuldbyrdelse af straffedomme, fuldbyrdelse af afgørelser om beslaglæggelse og konfiskation eller iværksættelse af tilsynsforanstaltninger over for sigtede. Indtil videre er princippet om gensidig anerkendelse udmøntet i en halv snes retsakter, se oversigten nedenfor.

Særlig praktisk og paradigmatiske betydning fik udstedelsen i 2002 af rammeafgørelsen om den europæiske arrestordre, som indebar et opgør med nogle af grundsætningerne i den klassiske udleveringsret, hvorunder der i afgørelser kunne indgå såvel juridiske som politiske hensyn. ⁶¹ Med denne retsakt blev der fastlagt en »juridificeret« ordning, der skulle effektivisere det retlige samarbejde på området ved bl.a. at indføre begrænsninger på de lovlige afslagsgrunde. ⁶² Det klassiske krav om dobbelt strafbarhed blev afskaffet for en række kriminalitetsarter, som i de enkelte retsakter opregnes på en såkaldt positivliste med angivelse af 32 generisk formulerede kriminalitetsarter. Des-

59. Det Europæiske Råd i Tammerfors den 15. og 16. oktober 1999, formandsskabets konklusioner, afsnit VI.

60. Se nærmere art. 82, stk. 1, TEUF, der anordner almindelig lovgivningsprocedure for det retlige samarbejde i straffesager i Unionen.

61. Domstolen har i en halv snes præjudicielle afgørelser fortolket retsakten, se herom senere. Litteraturen om ordningen er omfattende, se på dansk Henning Bang Fuglsang Madsen Sørensen, *Den europæiske arrestordre og retten til erstatning for frihedsberøvelse*, 2015, udgivet på baggrund af en ph.d.-afhandling. Om reglernes oprindelse, se Jørn Vestergaard, »Den europæiske arrestordre«, *Tidsskrift for Kriminalret* 2004, s. 555-567. Om nyere dansk retspraksis og grundlæggende rettigheder, se Jesper Hjortenberget, *EU- og Menneskeret*, 2014, s. 209 ff.

62. Om tilladte afslagsgrunde, se således sag C-123/08 *Woltzenburg* [2009].

uden kunne der ikke længere meddeles afslag på en anmodning om udlevering med den begrundelse, at sagen drejede sig om en af den anmodede medlemsstats egne statsborgere. Nedenfor redegøres der for en række kontroversielle afgørelser afsagt af Domstolen i sager om medlemsstaternes forpligtelser i henhold til rammeafgørelsen om den europæiske arrestordre.

I samarbejdet på grundlag af princippet om gensidig anerkendelse skal en judiciel myndighed i den medlemsstat, der anmodes om at fuldbyrde en afgørelse truffet i en anden medlemsstat, kun foretage en meget begrænset kontrol med, at betingelserne for at efterkomme anmodningen er opfyldt i det foreliggende tilfælde, først og fremmest ved at sikre at afgørelsen er korrekt udstedt og gyldig, og at der ikke i det foreliggende tilfælde foreligger nogen af de udtømmende opregnede afslagsgrunde, som konkret kan være til hinder for at imødekomme anmodningen. I en række henseender er forpligtelserne til at medvirke i et mellemstatsligt samarbejde således langt mere vidtgående end tidligere, procedurene er mere strømlinede, og tidsfristerne er stramme. Imødekommelse af en anmodning om fuldbyrdelse af en afgørelse truffet i en anden medlemsstat kan dog i princippet afvises, hvis en imødekommelse ville indebære en væsentlig krænkelse af den berørtes menneskerettigheder.⁶³ Princippet om gensidig anerkendelse indebærer således ikke en helt absolut forpligtelse til at imødekomme en anmodning fra myndighederne i et andet medlemsland.⁶⁴ Se mere herom senere.

5. Retsakter

For den materielle strafferets vedkommende er der på følgende områder udstedt rammeafgørelser med fastlæggelse af de i parenteserne nedenfor angivne mindste maksimumstraffe:

63. Se senere om sagen C-396/11 *Radu* [2013].

64. Se således sagen C-306/09 *I.B.* [2010]. Sagen vedrørte udlevering til Rumænien fra Belgien. Det centrale spørgsmål i den præjudicielle afgørelse var, om imødekommelse af en europæisk arrestordre udstedt med henblik på fuldbyrdelse af en straffedom, der er idømt ved en afgørelse truffet *in absentia*, kan betinges af, at den pågældende person, som er statsborger i den anmodede medlemsstat, overføres til denne med henblik på at afsone en straf idømt efter afholdelse af en ny retssag under den pågældendes tilstedeværelse. Hertil svarede Domstolen bekræftende. Jonas Christoffersen anfører s. 121, at Domstolen henviste til art. 6 i Chartret, men henvisningen gik rettelig på kap. VI (retfærdighed i retssystemet).

Kapitel 5. Strafferettens påvirkning fra det europæiske Charter ...

- Racisme og fremmedhad (1 år -)⁶⁵
- Organiseret kriminalitet (2 år -)⁶⁶
- Angreb på informationssystemer (1-3 år, 2-5 år -)⁶⁷
- Ulovlig narkotikahandel (1-3, 5-10 år -)⁶⁸
- Seksuel udnyttelse af børn og børnepornografi (1-3, 5-10 år -)⁶⁹
- Bestikkelse i den private sektor (1-3 år -)⁷⁰
- Menneskesmugling mv. (8 år -)⁷¹
- Menneskehandel (8 år -)⁷²
- Terrorisme (8 år -, 15 år -)⁷³
- Hvidvaskning mv. (4 år -)⁷⁴
- Svig og forfalskning af betalingsmidler⁷⁵
- Beskyttelse af euroen mod falskmønteri (5 år -, 8 år -)⁷⁶

65. Rammeafgørelse 2008/913/RIA. Gennemført uden lovændringer.

66. Rammeafgørelse 2008/841/RIA. Gennemført ved lov 275, 2012 om udvidet definition af menneskehandel mv.

67. Rammeafgørelse 2005/222/RIA. gennemført ved lov 352, 2004 om ændring af straffeloven mv. (efterfulgt af direktiv 2013/40/EU (2 år -, 3 år -, 5 år -).

68. Rammeafgørelse 2004/757/RIA. Gennemført ved normharmoniseringen, herunder i kraft af lov 445, 2004 om ændring af lov om euforiserende stoffer og straffuldbyrdsloven.

69. Rammeafgørelse 2004/68/RIA. Gennemført ved lov 228, 2003 om ændring af straffeloven mv. Efterfulgt af direktiv 2011/92/EU (1 år -, 2 år -, 5 år -).

70. Rammeafgørelse 2003/568/RIA. Gennemført ved lov 228, 2000 om ændring af straffeloven.

71. Rammeafgørelse 2002/946/RIA. Gennemført ved lov 367, 2002 om ændring af udlændingeloven samt lov 380, 2002 om ændring af straffeloven mv. Om definitioner, jf. direktiv 2002/90/EF. Om minimumstandarder for sanktioner og foranstaltninger for arbejdsgivere, se direktiv 2009/52/EF.

72. Rammeafgørelse 2002/629/RIA. Gennemført ved lov 380, 2002 om ændring af straffeloven mv. Efterfulgt af direktiv 2011/36/EU (5 år -, 10 år -).

73. Rammeafgørelse 2002/475/RIA. Gennemført ved lov 378, 2002 om ændring af straffeloven mv. Ændret ved rammeafgørelse 2008/919/RIA.

74. Rammeafgørelse 2001/500/RIA. Gennemført ved lov 465, 2001 om ændring af straffeloven mv. Efterfulgt og delvis erstattet af direktiv 2014/42/EU.

75. Rammeafgørelse 2001/413/RIA. Strafferetlige sanktioner skal være effektive, stå i rimeligt forhold til overtrædelsen og have afskrækkende virkning, i det mindste i grove tilfælde straf i form af frihedsstraf. Gennemført uden lovændringer. Efterfølgende er bestemmelsen om uberettiget brug af oplysninger knyttet til betalingskort ændret, jf. strl. § 301 som ændret ved lov 352, 2004.

76. Rammeafgørelse 2000/383/RIA. Gennemført ved lov 280, 2001. Efterfulgt af direktiv 2014/62/EU (5 år -, 8 år -).

Der er indtil nu udstedt følgende direktiver på dette område:

- Cybercrime (2 år -, 3 år -, 5 år -)⁷⁷
- Falskmønteri euroen (5 år -, 8 år -)⁷⁸
- Markedsmisbrug (5 år -, 8 år -)⁷⁹
- Menneskehandel (8 år -)⁸⁰
- Seksuel udnyttelse, børn og børneporno (1-3, 5-10 år -)⁸¹

På områder uden for den materielle strafferet i snæver forstand er der udstedt rammeafgørelser om følgende, bl.a. i lyset af princippet om gensidig anerkendelse af retsafgørelser:

- Forebyggelse og bilæggelse af konflikter om udøvelse af jurisdiktion⁸²
- Tilsynsforanstaltninger som et alternativ til varetægtsfængsling (gensidig anerkendelse)⁸³
- Straffedomme afsagt in absentia (gensidig anerkendelse)⁸⁴
- Udveksling af oplysninger fra strafferegistre⁸⁵
- Beskyttelse af personoplysninger i forbindelse med politisamarbejde og retligt samarbejde i kriminalsager⁸⁶

77. Direktiv 2013/40/EU om angreb på informationssystemer, afløser rammeafgørelsen om it-kriminalitet.

78. Direktiv 2014/62/EU (afløser rammeafgørelse 2000/383/RIA).

79. Direktiv 2014/57/EU, jf. forordning 596/2014 om markedsmisbrug, som i modsætning til direktivet er bindende for Danmark.

80. Direktiv 2011/36/EU (afløser rammeafgørelse 2002/629/RIA).

81. Direktiv 2011/36/EU og direktiv 2011/92/EU (afløser rammeafgørelse 2004/68/RIA).

82. Rammeafgørelse 2009/948/RIA. Ingen lovgivningsmæssige konsekvenser. Se i øvrigt Kommissionens grønbog COM(2005) 696 om jurisdiktionskonflikter og *ne bis in idem*.

83. Rammeafgørelse 2009/829/RIA. Gennemført ved lov 1375, 2011 om ændring af lov om fuldbyrdelse af visse strafferetlige afgørelser mv.

84. Rammeafgørelse 2009/299/RIA. Gennemført ved lov 271, 2011 om ændring af straf fuldbyrdelsesloven.

85. Rammeafgørelse 2009/315/RIA. Gennemført ved lov 347, 2008 om ændring af lov om Det Centrale DNA-register. Som led i bestræbelserne på at styrke terrorberedskabet har Kommissionen den 19.01.2016 fremsat forslag om at erstatte rammeafgørelsen med et direktiv, der vil udvide ordningen til også at omfatte statsborgere fra tredjelande, se COM(2016) 7 final.

86. Rammeafgørelse 2008/977/RIA. Gennemført ved lov 188, 2009 om ændring af lov om behandling af personoplysninger. Rammeafgørelsen er nu erstattet af direktiv (EU) 2016/680 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med kompetente myndigheders behandling af personoplysninger med henblik på at forebygge, efter-

Kapitel 5. Strafferettens påvirkning fra det europæiske Charter ...

- Tilsyn ved betinget dom, alternativ sanktion eller prøveløsladelse (gensidig anerkendelse)⁸⁷
- Den europiske bevissikringskendelse (gensidig anerkendelse)⁸⁸
- Domme om frihedsstraffe eller frihedsberøvende foranstaltninger (gensidig anerkendelse)⁸⁹
- Hensyntagen til forstraffe afsagt i medlemsstaterne⁹⁰
- Udveksling af oplysninger og efterretninger⁹¹
- Konfiskation⁹²
- Bødestraffe⁹³
- Konfiskation⁹⁴
- Kendelser om indefrysning af formuegoder eller bevismateriale (gensidig anerkendelse)⁹⁵
- Den europæiske arrestordre (gensidig anerkendelse)⁹⁶
- Fælles efterforskningshold⁹⁷
- Kriminalitetsofres rettigheder i straffesager⁹⁸

forske, afsløre eller retsforfølge strafbare handlinger eller fuldbyrde strafferetlige sanktioner og om fri udveksling af sådanne oplysninger.

87. Rammeafgørelse 2008/947/RIA. Gennemført ved lov 271, 2011 om ændring af straf-fuldbyrdesloven.
88. Rammeafgørelse 2008/978/RIA. Gennemført ved lov 347, 2008 om ændring af lov om fuldbyrdelse af visse strafferetlige afgørelser mv.
89. Rammeafgørelse 2008/909/RIA. Gennemført ved lov 347, 2008 om ændring af lov om fuldbyrdelse af visse strafferetlige afgørelser mv.
90. Rammeafgørelse 2008/675/RIA. Ingen lovgivningsmæssige konsekvenser.
91. Rammeafgørelse 2006/960/RIA. Gennemført ved lov 347, 2008 om ændring af lov om Det Centrale DNA-register.
92. Rammeafgørelse 2006/783/RIA. Ingen lovgivningsmæssige konsekvenser.
93. Rammeafgørelse 2005/214/RIA. Gennemført ved lov 1434, 2004 om fuldbyrdelse af visse strafferetlige afgørelser i EU.
94. Rammeafgørelse 2005/212/RIA. Gennemført ved lov 1434, 2004 om fuldbyrdelse af visse strafferetlige afgørelser i EU. Efterfulgt og delvis erstattet af direktiv 2014/212/EU.
95. Rammeafgørelse 2003/577/RIA. Gennemført ved lov 1434, 2004 om fuldbyrdelse af visse strafferetlige afgørelser i EU.
96. Rammeafgørelse 2002/584/RIA. Gennemført ved lov 433, 2003 om ændring i udleveringslovene. (ændret ved rammeafgørelse 2009/299/RIA.
97. Rammeafgørelse 2002/465/RIA.
98. Rammeafgørelse 2001/220/RIA (efterfulgt af direktiv 2012/29/EU)

6. Bekæmpelse af svig med fællesskabsmidler

Efter Lissabon-traktatens ikrafttrædelse er følgende direktiver udstedt på dette område:⁹⁹

- Europæisk efterforskningskendelse (gensidig anerkendelse)¹⁰⁰
- Advokatbistand mv.¹⁰¹
- Kriminalitetsofres rettigheder¹⁰²
- Ret til information under straffesager¹⁰³
- Europæisk beskyttelsesordre (gensidig anerkendelse)¹⁰⁴
- Tolke- og oversætterbistand¹⁰⁵

Som led i indsatsen mod terrorisme mv. har der gennem en årrække været forhandlet om udstedelse af en retsakt vedrørende luftfartsselskabers videregivelse af passagerlisteoplysninger (PNR-oplysninger).¹⁰⁶ En række grundlæggende indvendinger mod Kommissionens forslag herom er bl.a. gjort gældende af Parlamentets borgerrettighedsudvalg, LIBE-komitéen. Efter terrorangrebene i Paris blev der i december 2015 opnået enighed om et kompromis vedrørende et direktivforslag, som forventes endeligt vedtaget og sat i kraft i løbet af foråret 2016.¹⁰⁷

6. Bekæmpelse af svig med fællesskabsmidler

Af særlig betydning for befolkningernes tillid til EU-institutionerne er bestræbelserne på at bekæmpe svig med fællesskabsmidler i forbindelse med land-

99. Der forberedes en kodificering af rettigheder fastlagt under EMRK ved udstedelse af et direktiv vedrørende uskyldsformodningen og retten til at være til stede under straffesagen (COM(2013) 821 final, aftale indgået 04.11.2015) samt udstedelse af et direktiv om mindreårige sigtedes rettigheder (COM(2013) 822 final, aftale indgået 15.12.2015). Om uskyldsformodningen og ret til forsvar, se art. 48 i Chartret, som knæsetter de klassiske principper herom, i det væsentlige parallelt med art. 6 EMRK.

100. Direktiv 2014/41/EU.

101. Direktiv 2013/48/EU.

102. Direktiv 2012/29/EU.

103. Direktiv 2012/13/EU.

104. Direktiv 2011/99/EU.

105. Direktiv 2010/64/EU.

106. COM(2011) 32 final. Direktivforslaget erstatter Kommissionens oprindelige forslag til rammeafgørelse på området, COM(2007) 654 final.

107. Se Rådets udkast af 02.12.2015 til endelig tekst 14670/15.

brugsstøtteordningerne, eksportstøtteordningerne osv.¹⁰⁸ Kommissionen har et svigsbekæmpelseskontor, OLAF. I 1995 undertegnede medlemsstaterne Svigskonventionen, der regulerer en række strafferetlige spørgsmål med tilknytning til EU's bekæmpelse af svig med fællesskabets midler.¹⁰⁹ Konventionen suppleres af en række retsakter om bestikkelse, hvidvaskning, konfiskation, virksomhedsansvar mv. Interessen har i høj grad knyttet sig til at opnå ensartethed og effektivitet i medlemsstaternes sanktionering af svig med fællesskabsmidler, som både udgør et økonomisk og et legitimitetsmæssigt problem. Forordningerne om de fælles markedsordninger for landbrugsvarer indeholder bestemmelser om anvendelse af administrative sanktioner mod overtrædelser. Sådanne sanktioner opfattes ikke som strafferetlige, men har reelt stor lighed hermed.¹¹⁰ Mere generelle rammebestemmelser for anvendelsen af administrative sanktioner blev i 1995 fastsat i Svigforordningen.¹¹¹ Dens generelle principper er udmøntet i specifikke retsakter. National dansk strafferet indeholder en række delikter, der er indført på baggrund af EU-ordninger og til en vis grad som udtryk for implementering af EU-retlige krav.¹¹²

7. Ne bis in idem – forbuddet mod dobbelt strafforfølgning

Et videregående princip om gensidig anerkendelse af retsafgørelser er nu stadfæstet med Chartrets tilslutning til forbuddet mod dobbelt strafforfølg-

108. Lissabon-traktaten indeholder en bestemmelse om overnationale foranstaltninger til bekæmpelse af svig, jf. art. 325, stk. 4, TEUF. Kommissionen har fremsat forslag til direktiv med hjemmel i art. 83, stk. 2, TEUF, hvorved retsakten vil være omfattet af retsforbeholdet, se COM(2012) 363 final. Også på toldunionens område er der blevet hjemmel til vedtagelse af overnationale foranstaltninger til styrkelse af samarbejdet, jf. art. 33 TEUF.

109. Konventionen om beskyttelse af De Europæiske Fællesskabers finansielle interesser.

110. I sag C-70/88 *Kommissionen mod Grækenland* [1990] ('Græske majs'-dommen) fastslog Domstolen det såkaldte assimilationsprincip, dvs. at overtrædelser af fællesskabsretten skal sanktioneres efter samme materielle og processuelle regler, som efter national ret gælder for overtrædelser af samme art og grovhed, og at sanktionen skal være effektiv, stå i rimeligt forhold til overtrædelserne og have en afskrækkende virkning. Med hensyn til bekæmpelse af svig og andre uregelmæssigheder, der skader Unionens finansielle interesser, er det nu fastslået i traktatgrundlaget, at medlemsstaterne skal sørge for afskrækkende og effektive foranstaltninger, jf. art. 325 TEUF.

111. Forordning om beskyttelse af De Europæiske Fællesskabers interesser (EF, Euratom) nr. 2988/95.

112. Se således bestemmelserne om bestikkelse i strl. §§ 122 og 144 og bestemmelsen om EU-svig i strl. § 289 a.

7. *Ne bis in idem* – forbuddet mod dobbelt strafforfølgning

ning (*double jeopardy*).¹¹³ For en person, som allerede har været igennem en straffesag, er det selvsagt en fordel med regler om strafferetlige afgørelses negative retskraft (*ne bis in idem*).¹¹⁴ Derved understøttes også den fri bevægelighed og integrationen. Ved gennemførelsen af Schengenkonventionen i 1995 blev der i forholdet mellem deltagerlandene indført den ordning, at der ikke må rejses straffesag mod nogen for en handling, som den pågældende har modtaget en endelig afgørelse for i et af de andre lande, ved en fældende afgørelse forudsat at denne er helt eller delvis fuldbyrdet.¹¹⁵ Denne bestemmelse gælder såvel inden for den enkelte medlemsstat som i forholdet mellem medlemsstater i sager, der vedrører udmøntning af EU-ret.¹¹⁶

I sekundær ret kommer princippet til udtryk i flere retsakter, f.eks. i rammeafgørelsen om den europæiske arrestordre.¹¹⁷ På dette område har Højesteret haft lejlighed til at strejfe bestemmelsen i Chartret.¹¹⁸

113. Retten til ikke at blive retsfulgt eller straffet to gange for samme lovovertrædelse er kodificeret i art. 50 i Chartret. Den ledende afgørelse på området er sag C-617/10 *Åkerberg Fransson* [2013], hvori Domstolen antog, at pålæg af et administrativt skattetillæg for tilsidesættelse af oplysningspligten efter momsreglerne og en efterfølgende strafferetlig sanktion ikke var i strid med art. 50.
114. Under én og samme stats jurisdiktion kan ingen i en straffesag på ny stilles for en domstol eller dømmes for en lovovertrædelse, for hvilken vedkommende allerede er blevet endeligt frikendt eller domfældt, se nærmere art. 4 i TP7 til EMRK.
115. Se nærmere Schengenkonventionens art. 54. Domstolen har i to forenede sager præjudicielt fortolket forbuddet i konventionen og har fastslået, at det også omfatter tiltalesfrafald, se sagerne C-187/01 og C-385/01 *Gözütok & Brügger* [2003]. Domstolen lagde i øvrigt til grund, at EU-retten forudsætter gensidig tillid mellem de nationale retssystemer, selv om udfaldet af en konkret sag kan blive anderledes end efter en medlemsstats egne regler. Praksis på området er forholdsvis omfattende, se senest sagen C-486/14 *Kossowski* [2016]. Bestræbelser på en kodificering har ikke ført til resultat. Om dansk ret, se strl. § 10 a.
116. Bestemmelsen i art. 50 indeholder ikke den samme forudsætning fuldbyrdelse af en eventuel sanktion som art. 54 i Schengenkonventionen; men førstnævnte må formentlig fortolkes i lyset af sidstnævnte, se nærmere den udførlige analyse hos Satzger pp. 135 ff.
117. Domstolen har i flere præjudicielle afgørelser fortolket rækkevidden af bestemmelserne om *ne bis in idem* i rammeafgørelsen om arrestordren, senest i sag C-261/09 *Mantello* [2010]. Om *ne bis in idem*, se i øvrigt art. 7 i svigskonventionen og art. 10 i bestikelseskonventionen.
118. I U 2013.834 H skete der hjemvisning på grund af, at de foreliggende oplysninger ikke var tilstrækkelige til at vurdere, om en græsk arrestordre omfattede forhold, som sigtede tidligere var dømt for. Kendelsen refererer bl.a. afgørelsen i *Mantello* samt EMD's afgørelse i sagen *Zolotukhin mod Rusland*, 12/9 2009, hvori der vedrørende

8. Særligt om terrorbekæmpelse

Forud for 11. september 2001 havde kun få af medlemsstaterne særskilte bestemmelser om terrorisme, der blev efterforsket under de i strafferetsplejen udvidede beføjelser i sager om statens sikkerhed og strafforfulgt under lovgivningen om almindelige forbrydelser.¹¹⁹ I det væsentlige varetog de enkelte lande suverænt deres egne sikkerhedsinteresser.¹²⁰ Med etableringen af mere eller mindre uformelle netværksdannelser omfattende sikkerheds- og efterretningstjenester har bekæmpelsen af den internationale terrorisme dog været et fælles anliggende for medlemsstaterne gennem snart fire årtier, om end dette samarbejde længe ikke lå i forgrunden som indsatsområde.¹²¹ Siden 9/11 og angrebene i Madrid og London nogle år senere er såvel antallet af initiativer som omfanget og intensiteten af aktiviteterne på dette område eskaleret markant, herunder med udstedelse af bindende retsakter. Vægten har klart ligget på kontrolaspektet frem for på hensynet til individets retssikkerhed. Udviklingen har markant været præget af en bevægelse hen imod introduktion af foregribende (*pre-emptive*) initiativer og foranstaltninger rettet mod at komme risikoen for terrorhandlinger i forkøbet gennem tidlig indgriben i forhold, som potentielt kan udvikle sig til eller være fremmende for terrorisme. Et sådant proaktivt perspektiv på hensynet til borgernes og statens sikkerhed indebærer en væsentlig udfordring for hensynet til opretholdelsen af en række grundlæggende rettigheder. Dette skyldes både, at retssikkerheden i forbin-

spørgsmålet om *ne bis in idem* henvises til art. 50 i Chartret. Om Domstolens praksis ad art. 50, se Jonas Christoffersen i *EU's Charter med kommentarer*.

119. For en indgående behandling af temaet, se Cian C. Murphy, *EU Counter-Terrorism Law: Pre-Emption and the Rule of Law*, Expanded Paperback Edition, Hart Publishing, 2015.
120. Europarådets 1977 konvention om bekæmpelse af terrorisme forpligtede i princippet til udlevering eller strafforfølgning af terrormistænkte (*aut dedere aut judicare*), men fik aldrig den tilsigtede praktiske betydning, da den indeholdt diverse undtagelser og gav kontrahenterne adgang til forbehold. For at styrke samarbejdet gennem enighed om at afstå fra reservationer til den europæiske konvention, indgik de daværende ni medlemsstater i 1979 den såkaldte Dublin-aftale, som imidlertid aldrig opnåede de tiltrækkelige ratifikationer til at kunne træde i kraft. Heller ikke en tillægsprotokol fra 2003 er trådt i kraft.
121. Siden dannelsen i 1971 af den såkaldte Bern-klub har der jævnligt været møder mellem ledelserne af medlemsstaternes sikkerheds- og efterretningstjenester for at drøfte anliggender af fælles interesse. En antiterrorisme gruppe er nu udvidet til også at omfatte associerede stater. I 1979 blev der etableret en arbejdsgruppe om politisamarbejde mod terrorisme. Se også ovenfor om det i midten af 1970'erne indledte samarbejde under TREVI.

delse med anvendelsen af strafferetlige foranstaltninger svækkes, og at grænsen i forhold til andre kontrolformer med svagere retsgarantier udviskes. Truslen mod de demokratiske grundprincipper udspringer således ikke alene fra terrorismen, men også fra svaret herpå. Dette beror både på den manglende konsensus i det internationale samfund med hensyn til en definition af terrorisme og på den stadig mere vidtgående udvidelse af grænserne for retsgrundlaget i terrorbekæmpelsen. I konkrete tilfælde bliver det principielt afgørende, hvad der bedømmes som nødvendigt i et demokratisk samfund af hensyn til den nationale sikkerhed eller den offentlige tryghed.¹²²

Med Maastricht-traktaten blev der under såvel søjle 2 som søjle 3 skabt en række beføjelser på området for bekæmpelse af terrorisme. Efter 9/11 var der pludselig politisk opbakning til umiddelbart at indgå aftaler om udstedelse af retsakter, som der ellers havde været lange udsigter til at få vedtaget, herunder de to markante rammeafgørelser om bekæmpelse af terrorisme og den europæiske arrestordre samt logningsdirektivet. Siden er det blevet til flere hundrede retsakter og andre initiativer på området.¹²³

Rammeafgørelsen om bekæmpelse af terrorisme har skabt ganske vidtgående og samtidig vage forpligtelser for medlemsstaterne til under særdeles strenge strafferammer at kriminalisere terrorisme i bred forstand samt en række tilgrænsende forhold, som kan tænkes at fremme terrorisme. Evalueringsstudier viser, at implementeringen af disse forpligtelser i medlemsstaterne har været særdeles uensartet og til dels mangelfuld, hvilket yderligere har sat legalitetsprincippet på en prøve. Danmark har i det væsentlige overført rammeafgørelsens beskrivelser af kriminelle forhold næsten ordret til straffeloven og lagt noget ekstra til.¹²⁴ De materielle straffebestemmelser fungerer

122. *A v. Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56 ('Belmarsh 9 case'). I en sag om tidsbestemt frihedsberøvelse i Belmarsh fængslet af udenlandske terrormistænkte, som ikke kunne sendes ud af landet, underkendte House of Lords en derogation fra forpligtelserne under art. 5 EMRK og art. 9 i ICCPR. Derogationen var ikke proportional eller absolut nødvendig og i øvrigt i strid med forbuddet mod diskrimination i art. 14 EMRK. Se nærmere Peter Vedel Kessing, *Terrorbekæmpelse og menneskeret*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2009 s. 287 ff.

123. Se i øvrigt Kommissionens *European Agenda on Security*, COM(2015) 185 final, hvorpå en ny *Internal Security Strategy* fra juni 2015 er baseret. Den 20.04.2016 fulgte Kommissionen op på disse initiativer med præsentationen af *European Agenda on Security to fight against terrorism and pave the way towards an effective and genuine Security Union*, se COM(2016) 230 final. I sådanne dokumenter understreges i generelle vendinger behovet for at respektere og fremme Chartrets rettigheder, friheder og principper.

124. Om udmøntningen af terrorpakke 1 i dansk strafferet, se Jørn Vestergaard, *Tidsskrift for Kriminalret* 2006 s. 2-13.

som referencepunkter for anden lovgivning og får derved den virkning, at der tillægges, ikke bare domstolene, men også en række administrative myndigheder ganske vide beføjelser, herunder med hensyn til efterforskningsmidler, udlændingeretlige afgørelser osv. Det samlede lovkompleks indebærer følgende en stor udfordring med hensyn til at finde en rimelig balance mellem hensynet til borgernes sikkerhed og hensynet til retfærdig rettergang.

I Lissabon-traktaten er der udtrykkelige bestemmelser om bekæmpelse af terrorisme to steder, dels om udstedelse efter almindelig lovgivningsprocedure af forordninger om administrative foranstaltninger vedrørende kapitelbevægelser og betalinger,¹²⁵ dels om minimumharmonisering af strafbare handlinger og strafferammer.¹²⁶ Det gældende retsgrundlag for harmonisering af antiterrorlovgivning har indtil nu kun været udnyttet i begrænset omfang, nemlig ved udstedelsen af de nævnte direktiver om konfiskation og it-kriminalitet. Langt flere af de nyere retsakter er rettet mod styrkelse af det politimæssige og judicielle samarbejde, herunder ikke mindst med fokus på Europol og dertil knyttede enheder. Desuden foregår der en tydelig bevægelse i retning af at aktivere den private sektor som aktør i terrorbekæmpelsen, sådan som dette f.eks. kommer til udtryk i forbindelse med inddragelsen af teleselskaber i forebyggelsen af radikaliserings på nettet, krav til flyselskaber om udlevering af passageroplysninger, og involvering af finansielle virksomheder og rådgivere i forebyggelse af hvidvaskning. Udveksling af personoplysninger rejser særlige spørgsmål om datasikkerhed og beskyttelse af privatlivets fred, herunder i forhold til firmaer med hjemsted i USA samt amerikanske efterretningstjenester og andre myndigheder.¹²⁷

9. Chartrets rækkevidde i forhold til EU-strafferetten – udvalgte områder og afgørelser

Domstolen har i en række sager fortolket retsakter af stor betydning for såvel Unionens indre forfatningsretlige forhold, forholdet til eksterne partnere som borgernes retsstilling. I det følgende vil der blive redegjort for de vigtigste afgørelser med implikationer for beskyttelsen af de grundlæggende rettigheder på området. På det strafferetlige område i bred forstand har Chartret også be-

125. Jf. art. 75 TEUF. Sanktionerne mod al-Qaeda og Taliban anordnes med hjemmel i art. 215 TEUF, hvorefter Parlamentet blot skal underrettes, hvilket Domstolen har anerkendt som den korrekte hjemmel, se sag C-130/10 *Parlamentet mod Rådet* [2012].

126. Jf. art. 83 TEUF.

127. Se senere om sagerne *Digital Rights* og *Schrems*.

tydning i forhold til retsakter, der ikke direkte tager afsæt i reglerne om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes strafferet eller princippet om gensidig anerkendelse, men som vedrører sikkerhedshensyn, der enten udmønter sig i sanktioner eller andre foranstaltninger af pønål beskaffenhed eller med tætte bånd til efterretningsvirksomhed og i den sidste ende til strafferetlig efterforskning.

9.1. Kadi

I bekæmpelsen af den internationale terrorisme har lister over mistænkte og indefrysning af deres økonomiske aktiver sat frihedsrettigheder og menneskerettigheder på en vanskelig prøve. Med den berømte afgørelse i sagen *Kadi* har Domstolen med henvisning til retsstatsprincippet fastholdt EU-retten som autonom retsorden og fastslået, at enhver foranstaltning anordnet under EU-retten i princippet er undergivet EU-rettens procesgarantier.¹²⁸ Dette gælder også med hensyn til forordninger udstedt med henblik på implementering af Sikkerhedsrådets resolutioner om det sanktionsregime, der er etableret til bekæmpelse af Taliban, al-Qaeda og dermed forbundne personer og enheder, herunder for at modvirke finansiering af terrorisme. Domstolen afviste i den forbindelse, at Sikkerhedsrådets resolutioner udstedt med hjemmel i FN-Pagtens kap. VII havde forrang i forhold til de grundrettigheder, som gennem retspraksis er fastlagt i EU-rettens generelle principper i lyset af medlemsstaternes fælles forfatningsretlige traditioner som stadfæstet i EMRK art. 6 og 13 og bekræftet i EU-Chartrets art. 47, herunder retten til en begrundelse, retten til fuld domstolsprøvelse og retten til et effektivt forsvar. Domstolen fandt følgelig den anfægtede forordning »åbenbart« (*patently*) stridende mod en række grundrettigheder og annullerede derfor retsakten. Virkningen heraf blev i FN-regi en vis opstramning af retsgarantierne under Sikkerhedsrådets sanktionsregime. Herefter blev Mr. Kadi på ny blacklistet, og denne gang modtog han en summarisk begrundelse fra sanktionskomitéen under Sikker-

128. De forenede sager C-402/05 P & 415/05 P, *Kadi & Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission* [2008] (*Kadi I*). Se principiel tilslutning til *Kadi I* fra EMD i sagen *Nada v. Switzerland* 12/9 2012. Det globale sanktionsregime mod al-Qaeda m.fl. blev etableret med Sikkerhedsrådets resolution 1390 af 16.01.2002, som byggede videre på resolution 1267, 1999 og senest er opretholdt med resolution 2161, 2014. Som opfølgning på Sikkerhedsrådets generiske resolution 1373 har EU i øvrigt også etableret et autonomt sanktionsregime. Litteraturen om terrorlister og sanktioner er omfattende. En udførlig behandling på dansk er foretaget af Jørn Vestergaard i artiklen »Europæisk Kadi-ret – om terrorfinansiering, indefrysning og menneskerettigheder«, *Tidsskrift for Kriminalret* nr. 7, 2010 s. 709-726. Se i øvrigt temanummer af *New Journal of European Criminal Law*, No. 3, 2015.

hedsrådet, hvilket Domstolen imidlertid heller ikke fandt tilstrækkeligt som retsgaranti, idet ingen af de påstande, der var fremført mod Mr. Kadi i begrundelsen fra komitéen, kunne begrunde vedtagelsen på EU-plan af restriktive foranstaltninger mod ham, dels på grund af den utilstrækkelige begrundelse, dels i lyset af manglende oplysninger eller beviser, som kunne støtte den enkelte grund, stillet over for den berørtes udførlige indsigelser.¹²⁹ Efterfølgende blev Mr. Kadis navn så slettet af sanktionskomitéens liste. Domstolens afgørelser har haft stor betydning både som udtryk for værnet om EU-retten som autonom retsorden og som understregning af, at de grundlæggende rettigheder vedrørende retfærdig rettergang også skal respekteres i sager vedrørende mistanke om terrorrelaterede forhold.

9.2. Digital Rights Ireland

Med den vigtige afgørelse *Digital Rights Ireland* tog Domstolen stilling til lovligheden af direktivet om forpligtelser for udbydere af telekommunikation til logning i mindst to år af metadata.¹³⁰ Domstolen lagde heri som udgangspunkt til grund, at direktivets angivelige (»direkte«) formål var harmonisering på området for det indre marked, nemlig med hensyn til udbyderes forpligtelser til opbevaring af visse data. Imidlertid fandt domstolen, at det egentlige formål (*material objective*) med retsakten var sikringen af, at data er tilgængelige med henblik på efterforskning, opdagelse og retsforfølgning af alvorlig kriminalitet for derved ultimativt at bidrage til kampen herimod og værnet om den offentlige sikkerhed. I lyset heraf fandt Domstolen, at retsakten i forhold til retten til privatliv og retten til databeskyttelse overskred grænsen i forhold til proportionalitetsprincippet, således som dette er fastlagt i Chartret.¹³¹ Den foreskrevne pligt til logning af stort set alles personlige data

129. Sag T-85/09, *Kadi v. Commission* [2010] (*Kadi II*). Se tillige de forenede sager C-584/10 P, C-593/10 P and C-595/10 P *Commission, Council and United Kingdom v. Kadi* [2013]. På tidspunktet for afgørelsen var den ægyptiske forretningsmand Mr. Kadi forinden blevet slettet af såvel FN's som EU's liste, hvilket kan have bidraget til at gøre Domstolens principfaste indstilling mindre politisk sprængfarlig.

130. Dir. 2006/24/EF om lagring af data genereret eller behandlet i forbindelse med tilvejebringelse af offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester eller elektroniske kommunikationsnet og om ændring af direktiv 2002/58/EF.

131. Jf. art. 52, stk. 1, smh. art. 7 og 8 i Chartret. Om retsgrundlaget for forskrifter om persondatabeskyttelse, se art. 39 TEU og art. 16 TEUF. Se de forenede sager C-293/12 og C-594/12 *Digital Rights Ireland m.fl.* [2014]. Litteraturen herom er omfattende, se f.eks. Federico Fabrini, »Human Rights in the Digital Age: The European Court of Justice Ruling in the Data Retention Case and its Lessons for Privacy and Surveillance«, *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 28, 2015, pp. 65-95. Se samme

var egnet til at skabe en oplevelse af konstant masseovervågning, som tillod dannelsen af ganske præcise konklusioner om enkeltpersoner, herunder om deres vaner, opholdssteder, daglige bevægelsesmønstre, aktiviteter og sociale kontakter. Dette var en uforholdsmæssig indblanding i hele den europæiske befolknings privatliv, og retsgarantierne var grundlæggende utilstrækkelige. Direktivet var derfor uforeneligt med et demokratisk samfunds virkemåde og blev erklæret ugyldigt. Følgelig bortfaldt de i retsakten indeholdte forpligtelser for medlemsstaterne. Dette skal dog ikke opfattes som et absolut forbud mod logning, idet der i princippet lovligt vil kunne fastsættes regler herom i national lovgivning, hvis denne ud fra en samlet vurdering indeholder tiltrækkelige garantier med henblik på at beskytte logningsdata mod risikoen for misbrug samt mod ulovlig adgang til og anvendelse af oplysningerne.¹³²

9.3. Schrems

I en nyere afgørelse har Domstolen i forhold til et tredjeland anlagt en højere standard med hensyn til gensidig tillid til beskyttelsen af de grundlæggende rettigheder, end den der gælder i forholdet mellem medlemslandene i EU's interne retsorden. I sagen *Schrems* blev det fastslået, at EU-retten forbyder videregivelse af data til lande med lavere databeskyttelse, og Domstolen annullerede følgelig en kommissionsafgørelse som følge af utilstrækkelig datasikkerhed i forbindelse med udlevering af personoplysninger til USA.¹³³ Med direktivet om beskyttelse af persondataoplysninger¹³⁴ som retsgrundlag havde Kommissionen truffet beslutning om, at lovgivning og praksis i USA gav et tilstrækkeligt beskyttelsesniveau til, at det var lovligt at overføre data til USA.¹³⁵ Den østrigske statsborger Maximillian Schrems indgav en klage til

og andre i *Tillburg Law Review* 2015, Vol. 20, temanummer om *Privacy and National Security in the Digital Age*.

132. Om dommens betydning for dansk ret, se Justitsministeriets notat af 02.06.2014. De danske regler om logning fremgår nu af bkg. 988, 2006 som ændret ved bkg. 660, 2014, jf. vejl. 74, 2006. Ændringen indebar, at pligten til sessionslogning (internetlogning) er ophævet, mens der stadig skal foretages telelogning. Justitsministeriet har aktuelle overvejelser om at genindføre en pligt til sessionslogning, hvilket har ført til omfattende offentlig debat. Se også omtalen heraf nedenfor i kapitel 13.
133. Sag C-362/14 *Maximillian Schrems v. Data Protection Commissioner* [2015]. Sagen vedrørte persondatadirektivet sammenholdt med art. 7 (respekt for privatliv), 8 (beskyttelse af personoplysninger) og 47 (effektive retsmidler) i Chartret.
134. Jf. art. 25, stk. 6, i dir. 96/46/EF om overførsel af data til tredjelande.
135. Som grundlag for den såkaldte EU-US *Safe Harbour*-aftale havde Kommissionen med beslutning 2000/520 fundet det tilladt at overføre data til amerikanske virksomheder, som overholdt principperne om databeskyttelse.

det irske datatilsyn over Facebook Ireland, som er et datterselskab af Facebook Inc., der har hjemsted i USA. Klageren ønskede et forbud mod, at Facebook Ireland videregav hans personoplysninger til USA, idet han gjorde gældende, at amerikansk lovgivning og praksis ikke sikrede en tilstrækkelig beskyttelse af personoplysninger mod amerikanske efterretningstjenesters overvågningsvirksomhed, herunder navnlig aktiviteterne i National Security Agency, NSA. Klagen blev afvist som ugrundet, idet det irske datatilsyn bl.a. ikke fandt det bevist, at NSA havde skaffet sig adgang til den berørtes personoplysninger. Datatilsynet henviste i den forbindelse til, at Kommissionen havde fastslået, at USA sikrer et tilstrækkeligt beskyttelsesniveau. Klageren anlagde herefter sag ved den irske High Court, der forelagde Domstolen spørgsmålet om, hvorvidt bestemmelser i direktivet om persondatabeskyttelse sammenholdt med bestemmelser i Chartret var til hinder for, at en medlemsstats tilsynsmyndighed kunne behandle en persons anmodning om beskyttelse af vedkommendes rettigheder og frihedsrettigheder i forbindelse med behandlingen af vedkommendes personoplysninger, som er blevet videregivet fra en medlemsstat til dette tredjeland.¹³⁶ Domstolen lagde til grund, at kravet om tilstrækkelig beskyttelse (*adequate protection*) ikke nødvendigvis fordrer, at det pågældende tredjeland har samme beskyttelsesniveau som Unionen, men at standarden til enhver tid i det væsentlige skal svare hertil i praksis (*essentially equivalent*), idet der ellers ville foreligge mulighed for omgåelse ved forum shopping. Da ordningen tillod amerikanske myndigheder at skaffe sig adgang til de opbevarede oplysninger og i øvrigt ikke indeholdt tilstrækkelige procesgarantier for personer, der ønskede aktindsigt, sletning eller korrektion af data, var den i strid med grundlæggende rettigheder. Kommissionens afgørelse blev herefter annulleret.¹³⁷

9.4. Advocaten voor der Wereld

Rammeafgørelsen om den europæiske arrestordre har haft stor betydning med henblik på at smidiggøre udleveringspraksis mellem medlemsstaterne, og ordningen kan med rette betegnes som en stor succes for satsningen på at forankre det retlige samarbejde i straffesager på princippet om gensidig anerkendelse af retsafgørelser. Men når vægten på hensynet til retshåndhævelsen

136. Jf. art. 7 (respekt for privatliv) og art. 8 (beskyttelse af personoplysninger) i Chartret. I skrivende stund er fremtiden for en EU-US *Safe Harbour*-ordning usikker. Det samme gælder med hensyn til aftalen om videregivelse af data under aftalen med USA om ordningen med *Passenger Name Record* (PNR), se EUT L 215/5, 2012.

137. Domstolen fastslog desuden, at medlemsstaternes nationale datatilsyn er bemyndiget til at kontrollere overførsel af data fra EU til tredjelande.

øges, kommer hensynet til retfærdig rettergang selv sagt under pres. Landenes lovgivning, retskulturelle traditioner og praktiske forhold er til dels forskelligartede, herunder med hensyn til kriminalisering, retsplejeregler og straffekategori. Det er bl.a. et problem, at rammeafgørelsen i visse tilfælde forpligter til udlevering i forholdsvis små sager.¹³⁸ De i rammeafgørelsen udtømmende opregnede grunde til at afslå en anmodning om udlevering omfatter ikke beskyttelsen af grundlæggende rettigheder, hvilket afspejler brydningen i opfattelser mellem dem, der ønsker en formalisering af, at en sådan retsgaranti iagttages i enhver konkret sag, og dem, der betragter en udtrykkelig tilkendegivelse herom som overflødig og undergravende for den gensidige tillid til medlemsstaternes retssystemer. Som en mellemvej er der i rammeafgørelsen indsat en standardklausul om, at virkningen af retsakterne ikke skal være at modificere pligten til at respektere de grundlæggende rettigheder og retsprincipper, således som de er defineret i art. 6 TEU.¹³⁹ Nogle af medlemslandene har i deres nationale lovgivning medtaget krænkelse af grundlæggende rettigheder som afslagsgrund, hvilket har givet anledning til bemærkelsesværdigt forbeholdne reaktioner fra Kommissionen.¹⁴⁰

Domstolen har i afgørelsen *Advocaten vor de Wereld* taget udgangspunkt i, at traktatgrundlaget ikke forudsætter, at retsakter udstedt med udgangspunkt i princippet om gensidig anerkendelse forudsætter harmonisering, men grundlæggende bygger på en forudsætning om gensidig tillid mellem medlemsstaterne, som hver især forudsættes at yde samme effektive beskyttelse af de grundlæggende rettigheder, som fastlagt i EU-retten.¹⁴¹ Rationalet er, at alle

138. Kommissionens evaluering af praksis under rammeafgørelsen om den europæiske rammeafgørelse understregede behovet for at anlægge en proportionalitetstest for at undgå udlevering i småsager, se COM(2011) 175 final. Direktivet om den europæiske efterforskningskendelse bygger videre på det koncept, som blev introduceret med rammeafgørelsen om arrestordren, men udmærker sig bl.a. ved forudsætninger om, at udstedelsen af en sådan retsanmodning er »nødvendig og forholdsmæssig«, at imødekomme af anmodningen kræver, at det ønskede efterforskningskridt er hjemlet i modtagerstatens retsorden, samt at anmodningen kan afslås, hvis imødekomme ville være i strid med art. 6 TEU og Chartret. Se en række af direktivets præambelbetragtninger samt de operative art. 1, stk. 4, og art. 11, stk. 1 (f).

139. Jf. art. 1, stk. 3, i rammeafgørelse 2002/584/RIA om den europæiske arrestordre. Se tillige præambelbetragtning 12 med tilkendegivelser, der genfindes i andre retsakter udstedt på grundlag af princippet om gensidig anerkendelse.

140. Jf. således Kommissionens evalueringsrapport COM(2006) 8 final. I en bemærkelsesværdig afgørelse har den nordiske High Court afvist en begæring om udlevering til Litauen i lyset af en begrundet formodning om, at varetægtsforholdene ville være i strid med art. 3 EMRK, se *Lithuania v. Liam Campbell* [2013] NIQB 19.

141. Sag C-303/05 *Advocaten voor de Wereld* [2007].

medlemsstater jo er forpligtet af de samme menneskeretlige minimumstandarder. Rammeafgørelsen om den europæiske arrestordre vedrører således ikke harmonisering af forbrydelseskategorier, og listen over de 32 forhold, der ikke forudsætter efterprøvelse af dobbelt strafbarhed, bygger følgelig på en forudsætning om, at retsforfølgningen i den anmodende stat retter sig mod en forbrydelse, sådan som denne nu engang er defineret i den pågældende stats lovgivning.¹⁴² Legalitetsprincippet forudsættes med andre ord at blive respekteret af myndighederne i den anmodende stat.¹⁴³ Domstolen fandt derfor rammeafgørelsen i overensstemmelse med de grundlæggende rettigheder.¹⁴⁴ Domstolens præmisser rejser naturligt nok spørgsmålet om, hvorvidt »gensidig tillid« på nogle områder nærmest får karakter af »blind tillid«, idet der næppe er fuld dækning for at antage, at alle medlemslandes lovgivning og praksis berettiger en formodning om et tilfredsstillende retskulturelt niveau.¹⁴⁵

9.5. Melloni

Umiddelbart kunne man forestille sig, at virkningen af bestemmelserne i Chartret udelukkende ville være at garantere mindstestandarder for beskyttelsen af friheder og rettigheder.¹⁴⁶ Dette er imidlertid ikke tilfældet på alle om-

142. »The actual definition of those offenses and the penalties applicable are those which follow from the law of 'the issuing Member State'.« Domstolen fandt heller ikke tilsidesættelse af lighedsgrundsætninger eller diskrimination i forhold til personer mistænkt for lovovertrædelser, der ikke er optaget på positivlisten.

143. De forskellige forgreninger af legalitetsprincippet er fastslået i art. 49 i Chartret, der på EU-retten anvendelsesområde er forudsat fortolket i overensstemmelse med praksis ved EMD i henhold til art. 7 EMRK. Det bemærkes, at legalitetsprincippet slår igennem i forhold til princippet om direktivfortolkning, der ikke kan anvendes til skærpelse af strafansvaret efter national ret, jf. herom sag C-7/11 *Caronna* [2012].

144. Afgørelsen er blevet kritiseret for at anlægge en for restriktiv opfattelse af legalitetsprincippet og for derved at undslå sig for at forholde sig til spørgsmålet om behovet for en vis grad af minimum tilnærmelse vedrørende de relevante deliktskategorier. Afgørelsen giver heller ikke i øvrigt nogen vejledning om forudsætninger og rammer for regler om gensidig anerkendelse.

145. Afgørelsen *Advocaten* lider i øvrigt af den svaghed, at ECJ drager slutninger på grundlag af afgørelser i sager om princippet *ne bis in idem*, hvilket er misvisende, da der i den sammenhæng undtagelsesvist er tale om regler, der er til fordel for individet, ikke det modsatte. Se herom Markus Möstl, *Common Market Law Review*, 2010, pp. 405-436.

146. Om dette udgangspunkt, se Jonas Christoffersen a.st. s. 73, 77 f. og 476 ff. Det ligger selvsagt fast, at Chartret på visse områder kan indebære et højere beskyttelsesniveau end EMRK, f.eks. mht. retsmidler og domstolsprøvelse. Jf. art. 47 i Chartret.

råder. Tværtimod kan der i forhold til dele af sekundær lovgivning, der udmønter princippet om gensidig anerkendelse, snarere være tale om maksimumstandarder. Ifølge Chartrets bestemmelse om beskyttelsesniveau må ingen bestemmelse i dette ganske vist fortolkes som en begrænsning af eller et indgreb i de grundlæggende menneskerettigheder og frihedsrettigheder, der anerkendes i bl.a. EMRK eller i medlemsstaternes forfatninger. Dette kunne betyde, at når en EU-retsakt henviser til nationale gennemførelsesforanstaltninger, har de nationale domstole beføjelse til at henholde sig til deres nationale niveauer for beskyttelse af grundlæggende rettigheder. En bogstavnær fortolkning af bestemmelsen ville således indebære, at en medlemsstat er berettiget til forfatningsmæssigt at fastlægge og håndhæve et højere beskyttelsesniveau end det, der følger af Chartret, f.eks. på det straffeprocessuelle område. Til trods for Chartrets ellers klare ordlyd fandt Domstolen i sagen *Melloni* imidlertid, at det ville være undergravende for EU-rettens forrang, hvis bestemmelsen skulle forstås på en sådan måde, at den kunne påberåbes i tilfælde af, at en medlemsstats forfatningsretlige regler gav en bedre beskyttelse end Chartret.¹⁴⁷

Sagen handlede om, hvorvidt en medlemsstat kunne afvise en anmodning om udlevering på grundlag af en europæisk arrestordre som følge af manglende overholdelse af retten til et effektivt forsvar mv.¹⁴⁸ I det pågældende tilfælde var Stefano Melloni *in absentia* blevet idømt 10 års fængsel ved en italiensk domstol i en sag om konkurssvindel. Han opholdt sig nu i Spanien, hvor reglerne om domfældelse *in absentia* gav den tiltalte en bedre beskyttelse end de italienske regler. Efter disse var der ikke adgang til fornyet prøvelse af en dom afsagt *in absentia*, hvilket ikke var i overensstemmelse med reglerne om retten til retfærdig rettergang i spansk forfatningsret, hvorefter udlevering til straffuldbyrdelse skulle betinges af en ret til appel. På baggrund af

147. Se sag C-399/11 *Stefano Melloni v. Ministerio Fiscal* [2013], para. 58-64. Jf. art. 53 i Chartret. Sagen er kommenteret af mange, se bl.a. Henning Bang Fuglsang Madsen Sørensen, *De europæiske arrestordre og retten til erstatning for frihedsberøvelse*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2015, s. 193 ff.; Valsamis Mitsilegas, »The symbiotic relationship between mutual trust and fundamental rights in Europe's area of criminal justice«, *New Journal of European Criminal Law*, 2015, pp. 457-480; Nina Holst-Christensen i *EU-ret og Menneskeret*, 2013, nr. 4 s. 149; Merita Kettunen, *Legitimizing the Use of Transnational Criminal Law*, Helsinki, 2015, pp. 183 ff. Et tidligt bidrag til temaet er i øvrigt publiceret af Jonas Bering Liisberg, »Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law?«, *Common Market Law Review*, 2001, pp. 1171 ff.

148. Jf. art. 47 (effektive retsmidler og upartisk domstol) og art. 48 (uskyldsformodning og ret til forsvar) i Chartret.

formåls- og ordlydsfortolkning lagde Domstolen først til grund, at rammeafgørelsen gør udtømmende op med de gyldige afslagsgrunde, herunder med henblik på tilfælde hvor domfældelse er sket *in absentia*, og at ingen af disse forelå i det konkrete tilfælde.¹⁴⁹ Under henvisning til praksis ved EMD fastslog Domstolen herefter, at retten til at være til stede under retssagen ikke er absolut. Rammeafgørelsens formål er at styrke processuelle rettigheder under hensyntagen til princippet om gensidig anerkendelse, og da reglerne i retsaktten afspejler medlemsstaternes fælles opfattelse, blev de følgelig anset som forenelige med Chartrets bestemmelser.¹⁵⁰ Domstolen afviste derfor, at en medlemsstat kan anvende et beskyttelsesniveau for grundlæggende rettigheder garanteret ved dens forfatning, når dette niveau er højere end det, der følger af Chartret, hvis medlemsstaten derved hindres i at anvende bestemmelser i EU-retten. En medlemsstat kan således ikke opstille betingelser for fuldbyrdelsen af en europæisk arrestordre med det formål at undgå en fortolkning, der begrænser eller tilsidesætter de grundlæggende rettigheder, der er anerkendt i dens forfatning, når anvendelsen af sådanne betingelser ikke er tilladt i henhold til rammeafgørelsen. En sådan fortolkning ville være i strid med princippet om EU-rettens forrang.¹⁵¹ Chartret kan med andre ord sætte en overgrænse for beskyttelsen, idet der skal indfortolkes et forbehold om, at EU-rettens forrang, enhed og effektivitet ikke svækkes. Chartret og EMRK udgør således den laveste fællesnævner; men i modsætning til det retlige regime under EMRK tillader Chartret med andre ord ikke generelt medlemsstaterne at etablere et højere beskyttelsesniveau i forhold til grundlæggende rettigheder, hvis dette ville skabe problemer for EU-rettens autonomi. Med denne afgørelse har Domstolen på ny tillagt formodningen om berettigelsen af gensidig tillid og princippet om gensidig anerkendelse en ophøjet status, som til og med gør det muligt at tilsidesætte en medlemsstats forfatningsbestemte rettigheder.

149. Rammeafgørelsens art. 4a, stk. 1, indsat ved rammeafgørelse 2009/299/RIA. Herefter var det en gyldig afslagsgrund, hvis den mistænkte ikke havde været klar over, at der ville blive gennemført en straffesag, men ikke hvis vedkommende havde haft kundskab herom.

150. Rammeafgørelsen er udstedt på grundlag af enstemmighed mellem medlemsstaterne, men uden Parlamentets medvirken som medlovgiver.

151. En tilsvarende præmis lagde Domstolen på et helt andet område til grund i sag C-11/70 *Internationale Handelsgesellschaft* [1970], hvori det blev fastslået, at »en fællesskabsakts gyldighed eller virkning i en medlemsstat påvirkes ikke af, at det gøres gældende, at den krænker de fundamentale rettigheder, som de er udformet i statens forfatning, eller grundsætningerne i en national forfatningsstruktur«.

9.6. Radu og NS

I en sag om udlevering af en røvermistænkt til Tyskland fra Rumænien var der rejst spørgsmål om, hvorvidt en anmodning om udlevering kunne afslås med den begrundelse, at den eftersøgte ret til retfærdig rettergang ikke var blevet respekteret, idet han ikke var blevet afhørt før udstedelsen af nogle arrestordre.¹⁵² Den rumænske statsborger Ciprian Vasile Radu anførte over for Domstolen, at bestemmelserne i rammeafgørelsen om den europæiske arrestordre forhindrede de rumænske myndigheder i at efterprøve, om retten til en retfærdig rettergang, uskyldsformodningen og retten til frihed, som han påberåbte sig i henhold til Chartret og EMRK, var overholdt, idet arrestordrerne var blevet udstedt, uden at han hverken var blevet indkaldt eller havde haft mulighed for at antage en advokat eller at fremføre sit forsvar.

Generaladvokat Sharpston erindrede i sit forslag til afgørelse om, at EU-retten kan yde en mere omfattende beskyttelse end den i EMRK fastsatte. Forståeligt nok fandt hun det åbenbart, at hele formålet med rammeafgørelsen ville blive undermineret, hvis det var muligt at fremsætte »rutine«-indvendinger forankret i teoretiske krænkelser af menneskerettighederne, og at kriteriet for afvisning derfor skal være strengt. Hun mente dog, at en regel om »åbenbar« krænkelser ville være for uklar, og at det også ville være et unødigt strengt kriterium, hvis krænkelsen skal være så grundlæggende, at den indebærer en fuldstændig afvisning eller omstødelse af retten til en retfærdig rettergang. Det hensigtsmæssige kriterium burde efter generaladvokatens mening være, at manglen eller manglerne i rettergangen er sådanne, at de grundlæggende ødelægger rettergangens retfærdige karakter, og at den eftersøgte person på dette grundlag skal godtgøre, at hans indvendinger mod udlevering i det væsentlige er velbegrundede.

Domstolen gik imidlertid mere direkte til sagen og fastslog, at medlemsstaterne kun kan afslå at fuldbyrde en europæisk arrestordre i de tilfælde, der er opregnet i rammeafgørelsen. Den omstændighed, at en arrestordre er udstedt med henblik på strafforfølgning, uden at den eftersøgte person er blevet afhørt i udstedelsesstaten før udstedelsen af arrestordren, er ikke en af de i rammeafgørelsen fastsatte grunde til at afslå at imødekomme en anmodning om udlevering i en sådan sag. En pligt for de udstedende judicielle myndigheder til at afhøre den eftersøgte person før udstedelsen af en sådan europæisk arrestordre ville uundgåeligt modarbejde selve den i rammeafgørelsen fastsatte overgivelsesordning og dermed virkeliggørelsen af området med fri-

152. Sag C-396/11 *Radu* [2013] handlede først og fremmest om fortolkningen af art. 47 (effektive retsmidler og upartisk domstol) og art. 48 (uskyldsformodning og ret til forsvar) i Chartret.

hed, sikkerhed og retfærdighed, eftersom en sådan arrestordre bør have en vis overraskelseeffekt bl.a. for at undgå, at den pågældende flygter. EU-retten sikrer derimod, at retten til at blive afhørt i fuldbyrdesmedlemsstaten ville blive overholdt på en måde, der ikke bringer effektiviteten af ordningen med den europæiske arrestordre i fare. Domstolen afviste følgelig, at udlevering ville være i strid med Chartrets bestemmelser om ret til effektive retsmidler og upartisk domstolskontrol eller med uskyldsformodningen og retten til forsvar. Afgørelsen vakte skuffelse blandt fortalere for bedre beskyttelse af retten til retfærdig rettergang i forbindelse med udlevering i straffesager.¹⁵³

På et tilgrænsende område har Domstolen i de forenede sager *N.S. m.fl.* statueret, at Chartret finder anvendelse, hvis der ligefrem kan antages at være »systemiske mangler« ved asylprocedure og modtageforhold. Dette kan betyde, at den ellers stærke formodning om alle medlemsstaters overholdelse af EU-retten helt undtagelsesvist afkræftes. Forudsætningen herfor er, at der foreligger en konkret begrundet risiko for, at Chartrets forbud mod umenneskelig og nedværdigende behandling mv. ville blive krænket. Tilbageførsel af en afghansk asylansøger fra Storbritannien til Grækenland blev i det givne tilfælde fundet ulovlig.¹⁵⁴

Når de to sager sammenholdes, tilbagestår der et indtryk af, at Domstolen opererer med forskellige standarder for den vægt, som varetagelsen af grundlæggende rettigheder forudsætter på forskellige reguleringsområder inden for området med frihed, sikkerhed og retfærdighed. Der kræves mere for at afkræfte formodningen om grundlaget for gensidig tillid, når det gælder strafprocessuelle retsakter om gensidig anerkendelse, end der gør på asylområdet, hvor det i lyset af princippet om non-refoulement er muligt at afkræfte formodningen om, at grundlaget for gensidig tillid er til stede.

153. Afgørelsen er kritiseret af mange. En god analyse findes hos Ermioni Xanthopoulou, *New Journal of European Criminal Law*, 2015, pp. 32-52. Se også Alex Tinsley, *European Criminal Law Review*, 2012, pp. 338-352, samt Valsamis Mitsilegas, *Yearbook of European Law*, 2012, pp. 319-330.

154. Se de forenede sager C-411/10 og 493/10 *N.S. and Others v. Secretary of State for the Home Department* [2014], der ligger i forlængelse af EMD's afgørelse i sagen *MSS v. Belgien & Grækenland* 21/1 2011. Sagen handlede om forbuddet mod umenneskelig og nedværdigende behandling, jf. art. 4 i Chartret smh. art. 3 EMRK. Se også den efterfølgende afgørelse ved EMD i sagen *Tarakhel v. Switzerland* 4/11 2014, hvor det blev lagt til grund, at det ved afgørelser under Dublin III-forordningen påhviler staterne at anlægge »en grundig og individualiseret undersøgelse« af risikoen for tilsidesættelse af en asylansøgers grundlæggende rettigheder, og at der forelå tilstrækkelig tvivl om det italienske asylsystems standard til, at en overførsel ikke umiddelbart kunne finde sted.

10. Gensidig tillid, gensidig anerkendelse og de grundlæggende rettigheder

Som opfølgning på Tammerfors-konklusionerne ved udløbet af den femårsperiode, som disse skulle omfatte, vedtog Det Europæiske Råd i 2004 et nyt politisk rammeværk med det såkaldte Haag-program, der i kølvandet på 9/11 havde en kraftig betoning af sikkerhed i forhold til frihed og retfærdighed.¹⁵⁵ I 2009 blev Haag-programmet afløst af det mere afbalancerede Stockholm-program, hvor respekt for grundlæggende friheder og sikringen af borgernes rettigheder og retsstatsprincipper kom til at stå i forgrunden.¹⁵⁶ Post-Stockholm har Det Europæiske Råd i 2014 fastlagt et bredt sæt af strategiske retningslinjer, som bl.a. omfatter området med frihed, sikkerhed og retfærdighed.¹⁵⁷

Undervejs i bestræbelserne hen imod stadig større integration på området med frihed, sikkerhed og retfærdighed er det blevet tydeligt, at de traktatbestemte målsætninger og de supplerende programerklæringer i realiteten er til dels modstridende. Til trods for besværgende målsætninger om, at retshåndhævelsesforanstaltninger og foranstaltninger til sikring af individuelle rettigheder, retsstaten og internationale beskyttelsesregler »går hånd i hånd i samme retning og styrker hinanden gensidigt«, peger tendensen i såvel de mange retsakter om det politimæssige og strafferetlige samarbejde som i

155. Haag-Programmet, *Styrkelse af Frihed, Sikkerhed og Retfærdighed i Den Europæiske Union*, se 2005/C 53/01.

156. Stockholm-Programmet, *Et åbent og sikkert Europa i borgernes tjeneste og til deres beskyttelse*, se 2010/C 115/01. Det Europæiske Råd erklærede nu, at fokus på borgernes interesser og behov burde prioriteres, men erkendte samtidig udfordringen i at sikre respekt for de grundlæggende rettigheder og friheder og menneskets integritet samtidig med at garantere sikkerheden i Europa. Retshåndhævelsesforanstaltninger og foranstaltninger til sikring af individuelle rettigheder, retsstaten og internationale beskyttelsesregler skulle gå hånd i hånd i samme retning og styrke hinanden gensidigt. Respekten for grundlæggende rettigheder blev bl.a. understreget i Rådets køreplan (*roadmap*) med henblik på at styrke mistænkte eller tiltalte proceduremæssige rettigheder i straffesager, se 2009/C 295/01. For en status, se: www.ec.europa.eu/justice/criminal/criminal-rights/index_en.htm. Se i øvrigt Kommissionens *Strategy for effective Implementation of the Charter of Fundamental Rights*, COM(2010) 573 final.

157. Se EUCO 79/14. Forarbejderne til strategien omfatter bl.a. Kommissionens *Justice Agenda for 2020*, som tager afsæt i behovet for konsolidering, kodificering og komplettering, herunder under hensyntagen til variationen i medlemsstaternes retssystemer og retstraditioner samt respekt for subsidiaritet, proportionalitet og bestemmelserne i Chartret, COM(2014) 144 final.

praksis på området klart i retning af, at sikkerhed betones på bekostning af frihed og retfærdighed.

I udtalelse 2/13 om udkast til aftale om tiltrædelse af EMRK fremhævede Domstolen den grundlæggende betydning af det, der i udtalelsen ligefrem betegnes som »princippet« om gensidig tillid på området med frihed, sikkerhed og retfærdighed.¹⁵⁸ I den påtænkte aftale var der valgt en tilgang, der under konventionen ville ligestille Unionen med en stat og dermed tildele Unionen en rolle, der på alle punkter var identisk med rollen for enhver anden kontraherende part. Dette fandt Domstolen stridende mod Unionens egenart, idet medlemsstaternes indbyrdes forbindelser på de områder, der er genstand for en overførsel af kompetence fra medlemsstaterne til Unionen, reguleres af EU-retten og ikke af nogen anden ret. I det omfang EMRK måtte pålægge en medlemsstat et krav om at kontrollere en anden medlemsstats overholdelse af de grundlæggende rettigheder, mens det i henhold til EU-retten forudsættes, at der er gensidig tillid mellem disse medlemsstater, ville tiltrædelsen kunne bringe såvel den ligevægt, Unionen er baseret på, som EU-rettens autonomi i fare. I lyset heraf fandt Domstolen, at Unionens påtænkte tiltrædelse af EMRK som fastslagt i det foreliggende aftaleudkast ville kunne gribe ind i EU-rettens særlige karakteristika og i EU-rettens autonomi. Domstolen tilføjede i den forbindelse »princippet om gensidig tillid« den betydning, at medlemsstaterne skal lægge til grund, at samtlige andre medlemsstater overholder EU-retten og navnlig de heri anerkendte grundlæggende rettigheder, »medmindre der er tale om helt særlige omstændigheder«.¹⁵⁹ Når medlemsstaterne gennemfører EU-retten, er det således ifølge Domstolen hverken muligt for dem at kræve et nationalt beskyttelsesniveau af en anden medlemsstat, der er højere end det ved EU-retten sikrede, eller – undtagen i særlige tilfælde – at kontrollere om denne anden medlemsstat i et konkret tilfælde rent faktisk har overholdt de i Unionen sikrede grundlæggende rettigheder.

Domstolens udtalelse er bemærkelsesværdig som udtryk for en ganske vidtgående tilslutning til en ordning, hvorunder varetagelsen af en effektiv og konsekvent beskyttelse af borgernes grundlæggende rettigheder principielt må vige for opretholdelsen af en abstrakt forestilling om berettigelsen af gensidig tillid til standarden af de andre medlemsstaters retsordener.¹⁶⁰ Den enkelte medlemsstat har ikke lov til at stille krav om en højere standard end fastsat i EU-retten, og i princippet må myndighederne i en medlemsstat heller ikke i konkrete sager foretage nogen undersøgelse af, om der er fornødent

158. Domstolens udtalelse 2/13 af 18. december 2014.

159. Domstolen henviste her til afgørelserne i *N.S.* og *Melloni*.

160. Jf. Mitsilegas, *New Journal of European Criminal Law*, 2015, pp. 457-480.

10. Gensidig tillid, gensidig anerkendelse og de grundlæggende rettigheder

grundlag for at nære tillid til en anden stats overholdelse af de grundlæggende rettigheder. Dermed har EU-Domstolen opstillet en højere tærskel end den, der lægges til grund ved EMD, der ikke kræver »helt særlige omstændigheder« for at anerkende et anbringende om, at grænseoverskridende retshjælp eller overførsel ville stride mod grundlæggende rettigheder. I øvrigt afviger Domstolens tilgang på bemærkelsesværdig vis fra den, der er benyttet i nyere lovgivning på området. Direktivet om den europæiske efterforskningskendelse anerkender således, at det kan være en afslagsgrund, hvis imødekommelse af en retsanmodning ville være uforenelig med grundlæggende rettigheder.¹⁶¹ Domstolens linje er da også med rette blevet kritiseret af flere.¹⁶²

Ved ligefrem at ophæve formodningen om berettigelsen af gensidig tillid til et grundlæggende princip levner Domstolen ikke megen plads til efterprøvelse af, om tilliden er velbegrundet, eller om der i det konkrete tilfælde er rimelig anledning til at afkræfte formodningen i lyset af udsigten til en krænkelse af grundlæggende rettigheder. Hensynet til at fremme samarbejdet om en effektiv retshåndhævelse giver princippet om gensidig anerkendelse en retlig status, der indebærer vidtgående begrænsninger på hensynet til individets mulighed for retfærdig rettergang og faktisk overholdelse af grundlæggende rettigheder i den udstedende medlemsstat. En sådan doktrin er åbenlyst ude af trit med linjen i Strasbourg, og den står i skarp kontrast til de gennemgående

161. Imødekommelse af en efterforskningskendelse kan afvises, når »der er vægtige grunde til at tro, at gennemførelsen af den efterforskningsforanstaltning, der er anført i den europæiske efterforskningskendelse, ville være uforenelig med fuldbyrdelsesstatens pligter i henhold til art. 6 TEU og Chartret«, jf. art. 11, stk. 1 (f), i direktivet. Se også præambelbetragtning 19 i direktivet: »Oprettelsen af et område med frihed, sikkerhed og retfærdighed i Unionen er baseret på gensidig tillid og en formodning om alle medlemsstaters overholdelse af EU-retten, navnlig de grundlæggende rettigheder. Denne formodning er dog afviselig. Hvis der er vægtige grunde til at tro, at gennemførelsen af en efterforskningsforanstaltning, der er anført i en europæisk efterforskningskendelse, ville medføre krænkelse af en grundlæggende ret, og at fuldbyrdelsesmedlemsstaten ville tilsidesætte sine pligter vedrørende beskyttelse af grundlæggende rettigheder, der anerkendes i Chartret, bør fuldbyrdelsen af kendelsen afslås.«

162. »The willingness of the Court of Justice to sacrifice an individualised case-by-case assessment of the human rights implications of the execution of a mutual recognition order in the name of uncritical, presumed mutual trust is a clear challenge for the effective protection of fundamental rights in the European Union and run the risk of resulting in a lower protection of fundamental rights in systems of inter-state cooperation within the EU compared to the level of protection provided by the Strasbourg Court in ECHR cases.«, Mitsilegas, *ibid.* p. 474.

programerklæringer fra institutionerne om, at Unionen garanterer en effektiv beskyttelse af grundlæggende rettigheder.

I retsakter udstedt på grundlag af princippet om gensidig anerkendelse betones det i de ikke juridisk bindende præambelbetragtninger, at berørte personers grundlæggende friheder og rettigheder skal respekteres, sådan som disse inden for rammerne af EU-retten og den europæiske menneskeret er fastlagt i de enkelte medlemsstats nationale ret. I flere af de nye direktiver på det strafferetlige område har den politisk-ideologiske forankring af samarbejdet i »en høj grad af tillid mellem medlemsstaterne« bl.a. fået følgende programatiske udtryk, som også rummer en vis erkendelse af, at grundlaget for gensidig tillid kan være forholdsvis skrøbeligt:

»Selv om samtlige medlemsstater er part i den europæiske menneskerettighedskonvention, har erfaringerne vist, at dette ikke i sig selv altid giver en tilstrækkelig grad af tillid til andre medlemsstats strafferetssystemer ... En styrkelse af den gensidige tillid kræver en mere konsekvent gennemførelse af de rettigheder og garantier, der er fastsat i art. 6 i den europæiske menneskerettighedskonvention. Der kræves ligeledes en videreudvikling inden for Unionen af mindstandarderne i EMRK og Chartret ...«¹⁶³

»Gennemførelsen af princippet om gensidig anerkendelse af afgørelser i straffesager forudsætter, at medlemsstaterne har tillid til hinandens strafferetlige systemer. Omfanget af den gensidige anerkendelse hænger snævert sammen med en række parametre, herunder mekanismerne for beskyttelse af mistænkte eller tiltalte rettigheder og fælles minimumsstandarder, der er nødvendige for at lette anvendelsen af princippet om gensidig anerkendelse (...) Gensidig anerkendelse af afgørelser i straffesager kan kun fungere effektivt, når der hersker tillid, således at ikke blot retsmyndighederne, men alle aktører i strafferetsprocessen, opfatter andre medlemsstats retsmyndigheders afgørelser som svarende til deres egne, hvilket forudsætter ikke blot tillid til tilstrækkeligheden af andre medlemsstats regler, men også tillid til, at disse regler anvendes korrekt.«¹⁶⁴

»Fælles minimumsregler bør føre til øget tillid til alle medlemsstaternes strafferetssystemer, hvilket igen bør føre til et mere effektivt retligt samarbejde i et klima af gensidig tillid og til fremme af en kultur med respekt for grundlæggende rettigheder i Unionen. Sådanne fælles minimumsregler bør tillige fjerne hindringer for borgernes fri bevægelighed på hele medlemsstaternes område (...).«¹⁶⁵

163. Præambelbetragtninger 6 og 7 i dir. 2010/74/EU om tolke- og oversætterbistand.

164. Præambelbetragtninger 3, 4 og 8 i dir. 2012/13/EU om ret til information under straffesager. Tilsvarende formuleringer findes i andre direktiver.

165. Præambelbetragtning 8 i dir. 2013/48/EU om ret til advokatbistand mv. I øvrigt er nogle af betragtningerne fra andre direktiver gentaget.

10. Gensidig tillid, gensidig anerkendelse og de grundlæggende rettigheder

EMRK og Chartret sikrer kun en række mindstestandarder med hensyn til retfærdig rettergang. Medlemsstaternes retstraditioner og velfærdsniveauer er fortsat meget varierende, så det kan frembyde betydelige praktiske udfordringer og være særligt belastende at blive undergivet vilkårene i en anden medlemsstat og dennes retsorden, ikke mindst i tilfælde af udlevering til strafforfølgning eller straffuldbyrdelse.¹⁶⁶ Ved at lade forudsætningen om gensidig tillid være afgørende, undviger man en erkendelse af den reelle uensartethed og de i nogle tilfælde uforsvarlige faktiske forhold, f.eks. overbelægning i fængsler. Man slipper således for at forholde sig til spørgsmålet om funktionel ækvivalens og dermed til spørgsmålet om behovet for yderligere tilnærmelse eller egentlig harmonisering af medlemsstaternes lovgivning. I stedet udformes mange retsakter på en sådan måde, at der indbygges mangfoldige undtagelser, og dermed praktiseres en forholdsvis svag form af princippet om gensidig anerkendelse. Forankringen af princippet om gensidig anerkendelse i gensidig tillid er dermed udtryk for en politisk betonet besværgelse, som kun til dels afspejler en praktisk realitet, idet bestræbelserne på at opnå en passende balance mellem hensynet til retshåndhævelsen og hensynet til mistænkte personers retssikkerhed og øvrige vilkår kun i et vist omfang har båret frugt.¹⁶⁷

Som nogle af de ovenfor refererede afgørelser samt udtalelse 2/13 viser, har Domstolen anlagt en temmelig uforbeholden tilslutning til forestillingen om, at de judicielle myndigheder i medlemsstaterne allerede på det foreliggende retlige og faktuelle grundlag næsten uden forbehold kan nære tillid til standarderne i de øvrige medlemsstaters retssystemer. Derved har Domstolen i det væsentlige godtaget bestræbelserne på at lette retshåndhævelsen på de regulerede områder på bekostning af hensynet til de berørtes grundlæggende rettigheder. Forestillingen om berettigelsen af gensidig tillid bliver derved en

166. Ikke mindst praksis med hensyn til varetægtsfængsling og forholdene under frihedsberøvelse i visse medlemsstater har med rette givet anledning til bekymring og i visse tilfælde afslag på anmodninger om udlevering. Organisationen Fair Trials er særdeles aktiv i bestræbelserne på at håndhæve og forbedre retstilstanden på området.

167. Et ambitiøst initiativ til sikring af sigtedes rettigheder blev taget med Kommissionens *Green Paper on Procedural Safeguards for Suspects and Defendants in Criminal Proceedings throughout the European Union*, COM(2003) 75 final, som gav afsæt for et forslag om en rammeafgørelse på området, COM(2004) 328 final. Denne retsakt er der imidlertid aldrig lykkedes at opnå politisk enighed om. Med Rådets vedtagelse i 2010 af Stockholmprogrammet blev der skitseret en plan for styrkelse af sigtedes og anklagedes retsstilling. Både Kommissionen og Parlamentet har taget tråden op i diverse principudtalelser, se f.eks. Parlamentets resolution af 02.04.2014, *Mid-term Review of the Stockholm Programme*.

blåstempling af retstilstanden og de faktiske forhold i den medlemsstat, som udsteder en retsanmodning på grundlag af en retsakt med forankring i princippet om gensidig anerkendelse. Der levnes i hvert fald ikke megen plads til efterprøvelse af den udstedende stats overholdelse af menneskeretlige minimumstandarder eller til hensyntagen til konsekvenserne for de berørte ved imødekommelse af ønsket om gensidig anerkendelse. Dette bliver særligt påfaldende, når en medlemsstats forfatningsretligt sikrede rettigheder kan trumfes af EU-retten som i tilfældet *Melloni*.

I samspillet med medlemsstaterne og institutionerne har Domstolen med afgørelserne i *Pupino*, *Kadi*, *NS*, *Digital Rights* og *Schrems* sat individet i centrum og spillet grundlæggende rettigheder som trumf over for medlemsstaterne, Kommissionen og sågar Sikkerhedsrådet og USA. Men i afgørelserne *Advocaaten*, *Radu* og *Melloni* samt i udtalelse 2/13 har hensynet til det politisk fastlagte ønske om integration fået overvægt, hvilket er ensbetydende med, at sikkerhed i skikkelse af retshåndhævelse har fået forrang i forhold til retfærdig rettergang.¹⁶⁸ Med hensyn til fastlæggelsen og afklaringen af, hvad retten til retfærdig rettergang indebærer i konkrete sammenhænge, er der fortsat store udfordringer for institutionerne.

For Domstolen er det en særlig udfordring at sikre balance og sammenhæng. Som autoritativ fortolker af såvel traktatgrundlaget som sekundære retsakter er det Domstolens rolle at varetage hensynet til den fremadskridende, men skrøbelige og modsætningsfyldte integration på området, samtidig med at det påhviler Domstolen at være den ultimative garant for sikringen af de grundlæggende rettigheder. Udøvelsen af denne funktion er velkendt fra udviklingen af det indre marked, men har til dels en anden karakter, når det gælder området med frihed, sikkerhed og retfærdighed. Det er begrænset, hvad institutionerne kan gøre for at sikre overholdelsen af de grundlæggende rettigheder på det strafferetlige område, hvor både retskulturelle forskelle og økonomiske prioriteringer på nogle områder har afgørende betydning. De enkelte medlemsstater har varierende opfattelser og er i forskellige sammenhænge mere eller mindre utilbøjelige til at indordne sig under et fælles regime, som forudsætter afkald på suverænitet og opretholdelse af nationale rets-

168. Mitsilegas afrunder sin analyse i ovennævnte artikel ved at udtrykke en forhåbning om, at Domstolen vil være mere indstillet på at håndhæve grundlæggende rettigheder i sager om fortolkningen af retsakter, som direkte retter sig mod at sikre retten til retfærdig rettergang, end i sager om fortolkningen af retsakter, der tager det modsatte udgangspunkt, nemlig at styrke samarbejdet på grundlag af princippet om gensidig anerkendelse. I førstnævnte tilfælde vil det være individets retsstilling, der står i centrum, i andet tilfælde vil det være sammenhængskraften i den interne retsorden.

traditioner samt eventuelt også bekostelige reformer. Dette er særlig tydeligt, for så vidt angår de særlige forbehold, som gælder for Danmark, Storbritannien og Irland; men også andre medlemsstater er forbeholdne. Og hele retsgrundlaget er kendetegnet ved stor tilbageholdenhed i tildelingen af kompetencer og hjemlede instrumenter. Lissabon-traktaten indebærer en højere grad af unionisering, men traktaterne og de sekundære retsakter afspejler fortsat væsentlige brydningspunkter mellem de forskellige principper og hensyn, herunder i forhold til beskyttelsen af grundlæggende rettigheder.

11. Efterskrift – princippet om gensidig tillid til overholdelsen af grundlæggende rettigheder

11.1. De forenede sager Aranyosi & Căldăraru

I en ny dom har Domstolen videreudviklet sin opfattelse af den retlige betydning af princippet om gensidig anerkendelse af afgørelser i straffesager, henholdsvis princippet om gensidig tillid samt spørgsmålet om disse princippers indbyrdes forhold og forbindelse til grundlæggende rettigheder.¹⁶⁹ De to sager handlede først og fremmest om fortolkningen af den bestemmelse i rammeafgørelsen om den europæiske arrestordre, hvorefter denne retsakt ikke indebærer nogen ændring af pligten til at respektere de grundlæggende rettigheder og grundlæggende retsprincipper, således som de er defineret i art. 6 TEU.¹⁷⁰ I den ene sag var der i Ungarn udstedt to arrestordre med henblik på udlevering fra Tyskland af en ungarsk statsborger til strafforfølgning for indbrudstyveri og hærværk. I den anden sag var der i Rumænien udstedt en arrestordre med henblik på udlevering fra Tyskland af en rumænsk statsborger til fuldbyrdelse af idømt fællesstraf af fængsel i 1 år og 4 måneder for gentagen kørsel uden kørekort.

Fuldbyrdelsen af en europæisk arrestordre indebærer, at den udleverede person frihedsberøves i en anden medlemsstat. I de pågældende sager var anklagemyndigheden i Bremen opmærksom på, at forholdene i nogle af fængslerne i Ungarn og Rumænien ikke opfylder de europæiske minimumstandarder, og der blev derfor rettet forespørgsel til de pågældende judicielle myndigheder for at få oplyst, hvilke fængsler de efterlyste ville blive indsat i, hvis

169. De forenede sager Pál Aranyosi (sag C-404/15) og Robert Căldăraru (sag C-659/15 PPU), Store Afdeling, dom af 5. april 2016. Den danske dommer og afdelingsformand Lars Bay Larsen medvirkede i afgørelsen.

170. Rammeafgørelsens art. 1, stk. 3.

de blev udleveret.¹⁷¹ Da dette ikke førte til klare og betryggende svar, forelagde appeldomstolen i Bremen derefter i begge sager Domstolen nogle spørgsmål om, hvordan man skulle forholde sig, når der foreligger vægtige oplysninger om, at forholdene under frihedsberøvelse i den udstedende/anmodende medlemsstat er uforenelige med de grundlæggende rettigheder, herunder navnlig med art. 4 i Chartret, jf. art. 3 EMRK.¹⁷² Det præjudicielle spørgsmål drejede sig med andre ord grundlæggende om rækkevidden af princippet om gensidig anerkendelse i tilfælde, hvor grundlaget for at have tillid til en anden medlemsstats overholdelse af grundlæggende rettigheder viser sig skrøbeligt.

Forholdsvis kort fortalt kom Domstolen frem til, at rammeafgørelsens bestemmelser skal fortolkes som følger: En konstatering af, at der foreligger en reel risiko for umenneskelig eller nedværdigende behandling på grund af de generelle forhold under frihedsberøvelse i den udstedende medlemsstat, kan ikke som sådan føre til et afslag på at fuldbyrde/imødekomme en europæisk arrestordre.¹⁷³ Oplysninger herom indebærer »ikke nødvendigvis i sig selv«, at den berørte person i en konkret sag efter udlevering vil blive udsat for umenneskelig eller nedværdigende behandling. Men foreligger der »objektive, pålidelige, konkrete og behørigt opdaterede oplysninger« om, at der ved forholdene under frihedsberøvelse i den udstedende medlemsstat er »mangler, der kan være systemiske eller generelle, eller som kan berøre visse per-

171. Ungarn er ved EMD blevet dømt for overtrædelse af art. 3 EMRK ved at overfylde sine fængsler og at anbringe de indsatte i for små og overbelagte celler, se sagen *Varga et al.*, der blev afgjort som prøvesag efter forelæggelse af 450 lignende søgsmål. Rumænien er i flere sager blevet dømt ved EMD for overtrædelse af art. 3 EMRK ved at anbringe indsatte i for små og overbelagte, snavsede celler uden tilstrækkelig opvarmning og uden varmt vand, se således sagerne *Voicu, Bujorean* og *Bulacu*, alle 10/6 2014. Tilsvarende konklusioner har Torturkomitéen draget for begge landes vedkommende. Også en række andre lande er blevet dømt ved EMD for tilsvarende krænkelser, bl.a. Litauen, Polen, Slovenien og Bulgarien. Såvel Kommissionen som Parlamentet gav allerede i 2011 udtryk for bekymring over forholdene under frihedsberøvelse, herunder om betydningen heraf for anvendelsen af de instrumenter, der bygger på princippet om gensidig anerkendelse, jf. P7_TA(2011)0585 og COM(2011)175 final, pkt. 4.

172. I den forbindelse blev der også rejst spørgsmål om muligheden for at indhente garantier for overholdelse af kravene til forholdene under frihedsberøvelse, jf. rammeafgørelsens art. 5 om garantier, som den udstedende medlemsstat skal give i særlige tilfælde, samt art. 6, stk. 1, om fastlæggelse af kompetence. Domstolen valgte en anden tilgang og berørte derfor ikke dette spørgsmål, se i det følgende om den foreskrevne horisontale dialog med henblik på fremskaffelse af oplysninger om forholdene i den udstedende medlemsstat.

173. Til det følgende, se især dommens præmisser pkt. 91 ff.

songrupper eller visse fængselsenheder«, skal den fuldbyrdende judicielle myndighed foretage en konkret og præcis prøvelse af, om der er vægtige grunde til at antage, at en udleveret person »på grund af forholdene under sin frihedsberøvelse i denne medlemsstat løber en reel risiko for at blive udsat for umenneskelig eller nedværdigende behandling«. ¹⁷⁴ Med henblik herpå skal den anmode om de nødvendige supplerende oplysninger fra den udstedende judicielle myndighed, der har pligt til at afgive disse oplysninger. Den fuldbyrdende judicielle myndighed kan ikke umiddelbart opgive fuldbyrdelse af arrestordren, men skal udsætte sin afgørelse vedrørende udlevering, indtil den får supplerende oplysninger, som giver mulighed for at afvise forekomsten af en sådan – individuel og specifik – risiko. ¹⁷⁵ Såfremt en sådan risiko så ikke inden for en rimelig frist kan afvises, »skal myndigheden beslutte, om overgivelsesproceduren skal bringes til ophør«. ¹⁷⁶

Rationalet bag den i dommen foreskrevne procedure svarer til det, der ligger til grund for fastlæggelsen af proceduren i forbindelse med overvejelser om at afvise fuldbyrdelse af en europæisk efterforskningskendelse. ¹⁷⁷ Men det af Domstolen opstillede materielle kriterium for afvisning af at fuldbyrde en arrestordre er strengere end det i direktivet om efterforskningskendelsen opstillede. Imødekommen af en efterforskningskendelse kan som nævnt afvises, når der blot er »vægtige grunde til at tro, at gennemførelsen af den efterforskningsforanstaltning, der er anført i den europæiske efterforskningskendelse, ville være uforenelig med fuldbyrdelsesstatens pligter i henhold til art. 6 TEU og Chartret«. ¹⁷⁸ Det skal dog her tages i betragtning, at rammeafgørelsen om den europæiske arrestordre i modsætning til direktivet ikke indeholder nogen generel afslagsgrund med henvisning til krænkelse af grundlæggende rettigheder.

Med afgørelsen giver Domstolen plads til, at en medlemsstats judicielle myndigheder i visse konkrete sager om gensidig anerkendelse af retsafgørelser i straffesager foretager en vis form for kontrol af den faktiske overholdel-

174. Domstolen har ikke forholdt sig nærmere til spørgsmålet om, hvilke oplysningskilder der kan være relevante.

175. I sådanne tilfælde forudsættes det, at Eurojust underrettes med angivelse af grundene til udsættelsen, jf. art. 17, stk. 7, i rammeafgørelsen. I overensstemmelsen med Chartrets art. 6 om retten til frihed mv. og proportionalitetsgrundsætningen i Chartrets art. 52, stk. 1, forudsættes det i øvrigt, at den berørte under sagens behandling ikke undergives varetægtsfængsling i uforholdsmæssigt omfang, ligesom Chartrets art. 48 om uskyldsformodningen skal iagttages.

176. Dommens pkt. 104 in fine.

177. Jf. dir. 2014/41/EU art. 11, stk. 4.

178. Jf. dir. 2014/41/EU art. 11, stk. 1 (f).

se af grundlæggende rettigheder i den anmodende medlemsstat. Forekomsten af systemiske eller generelle mangler giver ikke uden videre grundlag for at nægte udlevering, men kun for at iværksætte nærmere undersøgelser, og kun hvis der herefter stadig foreligger en reel risiko for krænkelse, kan det være en mulighed at afvise anmodningen. Om dette skal ske, overlades til den anmodede myndigheds judicielle skøn, hvilket er bemærkelsesværdigt. Domstolen har dermed nuanceret den i de ovenfor omtalte sager tilsyneladende kategoriske fastholdelse af, at rammeafgørelsen om den europæiske arrestordre gør udtømmende op med de gyldige grunde til at afvise en anmodning om udlevering, og at den gensidige tillid mellem medlemsstaterne med hensyn til at respektere individets grundlæggende rettigheder forudsættes at være uden begrænsninger.

Ved at handle om udlevering med henblik på frihedsberøvelse i nogle af de medlemslande, hvor de fysiske forhold i fængslerne notorisk er umenneskelige, adskiller den nye afgørelse sig ved sin genstand fra sagerne *Advocaaten*, *Melloni* og *Radu*. De hensyn, der var på spil i de tidligere afgjorte sager, var vigtige og principielle, men dog af mere abstrakt karakter end hensynet til at afværge en åbenbar og nærliggende risiko for umiddelbar fysisk og psykisk overlast. I dette lys har den foreliggende problemstilling større lighed med substansen i de forenede sager *N.S. m.fl.* om tilbageførsel af asylansøgere. Når EMD i flere sager har måttet lægge til grund, at fængselsforholdene i Ungarn og Rumænien i konkrete tilfælde var i strid med art. 3 EMRK, har Domstolen næppe haft andet valg end at anerkende muligheden for en vis modificering af »princippet om gensidig tillid«. Det har muligvis også gjort et vist indtryk, at domstole i flere af medlemsstaterne i en række sager har vægret sig ved at udlevere eftersøgte personer til visse andre medlemsstater eller i det mindste har iværksat nærmere undersøgelser i tilfælde, hvor anmodningen kom fra lande med notorisk problematiske fængselsforhold. Også danske domstole har haft lejlighed til at beskæftige sig med problematikken og har sådan set fulgt en kurs, der har foregrebet den linje, som Domstolen nu har stadfæstet.¹⁷⁹ I øvrigt har den tyske forfatningsdomstol i en nylig afgørelse

179. Udleveringsloven indeholder en udtrykkelig regel om, at udlevering skal afslås, hvis der er risiko for tortur eller anden umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf, jf. § 10 h, stk. 2. I en nyere sag om udlevering af en dansk statsborger fra Danmark til Italien med henblik på strafforfølgning for bedrageri blev Justitsministeriets beslutning indbragt for domstolene med påstand om ophævelse. Det blev anført, at udlevering som følge af de dårlige italienske fængselsforhold ville være i strid med art. 3 EMRK, og bevisførelsen omfattede en udførlig gennemgang af praksis ved EMD, herunder afgørelsen i sagen *Torreggiani and others* 8/1 2013 og en række an-

fastholdt sin kompetence til at sikre overholdelsen af væsentlige forfatningsbestemte garantier i sager vedrørende den europæiske arrestordre.¹⁸⁰

Domstolens afgørelse kan nok ikke udlægges som en direkte fravigelse af linjen i de tidligere domme på området, om end det ud af præmisserne i disse ikke lod sig ane, om Domstolen trods alt ville være indstillet på en vis nedtoning af kravene til medlemsstaternes gensidige tillid. Derimod kan det konstateres, at den nye afgørelse i den specifikke kontekst bygger videre på tilkendegivelsen i Domstolens udtalelse 2/13 om, at medlemsstaterne skal lægge til grund, at samtlige andre medlemsstater overholder EU-retten og navnlig de heri anerkendte grundlæggende rettigheder, »medmindre der er tale om helt særlige omstændigheder«.¹⁸¹

Generaladvokat Bot havde i sit forslag til afgørelse drøftet spørgsmålet om anvendelse i den foreliggende sag af de principper, som Domstolen havde lagt til grund i sagen *N.S.*¹⁸² En sådan analogi afviste generaladvokaten med

dre kilder, ligesom der blev fremlagt udtalelser fra det italienske justitsministerium. Byretten havde lagt til grund, at der forelå en reel risiko, og ophævede følgelig beslutningen om udlevering. Samme resultat nåede en enkelt dommer i Østre Landsret til; men et flertal af to andre dommere tog en forsikring fra de italienske myndigheder til efterretning og fandt udleveringen lovlig. Se 9. afdelings kendelse af 16. marts 2015 i kæremål nr. S-123-15. Om opretholdelse af varetægtsfængslingen i samme sag, se U 2015.2843 H. Se tillige U 2016.623 Ø om udlevering af dansk statsborger til Frankrig efter afvisning af risiko for »åbenbar krænkelse« af art. 6 EMRK.

180. Afgørelsen 2 BvR 2535/14 bygger således på følgende præmis: »The fact that the principle of mutual trust does not apply without limits even according to Union law also signifies that the national judicial authorities, upon relevant indications, are authorised, and under an obligation, to review whether the requirements under the rule of law have been complied with, even if the European arrest warrant formally meets the requirements of the Framework Decision. Also under a Union law perspective, an effective judicial review presupposes that the court that decides about the extradition is able to conduct the relevant investigations as long as the extradition system established by the Framework Decision remains effective in practice. As a consequence, the requirements under Union law with regard to the execution of a European arrest warrant are not beneath those that are required by Art. 1 sec. 1 GG as minimum guarantees of the rights of the accused.«

181. Jf. dommens pkt. 78, der indeholder samme formulering som Domstolens udtalelse 2/13.

182. Se pkt. 5 samt afsnit IV i forslag af 3. marts 2016 fra generaladvokat Y. Bot.

en række begrundelser, hvori bl.a. indgik følgende betragtninger om forskellene på de to reguleringsområder:¹⁸³

»Det fælles europæiske asylsystem har [...] til formål at oprette et område for beskyttelse og solidaritet for personer, der flygter fra forfølgelse eller alvorlig overgreb mod deres person, og som har behov for international beskyttelse. Den europæiske arrestordre har for sin del til formål at sikre bekæmpelsen af kriminalitet i Unionen ved at gøre det muligt at sikre retsfølgning, domfældelse og straffuldbyrdelse i forhold til gerningsmænd, der har begået en straffelovsovertrædelse.«

Generaladvokaten lagde afgørende vægt på behovet for effektivitet i retshåndhævelsen og ville derfor opretholde den fulde rækkevidde af princippet om gensidig anerkendelse, idet der ellers ville opstå risiko for, at eftersøgte personer kunne blive ansporet til at tage ophold i en anden medlemsstat for at unddrage sig strafforfølgning eller for at kunne afsone idømt straf i denne stat. Dette ville føre til en »paralysering« af den med rammeafgørelsen indførte ordning.

I erkendelse af behovet for at sikre overholdelsen af grundlæggende rettigheder pegede generaladvokaten dog på, at *de udstedende judicielle myndigheder* i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet har pligt til at foretage en afvejning af behovet for at udstede en europæisk arrestordre i lyset af såvel overtrædelsens art som de konkrete forhold under straffuldbyrdelse.¹⁸⁴ Pligten til at foretage en sådan proportionalitetskontrol skulle angiveligt være en »garanti« for den gensidige tillid, som den fuldbyrdende myndighed skal udvise.¹⁸⁵ Generaladvokaten tilføjede, at det påhviler den udstedende medlemsstat at træffe alle nødvendige foranstaltninger for at sikre overholdelsen af den udleverede persons grundlæggende rettigheder, herunder efter behov også ved kriminalpolitiske reformer. Efter alt foreliggende har det lange udsigter at få gennemført sådanne i adskillige medlemslande, så det kan

183. Se pkt. 44-65 i generaladvokatens forslag. Det citerede afsnit står i pkt. 51. Det fremhæves i øvrigt, at afvisning af tilbageførsel alene har den konsekvens, at den pågældende medlemsstat så selv må behandle asylsagen efter de fælles EU-regler herom.

184. Se i det hele afsnit V i generaladvokatens forslag, herunder pkt. 155: »Det følger nemlig af selve ånden bag ordningen, at denne kontrol påhviler den udstedende judicielle myndighed, idet en europæisk arrestordre skal opfylde denne betingelse allerede før den forlader det nationale område.« Under de følgende punkter erkendes det imidlertid, at det som følge af visse nationale lovgivningers anvendelse af legalitetsprincippet ikke altid er muligt at foretage en sådan kontrol. Så derfor kan det alligevel være legitimt at rejse spørgsmålet om proportionalitet!

185. Se således pkt. 6-9 samt pkt. 183 i generaladvokatens forslag. Dette omfatter i øvrigt en analyse af rammeafgørelsens ordlyd, opbygning og bærende principper.

med rette betvivles, om besværgende påberåbelser af selve retsgrundlaget med et vist anstrøg af begrebsjurisprudens er tilstrækkelig betryggende, når konkrete udleveringssager skal afgøres.

Imidlertid måtte generaladvokaten medgive, at det i tilfælde af systemiske mangler kan være legitimt for den fuldbyrdende myndighed at sætte spørgsmålstegn ved, om der er risiko for krænkelse i tilfælde af udlevering. I så fald skal det gennem udveksling af oplysninger vurderes, om forholdene under frihedsberøvelse faktisk ikke er forholdsmæssige.¹⁸⁶ Herefter vil det angiveligt kunne forventes, at der i konkrete tilfælde kun sjældent vil stå spørgsmål tilbage for den fuldbyrdende myndighed. Skulle denne i forbindelse med proportionalitetskontrollen dog fortsat stå over for en særlig vanskelig vurderingssituation, skal spørgsmålet forelægges Domstolen, som dermed vil komme til at indtage rollen som menneskerettighedsdomstol.

Domstolen fulgte ikke generaladvokatens uhyre kategoriske forslag, som reelt indebar, at der ikke skulle tilkomme nationale domstole nogen som helst form for residual kompetence til at afvise imødekommelse af en europæisk arrestordre i tilfælde af systemiske eller andre generelle mangler i udstedelsesstatens retsorden.

Med den seneste afgørelse på området har Domstolen nu anerkendt en marginal adgang til kontrol med, om eftersøgte personers grundlæggende rettigheder respekteres ved udlevering. Med det af Domstolen fastsatte kriterium for at udøve en sådan kompetence er tærsklen imidlertid forsat høj. Afgørelsen er udtryk for, at Domstolen fortsat vil håndhæve en meget snæver fortolkning og dermed en streng anvendelse af principperne om gensidig tillid og pligten til anerkendelse af andre medlemsstaters retsafgørelser i straffesager. Afgørelsen kan i øvrigt ikke tages til indtægt for, at en tilsvarende åbning vil vise sig på områder, hvor det ikke drejer sig om, hvorvidt forholdene under frihedsberøvelse er i strid med grundlæggende rettigheder. Men den kan siges at være udtryk for en anerkendelse af, at der trods alt er grænser for, i hvilket omfang grundlæggende rettigheder som en del af primær EU-ret må vige for det generelle princip om gensidig anerkendelse.

186. Se nærmere pkt. 133-134 i generaladvokatens forslag.