

Gunnar Persson

Gamla och nya lagstiftare

– om EU och straffrätt

Gunnar Persson

Gamla och nya lagstiftare

- om EU och straffrätt

- Sieps 2005:2 -

Rapport nr 2
Maj 2005

Utges av Svenska institutet för europapolitiska studier

Rapporten finns tillgänglig på
www.sieps.se

Den kan även beställas på
info@sieps.se

Författaren står själv för analys och slutsatser

Omslag: Svensk Information AB

Tryck: EO-print AB

Stockholm i maj 2005

ISBN 91-85129-24-0

ISSN 1651-8942

FÖRORD

Svenska institutet för europapolitiska studier, Sieps, har till uppgift att bedriva och främja forskning, utvärdering, analys och studier i europapolitiska frågor med inriktning främst på områdena ekonomi och handel, statsvetenskap och juridik.

Som uppföljning till det tidigare projektet Strategi 2004 kommer Sieps att presentera ett antal rapporter och studier vilka syftar till att belysa innehållet i EU:s nya fördrag om upprättande av en konstitution för Europa. Sieps kommer även att följa den nationella behandlingen – ratificeringsprocessen – som föregår det slutgiltiga antagandet av detta fördrag. I föreliggande rapport analyseras om fördragets förändringar på det straffrättsliga området är så begränsade att fördraget kan ratificeras redan före nästa val, eller om förändringarna är så omfattande att det åtminstone krävs att beslutet fattas i den form som krävs för stiftande av grundlag.

Sieps främsta uppgift är att fungera som en länk mellan den akademiska världen och beslutsfattare. Förhoppningsvis kommer denna rapport att bidra till ökat intresse för frågor relaterade till den europeiska integrationen och debatten om framtidens Europa.

Annika Ström Melin

Kanslichef

Sieps

OM FÖRFATTAREN

Gunnar Persson är juris doktor. Han tog sin jur kand i slutet på 1980-talet. Efter ett par års arbete i domstol var han utredningssekreterare på Justitiedepartementet 1992–94. Resultatet återfinns i Ds 1994:51, Skyddet för enskilda personers privatliv. Han började undervisa vid Stockholms universitet i mitten på 90-talet och har undervisat i straffrätt, offentlig rätt, medierätt och förvaltningsrätt. År 2002 resulterade det samtidigt bedrivna avhandlingsarbetet i boken ”Exklusivitetsfrågan, Om förhållandet mellan tryckfrihet, yttrandefrihet och annan rätt” och en doktorshatt. År 2003 gavs ”Tryckfrihet på villovägar” ut. En bok som handlar om den svenska tryckfrihetsrättens dåliga överensstämmelse med Europakonventionen. I Maj 2005 ger Gunnar Persson ut ytterligare en bok som kretsar kring tryckfrihetsrätt; Ekonomiskt förtal och svensk tryckfrihet i det nya Europa. Liksom det nu presenterade arbetet, Gamla och nya lagstiftare – om EU och straffrätt, handlar den boken om Sveriges förhållande och förhållningssätt till EU-rätten. Gunnar Persson är politiskt obunden och inte heller med i någon form av EU-organisation.

INNEHÅLL

1	INLEDNING	6
2	DAGENS EU-RÄTSLIGA REGLERING	11
2.1	Lagstiftningsgången	13
2.2	Egentlig reglering.....	16
2.3	Strukturer.....	19
2.4	EU-straffrätt, praxis.....	22
2.5	Slutord	31
3	FÖRDRAGET	32
3.1	Lagstiftningsprocessen	34
3.2	Lagstiftningsresultat	37
3.3	Straffrätt.....	38
3.4	Straffrättsprocess	40
3.5	Eurojust	41
3.6	Internationella avtal.....	45
3.7	Sammanfattning.....	47
4	SVENSK STRAFFRÄTT	50
4.1	Det nya uppsåtet.....	52
4.2	Vad är egentligen oruckbart i svensk straffrätt?.....	54
4.3	Den verkliga utmaningen.....	58
4.4	Effekter på svensk straffrätt	59
5	REGERINGSFORMEN	61
5.1	Internationella avtal.....	65
5.2	En samlad bild.....	70
5.3	Gällande rätt	73
5.4	En okänd lösningsmodell?	78
6	LEGITIMITET	80
7	FRAMTID	85
8	SLUTORD	87

1 INLEDNING

Det fanns förr, i vart fall en bra bit in på 1960 talet, en typ av varité- eller cirkusnummer som gick ut på att två personer dansade med varandra, fast alla visste att bara en person var riktig och att den andra var en docka. Problemet, eller poängen om man så vill, var att man inte riktigt visste vem som var vem. Artistens trick var alltså att göra sig mer docklik än en docka och samtidigt få dockan att verka mänsklig. Det var nästan omöjligt att bli klok på frågan om vem som förde. Som åskådare gissade man oftast fel.

Den här rapporten handlar om straffrätt och EU. Utgångspunkten är det fördrag om upprättande av en konstitution för Europa som Sverige på något sätt ska ta ställning till någon gång under de närmaste åren.¹ Det finns ett samband mellan de rent straffrättsliga frågeställningar som fördraget väcker och frågan om hur och när Sverige ska anta densamma. Den koppling som finns mellan det ena och det andra är vår egen grundlag; regeringsformen (RF). Frågan är om de förändringar som fördraget bär med sig är av så begränsat slag att riksdagen kan fatta beslut redan före nästa val, eller om frågorna är så omfattande att det i vart fall krävs att beslutet fattas i den form som krävs för stiftande av grundlag. I sådana fall kan ett beslut inte fattas utan att det har hållits val. Ett tredje alternativ är att vi har en folkomröstning beträffande frågan, när den då skulle hållas är oklart.

Regeringens och riksdagens inställning hittills, har varit tydlig. Målsättningen är alltjämt att få igenom fördraget före valet hösten 2006. Denna målsättning innebär att man då också tagit ställning till frågan om grundlagsändringar. Riksdag och regering menar sålunda att de förändringar som fördraget

¹ Jag kommer i det följande regelmässigt att tala om detta som ”fördraget”. Detta enbart av bekvämlighetsskäl – mina och läsarnas. Det är enklare att skriva, och blir mindre förvirrande, särskilt i de avsnitt fördraget relateras till den svenska konstitutionen. Att jag inte använder uttrycket ”konstitution” har alltså ingen djupare mening, såsom en markering att det inte skulle vara fråga om en ”egentlig” konstitution eller liknande.

medför, inte är av något mer omfattande slag. Det kan dock konstateras att de resonemang som hittills förts beträffande de straffrättsliga frågeställningarna varit kortfattade. Det finns därför anledning att närmare redogöra för vad det straffrättsliga samarbetet inom EU i praktiken innebär – nu och i framtiden.

Att titeln på den här rapporten på ett ganska direkt sätt aktualiserar frågan om vem som egentligen är lagstiftare är ingen slump. Titeln siktar ganska tydligt mot ett principiellt resonemang om lagstiftningsmakt som sådan. Någon kanske tycker att en rapport om straffrätt enbart skall diskutera de straffrättsliga effekterna och inte dra ut resonemangen hela vägen och landa i konstitutionell rätt. Min uppfattning är den rakt motsatta. Det har under lång tid inte funnits någon anledning att i Sverige på allvar diskutera frågan om vem den straffrättslige lagstiftaren är, eller vad denna lagstiftare egentligen gör. Inte sedan kungen slutade lägga sig i regeringsarbetet i början på 1900-talet. Genom medlemskapet i EU år 1995 förändrades läget, men då var diskussionen om straffrättsens ställning inte särskilt framträdande. Genom Amsterdamfördraget år 1997 förändrades verkligen förutsättningarna, de straffrättsliga diskussionerna lyste likafullt med sin frånvaro, samma sak vid antagandet av Nicefördraget. Följden av att inte diskutera en nationell grundlagsändring vid en fördragsändring kan vara att grundlagsändringen kommer efteråt istället. Vi har sålunda – på grund av hur det fördragsenliga arbetet med straffrätt i praktiken numera går till, gjort en grundlagsändring – i RF 10 kap 2 §, en av de verkligt centrala paragraferna i RF – i efterhand. Nu står vi här igen.

Att fördraget innebär nya och utvidgade möjligheter för EU att agera straffrättsligt, det är väl alla ense om den här gången. Även om man menar att straffrätt kan och bör diskuteras för sig, utan att frågan om konstitutionell rätt blandas in kommer man därför till en punkt där frågan om straffrättsens legitimitet aktualiseras. Det vill säga de centrala frågorna om hur en befolkning kan anses bunden av straffrättsliga regler, på så vis att det är någon som anses ha ensam och samtidigt legitim

makt att ingående granska och sedan straffa folk. I Sverige har vi nu faktiskt varit så lyckligt lottade att grundlagen givit svar på denna fråga. Om det nu är så att grundlagen inte längre kommer att ge något självklart svar, eller att svaret inte längre stämmer med vad som står i grundlagen, så är detta följaktligen inte ”bara” en konstitutionell fråga. Det är också en av straffrättens absoluta kärnfrågor. Straffrätten bygger hela sitt existensberättigande på att det finns ett svar. Det är sålunda i grund och botten självklart att frågorna om de straffrättsliga konsekvenserna av fördraget här dras till sin spets; till frågan om vem som i själva verket beslutar om hur de straffrättsliga reglerna ske se ut och alltså om vad som egentligen är straffbart.

Den svenska inställningen till det straffrättsliga samarbetet inom EU har hittills varit tydlig på en punkt. Regering och riksdag har menat att vi i Sverige alltjämt har full kontroll över vad som sker och att det är riksdagen som alltjämt är den ”verkliga” lagstiftaren, även i fråga om regleringar som arbetats fram inom ramarna för det ovan noterade straffrättsliga samarbetet. Man har vidare menat att EU som sådant inte har någon eller i vart fall inte någon omfattande kompetens på det straffrättsliga området. Detta synsätt är utsatt för ett mycket starkt tryck, på sätt och vis från två håll samtidigt, eller så kan man tala om en form av växeldragning. Vad det handlar om är att konstitutionsförslaget som det ligger, tar bort det mellanstatliga draget i det straffrättsliga samarbetet och för in det i den mer traditionella EU-rättsliga ”gemenskapsrätten”, detta samtidigt som kommissionen redan idag menar att EU i sig har en omfattande kompetens.

Det kan snabbt konstateras att det finns mycket hos EU, och de saker man där arbetar med, som rimligen bör leda fram till ett starkt intresse för straffrätt. För de personer som arbetar med straffrätt, och särskilt för dem med anknytning till konkret straffrättsligt arbete, bör å andra sidan rimligen frågan om en gemensam EU-straffrätt locka. Den enkla sanningen är att EU dels genom att ha skalat bort så många skrankor kring nationalstaten, samtidigt dragit undan fötterna för den nationella

straffrätten, dels har reglerat så många rättsförhållanden att en avsaknad av den sista pusselbiten – straffrättsliga sanktioner – förefaller alltmer konstruerad. Att EU och straffrätt till slut skulle mötas på ett så omfattande sätt som de nu gör i konstitutionsförslaget, är alltså inget att förvåna sig över. EU behöver straffrätt, straffrätten behöver EU. Men att detta ömsesidiga behov finns betyder inte att allt är frid och fröjd. Det finns också problem.

Kanske har man tidigare sett dessa problem som så stora att de i sig omöjliggjort den tillnärmning som nu finns presenterad i fördraget. Problemen är samtliga förknippade med straffrättens natur. Det är den disciplin av juridiken som givit staten rätt att tidigare avrätta och idag döma människor till livstids fängelse. Det är en disciplin som har synnerligen vittgående konsekvenser för andra människor. Straffrätten är i så motto ytterst konkret. Den är också, på ett eller annat sätt, knuten till makten. Den som har rätt att bestämma i straffrättsliga frågor har makt. Den som har makt kan besluta i straffrättsliga frågor. Straffrättens nära band till makten har gjort att den under en lång rad år levt sitt liv som en integrerad del av nationalstatstanken. Genom att ha en egen straffrätt har man varit ett eget land. Det internationella samarbetet har inom straffrätten inte varit särskilt framträdande, och det har kanske till och med varit mer värdefullt att ha en egen straffrätt än en gemensam. Denna nationella straffrätt har dock byggt på att även resten av rättsordningen till stor del varit nationell. Den har också byggt på att det system en nationalstat utgör varit relativt slutet. Det är därför det har fungerat att låta straffrätt, straffprocessrätt och påföljdssystem vara styrt i det enskilda landet. Man kan kort sagt säga att en nationell straffrätt utgjort en viktig markering ”Här är en nationalstat”, och det med visst fog. Det har genom nationalstatens suveränitet verkligen funnits utrymme för att odla och upprätthålla den egna straffrätten. Vad vi nu står inför är alltså frågan om man ska behålla markeringen fast grundförutsättningarna ändrats. Jag vill redan inledningsvis peka på att det rent juridiskt tekniskt inte är svårt att omvandla den nationella straffrätten till något annat. Det förefaller istället vara förvånansvärt enkelt. Proble-

men har istället att göra med frågan om makten över straff-
rätten. Vem är det som ska ha den, och vad säger denna makt
om den som har den?

2 DAGENS EU-RÄTTSLIGA REGLERING

Historiskt sett har straffrätten i stort växt fram, inte ur en teori- bildning, utan ur ett praktiskt behov av straffrättsliga regler, vilka sedan tillämpats. Teoribildningar har sedan tillkommit, dels för att förklara rättens natur, dels för att systematisera och bringa ordning. Denna mer teoretiska del skall inte under- skattas. Straffrätt som sådan är delvis av en såpass kompli- cerad natur att det finns all anledning att ha en fungerande systematik. Men en tillräckligt tydlig enskild straffrättslig regel behöver ingen teori. Det enda som krävs är att någon an- vänder sig av den för att döma någon, och att någon ser till att det straff som beskrivs blir verkställt.

Det är alltså egentligen inte konstigt att en samling natio- nalstater tillsammans kan komma överens om att ha likadana regler beträffande en särskild fråga. Oavsett vilka nationella traditioner och oavsett varje enskild stats straffrättsliga teori- bildning kan man, där viljan finns, komma fram till ett ge- mensamt resultat. Likheter ligger i att det finns ett gemen- samt verkligt problem och att de som deltar önskar se en straffrättslig lösning. Där de verkliga problemen och önskemå- len att lösa dem är större än de problem som (nationell) teori- bildning skapat beträffande själva juridiken, löser man så att säga även de senare problemen.

När det gäller EU-samarbetet var straffrätten under många år ingen viktig fråga. EU ägnade sig åt annat. Att denna verk- samhet i sig hade påverkan på straffrätt är dock tydligt, men den var mer eller mindre indirekt, på sätt och vis en följd av att juridiska rättsområden aldrig är vattentäta. Dels har ju EU- rätten som sådan företrädde framför nationell lagstiftning. Det kan då hända att en EU-rättslig regel tillåter något som natio- nell straffrätt förbjuder. Den nationella regeln ska då inte an- vändas. Dels har EU en typ av egen sanktionsrätt. Man kan lite förenklat säga att EU "bestraffar" företag som bryter mot konkurrenslagstiftningen.² Men det som vi här kallar straffrätt,

² Dessa förhållanden har beskrivits av Petter Asp i böckerna EG:s sank- tionsrätt och EU & Straffrätten.

som i Sverige bara kan träffa verkliga personer, som verkligen handlar om att föreskriva vad som är straffbart – där har EU inte haft något tydligt mandat. Detta till trots kan man se att EU på detta område faktiskt ägnat sig åt sådant som måste betecknas som straffrätt. Det finns exempel på rättakter där allting pekar mot att medlemsstaterna verkligen bör se till att skriva en straffrättslig regel beträffande en viss fråga, se nedan avsnitt 2.

Det egentliga mer officiella startskottet för straffrätten var Maastrichtavtalet, där man i försiktiga ordalag började tala om att även denna typ av frågor var något man borde samarbeta om. Genom Amsterdamfördraget förtydligades detta. Vill man bli klok på varifrån såväl dagens som framtidens regleringar beträffande straffrätt och straffprocessrätt kommer ifrån ska man dock gå till två andra dokument. För det första ”Ordförandeskapets slutsatser Europeiska rådet i Tammerfors den 15–16 oktober 1999”. Detta möte var det verkliga genombrottet, den punkt där man verkligen kan säga att här börjar det. Därtill kommer ”Åtgärdsprogram för genomförande av principen om ömsesidigt erkännande av domar i brottmål.⁴ Dessa båda dokument stakar tydligt ut den väg som idag används.

Vad man idag kan se är en tydlig utveckling, där såväl de enskilda medlemsstaternas företrädare som EU:s företrädare närmast oemotståndligt dras till tanken på gemensamma lösningar. Att detta i första hand rör frågor som är ”internationella” är självklart. Å andra sidan kan man väl hitta en internationell vinkling på nästan allt idag. Även om det till synes är så att det mesta av straffrätten och straffprocessrätten alltjämt är nationell (och sannolikt så kommer att förbli) om man ser till antalet lagrum eller liknande, så är detta dock en form av statistisk synvilla. Det är istället så att om man har någon form av EU-lösning i form av harmonisering på låt säga bara tio procent av lagstiftningen, så har det oerhört stor betydelse, framförallt om det är de tio mest centrala procenten. Det går

³ Dokumentet finns att hitta på rådets hemsida

⁴ EGT C 12 15.1 2001 s 10

helt enkelt inte att i ett nationellt lagstiftningsärende förbigå eller låta bli att resonera om de EU-rättsliga aspekterna. Samma sak gäller den idag så populära metoden med ömsesidiga erkännandena. Tanken med den är att ett land inte ska behöva ändra sin egen lag, utan istället respektera – och i förekommande fall använda – en annan stats lag. Det kan då förvisso hävdas att eftersom man inte ändrat sin egen lag, så har inget hänt. Men det synsättet innebär en otillåten förenkling. Om man ersätter tillämpningen av sin egen lag med tillämpningen av en annan har man ju i själva verket gjort ganska mycket.

Det finns skäl för att påstå att det straffrättsliga samarbetet inom EU redan har kommit ganska långt. Och det bör man känna till när man ser på det fördrag som finns, och kommer att föra än längre. Jag vill i detta avsnitt kort peka på fyra särskilda frågor och två rättsfall. Det handlar om hur lagstiftningsgången ser ut, vad som skett på det straffrättsliga området, vad som skett på det straffprocessuella området och vilka starka mekanismer som redan finns på EU nivå.

2.1 Lagstiftningsgången

När det straffrättsliga samarbetet introducerades under 1990 talets första del var det egentligen oklart om hur det skulle konkretiseras. Det var först genom Amsterdam-fördraget man fick snits på den delen. Det huvudsakliga instrumentet är ”rambeslut”. Dessa motsvarar i viss mån den vanliga EU-rättens direktiv. Det betyder alltså att det som står i ett rambeslut i princip är bindande för medlemslandet som sådant, men för att det ska ha full verkan i medlemsstaten krävs nationell lagstiftning. Det är vidare så att detta straffrättsliga samarbete ligger under den så kallade tredje pelaren. Det betyder att detta arbete kan ses som ett ”mellanfolkligt” samarbete, som inte riktigt styrs av de ”överstatliga” normer som annars gäller inom EU. I praktiken har detta för svenskt vidkommande haft mycket stor betydelse. I svensk rätt är det ju alltså så att riksdagen är den ”egentlige” lagstiftaren när det gäller straff och straffprocessrätt. Vi har nu ett system som bygger på följande: Ett rambeslut förhandlas fram i rådet, det vill säga

framförallt av företrädare för nationella myndigheter. Om rådet kan enas om ett rambeslut kommer det att ha generell giltighet i EU. Men i Sverige måste regeringen – särskilt på grund av en reglering i regeringsformen 10 kap 2 § – ha riksdagens godkännande innan den godkänner rambeslutet. När rambeslutet väl är fattat har vi i Sverige en skyldighet att uppfylla det. Regeringen förbereder då ett lagförslag som man lägger fram för riksdagen som sedan har att fatta beslut, i enlighet med vad man en gång redan godkänt.

Detta betyder att regeringen först lägger en proposition, som handlar om att riksdagen ska godkänna ett rambeslut, för att sedan återkomma med frågan om svensk lagstiftning beträffande samma fråga.

Följande skrivning, som är hämtad från proposition 2004/05:55, Sveriges antagande av rambeslut om tillämpning av principen om ömsesidigt erkännande på beslut om förverkande, utgör exempel på hur en proposition i läge ett ser ut:

Ärendet och dess beredning

Under sommaren 2002 tog Danmark initiativ till ett utkast till ett rambeslut om tillämpningen av principen om ömsesidigt erkännande på beslut om förverkande (EGT C 184, 2.8.2002, s. 8). En faktapromemoria har upprättats över utkastet till rambeslutet (2002/03:FPM 06). Initiativet baseras på de slutsatser som Europeiska rådet antog 1999 i Tammerfors, vilka innebär att principen om ömsesidigt erkännande av medlemsstaternas rättsliga avgöranden skall bli en hörnsten i det straffrättsliga samarbetet inom unionen. Vid ministerrådet för rättsliga och inrikes frågor den 28 april 2004 nåddes en principöverenskommelse om innehållet i rambeslutet. Överenskommelsen avser ett utkast till rambeslut som i väsentliga delar skiljer sig från det ursprungliga förslaget. Principöverenskommelsen, inklusive utformningen av intyget, upprepades vid ministermötet den 8 juni 2004. Europaparlamentet yttrade sig den 20 november 2002 över förslaget till utkast till rambeslut (EUT C 25E, 29.1.2004, s. 205). I yttrandet godkände de förslaget till utkast. Utkastet till rambeslut, liksom utkastet till intyget och uttalanden i anslutning till rambeslutets antagande från rådet är i senaste svenska versioner fogade till denna proposition som bilagorna 1–3. Den överenskomna texten har varit föremål för slutlig granskning av EU:s språkexperter, de s.k. juristlingvisterna. Re-

geringen har under förhandlingsarbetet fortlöpande informerat och samrått med riksdagen. Företrädare för Justitiedepartementet har sammanträtt med justitieutskottet vid ett flertal tillfällen. Vidare har justitieministern redogjort för förhandlingsarbetet och den svenska positionen vid sammanträden i EU-nämnden.

Avsikten är att rambeslutet skall antas så snart som möjligt. Medlemsstaterna kommer att ha viss tid på sig från det att rambeslutet antas till det att rambeslutet skall vara genomfört i svensk lagstiftning. Sverige kommer därvid att sträva efter att en genomförandetid om minst två år bestäms. Något förslag till den lagstiftning som genomförandet av rambeslutet kräver lämnas därför inte i detta sammanhang. I propositionen behandlas endast frågan om riksdagens godkännande av utkastet till rambeslut och en bedömning av vilken lagstiftning som rambeslutet kräver.

I proposition 2004/05:115, Lag om erkännande och verkställighet inom Europeiska unionen av frysningsbeslut, finns ett exempel på hur det ser ut när riksdagen väl ska besluta om nationell lagändring:

I december 2000 tog Frankrike, Sverige och Belgien initiativ till ett rambeslut om verkställighet av beslut om frysning av egendom eller bevismaterial (EGT C 75, 7.3.2001, s. 3). EU:s ministerråd för rättsliga och inrikes frågor nådde den 28 februari 2002 en politisk överenskommelse om innehållet i rambeslutet. Europaparlamentet godkände den 11 juni 2002 rådets förslag till rambeslut. Riksdagen godkände rambeslutet den 14 maj 2003 (prop. 2002/03:67, bet. 2002/03:JuU15, rskr. 2002/03:169). Rambeslutet antogs av EU:s ministerråd den 22 juli 2003 (EUT L 196, 2.8.2003, s. 45). Rambeslutet finns intaget som bilaga 1–2. I bilaga 3 finns ett särskilt uttalande från rådet i anslutning till rambeslutet. Inom Justitiedepartementet har därefter utarbetats en promemoria, Lag om erkännande och verkställighet inom Europeiska unionen av frysningsbeslut. Promemorians lagförslag finns i bilaga 4. Promemorian innehåller förslag till de lagändringar som krävs för att Sverige skall uppfylla åtagandena enligt rambeslutet.

Det finns nog ingen som tycker att detta är något särskilt vare sig enkelt eller lättarbetat system. Vad man kan säga till dess försvar är att riksdagen trots allt har ett visst inflytande när det gäller möjligheten att i läge ett rösta nej när regeringen ber om mandat att godkänna rambeslutet, det vill säga läge ett.

Det är denna möjlighet som nu genom fördraget föreslås bli borttagen.

2.2 Egentlig reglering

När det gäller straffrättsligt och straffprocessuellt samarbete finns det en rad rambeslut att peka på, men först något om terminologin. Med straffrätt menas allmänt de regler som beskriver vad som är straffbart och också frågan om vilka påföljder som kan finnas. Med straffprocessrätt menas alla de regler som styr arbetet med att utreda brott och i slutändan pröva dessa i domstol. I svensk rätt finns sålunda en rättslig indelning i å ena sidan Brottsbalken som tillsammans med ett nästan oräkneligt antal straffstadganden i annan lag beskriver vad som är straffbart. De straffprocessuella frågorna finns främst reglerade i Rättegångsbalken, som handlar om alltifrån de grundläggande reglerna om förundersökning (till exempel vad som krävs för att en husrannsakan ska få äga rum) till hur en huvudförhandling i brottmål ska gå till. Därtill kommer – naturligtvis – även här ett närmast oräkneligt antal specialförfattningar rörande olika frågor.

I det verkliga livet är straffrättsliga frågeställningar normalt så nära knutna till de straffprocessuella att det ibland är svårt att klart beskriva vad som är vad. Så är också fallet med den framväxande EU-rätten. Ändå kan man peka på vissa straffrättsliga, respektive mer straffprocessuella huvudtyper av beslut, utifrån de olika principer man arbetar med. När det gäller straffrätt är det mest fråga om klassisk harmonisering. Det betyder att man skriver regler som ska leda till att samtliga medlemsstater har likadana regler. Dokumentet från rådets möte i Tammerfors 1999 uttrycker i punkt 48 saken så här:

Utan att det påverkar de bredare områden som avses i Amsterdamfördraget och i handlingsplanen från Wien, anser Europeiska rådet att när det gäller nationell straffrätt bör insatserna för att enas om gemensamma definitioner, grunder för åtal och påföljder i ett första skede koncentreras till ett begränsat antal sektorer med särskild betydelse, t.ex. ekonomisk brottslighet (penningtvätt, korruption, förfalskning av euron), narkotikahan-

del, människohandel, särskilt utnyttjande av kvinnor, sexuellt utnyttjande av barn, högteknologisk brottslighet och miljöbrott.

Ur detta har en rad rambeslut kunnat mejslas fram. Det rambeslut beträffande terrorism – Rambeslut av den 13 juni 2002 om bekämpande av terrorism – som också i Sverige lett till särskild lagstiftning har naturligtvis historisk dimension. Rambeslutet var en direkt reaktion på terroristattacker på WTC den 11 september 2001. Det är tydligt att EU:s medlemsstater där kunde enas väldigt snabbt och skriva ihop ett beslut som visade en fullständig samsyn på mycket allvarlig brottslighet. Vidare finns rambeslut av den 19 juli 2002 om bekämpande av människohandel som är ett viktigt instrument som verkligen handlar om gränsöverskridande brottslighet. Det finns bland annat också ett rambeslut av den 22 juli 2003 som handlar om kampen mot korruption inom den privata sektorn. Som ett sista exempel kan nämnas rådets rambeslut av den 22 december 2003 om bekämpande av sexuellt utnyttjande av barn och barnpornografi. Om nu någon undrar så är svaret ja. Rambeslutet innehåller bland mycket annat en regel som säger att det ska vara straffbart att inneha barnpornografi.

När det gäller straffprocessrätt så har det hittills till stor del handlat om ömsesidiga erkännanden. Utgångspunkten har därvid hela tiden varit ovan nämnda ”Åtgärdsprogram för genomförande av principen om ömsesidigt erkännande av domar i brottmål”. Det finns anledning att citera vad som där sägs i inledningen:

Vissa aspekter av det ömsesidiga erkännandet har inte behandlats inom den internationella ramen, särskilt de aspekter som rör avgöranden som föregår dom eller, vid utformandet av en dom, beaktandet av utländska straffrättsliga beslut, särskilt för att bedöma om personen har begått brott tidigare och eventuella återfall.

Ömsesidigt erkännande tar sig därför olika uttryck, och ett sådant erkännande skall eftersträvas på alla stadier av brottmålsförfarandet, före, under eller efter domen, men de närmare bestämmelserna växlar beroende på avgörandets karaktär och det utdömda straffet.

På vart och ett av dessa områden hänger omfattningen av det ömsesidiga erkännandet nära samman med förekomsten av och innehållet i vissa parametrar som är avgörande för dess effektivitet. Dessa parametrar har fastställts under överläggningarna i rådet, särskilt av Förenade kungarikets delegation.

Parametrarna är följande:

- Den planerade åtgärdens räckvidd, som kan vara allmän eller begränsad till vissa brott. Ett visst antal åtgärder för genomförande av det ömsesidiga erkännandet kan begränsas till grova brott.
- Bibehållande eller avskaffande av kravet på dubbel straffbarhet som villkor för erkännande.
- Mekanismer till skydd för tredje parts, offrens och de miss-tänkta rättigheter.
- Fastställande av nödvändiga gemensamma miniminormer för att underlätta tillämpningen av principen om ömsesidigt erkännande, t.ex. när det gäller domstolarnas behörighet.
- Frågan om direkt eller indirekt verkställighet av avgörandet samt fastställande och omfattning av ett eventuellt förfarande för godkännande.
- Fastställande och omfattning av motiven för att vägra erkännande med hänvisning till den anmodade statens suveränitet eller andra väsentliga intressen, eller till lagligheten.
- Staternas ansvarssystem i händelse av att målet läggs ned, frikännande eller frigivning.

Beroende på det berörda avgörandets karaktär kan beaktandet av en viss parameter komma att variera efter målet att nå fram till ett mer eller mindre ambitiöst genomförande av principen om ömsesidigt erkännande av domar i brottmål, såvida det inte visar sig nödvändigt att anta en ensidig bestämmelse som gör det möjligt att tillämpa denna parameter på samtliga åtgärder.

I åtgärdsprogrammet, som är tänkt att vara övergripande, anges de olika områden på vilka medlemsstaterna bör inrikta sina ansträngningar under de närmaste åren för att gradvis nå fram till ett ömsesidigt erkännande av domar i brottmål i Europeiska unionen.

Åtgärdsprogrammet är alltså långtgående och rambeslutet av den 13 juni 2002 om en europeisk arresteringsorder och överlämnande mellan medlemsstaterna, liksom rambeslut av den 22 juli 2003 om verkställighet i Europeiska unionen av beslut om frysning av egendom eller bevismaterial, ligger helt i linje

med de grundläggande resonemang som återfinns i detta program. Ett exempel på rambeslut som mer handlar om att ställa upp krav på gemensamma minimiregler än ömsesidigt erkännande är rambeslut av den 15 mars 2001 om brottoffers ställning i straffrättsliga förfaranden.

Det sistnämnda rambeslutet till trots, principen om ömsesidigt erkännande är alltmer populär. Principen innebär följande. Istället för att landet A och landet B ska ha samma regler, bestäms att A ska respektera B:s regler och vice versa. Fördelen med det här systemet är att en medlemsstat inte behöver förändra sin egen lagstiftning. För stater som exempelvis Sverige, där rättsordningen lätt förväxlas med rätten, och rätten med lagen, är det extra tacksamt. Det verkar ju som om vi inte har behövt förändra någonting. Allt är som det brukar, det vill säga bra. Nu är det inte riktigt så enkelt. Även om vi inte ändrar i en svensk lag, så är effekten av ömsesidiga erkännanden omfattande. I själva verket släpper vi ju in tjugofyra stycken andra rättsordningars regler i vår egen rättsordning. Det här behöver då inte märkas särskilt tydligt hos vare sig riksdag eller regering, men hos domstolar och myndigheter som skall arbeta med materialet, märks det. I förlängningen innebär dessutom principen om ömsesidiga erkännanden med stor sannolikhet att även de separata nationella rättsreglerna slipas av mot varandra. Ett ömsesidigt erkännande kan därför mycket väl vara att se som ett första steg framåt, mot en verklig harmonisering.

2.3 Strukturer

Den kanske viktigaste motorn i det straffrättsliga samarbetet är Eurojust. I fördragets artikel III-273 nämns detta organ, de befogenheter som där beskrivs är inte små. Men det vore nu ett misstag att tro att detta Eurojust är en nyhet. I själva verket beslutade Rådet om att inrätta Eurojust den 28 februari år 2002.⁵ Eurojust är helt enkelt ett av unionens organ och dess

⁵ Rådets beslut av den 28 februari 2002 om inrättande av Eurojust för att stärka kampen mot grov brottslighet, EGT L 63, 28.2.2002 s 1.

syfte är idag enligt artikel 3 i rådets beslut främst att främja och förbättra samarbetet mellan medlemsstaternas myndigheter. I artikel 6 beskrivs arbetet lite försiktigt. Det sägs att Eurojust får ”anmoda de behöriga myndigheterna i de berörda medlemsstaterna att överväga att” göra vissa saker.

Organisatoriskt är eurojust en sammanslutning av framförallt åklagare från olika länder. Det handlar alltså om att personer från olika medlemsstater är samlade i ett organ för att i princip bara syssla med brottslighet som sträcker sig över någon eller några nationsgränser.

När Eurojust inrättades var uppfattningen den att dess betydelse var begränsad. Justitiekommittén formulerade det så här i betänkande 2001/02: ju 19:

Inrättandet av Eurojust innebär i första hand att åklagarsamarbetet inom unionen effektiviseras. Samarbetet inom Eurojust, dvs. Eurojusts behörighet, kommer inte att sträcka sig längre än vad den svenska lagstiftningen redan medger. Redan i dag bedrivs ett omfattande åklagarsamarbete med stöd av gällande regler. Något behov av lagändringar i dessa delar föreligger såvitt nu kan bedömas inte. Det sagda leder utskottet till slutsatsen att inrättandet av Eurojust i sig inte påverkar den svenska möjligheten till åklagarsamarbete inom unionen. Däremot kommer de fasta former som följer med inrättandet att underlätta och effektivisera samarbetet. Detta är enligt utskottets mening eftersträvänsvärt.

Vad man inte diskuterade mer utförligt var det faktum att man utifrån ett EU-rättsligt perspektiv nu fick se någonting nytt, som inte funnits tidigare. Ett EU-organ som bara sysslar med att studera brottslighet och rättstillämpning, med möjlighet att agera i förhållande till nationella myndigheter i respektive medlemsland. Detta ifrån att EU egentligen inte haft någonting. Det är nu en ganska rimlig tanke – och på intet vis illvillig – att denna organisation, med säte i Bryssel, också har givits möjlighet att samarbeta med kommissionen.

Studerar man den arbetsordning som finns för Eurojust framgår just detta med all önskvärd tydlighet.⁶ I artikel 21 sägs under rubriken Europeiska kommissionen följande:

⁶ EGT C 286, 22.11.2002 s 1.

1. I enlighet med bestämmelserna i artikel 11 i beslutet skall Eurojust upprätthålla regelbundna förbindelser med kommissionen så att den kan delta i Eurojusts arbete beträffande aspekter som har samband med allmänna frågor, i synnerhet budgetfrågor, och frågor som faller under dess behörighet i enlighet med artikel 36.2 i Fördraget om Europeiska unionen. På inbjudan av Eurojust får kommissionen till kollegiet framföra sina åsikter om frågor som enligt Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen faller under dess behörighet.
2. Utan att detta skall påverka andra praktiska arrangemang med kommissionen och för att göra det möjligt för kommissionen att göra rekommendationer, avge yttranden eller lägga fram initiativ för rådet som den anser lämpliga för att förbättra samarbetet i straffrättsliga frågor mellan medlemsstaterna skall kollegiet regelbundet underrätta kommissionen om de viktigaste problem rörande det straffrättsliga samarbetet som det har upptäckt under utövandet av sina uppgifter.
3. I princip skall kommissionen av kollegiet inbjudas till regelbundna möten en gång i månaden i syfte att utbyta erfarenheter, råd och annan information än om operativa frågor. Under dessa möten skall ett utbyte av information om allmänna frågor och om Eurojusts och kommissionens verksamhet och projekt organiseras. Före varje möte och helst en vecka före mötet skall Eurojust föreslå kommissionen en dagordning. Kommissionen skall inbjudas att bidra till dagordningen. Dagordningen skall antas i början av mötet tillsammans med eventuella extra punkter som har godkänts. Vid behov skall kollegiet inbjuda kommissionen till extra möten.
4. Vid samordningen av utredningar och åtal skall Eurojust i synnerhet överväga om det uppstår någon fråga som har samband med kommissionens behörighet och där dess sakkunskap eller utbyte av information kan begäras av kollegiet.
5. Kommissionen skall inte ha tillgång till operativa uppgifter.

Som framgår av denna arbetsordning finns det ett nära samband mellan kommissionen och Eurojust, varvid denna myndighet sannolikt är att betrakta som en EU-rättslig önskedröm.

2.4 EU-straffrätt, praxis

Att straffrätten befinner sig i ett dynamiskt skede är tydligt. Det är inte bara genom fördraget som en vidare utveckling är möjlig. EU:s straffrättsliga kompetens kan också utvecklas genom praxis. I EG-domstolen ligger för närvarande (våren 2005) två stycken mål som tydliggör detta förhållande. Det ena berör på ett grundläggande sätt frågan om vad det straffrättsliga samarbetet under tredje pelaren egentligen innefattar. Det andra handlar om att kommissionen nu menar att det är dags för EG-domstolen att ”bekräfta” att EU som sådant redan nu har straffrättslig kompetens. Båda målen förtjänar en tydlig redovisning.

Lojalitet

I mål C-105/03, Brottmål mot Pupino, handlar det – EU-rättsligt sett – om EG-domstolens möjlighet att avge förhandsavgöranden. I sak handlar det om ett pågående brottmål avseende misshandel i Italien. Frågan är om några barn födda år 1996 ska behöva vittna i domstol eller om de ska kunna höras utom huvudförhandling. Den EU-rättsliga kopplingen utgörs av det rambeslut som handlar om brottsoffrets ställning i straffrättsliga förfaranden. Rambeslut har som ovan nämnts inte ”direkt verkan”, tanken är att de ska implementeras genom nationell lagstiftning. Kruxet är nu att italiensk rätt bara ger tydligt utrymme för att höra barn utom huvudförhandling vid sexualbrott, medan det i rambeslutet står följande i artikel 8 p 4:

Varje medlemsstat skall, när det är nödvändigt att skydda brottsoffer, särskilt de mest utsatta, mot följderna av att vittna offentligt, se till att de genom domstolsbeslut kan få vittna under sådana förhållanden som gör det möjligt att uppnå detta syfte, på varje sätt som är lämpligt och förenligt med de grundläggande principerna i lagstiftningen.

När det gäller den traditionella EU-rätten är det en gammal sanning att nationella domstolar ska tolka nationell lagstiftning i en lojal anda. Detta även om direktivet inte implementerats. Detta är ett utflöde av att medlemsstaterna ska förhålla

sig lojala till EU. Men det straffrättsliga samarbetet ligger under den tredje pelaren, där vissa traditionella mekanismer saknas. Om det nu är så att rambeslut inte ska behöva tolkas lojalt, då finns det ingen anledning för EG-domstolen att pröva denna begäran om förhandsavgörande, domstolens resonemang skulle ju inte spela någon roll för den nationella domstolen. Det är alltså lojalitetsfrågan som målet egentligen handlar om. Trots att någon dom ännu inte avkunnats är principfrågan så viktig att det finns all anledning att tydligt redovisa resonemangen i generaladvokatens yttrande.

Kommissionen har, föga förvånande, menat att rambeslutet medför ett krav på nationell konform (det vill säga lojal) tolkning. Sveriges inställning i detta mål är intressant. I vår egen rätt ges goda möjligheter att hålla barn borta från huvudförhandlingen. Ändå har den svenska regeringen sökt hålla den här processen borta från EG-domstolen. Regeringens företrädare har sålunda förklarat att det straffrättsliga samarbetet under tredje pelaren är ett mellanstatligt samarbete som bygger mer på folkrätt, än på traditionell EG-rätt. I sak torde detta ställningstagande innebära att de stater som är bundna av ett rambeslut är folkrättsligt ålagda att genomföra det som där står, men inte att denna stat har någon särskild skyldighet att lojalt tolka sin egen befintliga lagstiftning i förhållande till detta beslut. Man kan nog säga att generaladvokaten förhåller sig kallsinnig till detta argument. Han säger istället bland annat följande under den särskilda rubriken ”Lojalitetsförpliktelsen inom unionen”:

25. Den italienska och den brittiska regeringen har betonat att unionsrätten inte innehåller någon bestämmelse motsvarande artikel 10 EG. Liksom enligt gemenskapsrätten har medlemsstaterna och institutionerna emellertid även enligt unionsrätten en lojalitetsförpliktelse i förhållande till varandra.
26. Detta framgår av bestämmelserna i unionsrätten. EU-fördragets mål, att skapa en ny fas i processen för att skapa en allt fastare sammanslutning mellan de europeiska folken där förbindelserna mellan medlemsstaterna och deras medborgare organiseras på ett konsekvent och solidariskt sätt, fastställs i artikel 1 EU. Detta mål kan inte uppnås om inte medlems-

staterna och Europeiska unionens institutioner samarbetar lojalt och rättssenligt. Även kapitel VI i EU-fördraget avser medlemsstaternas och institutionernas lojala samarbete. Detta kan utläsas ur rubriken ”bestämmelser om polissamarbete och straffrättsligt *samarbete*” och ur nästan alla artiklar.

27. Mot denna bakgrund uttrycker artikel 10 EG självklarheter, nämligen att skyldigheter skall uppfyllas och skadliga åtgärder underlåtas. Detta gäller även inom unionsrätten, utan att det uttryckligen behöver nämnas.
28. Unionsrättsliga rambeslut är till sin struktur i stort sett identiska med gemenskapsrättsliga direktiv. Enligt artikel 34.2 b EU skall de vara bindande för medlemsstaterna när det gäller de resultat som skall uppnås men överlåta åt de nationella myndigheterna att bestämma form och tillvägagångssätt. De är visserligen inte direkt tillämpliga, men är bindande med avseende på de resultat som skall uppnås och motsvarar på denna punkt ordalydelsen i artikel 249 tredje stycket EG, på grundval av vilken domstolen har utvecklat principen om direktivkonform tolkning.
29. Den svenska regeringens invändning innebär emellertid att rättsverkningarna av 34.2 b EU, trots denna liknande formulering, inte är jämförbara med rättsverkningarna av artikel 249 tredje stycket EG. Det stämmer att domstolen särskilt avseende det Europeiska ekonomiska samarbetsområdet har fastställt att den omständigheten att bestämmelserna i ett avtal och motsvarande bestämmelser i gemenskapsrätten är likalydande inte nödvändigtvis betyder att de måste ges en identisk tolkning. Ett internationellt fördrag skall nämligen även mot bakgrund av artikel 31 i Wienkonventionen om traktaträtten av den 23 maj 1969 tolkas mot bakgrund av sina mål och inte enbart på grundval av sin ordalydelse.
32. Till skillnad från EES-avtalet, som enbart syftar till tillämpning av ett regelsystem för frihandel och konkurrens i handeln och de ekonomiska förbindelserna mellan avtalsparterna, men som inte innehåller någon föreskrift om överlåtande av suveräna rättigheter till förmån för de mellanstatliga organ som skall inrättas inom ramen för detta fördrag, utgör EU-fördraget enligt artikel 1 andra stycket en ny fas i processen för att skapa en allt fastare sammanslutning mellan de europeiska folken. I detta syfte kompletteras gemenskapens verksamhet med ytterligare politikområden och samarbetsformer. Till skillnad från vad den svenska regeringen påstått antyder begreppet politik att EU-fördraget utöver ett

mellanstatligt samarbete även leder till ett gemensamt utövande av suveränitet genom unionen. Enligt artikel 3 första stycket EU åläggs dessutom unionen att säkerställa att gemenskapens regelverk följs och byggs ut.

33. Den successivt ökande integrationen som kommer till uttryck i formuleringen ”allt närmare samarbete” visar sig även i utvecklingen av fördraget om Europeiska unionen, som efter det att det införts i och med Maastrichtfördraget genom Amsterdamfördraget och Nicefördraget alltmär närmade sig de gemenskapsrättsliga strukturerna och som skall slås ihop med gemenskapsrätten genom fördraget om upprättande av en konstitution för Europa.
34. Ett rambeslut ligger således enligt sin definition mycket nära ett direktiv, och artikel 34.2 b EU skall tolkas på samma sätt som artikel 249 tredje stycket EG, i den mån som bestämmelserna motsvarar varandra.
36. Sammanfattningsvis kan konstateras att det av artikel 34.2 b EU och principen om lojalitet inom unionen följer att varje rambeslut medför en skyldighet för nationella domstolar att, i den utsträckning som det är möjligt och oavsett om det rör sig om bestämmelser som antagits före eller efter rambeslutet, tolka den nationella rätten mot bakgrund av rambeslutets ordalydelse och syfte, detta för att säkerställa att det resultat som avses i rambeslutet uppnås.
37. Även om den svenska regeringens uppfattning att rambeslutet är av folkrättslig karaktär skulle godtas, skulle det åtminstone ligga nära till hands att tolka den nationella lagstiftningen i enlighet med rambeslutet. Rambeslutet skulle nämligen även i det fallet vara bindande för medlemsstaterna i egenskap av folkrättslig rättsakt. Det skulle följaktligen, såsom Förenade kungarikets regering anför under den muntliga förhandlingen, utgå från att alla medlemsstaternas myndigheter, inklusive domstolarna, i största möjliga mån skall handla i enlighet med denna skyldighet, även om rambeslutet ansågs vara av folkrättslig karaktär. Förenade kungarikets regering har samtidigt emellertid påpekat att denna form av konform tolkning inte har gemenskapsrättens företräde och att den därför, enligt den nationella lagstiftningens bestämmelser, möjligtvis måste ge vika för andra tolkningsformer. Detta innebär emellertid inte att domstolens svar inte är av betydelse för tolkningen av nationella införlivandebestämmelser.

Kontentan av generaladvokatens resonemang är tydligen att rättsverkningarna av ett rambeslut ligger mycket nära verkningarna av ett direktiv. Detta i sin tur innebär att ett rambeslut har en vidare verkan än att tjäna som underlag för den nationella lagstiftaren att stifta lag kring.

I detta mål framträder en skiljelinje som, i det fall EG-domstolen går på generaladvokatens linje (och det finns väldigt lite som talar mot att den ska göra det) Sverige som nation, och framförallt aktiva inom rättsmaskineriet måste ta till sig. Även om EG-domstolen här skulle gå emot generaladvokaten och fränkänna sig rätten att avge ett tolkningsbesked i detta fall, kommer samma fråga upp i förhållande till fördraget, där lojalitetsplikten är inskriven i artikel I-5. Så det finns anledning att här stanna upp en sekund.

Vad är det generaladvokaten egentligen säger i punkt 32? ”Till skillnad från vad den svenska regeringen påstått antyder begreppet politik att EU-fördraget utöver ett mellanstatligt samarbete även leder till ett gemensamt utövande av suveränitet genom unionen.” Egentligen handlar det om att beskriva en anda som ska genomsyra den nationella rättstillämpningen. För oss i Sverige, som kanske ännu inte riktigt insett att den egentliga ”EG-rätten” präglas av detta, är detta resonemang möjligen lite främmande. För att försöka vara tydlig beträffande skiljelinjen kan man säga så här. Sveriges inställning är att det straffrättsliga samarbetet sträcker sig fram tills dess att ett (i första hand) rambeslut arbetats fram och färdigställt. Sedan är det upp till varje nation att fortsätta därifrån. För Sveriges del innebär det att vi gör en lag av något slag. Det överstatliga draget i EU-rätten ska då i princip helt lysa med sin frånvaro, samarbetet handlar alltså enbart om att tillsammans skapa vägledande regler. Vad generaladvokaten säger här, liksom vad fördraget säger, är något helt annat. Det EU-rättsliga inflytandet på samarbetet beträffande straffrätt slutar inte genom att en rättsakt upprättats. Det är istället först då som inflytandet verkligen börjar.

Det är i själva verket inte konstigare än vad som gäller vanlig svensk lagstiftning. Men detta måste tydliggöras. EU-rätten är något mer än enbart själva de rättsakter som utmynnar från EU. Det hade kanske varit lämpligare att redan från början (för en sisådär 10 år sedan) ha börjat tala om en EG-rättsordning, men ordet är ju så otympligt. (Det kan dock konstateras att Tomas Bull i "En berättelse om två konstitutioner"⁷ faktiskt tycks ha lyckats med konststycket att konsekvent använda denna längre formulering).

Med rättsordning menas hela det system där såväl lagarna, de rättstillämpande myndigheterna och rättstillämpningen som sådan inryms. En lag blir sålunda en del av rättsordningen när den är stiftad och klar, varefter den påverkar och påverkas av de övriga delarna av rättsordningen. På nationell nivå är detta självklart. Att en rättsordning överhuvudtaget fungerar hänger då på att det finns "nervtrådar" och "kontaktytor" mellan alla de olika delar som är en del av rättsordningen. Även om det i Sverige är riksdagen som är "lagstiftaren" så måste man ändå konstatera att det övergripande ansvaret för att rättsordningen som sådan fungerar ligger på regeringen. I alla fall förr talade vi gärna om "ämbetsmannasverige" och "ämbetsmannaheder". Detta var uttryck för att personer som arbetade i allmän tjänst utförde det som de enligt lag var ålagda och gjorde det på ett lojalt och plikttroget sätt.

På EU-nivå är detta mönster svårare att se. EU har ännu inte så många egna domstolar (två; EG-domstolen och Förstainstansrätten) och inte så många egna myndigheter som sysslar med straffrätt och straffprocessrätt (två; Eurojust och Europol) inga fängelser och överhuvudtaget inte möjlighet att agera på den nationella arenan på samma sätt som en nationalstat. Ändå är det uppenbart att "EU-rätt" är ett alltför begränsat begrepp och bör läsas "EU-rättsordning". En lag, som sådan, blir varken mer eller mindre än vad rättstillämparna gör den till. Det finns ingen automat som förändrar verkligheten. Det är

⁷ SIEPS rapport 2004:3-7, s 165 ff.

människor, verksamma i en rättsordning som står för arbetet. Vad EU egentligen innebär, och som generaladvokaten uttrycker i detta mål är alltså följande: Vi som utgör EU har bestämt oss för att arbeta tillsammans. Vi tror att det är bra för Europa om nationalstaternas lagstiftning blir mer enhetlig. Vi tror att ett bra sätt att komma dit på är genom gemensam lagstiftning på EU-nivå. Vi vet mycket väl att vi, som EU betraktat, har vår tydligaste makt igenom själva lagstiftningsinstrumentet. Det är dock genom gemensam rättstillämpning som enhetlighet uppnås. Vi vet att vi inte har egna muskler att genomdriva en enhetlig rättstillämpning på nationell nivå. Det är i första hand bara nationella myndigheter och företrädare för dessa som kan göra det. Dessa är därför genom en statsmedlemskap i EU, bundna till att verka också för den EU-rättsliga rättsordningen. Det vill säga arbeta för en gemensam rättstillämpning. Saknas denna lojalitet i medlemsstaterna är verksamheten på EU-nivå inte meningsfull.

Detta har naturligtvis konsekvenser på nationell nivå. Den svenska regeringen, som ju har stor makt över den svenska rättsordningen, uttrycker något annat. Vad regeringen väl säger är – utan att lägga ord i andras mun – att EU på straffrättsens område knappast ens är lagstiftare och att det – inte minst därför – inte finns något utrymme för att se den gryende straffrätt som i färdig form kallas rambeslut, som något som efter det att det klubbats igenom angår EU. Regeringen tycks alltså mena att de egentliga EU-rättsliga aspekterna tar slut, där – lite hårddraget – EU menar att de börjar.

Kommissionens talan

Det har under en lång rad år funnits en diskussion om – och osäkerhet kring – EU:s möjligheter att under första pelaren agera som straffrättslig rättsskapare. Man har allmänt menat att EU inte har något mandat att agera på denna nivå. Detta synsätt är egentligen lite märkligt. Det har under lång tid varit närmast självklart att EU genom direktiv, som beskriver hur ett rättsområde ska utformas, någonstans skriver något som i princip bara kan leda tankarna åt ett enda håll. Följande exem-

pel ur det direktiv som ligger till grund för de under vårvintern 2005 häftigt diskuterade förändringarna i vår egen upphovsrätt illustrerar detta:⁸

Artikel 8

Sanktioner och möjligheter att vidta rättsliga åtgärder

1. Medlemsstaterna skall se till att det finns lämpliga sanktioner och möjligheter att vidta rättsliga åtgärder i fråga om intrång i de rättigheter och skyldigheter som fastställs i detta direktiv samt vidta alla åtgärder som krävs för att säkerställa att dessa sanktioner och möjligheter att vidta rättsliga åtgärder tillämpas. Sanktionerna skall vara effektiva, proportionella och avskräckande.
2. Varje medlemsstat skall vidta de åtgärder som krävs för att säkerställa att rättsinnehavare, vilkas intressen berörs av en intrångshandling som utförs inom dess territorium, kan föra talan om skadestånd och/eller begära föreläggande samt, i tillämpliga fall, föra talan om beslag av det material som använts vid intrånget och även av sådana anordningar, produkter eller komponenter som avses i artikel 6.2.
3. Medlemsstaterna skall se till att rättsinnehavare har möjlighet att begära ett föreläggande gentemot mellanhänder vars tjänster utnyttjas av en tredje part för att begå intrång i en upphovsrätt eller närstående rättighet.

Även kommissionens roll inom det straffrättsliga området har varit oklar. Om det verkligen enbart vore frågan om ett ”mellanstatligt samarbete” borde dess roll vara liten. Ändå kan vi se ett nära förhållande till Eurojust. Det är också så att kommissionen tydligen är genuint intresserad av straffrätt överhuvudtaget. Kommissionens grönbok om straffrättsliga påföljder,⁹ där man diskuterar – och vill få igång en diskussion om

⁸ Europaparlamentets och rådets direktiv av den 22 maj 2001, om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället. EGT L 167, 22.6.2001 s 10.

⁹ Grönbok om tillnärmning, ömsesidigt erkännande och verkställighet av straffrättsliga påföljder i Europeiska unionen. Bryssel den 30.04.2004 KOM(2004)334 slutlig.

– allt vad påföljder inom EU heter, inklusive frågan om påföljd vid återfall i brott, är ett tydligt exempel på detta.¹⁰

Frågan om EU har möjligheter att redan idag, under den första pelaren, agera straffrättsligt har genom målet C-176/03 i allra högsta grad konkretiserats. Kommissionen har helt enkelt stämt rådet inför EG-domstolen. Detta händer inte varje dag, det skall naturligtvis till något alldeles extra för att detta ska inträffa.

Vad det handlar om är, att kommissionen lade fram ett direktiv på miljövårdsområdet redan år 2001.¹¹ Detta innehöll bland annat en mycket tydlig skrivning om att vissa förfaranden skulle vara straffbara, detta under rubriken ”Brott”.

Detta direktiv gick ej igenom. Istället kom rådet fram till att det skulle tillskapas ett rambeslut.¹² Det vill säga en rättsakt under tredje pelaren. Detta rambeslut är till sitt innehåll mycket likt förslaget till direktiv.

Nu har alltså kommissionen väckt talan och menar att EG domstolen ska underkänna detta rambeslut. Det är här fråga om en ren maktkamp. Kommissionen och rådet är uppenbarligen helt överens om vad man egentligen vill uppnå, frågan är hur. Det kan vara värt att citera vad hur kommissionen själv uppfattar sitt mandat:

Kommissionen har slutligen framhållit att på den nivå som gemenskapsrätten för närvarande befinner sig är gemenskapslagstiftaren, för det fall denna anser att iakttagande av de normer som skall antas inte kan säkerställas utan att straffrättsliga bestämmelser införs, behörig att föreskriva att medlemsstaterna skall införa sådana bestämmelser.

¹⁰ Det kan i sammanhanget vara lämpligt att konstatera att justitiedepartementet i oktober 2004 också har svarat. Detta genom promemorian ”Sve-
riges kommentarer till kommissionens grönbok om tillnärmning, ömsesidigt erkännande och verkställighet av straffrättsliga påföljder i EU.”

¹¹ EGT C 180, 26.6.2001 s 238.

¹² EGT L 29, 5.2.2003, s 55.

2.5 Slutord

En tydligt given bild över dagens verklighet ger också en fingervisning om framtiden. Det är tydligt att EU:s medlemsstater alldeles frivilligt drog igång det egentliga straffrättsliga samarbetet i början på 1990-talet. Det är också tydligt att det egentligen inte hände så särskilt mycket under de första åren. Samarbetet tog verkligen fart genom rådets möte i Tammerfors år 1999. Till detta kan naturligtvis också läggas 11 september 2001. Vad man kan se idag är en tungrodd mekanism för lagstiftning, där å andra sidan nationella möjligheter att påverka kan sägas vara hyfsat väl tillvaratagna. Vad man också kan se är ett regelverk som har grenat ut sig åt två håll. Dels skapas materiella, straffrättsligt betydelsefulla regler, särskilt kan nämnas rambeslutet om terroristbekämpning. Dels skapas beslut som underlättar ett internationellt utbyte. Naturligtvis leder dessa två typer av regler i slutändan till samma sak. Effektivisering genom harmonisering. Även om man kan säga att det straffrättsliga samarbetet bedrivits på mellanstatlig nivå, så finns det redan idag sådana funktioner i detta samarbete att den mellanstatliga beskrivningen skevar lite. Det tydligaste exemplet på att det handlar om något mer än mellanstatlighet är själva existensen av Eurojust, som uttryckligen är ett av unionens organ. Eurojust har enligt sin egen arbetsordning mycket täta kontakter med kommissionen, samtidigt som det har mycket god kontroll på vad som sker i medlemsstaternas straffrätt. Sett i ett rent EU-rättsligt perspektiv är utvecklingslinjen tydlig, konstitution eller ej. EU som sådant kommer inte att släppa taget om straffrätten. Kommissionen behöver på intet vis söka sig fram för att hitta verktyg, Eurojust finns redan. Vad som saknas är det som konstitutionen erbjuder. Ett verkligt tydligt mandat att initiera straffrättsliga regler. Att förslaget kommer nu kan sålunda inte sägas vara något slumpmässigt, det är istället en del av en genomtänkt och logisk strategi.

3 FÖRDRAGET

Detta avsnitt behandlar främst fördragets regler beträffande straffrätt och straffprocessrätt. Även Eurojust kommer att behandlas. Det polissamarbete som finns reglerat genom regler om Europol kommer däremot inte i fokus. När det gäller straffrätten är det lika bra att säga följande på en gång. Det är svårt att egentligen se några gränser för vad EU i slutändan kan besluta om. Den stora förändring som nu sker, vad gäller ämnesområden, är att EU får ett tydligt mandat att ”skriva straffrätt” även i förhållande till den verksamhet som sedan tidigare legat under första pelaren. Ett tydligt exempel på vad som därmed avses är miljöfrågorna, där ju kommissionen verkligen vill ha ett mandat (se ovan). När det gäller straffprocessrätt har det hittills mest handlat om ömsesidiga erkännanden. Denna utveckling kommer sannolikt att fortsätta. Det förefaller dock inte finnas mycket som hindrar att detta i slutändan leder till verklig harmonisering. Europol kommer genom fördraget att kunna utvecklas till en egen åklagarmyndighet. Detta är naturligtvis en utveckling som måste ses som omvälvande.

I övrigt kan man lite förenklat säga att frågan om vad EU genom fördraget kommer att få mandat för att göra faktiskt framgår av fördragstexten. Jag tycker inte att man gör sig skyldig till någon orättvis läsning om man påstår att EU:s behörighet närmast regelmässigt beskrivs i ganska svepande ordalag, medan det mer sällan står något om vad EU inte kommer att få göra. Sådana kombinationer brukar kunna leda långt.

I fördragets del III – Unionens politik och funktion, under avdelning III – Inre politik och åtgärder finns kapitel IV som har rubriken Ett område med frihet, säkerhet och rättvisa. Här återfinns avsnitt 4 med rubriken Straffrättsligt samarbete. Avsnittet innehåller fem artiklar, Artikel III-270 – Artikel III-274. därefter följer avsnitt 5, Polissamarbete, med artiklarna III 275 – III-277.

De regler i fördraget som förklarar lagstiftningsgången är oupplösligt förbundna med de regler som beskriver vad man

får göra. Den grundläggande regeln beträffande lagstiftning återfinns i del I, avdelning V, kapitel 1, artikel I-34. Detaljregleringen återfinns i artikel III-396, vilken befinner sig i avdelning VI, kapitel I, avsnitt 4.

Det ska i sammanhanget också sägas att fördraget i Del II har en stadga om de grundläggande rättigheterna. Där återfinns avdelning VI som handlar om rättskipning och innehåller grundläggande rättssäkerhetsgarantier.

Av särskilt intresse är vidare de särskilda regler som gäller för det så kallade fördjupade samarbete som beskrivs i artikel III-271. Dessa regler återfinns i artikel I-44.2 och III-419.1, varvid den först nämnda regeln återfinns i del I, avdelning V kapitel III, fördjupade samarbeten, och den sist nämnda i del III, avdelning VI, kapitel III, fördjupade samarbeten.

Till detta måste läggas de regler som gäller när EU ingår internationella avtal. Den särskilda ordning som gäller under tredje pelaren är här bortsopad. Reglerna kring detta återfinns framförallt i Avdelning V, Kapitel VI artiklarna III-323 – III-325. Till detta ska läggas den artikel som redan i del I reglerar det utrymme som finns vad gäller unionens exklusiva befogenhet att sluta internationella avtal; artikel I-13 p 2.

Sist men inte minst finns de övergripande och inledande resonemang som inleder fördraget, och som styr tolkningen av resten. Det finns anledning att låta dessa komma till tals redan inledningsvis. Fördraget inleds med helt logiskt med del I, avdelning I, som heter Definition av unionen och dess mål. I artikel I-1; Upprättande av unionen sägs följande:

1. Genom denna konstitution, som har sitt ursprung i en önskan hos Europas medborgare och stater att bygga sin gemensamma framtid, upprättas Europeiska unionen, som av medlemsstaterna tilldelas befogenheter för att deras gemensamma mål skall uppnås. Unionen skall samordna medlemsstaternas politik för att dessa mål skall kunna uppnås och skall på gemenskapsgrund utöva de befogenheter som medlemsstaterna tilldelar unionen.

I artikel I-5 och I-6, beskrivs effekterna av att befogenheter överlätit:

Artikel I-5

Förbindelserna mellan unionen och medlemsstaterna

1. Unionen skall respektera medlemsstaternas likhet inför konstitutionen samt deras nationella identitet, som kommer till uttryck i deras politiska och konstitutionella grundstrukturer, inbegripet det regionala och lokala självstyret. Den skall respektera deras väsentliga statliga funktioner, särskilt funktioner vars syfte är att hävda deras territoriella integritet, upprätthålla lag och ordning och skydda den nationella säkerheten.
2. Enligt principen om lojalt samarbete skall unionen och medlemsstaterna respektera och bistå varandra när de fullgör de uppgifter som följer av konstitutionen.

Medlemsstaterna skall vidta alla lämpliga åtgärder, både allmänna och särskilda, för att säkerställa att de skyldigheter fullgörs som följer av konstitutionen eller av unionens institutions akter.

Medlemsstaterna skall hjälpa unionen att fullgöra sina uppgifter och de skall avstå från varje åtgärd som kan riskera att unionens mål inte uppnås.

Artikel I-6

Unionsrätten

Konstitutionen och den rätt som antas av unionens institutioner genom utövande av de befogenheter som den har tilldelats skall ha företräde framför medlemsstaternas rätt.”

I artikel I-7 fastslås att ”unionen skall vara en juridisk person”.

3.1 Lagstiftningsprocessen

Det finns i detta sammanhang anledning att börja redovisningen med frågan om hur lagstiftningsprocessen går till, för att den vägen närma sig frågan om vad man kan lagstifta om. Som väl redan har märkts finns det fler regler som beskriver hur man ska göra än som beskriver vad man kan göra. Att det är så har en enkel förklaring. Den lagstiftningskompetens som EU här ges är på allvar. Den kommer att ha betydelse på det nationella planet. Det är uppenbart att åtminstone vissa stater

(särskilt Sverige) har insett detta och därför sett till att det finns en rad mekanismer som ska göra att man som medlemsstat kan undvika att bli bunden av regler som man absolut inte vill bli bunden av. Dessa straffrättsliga och straffprocessrättsliga regler är samtidigt så viktiga att man vill kunna genomföra dem i stort, även om något enskilt land inte vill vara med. Det finns alltså regler som gör att någon kan hoppa av, och regler som gör att andra kan gå vidare.

I sin grundform är lagstiftningsgången denna.

Begreppen lag och ramlag beskrivs i artikel I-33

En europeisk lag är en lagstiftningsakt med allmän giltighet. Den skall till alla delar vara bindande och direkt tillämplig i varje medlemsstat.

En europeisk ramlag är en lagstiftningsakt som med avseende på det resultat som skall uppnås skall vara bindande för varje medlemsstat som den riktar sig till, men skall överlåta åt de nationella myndigheterna att bestämma form och tillvägagångssätt för genomförandet.

Kommissionen eller några medlemsstater kan med stöd av artikel III-264 presentera ett lagförslag eller ramlagsförslag. Detta ska antas av såväl Europaparlamentet som ministerrådet. Parlamentet beslutar genom majoritetsbeslut; artikel III-338. I ministerrådet är det mer komplicerat. Rådet skall besluta med kvalificerad majoritet; artikel I-23, vilket är en nyhet (av stora mått). I artikel I-25 finns en synnerligen detaljerad beskrivning av vad som egentligen menas med kvalificerad majoritet. I artikel III-396 (som verkligen inte är att leka med) beskrivs hur det konkret ska gå till när en lag eller ramlag arbetas fram. Av dessa nu nämnda regler framgår att en liten minoritet inte har mycket att sätta emot, vare sig i parlamentet eller i rådet. Istället är det majoriteter som kan besluta om vilka straffrättsliga regler som ska gälla.

Till detta allmänna system för stiftande av ramlag har nu lagts ett ytterligare system, den så kallade nödbromsen, vilken återfinns i såväl artikel III-270 punkt 3 som artikel III-271 punkt 3. (Alltså de paragrafer som berör det konkreta straffproce-

suella- och straffrättsliga samarbetet.) Efter det att kommissionen lagt sitt förslag kan sålunda en medlem av ministerrådet – i det fall den föreslagna regleringen uppfattas ”påverka grundläggande aspekter av dess straffrättsliga system” – begära att lagförslaget översänds till Europeiska rådet. I ett sådant läge avbryts lagstiftningsprocessen. Europeiska rådet, som består av statschefer eller regeringschefer skall besluta med konsensus enligt artikel I-21. Det krävs alltså enighet.

Europeiska rådet kan nu göra tre saker. 1. Skicka ärendet tillbaka till rådet, varvid lagstiftningsprocessen återupptas. 2. Begära något nytt 3. Ingenting.

Om en stat har valt att dra i nödbromsen, och lagstiftningsärendet därför har stannat av, så kan övriga stater – det räcker med en tredjedel av dem – bestämma sig för att ingå ett fördjupat samarbete. Systemet som inte är helt lättgenomträngligt, det beskrivs i artiklarna I-44.2 och III-419.1, och möjliggör för vissa stater går vidare, och att den som dragit i nödbromsen lämnas för sig.

De nationella parlamentens roll beskrivs i artikel III-259:

De nationella parlamenten skall, när det gäller lagstiftningsförslag och lagstiftningsinitiativ som läggs fram inom ramen för avsnitten 4 och 5, se till att subsidiaritetsprincipen respekteras i enlighet med protokollet om tillämpning av subsidiaritets- och proportionalitetsprinciperna.

Detta i sin tur hänvisar till Protokollet om subsidiaritets och proportionalitetsprinciperna, ett dokument på tre sidor som i huvudsak säger att nationella parlament ska få sig tillsänt kommissionens lagförslag, och om tillräckligt många nationella parlament tycker att lagförslaget strider mot ovan nämnda principer så kan utkastet omprövas. Det finns också en möjlighet att få frågan prövad av EG domstolen.

Systemet i stort verkar faktiskt riktigt begripligt. Dess effekter tydliga. Frågor som de flesta är överrens om hamnar till slut i en ramlag. Samma förhållande gäller för de frågor som kan behandlas i en lag. Frågor de flesta är överrens om att inte re-

glerna på EU-nivå kommer inte heller att bli reglerade. Konstigare än så är det inte. Den möjlighet som finns för ett enskilt litet medlemsland att påverka detta, är att använda sig av den så kallade nödbromsen och hoppa av, men då enbart på det sätt som har beskrivits ovan. Annars är man bunden av den lagstiftningsakt som beslutats.

Vad som skiljer fördraget från vår egen legala tradition, där ju den egentliga lagstiftningsmakten egentligen ligger hos riksdagen, är att frågan om vad EU kan göra på dessa områden, är kopplad till olika "lagstiftningsgångar". Detta gör att frågan om vad EU kan göra i framtiden blir mångdimensionell. Ett tydligt exempel på detta är följande "helt öppna" reglering. När det gäller straffprocessrätt har EU enligt artikel III-270 punkt 2, egentligen inget generellt mandat att besluta om vad som helst – inte om man bara läser de tre första satserna. Ramarna är visserligen vida, men ändå fattbara. När man däremot läser satsen d) kan man konstatera att det finns ett möjligt mandat att gå hur långt som helst. Mandatet omfattar nämligen "andra specifika delar av det straffrättsliga förfarandet, vilka rådet i förväg har reglerat genom ett europeiskt beslut; vid antagandet av detta beslut skall rådet besluta med enhällighet efter Europaparlamentets godkännande." Detta är ett exempel på en lagstiftningsregel som i vanliga fall säkert är svårarbetad, men i de fall det finns en gemensam vilja att använda den, kommer den givetvis att användas.

3.2 Lagstiftningsresultat

Frågan om vad EU kan komma att besluta om, är central. Ändå behöver man som ovan nämnts inte skriva en hel rapport, eller bok, om bara det. Sanningen är ju att det är svårt att ur fördragstexten dra upp någon gräns överhuvudtaget, och säga att det här får EU inte lagstifta om. Det förefaller ju istället som om fördraget ger EU ett utrymme att lagstifta på som är mycket vidsträckt. Det är vidare så att denna EU-lagstiftning i sin tur på ett eller annat sätt kan ha påverkan på all nationell straff- och straffprocessuell lagstiftning som finns. Mandatet är således stort.

3.3 Straffrätt

När det gäller den egentliga straffrätten återfinns regleringen om vad EU kan reglera om i artikel III-271:

1. I europeiska ramlagar får det meddelas minimiregler om fastställande av brottsrekvisit och påföljder inom områden av särskilt allvarlig brottslighet med ett gränsöverskridande inslag till följd av brottens karaktär eller effekter eller av ett särskilt behov av att bekämpa dem på gemensamma grunder.

Detta gäller följande områden av brottslighet: terrorism, människohandel och sexuellt utnyttjande av kvinnor och barn, olaglig narkotikahandel, olaglig handel med vapen, penningtvätt, korruption, förfalskning av betalningsmedel, IT-brottslighet och organiserad brottslighet.

Med hänsyn till brottslighetens utveckling får rådet anta ett europeiskt beslut där andra områden av brottslighet som uppfyller de kriterier som avses i denna punkt anges. Rådet skall besluta med enhällighet efter Europaparlamentets godkännande.

2. När en tillnärmning av medlemsstaternas straffrättsliga lagar och andra författningar visar sig nödvändig för att säkerställa att unionens politik på ett område som omfattas av harmoniseringsåtgärder skall kunna genomföras effektivt får minimiregler för fastställande av brottsrekvisit och påföljder på det berörda området meddelas i europeiska ramlagar. De skall antas enligt samma förfarande som använts för att anta harmoniseringsåtgärderna i fråga, utan att det påverkar tillämpningen av artikel III-264.

En lugn innantill-läsning ger besked om vad som omfattas. Det är – med risk för att bli tjugig – svårt att se vad som på lite sikt *inte* kan innefattas i detta mandat. Man kan alltså inte bara läsa de första två styckena i punkten 1. Det är istället först därefter det intressanta börjar. För det första kan rådet utsträcka området inom vilket EU kan agera, det ska visserligen alltjämt handla om ”särskilt allvarlig brottslighet med gränsöverskridande inslag” men det krävs inte mycket fantasi för att få ganska mycket att inrymmas under detta.

Den verkligt intressanta regeringen återfinns i artikel III-271 punkt 2. Det finns i sammanhanget anledning att citera vad regeringen har sagt:¹³

En fråga som har varit föremål för intensiv diskussion inom unionen under senare år är om det är möjligt att besluta om straffrättslig tillnärmning i ett gemenskapsinstrument, eller om befogenheten i detta avseende ligger exklusivt i tredje pelaren. Denna fråga löses i det konstitutionella fördraget genom pelarstrukturens avskaffande och genom att det uttryckligen anges att tillnärmning av materiell straffrätt skall kunna ske genom antagandet av europeiska ramlagar också när det visar sig nödvändigt för att säkerställa att unionens politik skall kunna genomföras effektivt på ett område som redan omfattas av harmoniseringsåtgärder (artikel III-271.2). Ramlagarna, som skall innehålla minimiregler om brottsrekvisit och påföljder, skall beslutas enligt samma förfarande som används för antagande av de nämnda harmoniseringsåtgärderna. Det går inte att säkert förutsäga vilka brottstyper som skulle kunna bli föremål för tillnärmning med stöd av bestämmelsen. Något som dock redan i dag tilldrar sig ett stort intresse inom unionen är miljöbrottslighet och brott mot gemenskapens finansiella intressen, s.k. EU-bedrägerier.

Vill man spetsa till det lite kan man travestera regeringen och istället säga: Det går inte säkert att förutsäga vilka brottstyper som inte skulle kunna bli föremål för tillnärmning med stöd av bestämmelsen. Det är faktiskt inte meningsfullt att leta efter någon begränsning.

Att lagstiftningen i form av en ramlag i sig kan vara mycket exakt, framgår tydligt. Den valda beskrivningen; ”minimiregler om fastställande av brottsrekvisit och påföljder” utgör ingen begränsning, tvärtom. EU har här i själva verket möjlighet att skriva traditionella straffstadganden.

¹³ Ds 2004:52 s 272.

3.4 Straffprocessrätt

Det straffprocessuella samarbetet är framförallt reglerat i artikel III-270.

1. Det straffrättsliga samarbetet inom unionen skall bygga på principen om ömsesidigt erkännande av domar och rättsliga avgöranden och inbegripa en tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar på de områden som avses i punkt 2 och artikel III-271.

I europeiska lagar eller ramlagar skall åtgärder föreskrivas för att

- a) meddela regler och förfaranden för att säkerställa att alla former av domar och rättsliga avgöranden erkänns i hela unionen,
 - b) förebygga och lösa behörighetskonflikter mellan medlemsstaterna,
 - c) stödja utbildningen av domare och övrig personal inom rättsväsendet,
 - d) underlätta det straffrättsliga samarbetet mellan rättsliga eller likvärdiga myndigheter i medlemsstaterna inom ramen för lagföring och verkställighet av beslut.
2. Om det är nödvändigt för att underlätta det ömsesidiga erkännandet av domar och rättsliga avgöranden samt polissamarbete och rättsligt samarbete i sådana straffrättsliga frågor som har en gränsöverskridande dimension, kan det i europeiska ramlagar meddelas minimiregler. I dessa minimiregler skall skillnaderna mellan medlemsstaternas rättsliga traditioner och rättssystem beaktas.

De skall omfatta

- a) ömsesidig tillåtlighet av bevis mellan medlemsstaterna,
- b) personers rättigheter vid det straffrättsliga förfarandet,
- c) brottsoffers rättigheter,
- d) andra specifika delar av det straffrättsliga förfarandet, vilka rådet i förväg har reglerat genom ett europeiskt beslut; vid antagandet av detta beslut skall rådet besluta med enhällighet efter Europaparlamentets godkännande.

Antagande av de minimiregler som avses i denna punkt skall inte hindra medlemsstaterna från att behålla eller införa en högre skyddsnivå för personer.

Som framgår är fördraget den logiska fortsättningen på vad som redan gäller idag. Vad som kanske inte står tydligt ut-

tryckt i fördraget (men som ändå finns där) är det samband som finns mellan reglerna om ömsesidigt erkännande och harmoniseringen av materiell rätt. Systemet med ömsesidigt erkännande är ju i själva verket betydligt mer svårgripbart än harmonisering av materiell rätt. Vad det handlar om är att svenska myndigheter, företrädesvis domstolar, skall lägga andra staters beslut till grund för egna åtgärder. Detta, om något, bygger på ömsesidigt förtroende. Naturligtvis kan man inte i längden få detta system att fungera om materiella regler skiljer sig alltför mycket åt, inte heller om förtroende för reglerna som sådana, eller andra staters arbetsmetoder, är begränsat. Om systemet med ömsesidiga erkännanden inte fungerar står det europeiska straffrättsliga samarbetet inför stora problem. Om det inte fungerar på grund av att de materiella reglerna som sådana inte tycks överensstämma, då kommer dessa regler att harmoniseras. Det är ju i själva verket det man också har skrivit i inledningen på artikel III-270. ”Det straffrättsliga... samarbetet skall... inbegripa en tillnärmning av medlemsstaternas lagar... på de områden som avses i punkt 2...” Om man nu som jag har som utgångspunkt att regler ofta töjs, då ger dessutom artikel III-270 punkt 2 d) (se ovan) ett extra stort utrymme för just harmonisering.

Som väl alla vet är processrätten mäktig i sig. Det är genom dessa regler man i praktiken har möjlighet att skapa en fungerande rätt, liksom att få allt att gå i baklås. Visar det sig att medlemsstaterna inte har system som fungerar ihop, eller faktiskt att bara vissa medlemsstater har system som inte fungerar ihop med de andras, då kommer det också att läggas fram förslag som syftar till en verklig harmonisering. När och om detta kommer att ske är omöjligt att sia om.

3.5 Eurojust

Eurojusts verksamhet beskrivs i artikel III-273:

1. Eurojusts uppgift skall vara att stödja och stärka samordning och samarbete mellan de nationella myndigheter som har till uppgift att utreda och lagföra allvarlig brottslighet som berör två eller flera medlemsstater eller som det krävs lagföring

för på gemensamma grunder, på grundval av operationer som genomförs och information som lämnas av myndigheterna i medlemsstaterna och av Europol. Eurojusts struktur, arbetssätt, verksamhetsområde och uppgifter skall i detta hänseende regleras i europeiska lagar. Dessa uppgifter kan omfatta a) inledande av brottsutredningar och förslag till inledande av lagföringsförfaranden som genomförs av de behöriga nationella myndigheterna, särskilt de som gäller brott som skadar unionens finansiella intressen, b) samordning av de utredningar och lagföringsförfaranden som avses i led a, c) stärkande av det rättsliga samarbetet, bland annat genom lösning av frågor om domstolsbehörighet och nära samarbete med det europeiska rättsliga nätverket.

I de europeiska lagarna skall även villkoren fastställas för deltagande av Europaparlamentet och de nationella parlamenten i utvärderingen av Eurojusts verksamhet.

2. Inom ramen för de lagföringsförfaranden som avses i punkt 1 och utan att det påverkar tillämpningen av artikel III-274 skall de formella processrättsliga åtgärderna vidtas av behöriga nationella tjänstemän.”

I artikel III-274 beskrivs vad som förmodligen är den logiska fortsättningen, nämligen en europeisk åklagarmyndighet:

1. För att bekämpa brott som skadar unionens finansiella intressen får rådet genom en europeisk lag inrätta en europeisk åklagarmyndighet som baseras på Eurojust. Rådet skall besluta med enhällighet efter Europaparlamentets godkännande.
2. Den europeiska åklagarmyndigheten skall vara behörig att, i förekommande fall i samverkan med Europol, utreda och lagföra gärningsmän och andra medverkande som begått brott som skadar unionens finansiella intressen, i enlighet med den europeiska lag som avses i punkt 1. Myndigheten skall föra talan för dessa brott vid de behöriga domstolarna i medlemsstaterna.
3. Den europeiska lag som avses i punkt 1 skall innehålla stadgan för den europeiska åklagarmyndigheten, villkoren för dess verksamhet, de processrättsliga reglerna för denna verksamhet, liksom regler om tillåtligheten av bevisning och regler för domstolskontroll av de processuella åtgärder som myndigheten beslutar om i ett ärende på tjänstens vägnar.
4. Europeiska rådet får samtidigt eller senare anta ett europeiskt beslut om ändring av punkt 1 i syfte att utsträcka den euro-

peiska åklagarmyndighetens befogenheter till att även omfatta kampen mot den grova brottslighet som har ett gränsöverskridande inslag och, som en följd av detta, om ändring av punkt 2 när det gäller gärningsmän och andra medverkande som begått grova brott som påverkar mer än en medlemsstat. Europeiska rådet skall besluta med enhällighet efter Europaparlamentets godkännande och efter att ha hört kommissionen.

Eurojust är som sådant redan beskrivet i föregående avsnitt. Det finns i grund och botten inte mycket att tillägga. Det är uppenbart att Eurojust är en EU-myndighet som kommer att styras av direktverkande lagar. Som framgår av fördragstexten kommer Eurojust att fortsätta växa och få initiativkraft. Det är i själva verket ytterst förledande att börja en paragraf med att påstå att Eurojust skall ”stödja och stärka samordning” när det i nästa andetag framgår att Eurojust kan ges mandat att ”inleda brottsutredningar”. Det är inte att undra på att man i artikel III-273 punkt 2 gör klart att ”de formella processrättsliga åtgärderna vidtas av behöriga nationella tjänstemän”. För mig är möjligheten att ge Eurojust möjlighet att inleda brottsutredningar lite förvånande. Har frågan om hur detta ska kunna passas in med den nuvarande svenska åklagarorganisationen något svar? Man gör sig själv en mycket stor otjänst om man för ett ögonblick tror att Eurojust är en myndighet där folk kommer att sitta och rulla tummarna. Det är tvärtom så att det finns ”hur mycket som helst” att göra. Det intressanta är naturligtvis frågan om när det verkliga skiftet kommer i fråga om uppfattningen om Eurojust. När ska man sluta se det som ”ett organ ursprungligen skapat under tredje pelaren och därför mellanstatligt” och när ska man börja se det som överstatligt. Alltså när slutar det kännas som vi skickar åklagare till Eurojust, och när börjar det istället kännas som om vi får ”order” från Eurojust? Svaret finns sannolikt i artikel III-274.

Fördragstexten är ofta mångdimensionell. Så även artikel III-274, ”Om en Europeisk åklagarmyndighet”. Man kan å ena sidan säga att fördraget inte föreskriver att en åklagarmyndighet måste inrättas. Å andra sidan är begreppet ”unionens finansi-

ella intressen” ett vidsträckt begrepp och om det visar sig att nationella myndigheter i längden inte kan upprätthålla den ordning som man rimligen kan begära, eller för att vara riktigt tydlig, om så bara en eller två medlemsstater inte kan upprätthålla tillräcklig kontroll med stöd av sina egna myndigheter (av vilka skäl det vara må) då kommer det att inrättas en europeisk åklagarmyndighet. Möjligheten kan helt enkelt ses som en form av säkerhetsåtgärd, och jag tror att den kommer att användas. Det är helt enkelt för mycket som står på spel för EU, för att alla inblandade bara ska stå och titta på om olika medlemsstater inte kan hålla ordning i sitt eget land. Jag tror också att det är möjligt att svenska representanter ganska plötsligt kan komma att säga att en europeisk åklagarmyndighet är nödvändig, detta med det sedvanliga argumentet att vi i Sverige i slutändan tjänar på det. Ett argument som kan vara svårt att motsäga.

Jag har som nämnts inte haft för avsikt att skriva om Europol och det polissamarbete som finns i EU. Men det kan i sammanhang ändå vara lämpligt att peka på en mycket illustrativ paragraf, nämligen artikel III-277

I en europeisk lag eller ramlag som antas av rådet skall det fastställas på vilka villkor och inom vilka gränser som de behöriga myndigheterna i de medlemsstater som avses i artiklarna III-270 och III-275 får ingripa på en annan medlemsstats territorium i samverkan och i samförstånd med myndigheterna i denna medlemsstat. Rådet skall besluta med enhällighet efter att ha hört Europaparlamentet.

Det är svårt att frigöra sig från att den bild som framträder – visserligen suddig och diffus men ändå skönjbar – är bilden av en federal statsbildning. Vad som saknas för att göra bilden komplett är dels en domstol som kommer att ägna sig åt materiell straffrätt dels ett fängelse. I övrigt så kommer EU inom fördragets ramar att kunna lagstifta vidare, och på så vis stärka Eurojust och Europol. Det är genom artikel III-277 vidare tydligt att det är EU som beslutar hur ett konkret gränsöverskridande samarbete ska komma att se ut. Frågan om detta är ett hot mot Sverige eller ej kan naturligtvis ställas. Men jag kan faktiskt inte svara på den, och tror inte heller att detta är

rätt plats att svara på. Det måste nog vara upp till var och en att fundera på hur man ställer sig till dessa effekter. Vad jag däremot kan säga är att när fördraget väl har antagits, då är den svenska riksdagens utrymme att bestämma över dessa frågor närmast minimalt. Den bestämmanderätt som finns kvar nationellt kommer istället att finnas hos regeringen.

3.6 Internationella avtal

Avsikten med den här rapporten är inte att recensera regeringens eller någon annans arbete. Det går inte heller att föreslå några ändringar i den fördragstext som finns. Den kan bara godtas eller förkastas. Trots dessa tydliga utgångspunkter måste en särskild fråga tas upp på ett sätt som närmar sig en recension. Det finns ju dessutom utrymme för såväl regeringen som riksdagen att tydliggöra denna fråga i det fortsatta arbetet.

En av de mer komplicerade EU-rättsliga frågorna handlar om internationella avtal. Kan EU sluta folkrättsligt bindande avtal? Vilken är medlemsstaternas roll? I straff- och straffprocessrättsligt hänseende – frågor som ju ligger under tredje pelaren – dök möjligheten att sluta avtal på EU-nivå upp genom Nice-fördraget. Proceduren har därvid varit ytterligt komplicerad och krävt medverkan från respektive medlemsland, för att det överhuvudtaget ska bli något avtal. De komplicerade turerarna märks tydligt i proposition 2004/05:46, Avtal med Amerikas förenta stater om utlämning och om internationell rättslig hjälp i brottmål, som lämnades till riksdagen så sent som den 10 mars 2005.

När det gäller det egentliga ”EG-samarbetet” (första pelaren) finns regleringen om internationella avtal främst i nuvarande fördragets artikel 300. Där har de nationella parlamenten ytterst lite att säga till om. I det nya fördraget är frågan om EU och dess förmåga att sluta internationella avtal i huvudsak reglerad på ett enhetligt sätt, varvid artikel 300 har varit ledstjärna. Artikel III-323 säger bland annat följande:

1. Unionen får med ett eller flera tredjeländer eller internationella organisationer ingå avtal när konstitutionen föreskriver att sådana avtal skall ingås, eller när ingåendet av ett avtal antingen är nödvändigt för att inom ramen för unionens politik förverkliga ett av de mål som anges i konstitutionen, eller föreskrivs i en av unionens rättsligt bindande akter eller kan komma att inverka på gemensamma regler eller räckvidden för dessa.
2. Avtal som ingås av unionen skall vara bindande för unionens institutioner och medlemsstaterna.

Det kan i detta sammanhang vara tillräckligt att konstatera att de regler som handlar om procedurerna vid EU:s slutande av internationella avtal, inte ens antyder en medverkan av ett nationellt parlament. Frågan om dessa internationella avtal är vidsträckt och sträcker ut åt två håll samtidigt. Den har en materiell del, och en konstitutionell del. Det handlar alltså dels om vad dessa avtal kan innehålla, och dels om hur de kan beslutas.

Frågan i detta sammanhang är vad dessa avtal kan ha för inverkan på straffrättsliga och straffprocessuella frågor. Med risk för att bli tjugig måste jag säga att det inte förefaller finnas någon särskild begränsning. Återigen, det går inte att hitta någon tydlig skrivning om vad som inte får förhandlas.

Den fråga man måste ställa i detta sammanhang är om EU:s mandat att träffa internationella avtal utsträcker EU:s straffrättsliga kompetens på något sätt. Frågan måste sägas vara synnerligen komplex, men mitt svar är ja, kompetensen blir utvidgad. Om inte annat måste rimligen denna avtalsrätt kunna användas för att exempelvis utsträcka principen om ömsesidigt erkännande till andra stater. (Alltså sådant som proposition 2004/05:46 handlar om.) Man måste väl då i förlängningen ha att räkna med att det avtalsslutande landet har ett krav på att deras rättsregler respekteras och används i EU:s medlemsstater. Konsekvensen är alltså att svenska domstolar ska använda utländsk rätt, eftersom EU som sådant har slutit ett avtal med tredje land. Principen om ömsesidigt erkännande tycks således kunna ha en närmast universell giltighet. Det framgår verkli-

gen inte av det avsnitt i fördraget som till sin rubrik handlar om straffrätt, och visar på två saker: 1) Det är oerhört svårt att se tydliga gränser för vad EU kan göra inom straff- och straffprocessrätten. 2) Det förefaller som om denna reglering beträffande internationella avtal innefattar ett svenskt konstitutionellt problem (se nedan avsnitt 5).

3.7 Sammanfattning

Det finns anledning att analysera de ovan redovisade reglerna ur framförallt två synvinklar. En rent EU-rättslig och en nationell. Förhoppningsvis ska dessa båda analyser i slutändan vara relativt samstämmiga, annars har vi stora problem framför oss.

Frågan är då varför EU ska ha den straffrättsliga kompetens som konstitutionen ger. Den har flera möjliga svar. Ett svar är att EU har kommit så långt när det gäller att ha ett övergripande ansvar för det framtida Europa, att det blir mer konstruerat att inte låta EU ha synpunkter på straffrätten än att låta EU ha det. Det skulle förefalla än märkligare med tanke på att det finns ett konkret behov av gemensamma regler. Straff- och straffprocessrätten måste harmoniseras på något vis, annars äventyras hela det europeiska samarbetet på sikt. Alltför mycket hänger på att EU inte bara ger brottsligheten utrymme att agera på. Man skulle kanske kunna säga att hela EU:s legitimitet hänger på att man kan komma tillrätta med vissa missförhållanden. Ett annat svar är att gemensamma straffrättsliga regler måste sägas vara ett naturligt steg, även sett i ljuset av EU:s – för att inte säga EG:s traditionella – övergripande mål. Att helt enkelt minska skillnader mellan EU-staterna för att på så vis få ett bättre Europa.

Sett ur ett rent EU-rättsligt perspektiv ger regleringen EU stora möjligheter att agera inom straffrätten. Den motor som redan finns, Eurojust, kommer att få en än starkare ställning, och kommer med all sannolikhet att inrymma en ”europeisk åklagarmyndighet”, som – minst lika sannolikt – kommer att ha befogenhet att utreda ganska många sorters brott. Det är naturligtvis så att om man har att göra med brottslighet som

sträcker sig över nationsgränserna, så är det effektivt att ha en övergripande brottsutredande organisation som ”till hela sitt väsen” är internationell. Man kan säga att Eurojust är en EU-rättslig lösning på de problem med brottslighet som EU:s rivande av nationsgränser medfört. Men Eurojust är så mycket mer. Det är en organisation som, ju längre tiden går, kommer att sitta på en synnerligen omfattande kunskap om hur olika staters straffrätt egentligen fungerar, i såväl teori som praktik. Genom Eurojust är EU tillförsäkrat kunskap om hur straffrätt och straffprocess fungerar. EU kan sedan agera utifrån det.

Det skulle möjligen utifrån ett renodlat EU-perspektiv kunna uppfattas som en brist, att de materiella reglerna främst enbart kan beslutas i form av ramlagar och inte i lagar. Att det nu alltså istället förutsättes att medlemsstaterna själva utfärdar en lagstiftningsakt. Det vore möjligen mer effektivt att enbart arbeta med lagar, men det vore knappast bra. Som det nu är slipper EU ifrån en rad bekymmer, som man med varm hand överlåter åt varje medlemsstat att själv ta hand om, samtidigt som EU ges ett vidsträckt område att reglera inom. Om EU vill, så kan man föreskriva hur detaljerade regler som helst, och medlemsländerna har då ingen egentlig möjlighet att göra någon förändring. EU kan å andra sidan ge mer allmänna riktlinjer, varvid medlemsländerna har lite större utrymme att agera inom. Ramlagsinstitutet ger alltså EU en frihet som de annars inte skulle ha.

För EU som sådant måste de klarlägganden, de nyheter och de mandat att gå vidare som beträffande straffrätt innefattas i konstitutionen vara precis det man velat ha. Det är svårt att se att EU som sådant under överskådlig tid kan behöva begära så särskilt mycket mer.

Utifrån ett nationellt perspektiv är regleringen betydligt mer kontroversiell. Den enskilda staten har alltså kvar ansvaret för att lag och ordning upprätthålls. Den ska se till att det finns poliser, åklagare, domare, domstolar, och verkställande myndigheter, särskilt då fängelser. Detta samtidigt som EU har en rätt att besluta om de materiella regler som ska tillämpas i lan-

det. Situationen torde vara unik. Det kommer inte att finnas någon anledning – eller utrymme för – att utveckla den svenska straffrätten, utan att samtidigt skärskåda EU-rätten. Det kommer sålunda inte att finnas utrymme för vare sig någon ny nationellt betingad ”Strafflagsreform” eller någon ”Brottsbalksreform”, eller någon större reform överhuvudtaget. Det är istället så att Sveriges riksdag förväntas klubba igenom de ramlagar som har beslutats. Valmöjligheten är egentligen lika med noll. Vad får då Sverige i utbyte? I bästa fall en möjlighet att se problem som inte kan lösas nationellt lösta internationellt. Skall man se positivt på detta krävs det att man verkligen menar att nationalstaten har kommit att utgöra ett för litet område för en effektiv straffrättslig reglering. Man kan därför inte längre lösa straffrättsliga problem på denna nivå. Man ska vidare mena att det redan visat sig vara för tungrott och ineffektivt att lösa dessa frågor på ett rent mellanstatligt plan. En fungerande straffrätt kräver att någon (EU) ges ett mandat att driva dessa frågor. I slutändan är alla – inte minst vi – betjänta av det.

Om man inte har denna uppfattning måste rimligen regleringen i fördraget vara en bitter frukt. Den innehåller visserligen en lång rad tröghetsskapande moment, såsom subsidiaritet, och nödbroms (med den vidhängande möjligheten för ett medlemsland att i ett visst skede hoppa av) men dessa undantag till trots, det är kanske mer rimligt att gå efter huvudreglerna. Det är tydligt att konstitutionens skapare verkligen menat att det är dags för ett skifte av perspektiv

4 SVENSK STRAFFRÄTT

Det sägs ibland att olika länders straffrätt skiljer sig så mycket från varandra, att en mer genomgripande EU-rättslig harmonisering är svår att tänka sig. Tankegången grundas på att olika (national) stater har kunnat utveckla olika juridiska system och olika regler.¹⁴ Man har använt sig av olika begrepp och – vilket är mer problematiskt – låtit samma begrepp betyda olika saker. Sett ur ett nationalstatsperspektiv har detta inte varit något större problem. Det har snarare varit tvärtom. Genom att ha en självständig straffrätt, har staten också kunnat visa sin egen självständighet. Nu ska – menar jag – dessa resonemang inte dras för långt. Trots skillnader i olika staters regelverk är det mesta i slutändan ändå likadant. Det förefaller faktiskt finnas en gemensam straffrättslig värdegrund hos EU:s medlemsstater. Det är alltså i stort sett liknande handlingar som straffbeläggs. Det är en accepterad idé att det är domstolar som ska döma. De påföljder som kan komma ifråga är av liknande karaktär. Frågan om det möjliga i att EU ramlagsvis föreskriver gemensamma straffrättsliga regler för samtliga medlemsstater avgörs i själva verket inte så mycket av att olika stater idag har olika straffrätt, utan istället av om det finns någon vilja att ha en gemensam. Den frågan kan i första hand bara besvaras genom att undersöka hur viktig den befintliga nationella straffrätten och straffrättssystematiken är på nationsnivå. Det måste rimligen vara så att om man redan på nationell nivå har en flexibel syn på straffrätt, så bör ett harmoniseringsarbete på EU-nivå vara fullt möjligt.

När det gäller Sverige och svensk straffrätt har visserligen möjligheten att bestraffa funnits med länge. Riktigt hur straff-

¹⁴ Nils Jareborg skrev år 2001 i Allmän kriminalrätt följande: ”På straffrättens område finns det ingen EG-rätt. EG-kommissionen saknar i huvudsak straffrättslig kompetens – i mer än en betydelse. Det beror säkerligen på att inom EU-länderna finns representerade alla de tre, inbördes mycket olikartade rättstraditioner, som dominerar modern straffrätt över hela världen: Den engelskorienterade, den franskorienterade och den tyskorienterade. Annat än marginella harmoniseringar kan i praktiken åstadkommas endast på lång sikt.”

rätten såg ut under den tid vi hade ättesamhällen och inte någon centralmakt lär vi aldrig bli riktigt kloka på. Vad som ändå står fullständigt klart är att en rad handlingar uppfattades som så felaktiga att de krävde någon form av markering från det omkringliggande samhällets sida. Ur detta system växte straffrätten fram. En i Sverige allt tydligare statsmakt tog kontroll över rättsskapandet och rättsskipningen. Straffrätten blev sålunda i första hand en (national-)statlig angelägenhet. En riktigt tydlig bild av en nationellt enhetlig och förhållandevis sammanhållen straffrättslig reglering återfinns i "Missgärningsbalken" i 1734 års lag. Dagens "Brottsbalk" från 1962 är via 1865 års "Strafflag" dess direkta efterföljare. Nu kan man på samma sätt som man diskuterar skillnaden mellan olika staters rätt diskutera om det är mer som skiljer än som förenar 1734 års lag med Brottsbalken. Vad som idag finns kvar av 1734 års lag är en syn på att samhället har en rätt att bestraffa, en lång rad straff beträffande brott som tycks ha evig lockelse och en idé om att en person ska ha gjort något fel för att "förtjäna ett straff". Vad som i övrigt hänt under 270 år är en hel del. Inte minst genom rättsvetenskapen har frågor om varför samhället har en rätt att bestraffa, vad själva vitsen med ett straff är, hur mycket vilja eller slarv som ska krävas för att en person ska kunna dömas till ansvar, hur mycket eller litet faktiskt handlande som krävs och inte minst frågan om vilka handlingar som egentligen ska vara straffbara fördjupats. Den "moderna" svenska straffrätten, som idag återfinns i brottsbalken, har egentligen sin grund i en utredning från början på 1920-talet.¹⁵ Det var då de idéer som alltjämt utgör grunden för vårt straffrättsliga tänkande rotades ordentligt. Men en lång rad tankegångar är av än senare datum. Nu är det ju rimligt att vi i Sverige säger att just den här straffrätten, som den ser ut idag, är den bästa. Den har kanske inte så förfärligt många år på nacken men den är ändå "state of the art". Och så kan varje medlemsland också göra. Om det inträffar så blir det naturligtvis inget straffrättsligt samarbete. Men ibland kan också det helt motsatta inträffa. Ett nationellt problem söker

¹⁵ SOU 1923:9, Förslag till strafflag.

sin lösning och istället för att bara argumentera utifrån ett nationellt perspektiv, tar man till EU-perspektivet.

4.1 Det nya uppsåtet

Ett av den moderna straffrättens största problem är frågan om uppsåt. Det är ju så att en ren olyckshändelse inte bestraffas. Den person som sitter i en bil vars däck exploderar, varvid bilen kör på och ”dödar” en annan människa, döms normalt sätt inte för någonting. Om han eller hon däremot kört alldeles för fort och däcket därför exploderat eller föraren därför tappat kontrollen över bilen, anses föraren ha varit oaktsam och döms till ansvar för vållande till annans död. Har personen däremot med berått mod siktat in sig på någon och kört på, då döms han eller hon för uppsåtligt brott, mord eller dråp. Det stora problemet med att skilja uppsåt från oaktsamhet är att en skadlig effekt kan ha åstadkommit genom samma yttre förlopp, men med olika form av sinnesinställning. En person dör av ett knivhugg i magen. Den andra personen har i ett bråk huggit. Har denna person varit oaktsam i förhållande till effekten, eller har han/hon handlat med uppsåt? Ja säg det.

I Sverige är uppsåtsläran knapphändigt reglerad i lag. Det har istället varit upp till framförallt Högsta Domstolen att närmare beskriva vad som är uppsåtets nedre gräns, det vill säga gränsen mot oaktsamhet. Under lång tid har vi här laborerat med en uppsåtsform som kallats för ”eventuellt uppsåt med hypotetiskt prov”, vilket i själva verket kommer från tysk rättsvetenskap och – vad värre är – egentligen bara kommit att användas i Sverige.

År 1996 presenterar Straffansvarsutredningen sitt betänkande ”Straffansvarets gränser”.¹⁶ Utredare var hovrättsrådet Martin Borgeke. Betänkandet innehöll en omfattande genomgång av den svenska straffrättens så kallade allmänna del, det vill säga det system av regler som är gemensam för de enskilda brotten, det vill säga frågor om bland annat uppsåt, medverkan vid

¹⁶ SOU 1996:185.

brott och försök till brott. I betänkandet framfördes kritik mot det rådande uppsåtsbegreppet och denna kritik tog sig uttryck i ett förslag till en tydlig reglering av vad uppsåt egentligen är, direkt i lagtext.

Vad som nu är av intresse är att utredningen dels i de allmänna resonemangen (s 52) ställde sig positiv till lite influenser utifrån. ”Det internationella argumentet har enligt vår uppfattning stor tyngd. Vi kan inte på viktiga områden använda oss av system som vi är i princip ensamma om.” Dels att man (på s 110) kopplade frågan om uppsåtskonstruktion direkt till frågan om EU-rätten:

Som har nämnts i kapitel 2 talar den pågående integreringen inom ramen för EU för att vi inte bör behålla svenska särlösningar vad gäller den allmänna straffrätten, som kan förhindra eller försvåra ett fördjupat samarbete i rättsliga frågor. Det eventuella uppsåtet med hypotetiskt prov kani vissa fall leda till att det straffbara området för uppsåtliga brott dras annorlunda än om man istället använt sig av någon av de uppsåtsformer som förekommer i andra jämförbara länder. Även det internationella argumentet talar således för att det eventuella uppsåtet med hypotetiskt prov slopas.

Det lagförslag som utifrån dessa resonemang presenterades i betänkandet kom aldrig att resultera i någon lag. Brottsbalkens reglering av uppsåt är därför alltjämt lika vag som tidigare. År 2001 kom så en dom från Hovrätten över Skåne och Blekinge som inte bara beskrev ännu en historia från Österlen utan i förlängningen fått Högsta Domstolen att definitivt skrota det eventuella uppsåtet med hypotetiskt prov. I Hovrättens domskäl diskuteras olika uppsåtsvarianter ingående. Efter att ha konstaterat att HD:s praxis pekar mot en tillämpning av principen om eventuellt uppsåt, kommer så klämman:¹⁷

Omständigheterna är emellertid annorlunda idag. Inom det straffrättsliga området med EG-rättslig anknytning finns det exempel anledning att tro att även andra uppsåtsformer än det hypotetiska eventuella uppsåtet måste godtas i svensk rätt.

¹⁷ se NJA 2002 s 449.

Hovrätten dömde den tilltalade till ansvar för uppsåtligt brott, och det uttryckligen utan att använda det eventuella uppsåtet. HD för sin del blev väl närmast häpna över denna hovrättsdom. Det kan konstateras att vilket typ av uppsåtsbedömning HD i sin tur än använde sig av, så inte var det eventuella uppsåtet med hypotetiskt prov. HD har sedan genom ett flertal domar (se särskilt NJA 2004 s 176) bekräftat att eventuellt uppsåt med hypotetiskt prov tillhör historien. Denna episod blir självfallet inte mindre intressant av att den tidigare utredaren av uppsåt, Martin Borgeke, också var med och skrev den dom från ”Skånska hovrätten” som till slut förpassade det eventuella uppsåtet in i skuggornas värld.

Det här är inte rätta platsen att diskutera den i viss mån nya uppsåtsläran. Det är däremot rätt plats att diskutera dess tillkomst på. Som har framgått är frågan om var den nedre gränsen för uppsåt skall ligga en fråga som inte har något entydigt svar. Med tanke på frågans egentliga komplexitet är det alltså begripligt att frågan om denna nedre gräns tilldrar sig uppmärksamhet. Denna fråga är faktiskt alltid värd att diskutera. Å andra sidan, för den som inte riktigt tror att EU som sådant påverkar svensk straffrätt måste denna historia ses på med stora ögon. Redan år 1996 kunde man i en statlig utredning konstatera att det inte finns anledning att vi i Sverige skall göra det extra konstigt för oss, utan istället ha lite mer vidgade vyer. När lagstiftaren sedan inte nappar på betet, tar domstolarna den möjlighet de faktiskt har, och korrigerar själva sin egen praxis.

4.2 Vad är egentligen oruckbart i svensk straffrätt?

Med tanke på att svensk straffrätt alltid varit i rörelse så är det svårt att se vad som är eviga principer, ännu svårare att se vad som är omöjligt att ändra i ljuset av EU-medlemskapet.

Sverige var under framförallt 1960- och 70 talet ett land där straffet, framförallt i form av fängelsestraff var ifrågasatt. Kanske kan resonemangen i Brottsförebyggande rådets rapport

”Nytt straffsystem Idéer och förslag”¹⁸ sägas vara en form av höjdpunkt på denna strävan att helt enkelt inte vilja straffa. På sid 155–156 sades följande:

De kriminalpolitiska målen måste hela tiden ses tillsammans med målen på andra samhällsområden, t ex de utbildningspolitiska eller socialpolitiska. Det måste ständigt ske en ömsesidig anpassning mellan verksamheten på olika fält. När kriminalpolitikens mål och medel kommer i konflikt med mål och medel på andra områden måste man undersöka hur konflikten kan lösas eller mildras. Om alltså det straffrättsliga ingripandet får till följd att lagbrytaren t ex går miste om en viss utbildning eller någon social förmån bör detta kompenseras.¹⁹

Sedan dess har pendeln i Sverige svängt. Det är idag så att våra idéer om påföljd för straff har hårdnat betydligt. Jag är på intet vis övertygad om att vi i Sverige alljämt befinner oss i någon särskilt extrem position. Vi har ganska litet hopp om att genom vård återanpassa de som gått fel, och vi har egentligen inte så mycket mer att ta till än fängelsestraff. Detta är naturligtvis en tråkig utveckling om man inte tror på fängelsestraff. Att ganska lite talar för att den EU-rättsliga utvecklingen kommer att leda till en annan syn på påföljder – för mer allvarlig brottslighet – än långa fängelsestraff är dock inget som talar emot en harmonisering, snarare tvärtom. Denna hårdare linje tycks stämma väldigt bra in på vår egen syn på dessa frågor. Det finns förvisso utrymme för en annan uppfattning. Petter Asp har i ”EU och straffrätten” (i avsnitt 2.4.4.) på nära sex sidor diskuterat denna utveckling och tycks förhålla sig kritisk. Jag menar dock – kanske till skillnad från Asp – som framgår ovan, att Sverige inte längre tycks ha någon särskilt liberal grundsyn.

När det gäller utformningen av de centrala straffrättsliga områden som bestämmer hur tidigt ett brott blir ett brott – det vill säga regler om försök, förberedelse och stämpling – och

¹⁸ BRÅ 1977:7.

¹⁹ Ordförande var dåvarande rättschefen och sedermera justitierådet Per Jermsten. Sekreterare var dåvarande hovrättsfiskalen Sten Heckscher, som sedan bland annat hunnit med att vara rikspolischef.

vilka personer som kan komma att ansvara – det vill säga regler om medverkan – är den nuvarande svenska regleringen inte så värst gammal överhuvudtaget. Försökläran fick sitt tydliga uttryck i lagtext först på 1940-talet, under samma tid fick medverkansläran sin nuvarande form. Ser man till hur dessa principer utvecklats kan man se att praxis hittat ett ganska stort utrymme för olika tolkningar och att nya synsätt ibland ganska dramatiskt ersätter gamla. Det förefaller med vissa undantag vara svårt att hitta någon absolut fast punkt som vi inte skulle kunna ändra på. Skall man ge en grovkornig men ändå rättvis bild kan man inte säga annat än att utvecklingen på dessa områden går mot att mer och mer uppfattas ligga inom det straffbara området.

Vissa undantag finns dock. Vi har i svensk straffrätt exempelvis inte gjort deltagande i olika former av kriminella sammanslutningar till något brott i sig. Vi menar att det krävs något mer konkret, i form av planering eller aktivt deltagande för att straffansvar ska komma ifråga. Vi är emot att människor straffbeläggs kollektivt. Trots att vi skrivit på konventioner om att straffbelägga deltagande i organiserad brottslighet i sig, har vi alltså inte gjort det. Å andra sidan kan det vid en närmare granskning konstateras att väldigt få andra EU-medlemsstater gjort detta. Så inte ens sett till detta skiljer vi ut oss på något särskilt sätt. Inom EU pågår ett hittills lite trööstlöst arbete med att få deltagande i en kriminell organisation straffbelagt. Startskottet var en ”Gemensam åtgärd” från december 1998.²⁰ På den tiden menade riksdagen²¹ att brottsbalkens allmänna medverkansregler var tillräckliga för att leva upp till kravet på kriminalisering. Detta är dock en sanning med modifikation. Man kan anta att denna fråga, om kriminalisering av medlemskap i en kriminell sammanslutning, kommer att stå högt på kommissionens kommande dagordning. Det kommer i det långa loppet att utövas ett visst tryck på medlemsstaterna för att få dem att verkligen skriva regler som siktar in sig på detta problem.

²⁰ EGT L 351, 21.12.1998 s 1.

²¹ Riksdagsskrivelse 1998/99:60 s 265.

Ett område som Sverige verkligen skiljer ut sig på berör frågan om hur man ska göra med de personer som är psykiskt sjuka när de begår brott. Detta är som bekant ett ständigt återkommande problem i svensk rättspraxis. Det är säkert problematiskt i andra stater också, men vad som gör den här frågan extra problematisk, är att vi i Sverige under lång tid utformat den straffrättsliga tågordningen på ett annat sätt än i andra stater. Utomlands undersöker man om en person varit ”tillräknelig” vilket lite förenklat kan sägas innebära ”ansvarig för sina gärningar”. Har personen inte varit det, kan han inte dömas till straffrättsligt ansvar. Det är så att säga meningslöst att tala i termer av uppsåt om man har att göra med en exempelvis psykotisk människa. I Sverige skrotade vi genom brottsbalkens tillkomst 1962 detta med tillräknelighet och menade att frågan om psykisk sjukdom främst ska spela roll vid påföljdsbestämningen. I Sverige är det därför fullt naturligt att påstå att en psykotisk människa har uppsåt för att sedan säga att personen ändå är så sjuk att han eller hon ska ha vård. Såvitt jag kan bedöma är det väl först här som man vid en internationell jämförelse kan tala om någon avgörande skillnad i synen på straffrätt. Det kan ju i sammanhanget konstateras att den svenska lösningen är problematisk och att bra många gärna skulle se att Sverige gick tillbaka till den ursprungliga uppbyggnaden.

Min uppfattning är att den svenska straffrätten så som den är utformad i brottsbalken och annan allmän lag under lång tid uppvisat stor flexibilitet, och att det är svårt att se några tillräckligt stora skillnader i förhållande till övriga europeiska staters straffrätt, för att detta ska förhindra en harmonisering.²²

²² Om man verkligen vill ha ett problemområde att brottas med finns det i den straffrätt som finns i tryckfrihetsförordningen och yttrandefrihetsgrundlagen. Där återfinns en straffrätt som egentligen har få likheter med den som återfinns i brottsbalken och sålunda också med den rätt som återfinns i andra stater. Hur de konflikter som kan uppstå mellan å ena sidan TF/YGL och å andra sidan en framväxande EU-straffrätt skall dock inte diskuteras vidare i detta sammanhang.

Därmed inte sagt att det inte finns problem. Det är självfallet så att olika stater, varav vissa haft åtminstone tusen år på sig, skaffat sig en del personliga och kanske lite egenartade regler. Det verkliga problemet här är att man under samma begrepp löst en fråga på ett annat sätt.

4.3 Den verkliga utmaningen

Man kan i juridikens värld tala om begreppsförbistring. Vi i Sverige har till exempel ordet ”uppsåt”, nu har man på engelska inte samma ord, man kan istället tala om ”intent”. Om vi nu levde i den bästa av världar skulle då vårt begrepp ”uppsåt” stämma med det engelska begreppet ”intent”, eftersom det är varandra motsvarande ord. Tyvärr stämmer de inte. Det svenska begreppet ”uppsåt” står för något annat än det engelska begreppet ”intent”. För att man ska komma fram till vad man i Sverige respektive England menar med respektive ord, måste begreppen plockas ned till mindre beståndsdelar. Man kanske måste börja tala i form av olika grader av vilja. Vill det sig då riktigt illa, kan man ju ha olika uppfattning om vad ordet ”vilja”, som juridiskt begrepp står för. Det är alltså här vi kan ha problem att harmonisera straffrätten. Så fort vi rör oss över en nationsgräns menar vi sannolikt hela tiden lite olika saker, fast vi använder oss av begrepp som språkligt sett motsvarar varandra.

Fördragstexten ger intryck av att man varit medveten om detta problem. Det är just för att kunna ge tydliga instruktioner som EU ges mandat att skriva detaljerade regler. Och såvitt jag kan bedöma så kan dessa regler vara precis hur detaljerade som helst. Om EU så önskar kan de i en regel skriva in exakt hur mycket eller lite vilja, eller faktiskt handlande som ska krävas för ansvar. De kan också skriva in exakt på vilken tidig nivå en handling blir straffbar. Man behöver helt enkelt inte använda sig av begreppen ”uppsåt”, ”medverkan” eller ”försök”, om man inte vill. Å andra sidan har EU möjlighet att i egentlig mening vara svepande. Man kan mycket väl skriva uppsåt, medverkan, försök och låta dessa begrepp få sitt egentliga innehåll genom de nationella begreppsapparaterna.

4.4 Effekter på svensk straffrätt

Det är uppenbart att utvecklingen inom straffrätten i Sverige, redan till ganska stor del har internationaliserats. Vi har under de senaste åren förbundet oss att respektera andra staters rätt på ett sätt som var helt otänkbart för bara 15 år sedan. Det arbete som har bedrivits i form av samarbete mellan olika myndigheter talar också det sitt tydliga språk. Därtill kommer att vi på olika sätt varit deltagande och ibland också aktiva för att få fram gemensamma regler på olika områden, såsom terrorism och människohandel. Det är uppenbart att såväl riksdag som regering ser denna utveckling som positiv. Frågan är då om denna omläggning av beslutsfattande som det nu är fråga om innefattar några risker för den svenska straffrätten som sådan. Svaret är naturligtvis både ja och nej. Ja i så måtto att det måste sägas vara uppenbart att en ny aktör eller om man så vill lagstiftare trätt in på arenan. Straffrätten, sedd ur ett legitimitetsperspektiv, hamnar därför i ett nytt läge (se nedan avsnitt 6). Mer konkret, och rent materiellt, det vill säga innehållsmässigt är det (tryckfrihetsrätten undantagen) svårt att se problemen. Den liberala svenska påföljdspolitiken är – vad gäller allvarlig brottslighet – historia. Alla andra EU-stater är heller inte några drakar. (Det är i sammanhanget illustrativt att den främsta kritik vi riktat mot något annat medlemslands straffrätt är mot den liberala holländska narkotika lagstiftningen.) När det gäller innehållet i straffrätten i övrigt är det inte helt lätt att se att Sverige – som verkligen inte har något emot att införa straffrättsliga regler – skulle komma att hamna i ett läge där hela det övriga EU intar en annan ståndpunkt. (Skulle det inträffa finns också möjligheter att inte vara med på det, genom att dra i nödbromsen.) Straffrättens allmänna del, det vill säga den övergripande systematiken, är egentligen inte av så gammalt datum i Sverige, knappt 100 år, generöst räknat. Den har hela tiden varit föremål för reformer, ett behov som dessutom kvarstår. Vi kan i detta sammanhang se hur EU-rätt använts, inte som skrämselfpropaganda, utan istället av domstolarna använts som ett argument för att förändra, och det på det mest centrala av straffrättsliga områden, nämligen beträffande frågan om vad uppsåt är. Det finns här ett särskilt för-

hållande värt att tydliggöra, nämligen att vår begreppsapparat inte stämmer överens med andra staters begreppsapparater. (Inget lands stämmer med något annat lands.) Här finns två lösningar. EU kan för det första skriva så generella regler att varje stats begreppsapparat kan kvarstå oförändrad, vilket då oundvikligen kommer att ge utslag i form av lite olika rätt i olika stater. EU kan för det andra löpa linan ut och i detalj föreskriva vad som egentligen ska gälla, vilket kommer att leda fram till en egen EU-rättslig begreppsapparat.

5 REGERINGSFORMEN

Dagens regeringsform är i många stycken intressant. Det är alldeles tydligt att den inte alltid ”är att räkna med”. Det har, av någon underlig anledning utbildats ett synsätt som går ut på att man lite småskrattande säger ”Jamen det är väl ingen som bryr sig om regeringsformen”. Kanske är frågan om fördraget och dess förhållande till RF det stora testet på vilken synen på RF egentligen är.

Dagens RF har ett system som gäller fri- och rättigheter som av flera skäl inte fått den uppskattning det är värt, kanske dels för att vi tar dessa friheter för givna, dels för att det rent lagtekniskt inte är något riktigt bra system. Det är rent ut sagt lite tråkigt att läsa RF. Ett annat skäl är att det i praktiken inte riktigt går till på det sätt RF ger intryck av att det bör gå till; se nedan. Trots detta, och alltså lite i skymundan, hittar man ett system som när det gäller stiftande av straff- och straffprocessrättsliga regler är riktigt bra. I RF:s andra kapitel beskrivs en rad friheter för enskilda människor. Sedan talar RF (som väntat) om att dessa friheter kan begränsas, men vad RF också gör, genom ett (dessvärre svårgenomträngligt) hänvisande mellan 2 kap och 8 kap RF är att tala om hur dessa begränsningar får beslutas. Utgångspunkten är därvid hela tiden att den egentliga lagstiftningsmakten när det gäller begränsningar av de friheter som finns i RF:s 2 kap, finns hos riksdagen. Riksdagen kan sedan i olika hög grad beträffande olika frågor genom så kallad delegation portionera ut beslutanderätt till regering och till andra myndigheter. När det gäller frågan om brott med fängelse i straffskalan kan riksdagen inte delegera bort det alls. När det gäller andra viktigare regleringar som innebär begränsningar för enskilda har det under en lång rad år uppfattats som självklart att dessa har lagform. Så tillkom exempel polislagen efter det att RF fick sin fri- och rättighetskatalog i 2 kap.

När det sedan gäller andra former av regelskapande, till exempel genom att ingå internationella avtal av olika slag, har riksdagen varit extremt försiktig med att släppa den formella makten ifrån sig. När det gäller frågor om straff- och straffpro-

cessrätt ligger detta naturligtvis helt i linje med vad som ovan beskrivits. Även om regeringen företräder Sverige utåt, skall inte regeringen kunna träffa överenskommelser som i praktiken förändrar den ”normgivningshierarki” som beskrivs i RF:s 2:a och 8 kap. Detta i sin tur framgår av RF 10 kap 2 §.

Det är alltså så att den svenska regeringsformens nuvarande regler om riksdagens lagstiftningskompetens inte ger en rättvisande bild av hur lagstiftningsarbetet fungerar. Riksdagens inflytande är i viss mån mindre än regleringen ger intryck av. Detta har historiska orsaker. Under 1809 års regeringsform var denna lagstiftningsmakt gemensam, och delades av kung och riksdag, vilket i praktiken kom att innebära att det var en delning mellan riksdag och regering. Denna delning tog sig alltmer uttryck i att regeringen stod för att arbeta fram lagförslag och motiv medan riksdagen alltmer kom att fungera som en form av kontrollstation. Detta system har i praktiken fortsatt att fungera – och kanske också bara förstärkts – även sedan parlamentarismen gjorde ”rent hus” i författningen genom 1974 års RF. Det är i praktiken regeringen som är ansvarig för att frågor utreds och diskuteras genom remiss, som huvudsakligen ser till att lagrådet ges möjlighet att granska ett förslag, och det är regeringen som ger riksdagen ett lagstiftningspaket som egentligen kan antas i sin helhet. Riksdagen behöver inte nödvändigtvis göra någonting mer än att rösta; Ja eller Nej.

Det finns här en spänning mellan vad som står i RF, och hur det i praktiken går till. Man kan lite förenklat säga att den svenska riksdagen visserligen stiftar lag, men att detta inte är detsamma som att den arbetar fram/skapar den. Man kan nu på samma starkt förenklade sätt säga att fördragets regler om straffrätt, inte förändrar detta system. Eftersom de EU-rättsliga ramlagarna kräver nationell lagstiftning så är det alltså riksdagen som är lagstiftare. Men är det verkligen så?

Problemet visar sig när och om man vänder på frågeställningen. Det finns nämligen en stor skillnad mellan vad som gäller idag och vad som står i fördraget. Det handlar om något så enkelt som rätten att säga nej. När man i RF kan läsa sig till att riksdagen stiftar straffrättslig lag som kan leda till fängelse,

så är detta sålunda en bestämning åt två håll. Dels kan enbart riksdagen göra det, det blir helt enkelt ingen straffrättslig reglering om inte riksdagen ger sitt stöd. Dels kan riksdagen låta bli att stifta lag, det är riksdagens val. Om en majoritet av riksdagens ledamöter väljer att säga nej, så blir det heller ingen straffrättslig reglering. Detta förhållande är naturligtvis en regering medveten om, det finns ingen anledning att lägga fram en proposition avseende en straffrättslig fråga, om man inte kan förutse att det finns en majoritet som är för förslaget i riksdagen. Man skulle alltså lite tillspetsat kunna säga att det är rätten att säga nej, som egentligen är det främsta instrumentet för riksdagen vad gäller lagstiftning. Det är denna möjlighet som gör att regeringen måste lägga fram förslag som leder fram till att riksdagen säger ja.

I den svenska diskussionen om fördraget, har ganska mycket kretsat kring frågan om hur vi i Sverige ska göra för att godkänna det hela. En fråga som då har aktualiserats i den större diskussionen är om det behövs någon förändring av svensk grundlag, i fall vi blir bundna av fördraget. Från regeringens sida har man svarat nej på den frågan, en uppfattning som delas av många, men som på intet vis är självklar. Det är nämligen uppenbart att den nu aktualiserade straffrättsliga regleringen innebär att EU har ett tydligt givet mandat att göra straffrätten till en närmast självklar beståndsdel av övrig EU-rätt. Om nu detta inte ska vara en förändring får man antingen lov att säga att EU redan har detta mandat eller så får man lov att säga att mandatet till EU, egentligen inte fråntagit den svenska lagstiftaren (i huvudsak Sveriges riksdag) rätten att lagstifta. Det är tydligt att framförallt den senare av dessa båda förklaringsmodeller används i den nu förda diskussionen.

Jag tror inte at jag gör mig skyldig till någon överdrift om jag säger att det finns delade meningar om vad en grundlag är bra för. De flesta är överrens om att det är rimligt att man i den samlar en rad övergripande regler, dels om hur makt – traditionellt sett framförallt den politisk och den juridiska – skall fördelas i en nation. Den ska rimligen då också handla om hur politisk makt kan förvandlas till juridisk makt. I Sveriges fall

handlar det då främst om hur lagstiftningsmakten ser ut. Det är vidare alltmer populärt att man har en "fri- och rättighetskatalog" i grundlagen, det vill säga något som talar om vilka gränser det finns för det allmänna att exempelvis "förstöra folks liv". Även om man kan uppnå en ganska hög grad av enighet kring det rimliga i ett ha en överordnad norm; grundlag eller konstitution av ett visst innehåll, återstår frågan om grundlagens förhållande till den övriga juridiken. Det är tydligt att man kan ha ett synsätt som gör grundlagsfrågor till en helt egen disciplin, utan någon närmare koppling till den faktiska och praktiska (stökiga och bökiga) juridik som ligger under. Istället handlar det om att diskutera grundlagsfrågor som vore det ett glaspärlespel. En annan approach är egentligen helt motsatt: Det måste finnas kopplingar – och då åt två håll! – mellan grundlagstolkning och den juridik som används i domstolar och av andra myndigheter. En diskussion om grundlagen kan inte bara handla om vad man kan tvinga ur ord och in i begrepp i befintlig grundlag, den måste också se vidare. Skiljelinjen märks tydligt beträffande det nu aktualiserade frågorna.

RF föreskriver tydligt att regler som ger domstolar möjlighet att ådöma fängelsestraff bara kan beslutas av riksdagen. Detta framgår av RF:s 2:a och 8:e kapitel. Ur ett medborgarperspektiv är detta en fullt rimlig reglering. Det finns inte heller någon tydligt regel som säger att denna högst reella lagstiftningsmakt kan ligga någon annan stans än hos riksdagen. Nu kan man i den föreliggande diskussionen säga att som fördraget ser ut, så är det alltjämt riksdagen som kommer att besluta om svensk lag, RF:s 2:a och 8:e kapitel är därför fullt giltiga. Det finns alltså ingen anledning att föra den konstitutionella diskussionen vidare. Man kan säkert också säga att det utrymme som finns för EU att utfärda lagar (se artikel III-270) vad gäller straffprocessuell harmonisering inte formellt krockar med RF. Det problem som uppstår – särskilt om man är intresserad av såväl straffrätt som konstitutionell rätt – är då att det inte tycks finnas någon rättslig arena kvar att diskutera de verkligt grundläggande frågorna på. Om det inte är intressant att i anslutning till konstitutionell rätt diskutera vare sig frågan

om hur det egentligen kommer att gå till när politisk vilja omvandlas till juridiskt bindande (straffrättslig) norm eller vilken politisk vilja som omvandlas till vilken norm, då får man nog dessvärre istället lov att uppfinna ett nytt rättsområde. Nu tror jag inte att man behöver gå så långt. Det finns i fördraget om en EU-konstitution åtminstone en reglering/regelförändring som gör att inte ens de formella kriterierna i RF längre tycks bli uppfyllda.

5.1 Internationella avtal

Det är tydligt att vi i Sverige har menat att frågan om nationell bundenhet av internationella avtal varit känslig. Frågan har gällt hur riksdagen ska kunna ha kontroll över dessa avtal, så att dessa inte "kör över" befintlig svensk rätt. Regleringen återfinns i RF 10:2 och ger riksdagen stora kontrollmöjligheter. Så sent som för ett par år sedan ändrades regleringen för att bättre stämma överens med hur det ser ut i praktiken. Riksdagens inflytande var i själva verket något mindre än vad RF gav uttryck för, varvid RF korrigerades. Det var då frågan om att EU-rätten i form av ramlagar skall godkännas av riksdagen, se ovan avsnitt. Vad det nu handlar om leder än längre. Det är nu frågan om hur vi i Sverige ska göra när det är själva EU som ingår avtal med andra stater än EU-stater. Frågan är så komplex att det krävs något att hålla sig till, förslagsvis lagtext. Regeringsformens 10 kap inleds på följande vis:

10 kap. Förhållandet till andra stater och mellanfolkliga organisationer

1 § Överenskommelse med annan stat eller med mellanfolklig organisation ingås av regeringen.

2 § Regeringen får ej ingå för riket bindande internationell överenskommelse utan att riksdagen har godkänt denna, om överenskommelsen förutsätter att lag ändras eller upphäves eller att ny lag stiftas eller om den i övrigt gäller ämne i vilket riksdagen skall besluta.

Är i fall som avses i första stycket särskild ordning föreskriven för det riksdagsbeslut som förutsättes, skall samma ordning iakttagas vid godkännandet av överenskommelsen.

Regeringen får ej heller i annat fall än som avses i första stycket ingå för riket bindande internationell överenskommelse utan att riksdagen har godkänt denna, om överenskommelsen är av större vikt. Regeringen kan dock underlåta att inhämta riksdagens godkännande av överenskommelsen, om rikets intresse kräver det. I sådant fall skall regeringen i stället överlägga med Utrikesnämnden innan överenskommelsen ingås.

Riksdagen kan godkänna sådan överenskommelse som avses i första och tredje styckena och som ingås inom ramen för samarbetet i Europeiska unionen, även om överenskommelsen inte föreligger i slutligt skick.

När det sedan gäller det utrymme som idag finns, under den tredje pelaren, sägs i det nu befintliga EU-fördragets tjugofjärde artikel följande:

1. När det är nödvändigt att ingå ett avtal med en eller flera stater eller internationella organisationer för att genomföra denna avdelning får rådet bemyndiga ordförandelandet, som om det är lämpligt skall biträdas av kommissionen, att inleda förhandlingar i detta syfte. Sådana avtal skall ingås av rådet efter rekommendation av ordförandelandet.
2. Rådet skall besluta enhälligt när avtalet avser en fråga där enhällighet krävs för att fatta interna beslut.
3. När avtalet syftar till att genomföra en gemensam åtgärd eller en gemensam ståndpunkt skall rådet fatta beslut med kvalificerad majoritet i enlighet med artikel 23.2.
4. Bestämmelserna i denna artikel skall också gälla frågor som omfattas av avdelning VI. När ett avtal avser en fråga där kvalificerad majoritet krävs för antagande av interna beslut eller åtgärder skall rådet besluta med kvalificerad majoritet i enlighet med artikel 34.3.
5. Ett avtal skall inte vara bindande för en medlemsstat vars företrädare i rådet förklarar att medlemsstaten måste uppfylla vissa krav som följer av dess egna konstitutionella förfaranden; de övriga rådsmedlemmarna kan enas om att avtalet likväl skall gälla provisoriskt.
6. De avtal som ingås enligt de villkor som fastställs i denna artikel är bindande för unionens institutioner.

Det är – som den noggranne läsaren förstår – i själva verket så att artikel 24 punkt 5 tar direkt sikte på svenska förhållanden.

Om detta inte anses framgå tillräckligt tydligt ovan finns det än tydligare bevis på att det förhåller sig så. I proposition 2001/02:8 säger regeringen på sid 24, följande om artikel 24:

Artikel 24 förutsätter som tidigare har nämnts, inte någon överlåtelse av beslutanderätt. Detta följer av punkten 5 i artikeln enligt vilken ett avtal inte skall vara bindande för en medlemsstat vars företrädare i rådet förklarar att medlemsstaten måste uppfylla vissa krav som följer av dess egna konstitutionella förfaranden... Detta innebär att i de fall en medlemsstat avger en förklaring enligt punkten 5, kommer något för den staten folkrättsligt bindande avtal inte till stånd förrän de konstitutionella kraven i medlemsstaten har uppfyllts och utgången av den prövning som därvid görs dessutom innebär att medlemsstaten vill bli bunden av avtalet. Blir utgången av t.ex. en parlamentsbehandling däremot att medlemsstaten inte vill bli bunden av avtalet uppstår aldrig någon folkrättslig bundenhet...

För svenskt vidkommande gäller vid ingående av avtal enligt artikel 24 att regeringsformens bestämmelser måste iaktas fullt ut, dvs. regeringen måste fatta beslut om att ingå det aktuella avtalet och, i de fall som krävs, riksdagen lämna sitt godkännande. En förklaring enligt punkten 5 gör det möjligt för regeringen att uppfylla regeringsformens krav på t.ex. riksdagsgodkännande.

I den till riksdagen nyligen avlämnade proposition 2004/05:46, Avtal med Amerikas förenta stater om utlämning och om internationell rättslig hjälp i brottmål, sägs i avsnitt 6:2:

I samband med rådets beslut om att bemyndiga ordförandeskapet att på EU:s vägnar underteckna avtalet lämnade Sverige ett konstitutionellt förbehåll enligt artikel 24 i fördraget om Europeiska unionen, vilket innebär att de förfaranden som föreskrivs i regeringsformen skall vara uppfyllda innan staten Sverige kan bli bunden av EU-avtalet.

Går man däremot till förarbetena till fördraget,²³ hittar man en helt annan typ av resonemang. Så här sade man när arbetet med fördraget drog igång:

²³ Europeiska konventet, Sekretariatet, Bryssel den 1 oktober 2002 (2.10) (OR. fr) CONV 305/02 WG III 16. Slutrapport från arbetsgrupp III.
– Status som juridisk person, moment 32 och 33.

Den nuvarande lydelsen i artikel 24 i EU-fördraget innebär en rättslig osäkerhet när det gäller de avtal vars provisoriska tillämpning enligt denna bestämmelse normalt bör upphöra om en medlemsstat efter interna konstitutionella förfaranden skulle förklara att den inte har för avsikt att ansluta sig till avtalet. Även om denna mekanism aldrig använts, tycks den ändå strida mot unionens status som juridisk person och medför en risk att allvarligt skada samstämmigheten i unionens utrikespolitik.

Majoriteten i arbetsgruppen föreslår därför att ovannämnda meningar i artikel 24 i EU-fördraget stryks. Den hänvisar härvid till yttrandena från parlamentets, rådets och kommissionens juridiska avdelningar, som alla tre anser att det inte finns något som hindrar att hänvisningen till ”konstitutionella förfaranden” i artikel 24 i EU-fördraget stryks.

Dessa synpunkter har minst sagt fått fullt genomslag i fördragstexten som under avdelning V, Unionens yttre åtgärder, genom kapitel VI Internationella avtal i artikel III-323 säger följande:

1. Unionen får med ett eller flera tredjeländer eller internationella organisationer ingå avtal när konstitutionen föreskriver att sådana avtal skall ingås, eller när ingåendet av ett avtal antingen är nödvändigt för att inom ramen för unionens politik förverkliga ett av de mål som anges i konstitutionen, eller föreskrivs i en av unionens rättsligt bindande akter eller kan komma att inverka på gemensamma regler eller räckvidden för dessa.
2. Avtal som ingås av unionen skall vara bindande för unionens institutioner och medlemsstaterna.

Därtill kan läggas innehållet i en av de inledande – och sålunda grundläggande artiklarna – i fördraget; artikel I-13, Områden med exklusiv behörighet. I punkt två sågs följande:

2. Unionen skall också ha exklusiv befogenhet att ingå ett internationellt avtal om ingåendet av avtalet föreskrivs i en unionslagstiftningsakt, eller om ingåendet är nödvändigt för att unionen skall kunna utöva sin befogenhet internt eller i den mån ingåendet kan påverka gemensamma regler eller ändra räckvidden för dessa.

Internationella avtal föreslås alltså bli ingångna av EU, som föreslås bli en egen juridisk person, och EU föreslås till synes få en långtgående ensamrätt att ingå dessa avtal. Något som liknar den ovan beskrivna artikel 24 punkt 5 finns inte. Det är sålunda tydligt att den svenska grundlagen inte beskriver den verklighet som artikel I-7, artikel I-13 och artikel III-323 beskriver. "Arbetsgrupp 3" tydliggjorde egentligen problematiken så tidigt som i oktober 2002. Det måste nu – något sent – konstateras att om EU får de befogenheter som framgår av ordalydelsen i fördraget, så är det ett överlåtande av beslutanderätt från Sverige till EU. Och vad som har överförts är delar av den riksdagsmakt som finns i RF 10:2.

Om regeringen tidigare lagt ned stor möda på att visa att artikel 24 i det nuvarande EU-fördraget, är förenlig med RF, *därför* att det finns en konstitutionell garanti, så kan väl knappast den nya regleringen i fördraget vara precis lika förenlig med RF, då denna garanti är borttagen. Riksdagen har genom fördragstexten inte någonting att säga till om när dessa avtal ingås. Trots att det står i fördraget att avtalen binder såväl EU som medlemsstaterna och trots att det förefaller som om dessa avtal kan omfattas av EU:s exklusiva kompetens är det som om ingenting har hänt. Men – för att travestera Joseph Heller – någonting är på väg att hända. De frågor som åtminstone riksdagen själv måste kunna besvara innan de röstar om fördraget – eller kanske snarare innan de slutgiltigt bestämmer sig för hur de ska rösta om fördraget – handlar nu mer om hur långt EU-rätten går, än vad som beträffande dessa frågor är kvar av RF 10:2. Det finns anledning att ställa några av dem här?

Finns det någonting som utesluter att regleringen i fördraget artikel I-13 innebär att EU har exklusiv befogenhet att sluta avtal även inom det straff- och straffprocessrättsliga området?

Finns det någonting som utesluter att den skrivning i fördraget artikel III-323, som nu också binder nationerna, innebär att Sverige är folkrättsligt bundet till överenskommelsen, även om den gäller straffrätt eller straffprocessrätt?

Finns det någonting som gör att riksdagen har kvar den reella kontrollmöjlighet som finns i RF 10:2, vad avser internationella avtal rörande straff- och straffprocessrätt?

Finns det någonting som utesluter att en domstol kan vara tvingad att direkt använda regler som finns i ett internationellt avtal, om det rör sådana straffprocessuella frågor där EU med stöd av artikel III-270 har direktverkande lagstiftningsmakt?

Detta är centrala frågor, och det kan inte undvikas att min egen uppfattning lyser igenom, jag tror att svaret är nej på samtliga fyra frågor.²⁴ Om så är fallet, eller om så svaret är nej bara på en, så är överlåtelsen av straff- och straffprocessrättslig kompetens större än vad jag tidigare har fått uppfattning om att regering och riksdag har menat. Riksdagen roll i sin tur än mindre. Det är som sagt inte min uppgift att recensera andras verk, men det finns här anledning att peka på att bristen på resonemang kring dessa frågor känns besvärande. De lyser verkligen med sin frånvaro.

5.2 En samlad bild

När det gäller EU och straffrätt har den utveckling som pågår under den tredje pelaren redan haft effekt på den svenska grundlagen. Att arbetet bedrivs ju under ”den tredje pelaren”, innebär i vart fall formellt att de överenskommelser som blir följden betraktas som en form av mellanstatliga traktater. I regeringsformen behandlas dessa i 10 kap 2 §. Om det krävs en lagändring i Sverige, krävs det att riksdagen först får rösta och därmed bestämma om regeringen ska ingå överenskommelsen eller ej.

²⁴ Jag kan inte se att den förklaring som finns fogad till fördraget, förklaring nummer 25, tyder på annat än att EU:s mandat här egentligen sträcker sig långt. I förklaringen sägs: ”Konferensen bekräftar att medlemsstaterna får förhandla om och ingå avtal med tredjeland eller internationella organisationer på de områden som omfattas av del III avdelning III kapitel IV avsnitt 3, 4 och 5, om avtalen i fråga överensstämmer med unionsrätten.” Frågan är ju då än mer befogad; Vad får EU göra?

I praktiken visade det sig att det samarbete som bedrivs under tredje pelaren, i synnerhet efter Amsterdamfördraget, inte passades särskilt bra ihop med RF 10:2. RF 10:2 är nu ändrad. Genom ett ganska färskt tillägg har nu den faktiska verkligheten fått genomslag i RF.

De regler i fördraget som behandlar straffrättsliga frågor innebär i detta sammanhang att frågorna överförs från den tredje pelaren till den första pelaren. De beslut som kommer att fattas på EU-nivå, kommer därför inte längre att angå RF 10:2. Besluten kommer sålunda inte längre att vara mellanstatliga på det vis som de var tidigare. För riksdagens vidkommande betyder det att de inte längre vare sig kommer att kunna rösta om någon färdig text, eller något arbetsmaterial, på det vis som beskrivs i RF 10:2. Riksdagen roll kommer istället att vara mer formell. Genom att fördraget om en konstitution för Europa antas och blir gällande är riksdagen förbunden att omvandla EU:s ramlagar till svensk rätt.

Vad vi står inför är verkligen något nytt. I de fall EU beslutar genom att anta en ramlag, skall den för att vara gällande rätt i Sverige, omvandlas till svensk lag. Så långt stämmer ju allt ganska bra med RF, särskilt dess 8 kap. Problemet är ju bara att riksdagen egentligen inte kan säga nej. Och där stämmer det inte längre.

Om man nu sätter fördraget i relation till RF så är det som om det hela tiden blir lite fel. Egentligen borde fördragstexten kunna passera genom RF utan att den fastnar någonstans. Det är ju kontentan av vad regeringen hittills har sagt. Men, kan man undra, fastnar den inte redan på första tänkbara hinder? Kan vi å ena sidan ha en regeringsform som uttryckligen anger att det bara är riksdagen som kan föreskriva om begränsningar i enskildas fri och rättigheter eller ge någon annan, det vill säga regeringen eller svensk myndighet mandat att göra det, och å andra sidan ha en verklighet där det är EU som genom lagar och ramlagar kan föreskriva vilka begränsningar som ska gälla?²⁵

²⁵ Jag är väl medveten om att fördraget innehåller en fri- och rättighetskatalog, men det är ju inte där skon klämmer.

Nästa hinder verkar också besvärande. Kan vi ha en regeringsform som uttryckligen anger att riksdagen har ensamrätt att besluta om vad som ska leda till fängelse, samtidigt som EU har mandat att genom ramlagar besluta om detta?

Det tredje hindret är – i vart fall rent konstitutionellt – nog det största. Kan vi ha en reglering i RF 10:2 som kristallklart säger att vi i Sverige inte ska vara bundna av någon internationell överenskommelse som kräver lagändring, om inte riksdagen beslutat i frågan, och samtidigt ha fördragets regler om internationella avtal.

När det gäller förhållandet mellan RF och EU:s straffrätt är det ju idag så att riksdagen faktiskt genom just RF 10:2 (Det är olyckligt att denna paragraf figurerar på så många olika platser, i så olika betydelse. Det är dock oundvikligt, det är verkligen en central paragraf.) har en verklig beslutandemöjlighet. Genom fördraget tas denna mekanik i praktiken bort. Med regeringens nuvarande synsätt vad gäller antagandet av fördraget kommer vi inte heller att ha fattat ett beslut om den nya ordningen på det sätt som krävs för en grundlagsändring. Problemet som då uppkommer är att det inte kommer att vara möjligt att utifrån RF förklara den ordning beträffande straff- och straffprocessrätt som fördraget beskriver och som Sverige är bundet av. Detta är så mycket märkligare med tanke på att regering och riksdag tidigare varit så väldigt noga med att förklara att samarbetet under den tredje pelaren har gått att förena med RF.

När det gäller den nya fördraget har regeringen två gånger om konstaterat att de nya beslutsformerna när det gäller straffrätten faktiskt innebär att beslutanderätt överlåtes. Dels i regeringens skrivelse 2003/2004:13 (se sammansatt utskottets betänkande 2003/04:KUU1, s 47), dels i Ds 2004:52, (s 93). Men det finns ju på detta område absolut ingenting att överlåta, annat än det som står i RF. RF:s 2:a och 8:e kapitel ger ju riksdagen all ”ursprunglig” makt; det finns inget annat att ge bort.

Om man i slutändan inte kan förklara verkligheten utifrån RF:s regler är det RF som hamnar i ett ingenmansland. Re-

gleringen blir som man säger ”obsolet”. Den finns, men det är ingen som bryr sig. Detta måste rimligen vara att uppfatta som ett konstitutionellt dilemma. Ett sätt att undvika detta verkliga dödläge är att ta saker i tur och ordning, det vill säga i den ordning som RF faktiskt pekar ut.

5.3 Gällande rätt

I RF finns en regel som handlar om att riksdagen ”kan” överlåta beslutanderätt till EU; RF 10:5. Problemet med denna regel är att den inte uttömmande beskriver hur man ska göra då man *antar* ett nytt EU-fördrag. Överlåtelse av beslutanderätt är alltså inte samma sak som ett fördragsgodkännande. RF 10 kap 5 § 1 st lyder:

”Inom ramen för samarbete i Europeiska unionen kan riksdagen överlåta beslutanderätt som inte rör principerna för statsskicket. Sådan överlåtelse förutsätter att fri- och rättighetsskyddet inom det samarbetsområde till vilket överlåtelsen sker motsvarar det som ges i denna regeringsform och i den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. Riksdagen beslutar om sådan överlåtelse genom beslut, varom minst tre fjärdedelar av de röstande förenar sig. Riksdagens beslut kan också fattas i den ordning som gäller för stiftande av grundlag. Överlåtelse kan beslutas först efter riksdagens godkännande av överenskommelse enligt 2 §.”

Det förefaller alltså finnas en något förenklad bild av hur riksdagen egentligen ska agera då det handlar om att anta ett nytt, eller för den delen förändrat fördrag. Den bärande tankegången är att det är den något märkliga beslutsordning som återfinns i RF 10:5, som ska användas, även vid godkännande av fördraget. Det skulle i praktiken betyda att det räcker med att tre fjärdedelar av de röstande vid ett tillfälle förenar sig. Regeringen har viss skuld i att denna otillåtna förenkling har fått gälla som mall. I Ds 2001:29; Nicefördraget, uttalas på sid 39 följande:

”Av 10 kap. 2 § andra stycket regeringsformen framgår att om det finns en särskild ordning föreskriven för det riksdagsbeslut som förutsätts, skall samma ordning iakttas vid godkännandet

av avtalet. Innebär en internationellt avtal att beslutanderätt överläts till EG (se nedan), skall avtalet alltså godkännas av riksdagen med minst tre fjärdedels majoritet eller i den ordning som gäller för stiftande av grundlag”

I proposition 2001/02:72, Ändringar i regeringsformen – samarbetet i EU m.m. uttalas på sid 35 följande:

”För att t.ex. EG skall kunna tilldelas ytterligare beslutsbefogenheter krävs således att medlemsstaterna kommer överens om det i fördragsenlig ordning. Varje nytt fördrag måste ratificeras av samtliga medlemsstater i överensstämmelse med deras konstitutionella bestämmelser. För svenskt vidkommande gäller att riksdagen först måste fatta ett beslut om godkännande av det nya fördraget och därefter ytterligare ett beslut om överlåtelsen i form av lagstiftning. Båda dessa beslut skall antas med den särskilda beslutsordning som föreskrivs i 10 kap. 5 § första stycket RF.”

Problemet för dessa uttalanden, som båda marginaliserar den ordning som gäller för stiftande av grundlag, är att konstitutionsutskottet i anslutning till det lagstiftningsärende som initierades genom ovan nämnda proposition, både talat om vad som egentligen gäller och, på eget initiativ, förtydligat lagtexten i RF 10:5. KU skrev helt enkelt ett formligt försvarstal till förmån för ”de dubbla beslutens och det mellanliggande valets” princip. KU sade, i ett inledande allmänt resonemang om fördelarna med att byta ut begreppet EG mot EU följande:²⁶

”Enligt utskottets mening bör Sverige kunna ha möjlighet att aktivt bidra till EU-samarbetets framtida utformning. I dagsläget finns inte några konkreta förslag på fördragsändringar som skulle innebära att ytterligare beslutanderätt i någon form behövs överlätas inom ett annat EU-sammanhang än EG-samarbetet, dvs. utanför det område som för närvarande omfattas av bestämmelsen i 10 kap. 5 § första stycket RF. Om det inom samarbetet emellertid skulle läggas fram sådana förslag på fördragsändringar, och riksdagen vill godkänna dessa ändringar, skulle ett sådant godkännande kunna försenas av den omständigheten att riksdagen också måste anta den ändring av bestämmelsen i 10 kap. 5 § första stycket RF som nu är i fråga. En

²⁶ KU:s yttrande 2001/02:18 s 40 ff.

grundlagsändring kan ju i sådant fall antas slutligt först efter riksdagsvalet 2006.”

Vad som sedan måste ha hänt är att någon, eller KU samlat, reagerat på vad regeringen sagt om hur beslut ska fattas (se ovan), och bestämt sig för att göra ett förtydligande. Vad som följer är ett närmast häpnadsväckande klartänkt och konsekvent resonemang. I stycket efter det nyss citerade sågs nämligen:

”Utskottet vill dock framhålla att en förutsättning för att riksdagen dessförinnan skall kunna godkänna en fördragsändring med ett enda beslut är att fördragsändringen inte förutsätter att grundlagen ändras. I annat fall följer av 10 kap. 2 § andra stycket RF att den beslutsordning som gäller för stiftande av grundlag skall tillämpas också vid godkännandet av fördragsändringen.”

Efter ett längre resonemang om den nya skrivningen i RF beträffande ”statsskickets grunder” fortsätter man att diskutera frågan om när grundlagen kan behöva ändras. Att grundlagen ska spegla verkligheten får här ett direkt stöd:

”En konsekvens av Sveriges anslutning till EU och den överlåtelse av beslutanderätt som därmed skett dels i samband med anslutningen, dels med anledning av Amsterdam- och Nicefördragen, är att det finns normer som gäller i vårt land som inte kan härledas ur de överordnade normerna i regeringsformen – utom såvitt avser dess regler om överlåtelse av beslutanderätt – utan vilka i stället har sin grund i EG-rättens principer. Detta förhållande klargjordes genom överlåtelseregeln i 10 kap. 5 § första stycket RF (prop. 1993/94:114 s. 23). Detta nya rättsläge medför dock ingen förändring i det allmänna krav som får anses gälla att grundlagens bestämmelser skall spegla verkligheten...”

Frågan om grundlagen behöver ändras kan således aktualiseras i samband med en fördragsändring som innebär att ny överlåtelse av beslutanderätt behöver ske. Hur långt EU-samarbetets räckvidd kan sträcka sig utan att grundlagen behöver ändras går enligt utskottets mening inte att ange i några entydiga termer. Det är inte minst därför betydelsefullt att, såsom hittills varit fallet, en fördragsändrings eventuella krav på ny överlåtelse av beslutsbefogenheter blir föremål för analys och debatt innan fördragsändringen godkänns av riksdagen.

I vilka fall en grundlagsändring behöver ske på grund av en ny överlåtelse av beslutanderätt bestäms i varje enskilt fall med utgångspunkt i grundlagsbestämmelsernas innehåll. Detta gäller oavsett om det rör en principiellt viktig fråga eller inte... Att i sista hand avgöra om en grundlagsändring behöver göras på grund av en ny överlåtelse av beslutanderätt ankommer på den svenska riksdagen...

Utskottet vill vidare framhålla att Sverige har överlåtit de beslutsbefogenheter som krävs enligt gällande EU-fördrag. En framtida överlåtelse av beslutanderätt kommer därför att aktualiseras först i samband med en fördragsändring som förutsätter att sådan överlåtelse sker. Som framhållits ovan skall en fördragsändring godkännas av den svenska riksdagen – och av övriga medlemsstater – för att bli gällande. Ett godkännande av en fördragsändring beslutas av riksdagen i enlighet med bestämmelserna i 10 kap. 2 § RF. Om fördragsändringen förutsätter att riksdagen överlåter beslutanderätt, följer av 10 kap. 2 § andra stycket att den särskilda beslutsordningen som föreskrivs i 10 kap. 5 § första stycket RF skall tillämpas också i fråga om godkännandet av fördraget (se t.ex. bet. 2001/02:KUU1 s. 28 ang. Nicefördraget). En fördragsändring som förutsätter överlåtelse av beslutsbefogenheter skall alltså godkännas av riksdagen med åtminstone tre fjärdedels majoritet av de röstande. Om fördragsändringen förutsätter att en ändring av grundlagen görs, följer dock av 10 kap. 2 § andra stycket RF att den särskilda beslutsordningen för stiftande av grundlag som föreskrivs i 8 kap. 15 § RF skall tillämpas också i fråga om godkännandet av fördraget, dvs. med två likalydande beslut med mellanliggande riksdagsval.”

Till detta i sig klarläggande uttalande skriver så KU en avslutning som jag tar mig friheten att delvis återge i kursiv stil. Uttalandet ger nämligen svar på de frågor hela detta kapitel handlat om. Det är så, att även om en fråga inte berör ”principerna för statskicket” så kan det ändå krävas en grundlagsändring. Denna ändring kan då bara tas med två riksdagsbeslut och ett mellanliggande val:

”Av bestämmelserna i 10 kap. 2 § RF följer således att riksdagen senast i samband med att den godkänner en fördragsändring har att pröva om fördragsändringen förutsätter att grundlagen ändras. Riksdagen har därmed att ta ställning till om fördragsändringen förutsätter överlåtelse av beslutsbefogenheter som innebär att grundlagen till någon del behöver ändras, dvs.

om överlåtelsen rör principerna för statsskicket *eller av annat skäl* påkallar en grundlagsändring. En fördragsändring kan också i något annat avseende förutsätta att en ändring av grundlagen görs. Om riksdagen konstaterar att fördragsändringen förutsätter att grundlagen ändras, skall alltså fördragsändringen godkännas av riksdagen i samma ordning som gäller för stiftande av grundlag.”

Även efter detta faktiskt helt uttömmande resonemang fortsätter KU att tydliggöra betydelsen av RF 10:2, nu genom att föreslå en förändring i RF 10:5, så att den paragrafen uttryckligen hänvisar till RF 10:2. Då borde det, menade KU, vara hart när omöjligt att missa själva poängen. Allt som ska krävas är att man faktiskt läser hela RF 10:5:

”Som påpekats ovan följer av 10 kap. 2 § andra stycket RF att en fördragsändring skall godkännas av riksdagen enligt den ordning som gäller för stiftande av grundlag i en situation där fördragsändringen förutsätter en grundlagsändring. Utgångspunkten att en överlåtelse inte kan beslutas av riksdagen förrän riksdagens godkännande av fördragsändringen föreligger innebär i detta fall att överlåtelsen kan beslutas först sedan riksdagen har godkänt fördragsändringen genom ett andra beslut. Riksdagen kan i detta fall enligt gällande beslutsregel i 10 kap. 5 § första stycket RF alltså välja att besluta om överlåtelsen i samma ordning som gäller för stiftande av grundlag, varvid det andra beslutet kan fattas först efter att riksdagens andra beslut om godkännande av fördragsändringen föreligger, eller med ett enda beslut med tre fjärdedels majoritet av de röstande. Inte heller detta beslut kan fattas förrän riksdagens andra beslut om godkännande av fördragsändringen föreligger. Enligt utskottets mening bör i klargörande syfte utgångspunkten att överlåtelse av beslutanderätt kan beslutas av riksdagen först efter det att riksdagens godkännande av den aktuella fördragsändringen föreligger komma till uttryck i 10 kap. 5 § första stycket RF. Till denna bestämmelse bör därför fogas en föreskrift om att överlåtelse kan beslutas först sedan riksdagens godkännande enligt 10 kap. 2 § RF föreligger. En sådan bestämmelse hindrar givetvis inte att riksdagens beslut om att godkänna en fördragsändring respektive om överlåtelse av beslutanderätt fattas vid samma tillfälle.”

Dessa uttalanden från KU är som framgår förarbetsuttalanden till gällande rätt. De har försteg framför de resonemang som

regeringen tidigare givit uttryck åt. De är sålunda, fram till den punkt där grundlagen i sig ändras, de juridiska tolkningsdata som ska ligga till grund för resonemangen beträffande fördragets förhållande till RF. Det är utifrån dessa resonemang frågan om hur riksdagen ska anta fördraget måste lösas.

5.4 En okänd lösningsmodell?

Eftersom fördraget om upprättande av en konstitution för Europa är ett folkrättsligt bindande fördrag är RF 10:2 den egentliga grundnorm som avgör frågan om hur riksdagen ska göra vid sitt antagande. Om nu vare sig RF:s 2:a, 8:e eller 10:e kapitel går helskinnade ur en match mot fördraget, pekar RF 10:2 2 st entydigt åt ett håll, nämligen att fördraget skall antas av riksdagen i de former som gäller för en grundlag-sändring.²⁷ Detta är exakt vad KU:s resonemang ovan handlar om. Ändå tycks de flesta titta åt ett annat håll. Om rättsregler hade ett själsliv, så skulle nog reglerna i RF:s 2:a och 8:e kapitel, liksom regeln i RF 10 kap 2 §, känna sig väldigt övergivna just nu. Inte nog med att de i praktiken inte längre har full giltighet, det är inte ens någon som bryr sig om att tydliggöra det genom en ny regel. Ja, det är i själva verket värre än så. Det är inte ens värt att genom ett beslut som fattas på det viss reglerna ursprungligen fattades på, ställa dem i skuggan. Detta trots att möjligheterna finns.

Det råder – enligt min mening – ingen tvekan om att vi inom loppet av 4-5 år kommer att få se en statlig utredning som pekar på bland annat de konstitutionella problem som de nu diskuterade oklarheterna medfört och som föreslår en tydligare reglering i RF. Man kommer därvidlag att säga att ”Den nuvarande regleringen kan ge intryck av att det viktiga arbete som utförs inom ramarna för EU saknar ett tydligt konstitutionellt stöd. De förarbetsuttalanden från regering och riksdag som tydligt förklarade att beslutanderätt överläts till EU bör därför

²⁷ Se även Ulf Öbergs förord till ”Europeiska unionens konstitution”, Jure förlag, i vilket han tydligt beskriver de konstitutionella mekanismer som här diskuterats.

ges en starkare ställning. En överflyttning av makt – en makt som konstitutionen givit riksdagen – till en annan organisation, är i praktiken i sig en grundlagsändring. Detta måste återspeglas direkt i grundlagen”. Men vem vet, det kanske kommer ett snarligt uttalande betydligt mycket tidigare.

6 LEGITIMITET

Straffrätten har historiskt sett haft en enhetlig utvecklingslinje. Dess innehåll har ytterst bestämts av de som har haft makt att upprätthålla en straffrättslig ordning. Detta har samtidigt medfört att de som kunnat bestämma om straffrätt intagit en särställning i samhällslivet. De har genom denna bestämmanderätt tydligt uppfattats som maktbärande.

Frågan om straffrättens egentliga legitimitet leder dock ett steg vidare. Frågan handlar om vilken grund det finns för att man kan påstå att någon har legitim rätt att döma någon annan till exempelvis ett fängelsestraff. Frågor om det bara är uttryck för en renodlad maktutövning eller om det finns en religiös grund eller någon form av etiskt krav, har sysselsatt såväl rättslärdar som filosofer. I våra dagar har i alla fall i vårt land frågan om straffrättens yttersta legitimitet kunnat besvaras på ett enkelt sätt. Genom att riksdagen är folkets företrädare, är riksdagens beslut ett uttryck för vad befolkningen vill. Den makt som riksdagen utövar, är en makt som ytterst härrör från folket. I den svenska regeringsformen uttrycks detta genom RF 1:1.

Makten över straffrätten ligger alltså hos oss egentligen helt i händerna på den svenska riksdagen. En mycket bra förklaring till varför straffrätten kan sägas vara legitim. Skulle makten över straffrätten hamna någon annanstans kan det snabbt konstateras att inte bara frågan om makt kräver en förnyad diskussion, även frågan om maktens legitimitet aktualiseras. Straffrätten vandrar alltså egentligen på en ganska smal väg. För att den ska fungera krävs att någon kan sätta kraft bakom orden, och att denna någon, på något vis uppfattas vara "rätt representant" att göra det.

Den straffrätt som varje EU-stat har är från början i princip uppbyggd för att fungera nationellt. Varje lands straffrätt är alltså uppbyggd för att upprätthålla en form av nationell stabilitet. Det har varit en helt självklar metod att bygga straffrätt på och det har egentligen inte funnits några alternativ. Genom EU har detta självklara nationella synsätt skakats om. Det kan

nämligen inte råda någon tvekan om att de spelregler som en nationalstat har att röra sig med, när det gäller straffrätt inte befinner sig i något vakuum. Det finns en rad förutsättningar som skall vara uppfyllda. Straffrätten är en integrerad del av ett lands lagstiftning i stort. Det handlar inte om att straffrättsliga regler står åtskiljda från den övriga lagstiftningen. De är snarare att se som en förlängning, eller om man så vill, en yttersta utpost. Straffrätten kräver vidare att de myndigheter som har att undersöka och utreda brott kan göra det förhållandevis effektivt. Man kan säga att det krävs att dessa myndigheter har kontroll över landet, såväl rent geografiskt som när det gäller de personer som är misstänkta för brott.

EU komplicerar alltså för den nationella straffrätten. På något sätt måste man förhålla sig till detta. Det kan göras på flera sätt. Ett sätt är att varje land själv har ett straffrättsligt förhållningssätt till samtliga de rättsakter EU producerar och till samtliga de konsekvenser dessa får vad gäller möjligheterna att utreda brott. Ett annat sätt är att EU:s medlemsstater säger att gemensamma lösningar rimligen är att föredra, men detta har egentligen inte med EU att göra. Istället kan olika stater, sinsemellan komma fram till rimliga lösningar. Lösningar som inte är "EU-lösningar" utan i grund och botten alltjämt nationella eller mellanstatliga. Det tredje sättet är att placera straffrätten i ett renodlat EU-sammanhang. Det betyder att straffrättsliga resonemang kan föras i direkt anslutning till diskussioner om EU:s övriga lagstiftning och i anslutning till frågan om vilka konsekvenser de får. Fördraget innefattar lösningar av det tredje slaget och är sålunda ett viktigt dokument. Det är genom detta EU ges formella möjligheter att skriva straffrättsliga regler. Detta är en maktbefogenhet som de olika deltagande staterna ger till EU. De deltagande staterna ikläder sig samtidigt en skyldighet att tillse att de regler som EU beslutat, också blir till gällande rätt.

EU:s makt över straffrätten förstärks genom konstitutionen. Riktigt hur denna makt ska uppfattas finns det säkert delade meningar om. Men det finns ingen anledning att uppfatta denna makt vad gäller straffrätt på annat sätt än vad som gäller

beträffande andra rättsområden. Ur ett EU-perspektiv måste rimligen konstitutionen betyda att det som beslutats på EU-nivå skall genomdrivas. Det är sålunda fråga om en lagstiftningsmakt.

På det nationella planet ställer detta till problem. Kan man säga att det enskilda landet inte överfört någon del av sin straffrättsliga makt till EU och inte heller tillskapat en EU-rättslig egenmakt? Om det är så att man inte nationellt erkänner att en viss form av makt tillerkänns EU så kommer man i slutändan att ha ett oöverstigligt problem med maktens legitimitet. För om inte medlemsländerna skapat denna makt, varifrån kommer den då?

Straffrätten ska ha någon form av förankring i samhället. Det ska finnas en accepterad förklaring till varför straffrätten finns. (Nu kan man förvisso säga att straffrätten kan fungera ändå, men då har man fjärmat sig så mycket från de demokratiska och faktiskt också etiska principer som i vart fall jag växt upp med och lär ut, att jag inte ser någon poäng med att fördjupa mig i det.) Den förklaringen kan å andra sidan se ut ungefär precis hur som helst. Det kan vara någon form av naturrätt, eller av gud utskickad rätt eller en domstolsskapad rätt eller en av folket direkt beslutad rätt eller en rätt av folket indirekt beslutad rätt, det vill säga genom ett parlament. Huvudsaken är att förklaringen är någotsånär accepterad.

Problemet för svenskt vidkommande kan bäst formuleras som en fråga: Om den nationella straffrätten hämtar sin legitimitet ifrån RF, varifrån hämtar då den straffrätt som kommer ifrån EU sin legitimitet? Då det inte ens framgår av RF att vi är medlemmar i EU, eller om vi inte ens fattar beslutet om antagande av fördraget i de former som gäller för grundlag, då måste rimligen den EU-rättsliga lagstiftningens legitimitet vara en annan än den legitimitet som härrör från RF, det vill säga folket. Det ligger då nära till hands att uppfatta det som om den EU-straffrättsliga legitimiteten härrör från EU självt.

Ett sätt att undvika att hamna i detta läge är att påstå att EU inte har någon egentlig lagstiftningsmakt, utan att den ligger

kvar hos de nationella myndigheter som har att se till att ramlagen blir lag. Jag menar att detta är ett synnerligen begränsat synsätt, och även om det kan ha bäring – vilket det uppenbarligen har – i den svenska konstitutionella diskussionen, så har den ytterst svag täckning när det gäller straffrätten som sådan. (Det är alltså inte på något vis samma sak att riksdagen legaliserar något som att riksdagen legitimerar det.)

Svaret kan alltså bli att den EU-rättsliga straffrättens legitimitet kommer från själva EU. Trots att EU inte kommer att ha någon domstol som dömer, eller någon kriminalvård eller något liknande ansvar. Trots att EU som sådant egentligen inte har någon territoriell kontroll och trots att EU:s straffrättsliga lagstiftningsmaskineri i princip bara tycks kunna gå åt ett håll, att skapa regler, så är det EU som har förmågan att legitimisera sina egna regler. När det gäller legitimitet är detta trots allt inte på något vis en omöjlig tolkning. Det finns en rad skäl för att det kan vara så. Man kan helt enkelt säga att EU har blivit så vuxet genom själva sin verksamhet att det inte längre är otänkbart att ge den denna särställning. Med en lite sliten men passande anglofiering så kan man säga att EU är en straffrättslig lagstiftare ”i sin egen rätt”.

Poängen – eller snarare kruxet – är här att om vi i Sverige inte kan beskriva att EU:s straffrätt får sin legitimitet på samma sätt som den nationella rättens, det vill säga med utgångspunkt tagen i RF, då verkar det rimligt att anta att EU själv skaffat sig sin legitimitet. Och det måste vi, i brist på bättre, acceptera. Vi kan nämligen inte acceptera att den straffrättsliga legitimiteten saknas. Den måste finnas någonstans.

När det gäller frågan om straffrättslig legitimitet finns det alltså flera mer eller mindre möjliga sätt att resonera på. Det första är att all legitimitet finns kvar hos Sveriges riksdag, eftersom de alltjämt får säga ”Ja” och ”göra en SFS”. Detta är ett resonemang som knappast kommer att vinna allmänt gillande. Legitimitet har nämligen inte bara med formalia att göra. Det andra är att säga att reglerna från EU har legitimitet eftersom riksdagen har givit EU rätt att reglera. Men detta resonemang, som egentligen uttrycker en begränsad syn på vad EU som så-

dant kan ta sig till, kräver ändå att riksdagen medger att den i detta sammanhang överlåter något, och ger den nya straffrätten samma legitimitetsgrund som den gamla, det vill säga använder RF. Det tredje resonemanget är att EU är en lagstiftare ”i sin egen rätt”. Detta resonemang förutsätter då i sin tur att EU som sådant är en mycket mäktig – närmast omnipotent – statsliknande organisation. EU-reglers straffrättsliga legitimitet härrör då från själva EU. Att EU framstår som betydligt mer mäktigt och fristående från medlemsstaterna genom denna tolkning än genom det förra säger sig kanske självt.

Vi har i Sverige under lång tid varit bortskämda inom straffrätten. Det har varit lugnande att kunna konstatera att den straffrätt som tillämpas av våra domstolar, egentligen härrör från riksdagen och i förlängningen folket. Utifrån det har vi kunnat diskutera om när våra domstolar är alltför försiktiga eller för långtgående vid lagtolkning, liksom om rättsvetenskapen enbart ska ägna sig åt att fastställa vad som är gällande rätt enligt lag eller ha egna rättspolitiska synpunkter på vad som bör vara rätt. Dessa resonemang kommer nu att överflyglas av helt andra diskussioner. Vi är tillbaka i en tid när frågan om lagstiftningens legitimitet är högintressant. Vi kan inte leva i ett civiliserat samhälle och säga att vi saknar svar på frågan om varifrån samhället hämtat sin egentliga rätt att låsa in någon på livstid. Det är möjligt att frågan inte uppfattas vara politiskt viktig just nu – av lätt insedda skäl får man väl lov att tillägga – men ur ett straffrättsligt perspektiv måste det göras klart att straffrätten inte kan leva en dag utan någon form av svar, och inte alltför länge utan ett svar som kan uppfattas som hållbart.

7 FRAMTID

Man ska naturligtvis vara försiktig med att sia om framtiden, men det är ju så svårt att låta bli. Även om konstitutionen inte skulle ratificeras, eller kanske särskilt då, kvarstår de faktiska problem som har att göra med att straffrätten är så nationellt styrd. Det är troligt att Eurojust ändå kommer att växa sig starkare, den nuvarande regleringen ger utrymme för det. Det är vidare sannolikt att EU:s medlemsstater, tillsammans med kommissionen, kommer att arbeta för en tillnärmning av olika staters rätt. Arbetet som sådant måste sannolikt rationaliseras på något vis, det nuvarande systemet är inte särskilt lyckat. Kommissionen för sin del kommer på olika sätt att verka för att de tillerkänns den lagstiftningsmakt som de menar att de har inom ramen för den första pelaren, hur det kommer att gå med den saken är oklart. Allting talar därför för att vi inom loppet av tio år kommer att få se ett nytt reformförslag beträffande straffrätten som ser ut ungefär som det vi har att beakta idag. Varvid diskussionen åter måste tas upp – vid den punkt där den befann sig då det bli nej till konstitutionen.

Om konstitutionen ratificeras kan mycket hända snabbt. Vissa förhållanden har redan i förbigående beskrivits, såsom utvecklingen av en europeisk åklagarmyndighet m.m. Vad som är särskilt intressant i detta sammanhang är i vilken utsträckning ett litet land kan påverka utvecklingen under konstitutionen. Det kan förenkla att använda sig av två typageranden. Det ena är att man av princip förhåller sig starkt negativ till denna del av EU-rätten, den andra är mer positiv.

Ett renodlat negativt angreppssätt är ju att hela tiden använda sig av subsidiaritetsklausulen, nödbromsen och hoppa av. På det viset skulle man rent tekniskt kunna undkomma de materiella regler som andra stater kommer att komma överrens om i det fördjupade samarbetet. På det viset kommer vi inte att behöva ta ställning till några ramlagar alls. Däremot skulle vi vara bundna av de direktverkande lagar som kan komma att gälla för straffrättsligt samarbete i övrigt. Jag måste säga att jag har svårt att se någon realism i denna linje, ett medlemsland som betar sig så här bör väl snarast söka utträde.

En betydligt mer positiv approach är att bejaka det som nu händer och se det som en möjlighet. Äntligen kan vi som nation göra det vi drömt om tillsammans med andra. EU-rätten ger oss allt vi kan begära. Om vi är aktiva på alla tänkbara sätt, kreativa och flexibla, beredda att ge och ta, tjäna på gungorna vad vi förlorar på karusellerna, veta när vi ska hota med nödbroms och när vi ska låta bli, så har vi möjlighet att få en straffrätt som i slutändan faktiskt gynnar oss mer än om detta system inte finns. Men för att vi ska kunna göra detta krävs framförallt ett kanske smärtsamt konstaterande.

Vi kan i praktiken inte låtsas som om det är riksdagen som avgör hur straffrätten utformas. Vi måste istället se till att kunna agera på EU-nivå, och det såväl snabbt som tidigt. Det krävs härvidlag betydligt mer än en EU-nämnd om riksdagen ska ha något som helts reellt inflytande. Tar inte riksdagen detta på allvar kommer en "svensk" hållning att vara helt bestämd av regeringen. Om vi då skulle få en regering som inte heller den avser att agera, då blir det ytterst problematiskt. Så som det hittills sett ut förefaller risken för det senare ganska liten. Det är väl snarare så att den svenska regeringen varit förhållandevis aktiv och bör kunna känna sig ganska nöjd med de resultat som hittills uppnåtts. Man har lyckats tråckla sig fram mellan å ena sidan kraven på riksdagens godkännande och å andra sidan kraven på enhällighet i beslutsfattandet under den tredje pelaren på ett sätt som imponerar. Vad som nu sker är i praktiken att kraven på riksdagens gillande slopas, och att besluten i EU fattas med majoritet. Det är därför uppenbart att regeringen kommer att förflytta än mer energi och allt större resurser till att kunna påverka på EU-nivå. Frågan är bara vad riksdagen egentligen gör.

8 SLUTORD

Vad vi ser idag är en verklighet som nästan obönhörligt pekar mot de regler som återfinns i fördraget. Fördragets regler kommer alltså inte från tomma intet. Det finns, som ovan beskrivits, för närvarande dels oklarheter beträffande förhållandet mellan EU och medlemsstaterna, dels ett tungrott lagstiftningsmaskineri. Å andra sidan har det visat sig att det finns saker som fungerar, och det kanske bättre än man har kunnat tro. Man kan verkligen komma någonvart med de lagstiftningsinstrument som till slut blir följden, det vill säga idag främst rambeslut, både genom (i första hand) ömsesidiga erkännanden inom straffprocessrätten, och genom ”direktharmonisering” i fråga om materiell straffrätt. Därtill kommer den viktiga pusselbit som Eurojust utgör. Det finns ingen anledning att ändra dessa – redan nu – fungerande mekanismer. Om man nu har oklara maktförhållanden, tungrodd procedur men ändå fungerande instrument, så är det väl i högsta grad rimligt att man behåller instrumenten och bokstavligen talat kastar ut orkestern. Det vill säga klargör maktförhållandena och förenklar förfarandet. Det är vad som nu sker.

Sett ur en EU-rättslig synvinkel är fördraget rimligen att uppfatta som ett stort steg framåt. EU kan nu agera som en traditionell lagstiftare, och som sådan använda straffrättsliga regler som ett instrument bland många andra. Problemet är bara det att EU inte är någon traditionell lagstiftare. En traditionell lagstiftare ”gräver där han står”. Detta innebär att lagstiftaren befinner sig relativt nära den fysiska verklighet som lagstiftningen handlar om. Denna lagstiftare måste helt enkelt ha ”örat mot rälsen”, och följaktligen dels verka för att rättsordningen i övrigt är avpassad för den straffrätt som finns och dels se till att straffrätten är avpassad för samhället i övrigt. Allt det här ska helst passa ihop. I ett samhälle där straffrätten hela tiden kollas av mot samhällslivet i övrigt, så finns också möjligheten för lagstiftaren att – genom att vara såväl lyhörd som flexibel – få det hela att fungera. Inom EU är en närhetsprincip visserligen uttryckt genom subsidiaritetsprincipen, men frågan är om en sådan inte måste återspeglas på ett helt

annat sätt, och ges en helt annan betydelse i den straffrättsliga delen av fördraget.

Frågan är hur lyhört EU kan vara, när det gäller straffrätt. Ett intryck som är svårt att frigöra sig från är att den lagstiftningsmekanism som beskrivs i fördraget i sig inte ger utrymme för vare sig särskilt mycket lyhördhet eller flexibilitet. Dessa två beståndsdelar måste egentligen komma från medlemsstaterna själva. Det är medlemsstaterna som ser vad som faktiskt händer, det är i huvudsak enskilda staters myndigheter som skall arbeta med materialet, det är bara enskilda staters nationella domstolar som kommer att kunna döma till ansvar. Utan den nationella ”input” som det alltid finns utrymme för inom ramen för en traditionell nationell lagstiftning faller ett sameuropeiskt straffrättsligt system ihop.

Det är med tanke på detta extra olyckligt att frågan om straffrättens förhållande till EU är så känslig. Inte ens beträffande frågor där det egentligen redan idag är tydligt att EU – under första pelaren – föreskriver att något ska vara straffbart, har vi klart kunna uttala att så är fallet. De direktiv som ligger till grund för exempelvis vår personuppgiftslag och de nu föreslagna förändringarna i upphovsrättslagen sägs inte rent ut ta sikte på straffrätt. Ändå leder de till att människor i Sverige blir dömda till ansvar. Det är visserligen sant att det inte uttryckligen står i direktiven att någon ska ”straffas” liksom att ingen blir dömd med direkt stöd av en EU-rättslig regel. EU-direktivet har ju först genom riksdagens försorg omvandlats till en svensk straffrättslig lag. Men om man nu drar allting ett snäpp längre och rent ut säger att EU har mandat att föreskriva vad som ska vara ”straffbart” och vilka straff det ska vara fråga om. Liksom att föreskriva hur straffprocessrätten ska se ut – och då genom direktverkande lagar. Liksom att ha en egen myndighet för åklagare, vilken sannolikt också kommer att bli en åklagarmyndighet. Nu måste det väl rimligen vara dags att tala ur skägget.

Det svenska EU-medlemskapet inleddes på ett märkligt sätt. För oss som arbetade på justitiedepartementet under våren 1993 var en sak tydlig. Det betänkande som under namnet EG

och våra grundlagar²⁸ avlämnades i mars 1993 hade ett innehåll som var politiskt omöjligt. Det lagförslag – den så kallade plattläggningsparagrafen – som placerad i regeringsformen skulle förklara EU-rättens företrädare framför svensk rätt, kunde inte läggas fram för riksdagen, eller i förlängningen för folket vid ett val. Frågan om medlemskapet i EU blev därför till slut ”ingen större fråga för RF” och man får alltså leta med ljus och lykta i denna vår grundlag för att hitta något som tydliggör detta medlemskap. Man kan möjligen bli klok på att vi kan bli medlemmar, men inte att vi redan är det. Detta återspeglar sannolikt landets mentala klimat, men rättsligt sätt haltar regleringen betänkligt. Vi har under tio år levt i två världar. En politisk värld, där EU-medlemskapet ställer till det gång på gång. Man skördar inga politiska vinster genom att vara EU-entusiast, tvärtom. En rättslig värld, där fler och fler enbart arbetar utifrån EU-rätt och ingen som sysslar med juridik helt kommer undan. Eftersom vi i Sverige menar att juridik är rättstillämpning och således inte har så mycket med politik att göra är detta dubbla förhållningssätt dock något som vi är vana vid och kan hantera, företrädesvis genom tystnad.

Problemet med den nuvarande utvecklingen beträffande straffrätt är att juridiken och politiken närmar sig varandra ”alldeles för mycket”. Det är ju paradoxalt att detta sker på straffrättens område, där till och med begreppet ”rättspolitik” är känsligt. Rätten att skapa straffrättslig lag är enligt RF i princip förbehållen riksdagen. Det är då också en av riksdagens centrala uppgifter, eftersom ingen annan kan göra det när det gäller brott med frihetsstraff i straffskalan. Problemet, som nu är både politiskt och juridiskt, är att den föreslagna ”EU-konstitutionen” ger EU mandat på det straffrättsliga området. I praktiken är det fråga om en maktförskjutning och den har betydelse på flera nivåer. Att inte uppmärksamma detta på det svenska konstitutionella planet, kan i förlängningen enbart försvaga RF, inte stärka den. Om nu svenska konstitutionen – av politiska skäl – inte får omfamna eller ens omnämna EU-med-

²⁸SOU 1993:14

lemskapet, riskerar vidare straffrätten, att stå med skägget i brevlådan. I princip alla som sysslar med straffrätt i det här landet har uppfattat det som helt legitimt och rimligt att den straffrättsliga lagstiftningsmakten har legat hos riksdagen. Det är nu här politiken och juridiken krockar. Om alla vet att det utifrån en juridisk utgångspunkt är så att makten nu kommer från EU, medan man utifrån en politisk utgångspunkt ska mena att makten alltjämt kommer från riksdagen, då blir det problem. Vad är då verklig makt? Vad är då legitimitet?

EU är ett slags rättsordning. EU:s verkan stannar därför inte vid att en rättsakt är genomklubbad. Det är istället så att de EU-rättsliga resonemangen är tänkta att genomsyra alla led i de nationella rättsordningarna. Det kan tyckas vara en alltför stor uppgift att ro iland, men det råder ingen tvekan om att EG-domstolen egentligen ser detta som ett av sina mest viktiga mål. Det är samtidigt en svår fråga hur man ska få två rättsordningar att dansa i takt och utan att någon blir – vare sig bokstavligt eller bildligt talat – trampad på tårna. Det blir inte lättare av att EG-domstolen så tydligt deklarerat att det egentligen är EU-rätten som för, och den nationella rätten som följer. Än värre blir det om medlemsstaterna likafullt menar att de själva egentligen kan fortsätta med solodans.

Frågan är då om inte själva sättet vi i Sverige ska besluta om fördraget spelar roll för den kommande synen på förhållandet mellan EU och straffrätten. I linje med att regeringen menar att vi genom antagandet av fördraget överlåter makt på det straffrättsliga området till EU, kommer den svenska regeringsformen i fokus. Ett antagande av fördraget enligt reglerna i RF 10 kap 2 § st 2 – det vill säga i de former som gäller för stiftande av grundlag – skulle därför vara såväl klädsamt som klokt. På detta sätt kan respekten för RF som ett levande och viktigt instrument upprätthållas. Den straffrättsliga legitimiteten hos all straffrätt, även den som i själva verket kommer från EU, kan då också sägas härröra från oss, folket.

Om nu den svenska riksdagen vill leva kvar i en tro att det är den som skapar svensk straffrätt samtidigt som den mest måste koncentrera sig på att skruva bort ledamöternas nej-

knappar, riskerar frågan om straffrättslig legitimitet att bli hängande i luften, för att därefter ändå landa i famnen på EU. Problemet för Sveriges riksdag är nu alltså att denna legitimitet kan hamna där antingen genom att riksdagen tydligt säger att vi vill att EU skall ha makt på detta område, varvid man lättare kan uppfatta det som om EU:s makt på detta område faktiskt härrör från vårt eget parlament. Eller så hamnar denna legitimitet hos EU utan att riksdagen sagt någonting. EU är då en lagstiftare i sin egen rätt.

Om riksdagen bestämmer att ta det här omfattande beslutet, som ett enkelt riksdagsbeslut, så kan det ju på sätt och vis sägas tyda på att de nu diskuterade frågorna inte var så stora, och att riksdagen sålunda visat handlingskraft. Men, skulle en kritisk medborgare kunna säga, vilken handlingskraft då? Det skulle beträffande dessa frågor hädanefter finnas mindre anledning att tolka RF som ett juridiskt instrument, utan istället mer som ett politiskt. Men utrymmet för detta bör ju beträffande just dessa frågor vara synnerligen begränsat, annars har ju en av de bärande idéerna med vår konstitution gått förlorad. En sittande riksdag ska inte kunna förändra de grundläggande maktstrukturer som regeringsformen lägger fast. Detta om något är en juridisk och inte en politisk fråga. Att det förhåller sig på detta vis har varit ett accepterat faktum sedan upplysningstiden på 1700-talet, när denna princip infördes, och fram till den ”moderna tiden” under vilken 1974 års RF kom till. (Visserligen med vissa avbrott, men dessa brukar vanligtvis inte beskrivas i några förskönande termer.) Fördraget om upprättande av en konstitution för Europa innefattar ur EU-synvinkel betydelsefulla straffrättsliga och straffprocessuella förändringar. Förhållandet måste rimligen vara att se på samma sätt, även om utgångspunkten är den nationella rätten. När fördraget väl är gällande rätt, kommer den fortsatta EU-rättsliga utvecklingen på detta område att till övervägande del ske utan riksdagens egentliga medverkan. Jag kan visserligen se de politiska skälen för att en majoritet i Sveriges riksdag hittills ändå har menat att fördraget kan tas med ett enkelt riksdagsbeslut. Jag hoppas likafullt att denna rapport kan få någon att stanna upp en stund och verkligen läsa regeringsformens 2:a,

8:e och 10:e kapitel. Kan man verkligen efter en sådan genomläsning påstå att det – i förhållande till den i fördraget beskrivna lagstiftningsgången – blir så särskilt mycket kvar av det lagstiftningsystem som RF beskriver?

SIEPS PUBLIKATIONER

Rapportserien

2005:1

EU:s nya konstitution – ett nationalekonomiskt perspektiv

Författare: Mikael Priks

2004:9

The Political Dynamics of Turkish Accession to the EU:

A European Success Story or the EU's Most Contested Enlargement?

Författare: Kirsty Hughes

2004:8

Ratificeringen av EU:s nya fördrag – vad händer om den misslyckas?

Författare: Bruno de Witte

2004:3–7

En konstitution för Europa? Reflektioner

Författare: Joakim Nergelius, Torbjörn Larsson, Ulrika Mörth,

Ola Zetterquist och Thomas Bull

2004:2

EU:s och USA:s livsmedelsbistånd

– effekter på lokal produktion och import

Författare: Carl-Johan Belfrage (publicerad i samarbete med

Livsmedelsekonomiska institutet)

2004:1

Regional integration och regionala handelsavtal

Författare: Patrik Gustavsson och Ari Kokko

2003:19

Industrial Structure and Industry Location in an Enlarged Europe

Författare: Karolina Ekholm

2003:18

Coming of Age? Economic Management of the European Union

Författare: Per Molander och Allan Gustafsson

2003:17

Reinventing Cohesion – The Future of European Structural Policy

Författare: Daniel Tarschys

2003:16

Företagsförvärv inom EU

– rättsliga problem för stora företag med liten hemmamarknad

Författare: Ulf Bernitz

2003:15

Domstolarna i Europeiska unionens konstitution

Författare: Jörgen Hettne och Ulf Öberg

2003:14

Decentralized Agencies and the IGC – A Question of Accountability

Författare: Carl Fredrik Bergström och Matilda Rotkirch

2003:12

Nationella parlament och beslutsfattande på europeisk nivå

Författare: Fredrik Langdal

2003:11

Skyddet av grundläggande fri- och rättigheter i framtidens EU

Författare: Michael Hellner

2003:10

Säkerhet och försvar i framtidens EU

– en analys av försvarsfrågorna i det europeiska konventet

Författare: Magnus Ekengren och Sara Larsson

2003:9

Reforming the Council – A Work in Progress

Författare: Helen Wallace och Fiona Hayes-Renshaw

2003:8

Simply Simplification? The Proposal for a Hierarchy of Legal Acts

Författare: Carl Fredrik Bergström och Matilda Rotkirch

2003:7

The Invisible Transformation of Codecision

– Problems of Democratic Legitimacy

Författare: Henry Farrell och Adrienne Héritier

2003:6

Skatterna – konkurrens eller harmonisering?

Författare: Mats Persson

2003:5

Flyktingpolitiken i framtidens EU

Författare: Hans E Andersson

2003:4

Subsidiaritetsprincipen – politisk granskning eller juridisk kontroll?

Författare: Jörgen Hettne

2003:3

Förberedelser inför regeringskonferenser

– framtidskonventet i sitt sammanhang

Författare: Karl Magnus Johansson

2003:2

Befogenhetsfördelning mellan EU och medlemsstaterna

Författare: Fredrik Langdal och Josefin Almer

2003:1

The Open Method of Coordination

– *A New Governance Architecture for the European Union?*

Författare: Claudio M Radaelli

Utredningsserien

2004:2u

Nettomigrationen från de nya EU-länderna

– *utvärdering och prognostisering*

Författare: Jonas Eriksson

2004:1u

European Governance

– *An Overview of the Commission's Agenda for Reform*

Författare: Josefin Almer och Matilda Rotkirch

2003:3u

EU:s framtidskonvent – resultatet

Författare: Josefin Almer

2003:2u

Konventet bakom kulisserna

– *om arbetsmetoden och förhandlingsspelet i Europeiska konventet*

Författare: Håkan Jonsson och Hans Hegeland

2003:1u

EU:s framtidskonvent – en översikt

Författare: Josefin Almer

Occasional Papers

2005:1op

The 2005 Luxembourg Presidency: A Presidency Devoted to the Stability and Growth Pact and to the Lisbon Process

Författare: Patrick Dumont och Philippe Poirier

2004:1op

The Netherlands 2004 EU Council Presidency

– *Dutch EU Policy-making in the Spotlights*

Författare: Mendeltje van Keulen

2003:2op

Italiensk utenrikspolitikk under Berlusconi-regjeringen frem til EU formannskapet

Författare: Elisabetta Cassina Wolff

2003:1op

Contrasting Transatlantic Interpretations

– *The EU and the US towards a Common Global Role*

Författare: Ludger Kühnhardt

Sieps

Svenska institutet för europapolitiska studier

Universitetsvägen 10 F
106 91 Stockholm
Stockholms universitet,
Frescati, Hus F, plan 6
Tel: 08-16 46 00
Fax: 08-16 46 66
E-post: info@sieps.se
www.sieps.se