

Gunnar Persson

Gränslös straffrätt

Gunnar Persson

Gränslös straffrätt

– Sieps 2007:4 –

Rapport nr 4
Juni 2007

Utges av Svenska institutet för europapolitiska studier

Rapporten finns tillgänglig på
www.sieps.se

Författaren står själv för analys och slutsatser

Omslag: Svensk Information AB

Tryck: EO Grafiska AB

Stockholm i juni 2007

ISSN 1651-8942

ISBN 91-85129-49-6

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 statsvetenskap, juridik, ekonomi och handel.

I denna rapport identifieras och diskuteras en rad angelägna frågeställningar som aktualiserats till följd av EU:s hittills fläckvisa men kontinuerligt växande aktivitet på straff- och straffprocessrättens område. Från att ha varit en företrädesvis nationell fråga griper numera gemenskapsrätten alltmer styrande och detaljerat in i straff- och straffprocessrättens materiella och systematiska utformning. Den accelererande utveckling som redovisas är dock ingalunda fullbordad.

Rapportförfattaren menar att EG-rättens expansion väcker en rad frågor som bör belysas och diskuteras i syfte att nå lämpliga lösningar. Spörsmål som behandlas innefattar bl.a. behovet av rättssäkerhet, integritetsaspekter och implikationer av Prümkonventionen, ömsesidigt erkännande, effektivitet vid bekämpandet av gränsöverskridande brottslighet, institutionella och rättsliga ramar för en europeisk åklagarmyndighet och polissamarbete samt konstitutionella aspekter.

Författaren framhåller särskilt att den pågående processen har djupa återverkningar på nationell straff- och straffprocessrätt och att behovet av demokratisk legitimitet nu nödvändiggör att såväl berörda EU-organ som nationella beslutsfattare tar ett samlat grepp när det gäller hur den framtida utvecklingen skall se ut.

Sieps ser som en av sina främsta uppgifter att fungera som en länk mellan den akademiska världen och beslutsfattare. Förhoppningsvis kommer denna rapport att bidra till detta samt rent allmänt leda till ökad uppmärksamhet kring straff- och straffprocessrättsliga frågor relaterade till den europeiska integrationen och Sveriges medlemskap i EU.

Jörgen Hettne
Tf. kanslichef
Sieps

OM FÖRFATTAREN

Gunnar Persson är juris doktor. Han tog sin jur kand i slutet av 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”. Därefter började han vid Stockholms universitet 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”. År 2003 gavs ”Tryckfrihet på villovägar” ut, en bok som handlar om den svenska tryckfrihetsrättens bristande överensstämmelse med Europakonventionen. År 2005 gav Gunnar Persson ut en bok som kretsar kring tryckfrihetsrätt och EU-rätt, ”Ekonomiskt förtal – Om svensk tryckfrihet i det nya Europa”. Samma år publicerades också Sieps rapport 2005:2 ”Gamla och nya lagstiftare – om EU och straffrätt”, som behandlar de straff- och straffprocessuella delarna av den vilande konstitutionen. Författaren medverkar också med ett antal inlägg och ett efterord i debattantologin ”Grundlagarna och EU:s konstitution” som gavs ut 2006.

INNEHÅLL

SAMMANFATTNING	7
SLUTSATSER	9
1 INLEDNING	13
1.1 En utveckling som måste legitimeras	13
1.2 Omfattningen av förändringarna	14
1.3 Enskildas rättssäkerhet inom EU	15
1.4 EU-straffrätt som ett uttryck för gemensamma värderingar	17
2 INTERNATIONALISERING	19
2.1 Gällande rätt	19
2.1.1 Rättshistorisk tillbakablick	19
2.1.2 Svensk lagstiftning under 1900-talet; tillkomst och innehåll	20
2.1.3 Utvecklingen inom EU	22
2.1.4 Konsekvenser	28
2.2 Varför internationalisering?	31
2.2.1 Fördjupat samarbete	32
2.2.2 Uppbyggnaden av EU	33
2.2.4 Mängden lagstiftning	34
2.3 Att utreda och lagföra brott inom Europa	35
2.3.1 Brottsligheten som sådan	35
2.3.2 Kriminalitet och juridik	37
2.4 Systemtänkande	38
2.4.1 EU och systematik	38
2.4.2 Ett systematiskt helhetsgrepp	40
2.4.3 Straffrättens förhållande till processrätten	41
2.4.4 Ett nytt system träder fram	43
2.5 Framtidsscenario	44
2.5.1 Behovet av faktiska resultat	44
2.5.2 Graden av genomförande	46
2.6 En jämförelse med USA	49
2.7 Förändringar och följdförändringar i Sverige	50
2.7.1 Faktorer som talar för begränsade förändringar	50
2.7.2 Faktorer som talar för omfattande förändringar	51
2.8 Egentligt slutmål	54
2.8.1 Tre olika alternativ	54

3	SÄRSKILDA PROBLEMOMRÅDEN	56
3.1	Gamla och nya lagstiftare	57
3.1.2	Mål C-176/03, Kommissionens tolkning	58
3.1.3	Kommentar	61
3.1.4	Lagring av trafikdata	63
3.1.5	Var går gränsen mellan första och tredjepelarrätt?	67
3.1.6	En grund för ökad harmonisering	68
3.1.7	Sveriges riksdag/europaparlamentet	69
3.2	En Europeisk åklagarmyndighet	70
3.2.1	En fråga av avgörande betydelse	71
3.2.2	Skäl för och emot införandet av en europeisk åklagarmyndighet ..	73
3.3	Principen om ömsesidigt erkännande	75
3.3.1	Om att reglera legal verksamhet respektive illegal	75
3.3.2	Systemfrämmande lösningar	76
3.3.3	En ulv i fårakläder	77
3.4	Polissamarbete	80
3.4.1	Granskning av granskaren	81
3.4.2	Schengensamarbetet	81
3.4.3	Lagen om gemensamma utredningsgrupper	82
3.4.4	Oklart vad som gäller	84
3.4.5	En förhastad skrivning	85
3.5	Prüm och ett Europa i två hastigheter	86
3.5.1	Frågor som angår Sverige	88
3.5.2	Särskilt om Prüm	89
3.5.3	Fungerar det med ett Europa i två hastigheter?	91
3.6	Individens ställning	92
3.6.1	Systemfel eller förbiseende?	93
3.6.2	Det nya integritetskyddet	95
4	MÖJLIGHETER ATT PÅVERKA	98
4.1	Utvecklingen måste tas på allvar	101
4.2	Medborgarnas Europa	102
	ENGLISH SUMMARY	104

SAMMANFATTNING AV RAPPORTEN

Vi befinner oss i en tid när synen på straffrätt och straffprocessrätt som nationellt bestämd rätt måste ersättas med ett annat synsätt. Redan det ursprungliga Schengenavtalet, som tillkom 1985 och som en direkt reaktion på nedrivandet av gränskontrollerna mellan EU:s medlemsstater, talar egentligen sitt tydliga språk. Den idag högaktuella Prümkonventionen, ibland kallad Schengen III, bekräftar detta paradigmskifte. Under tjugo års tid, och alltså långt före det att Sverige var medlem i EU, har det funnits en tydlig europeisk riktning som sökt efter gemensamma lösningar på gemensamma problem rörande straffrätt och straffprocessrätt.

Frågorna rörande en internationalisering av straffrätt och straffprocessrätt uppfattas allmänt som politiskt känsliga och är juridiskt vanskliga. Samtidigt pågår en snabb utveckling. Föreliggande rapport söker att ur olika synvinklar beskriva denna utveckling och vidare några av dess konsekvenser.

Det finns utrymme för att anlägga en rad olika synvinklar på utvecklingen. EU-samarbetet tillför en extra dimension till vår traditionella syn på rätten och en fråga rapporten söker ringa in är varför det egentligen skulle vara något principiellt fel med en alltmer internationaliserad straff och straffprocessrätt. Kan det inte vara tvärtom; helt enkelt precis vad Europa behöver?

I resonemangen om hur en framväxande EU-rätt på dessa områden kan komma att se ut, utgår rapporten från en beskrivning av den brottslighet som man genom det EU-rättsliga samarbetet särskilt vill kunna komma tillrätta med; gränsöverskridande organiserad brottslighet med verksamheter i flera olika EU-stater. Sedan redovisas de tänkbara vägar som finns för att komma denna brottslighet in på livet. Den väg som bygger på en omfattande harmonisering av straffrätten och straffprocessrätten och ett omfattande polis- och åklagarsamarbete – inte nödvändigtvis byggt på ett tillskapande av överstatliga myndigheter eller domstolar – anförs som den enda i längden politiskt och juridiskt genomförbara. Rapporten tar sedan upp frågan om vad denna väg har för konsekvenser på det nationella planet.

Den därpå följande delen tar upp några särskilda problemområden till diskussion. Dessa är frågan om straffrätt och straffprocessrätt under den första pelaren, frågan om en Europeisk åklagarmyndighet, frågan om de egentliga effekterna av principen om ömsesidigt erkännande, frågan om vem som egentligen har att granska det gränsöverskridande polissamarbetet, frågan om Prümkonventionens tillblivelse och ett Europa i två hastigheter samt slutligen frågan om den enskilde medborgarens ställning i ett för myndigheterna alltmer gränslöst Europa.

Avslutningsvis söker jag besvara frågan om hur man på nationell nivå bäst hanterar den utveckling som sker. En genomgående tanke med denna rapport är att peka på en paradox. En djupgående internationalisering av straff- och straffprocessrätt har traditionellt sett uppfattats som orealistisk. Nu när denna utveckling är ett faktum, kan det lätt uppfattas som om den är så oproblematiske att i stort sett ingenting behöver diskuteras, eller sättas in i ett större sammanhang; allt förefaller att bli ”till det bästa” av sig självt. I själva verket förhåller det sig varken på det ena eller på det andra sättet. Istället är det så att nästan vad som helst i form av internationalisering är tekniskt möjligt, men varje lösning föder samtidigt nya problem, som i sin tur bör skärskådas, bedömas, diskuteras och lösas.

SLUTSATSER

Nationalstaterna inom EU kan inte själva på djupet lösa problem med gränsöverskridande brottslighet.

EU-kommissionen har under lång tid anfört tre skäl för att straff- och straffprocessrätt skall harmoniseras. Dessa är: problemen med gränsöverskridande organiserad brottslighet, problemen med brottslighet riktad mot EU:s egna (ekonomiska) intressen och problemet att tillåtande förstapelarrätt har företrädare framför nationell straffrätt samtidigt som det saknats utrymme för straffrättslig förstapelarrätt.

EG-domstolen har hösten 2005 genom domen i mål C-176/03, kommissionen mot rådet, konstaterat att det redan idag finns ett befintligt utrymme i form av gemenskapskompetens under första pelaren beträffande straff- och straffprocessrätt. EU-kommissionen har tolkat denna dom i långtgående riktning. Det finns idag en överstatlig straffrättslig kompetens i anslutning till traditionella EG-rättsliga frågor inom EU. Detta innebär nya möjligheter för EU men är också i hög grad förpliktigande. EU kan sägas ha blivit straffmyndigt. Utrymmet för nationell straffrätt i förhållande till traditionell EG-rätt måste därför omdefinieras och förtydligas.

Utöver den nationella straffrätten finns det nu två olika lagstiftningssystem beträffande dessa frågor inom EU. Ett system under den överstatliga första pelaren och ett system under den företrädesvis mellanstatliga tredje pelaren. Vi har därmed tre system att arbeta med. Ett genomförande av de förslag som finns i det vilande fördraget om en konstitution för Europa skulle få ned siffran till två, eftersom den mellanstatliga samarbetsformen under tredje pelaren där är borttagen.

Vare sig under den befintliga förstapelarstrukturen eller under reglerna i det vilande fördraget har den nationella lagstiftaren i slutändan kvar den direkta lagstiftningsmakten fullt ut på straffrättens område. Det svenska lagrådets analys av den vilande fördragstexten är därvid ytterst tydlig. Lagrådet beskrev det hela så att ”riksdagens ställning reellt sett urholkas i väsentlig grad”.

Ett effektivt utredande och en effektiv lagföring av gränsöverskridande organiserad brottslighet kräver enhetlig lagstiftning, ett mycket nära samarbete mellan polis och åklagare i olika länder, centraliserade domstolprövningar och domar som har rättsverkan inom hela EU. EU-kommissionen har målmedvetet och under en lång rad år sökt styra utvecklingen i denna riktning.

Det finns ingen självklar gräns för hur mycket brottslighet ett samhälle kan tolerera. Bedömningen av var denna gräns går är ytterst en politisk bedöm-

ning. De politiska bedömningar som i slutändan för utvecklingen framåt bygger i sin tur på juridiska bedömningar och får stora juridiska konsekvenser.

Den svenska, traditionellt sett, förespråkade starka uppdelningen mellan politik och juridik försvårar synen på vad som egentligen sker i ett starkt dynamiskt skede. Utvecklingen inom EU är därför svårplacerad i – för att inte säga främmande för – den svenska rättsapparaten. Att gå ifrån ett nationellt betingat synsätt till ett överstatligt eller i vart fall internationellt synsätt är överhuvudtaget inte enkelt. Det finns en naturlig tendens att hålla fast vid det gamla, särskilt om man inte kan se vad som komma skall.

Det är framförallt EU-kommissionen som står för det överstatliga perspektivet. Denna är inte bunden av nationell tradition, utan har ett mycket ”realjuridiskt” synsätt. Kombinationen av att EU-kommissionen ges en allt större initiativrätt, varvid den enskilda medlemsstatens inflytande minskar, med den syn på centraliserad lagstiftning och centraliserad myndighetsorganisation som för närvarande förespråkas av sagda kommission – varvid nationell rätt och rättslig systematik sätts under hårt tryck – kan visa sig vara såväl snabbt som starkt verkande.

På det principiella planet finns det skäl att ifrågasätta varför EU:s medlemsstater överhuvudtaget skall ha skiftande regler rörande straffrätt och straffprocessrätt. EU handlar i grunden om ett tillnärmande av Europas folk till varandra. En gemensam straff- och straffprocessrätt kan i detta sammanhang ses som en byggsten när det gäller tillskapandet av en gemensam europeisk identitet.

På ett mer praktiskt plan kan en rad viktiga problemställningar formuleras. Dessa måste analyseras och därefter söka lösas.

Det är enligt min uppfattning i längden ohållbart med två olika lagstiftningsstrukturer inom EU. För Sverige är den uppkomna situationen med straffrätt och straffprocessrätt under första pelaren extra problematisk eftersom Sveriges riksdag ännu inte överlåtit någon beslutanderätt till EU enligt RF 10:5 beträffande dessa frågor.

EU-kommissionen har under tio års tid kontinuerligt arbetat för tillskapandet av en europeisk åklagarmyndighet som skulle vara en överstatlig myndighet. Om denna väl kommer till stånd kommer utvecklingen att gå i en starkt harmoniserande riktning.

Principen om ömsesidigt erkännande är en betydligt mer radikal princip än vad det sägs. Den fungerar så att varje land får behålla sin egen rätt, samtidigt som den tillåter andra länder att tillämpa sin egen. Men om man i

land nr 1 tillåter ett annat land, land nummer 2, att tillämpa sin egen rätt, i förhållande till medborgare i land 1 som befinner sig i land 1, utan egentlig prövning, då har man ju i själva verket släppt in 26 olika staters myndighetsutövning i det egna landet. Har man på detta vis erkänt andra staters rätt, då måste man rimligen också kunna gå steget vidare och harmonisera lagstiftningen så att alla 27 stater får samma rätt.

Det alltmer fördjupade polissamarbetet sätter frågan om vem som ska granska granskaren i nytt ljus. Frågan om ifall utländska poliser på uppdrag i Sverige egentligen ligger under JO:s tillsyn förefaller synnerligen oklar. Denna märkliga utveckling bör inte EU lastas för. Här tycks ansvaret helt vara att förlägga inom Sverige. Det finns här anledning till en snabb kursändring.

Den så kallade Prümkonventionen som är en fördjupning av det redan existerande Schengensamarbetet har en märklig tillkomsthistoria. Sju stater har på egen hand gått ihop om en konvention som berör frågor som i högsta grad redan ligger på EU:s bord. Därefter ges övriga medlemsstater möjlighet att delta i samarbetet, vilket också skedde i januari 2007. Frågan om hur man som litet medlemsland egentligen ska förhålla sig och agera ställs därmed i blyxtbelysning. Den svenska metoden, att förhålla sig passiv och sedan ställas inför fullbordat faktum och då ansluta sig, kan ifrågasättas.

Individens integritetsskydd och rättssäkerhet har genom den pågående utvecklingen kommit att utsättas för ett nytt slags tryck. En alltmer utbyggd tillämpning av principen om ömsesidigt erkännande sätter den enskilde medborgaren i land nr 1 inför betydande problem när det är företrädare för land nr 2 som exempelvis vill få personen i fråga överlämnad. Vem ska hjälpa ifrågavarande person? Vart ska han/hon egentligen vända sig? Inte ens de modesta miniminormer som uppstälts i ett förslag till rambeslut beräffande miniminivåer rörande misstänkta rättigheter från april 2004 har kunnat genomdrivas inom ramen för tredjepelarsamarbetet. Information rörande våra liv lagras och används alltmer av myndigheter inom EU. Samtidigt har inte heller det förslag till rambeslut som gäller informationskydd ännu kunnat genomdrivas under den tredje pelaren.

Det tycks som om Sverige de senaste två åren tappat mark på dessa områden. EG-domstolen har i två mål, C-105/03 och C-176/03, på ett mycket klart sätt slagit fast vissa principer som Sverige menat inte omfattas av de nuvarande fördragen; omfattningen av möjligheterna till förhandsavgöranden under tredje pelaren och utrymmet för tillskapande av straff- och straffprocessrätt under första pelaren. Kommissionen har redan presenterat tre direktiv beträffande frågor som Sverige ansett skulle ha legat under

tredje pelaren. Vi har idag accepterat Prümkonventionen, utan att deltagit i dess tillkomst. Det tycks som om vår traditionella uppdelning mellan politik och juridik, i förening med en starkt instrumentell syn på EU-medlemskapet, just nu tjänar oss illa och placerar oss i Europas periferi.

Vi har själva i vårt eget land möjlighet att förändra och påverka. Detta kräver dock engagemang, kreativitet och kunskap om utvecklingen. Sverige har av tradition haft ett fungerande utredningsväsende där frågor kunnat behandlas ordentligt. Hade den utveckling som nu sker på europeisk nivå enbart rört svenska förhållanden hade såväl utredningsverksamheten som forskningen kring dem redan varit omfattande. Det är därför anmärkningsvärt att det svenska utredningsväsendet i så liten grad hittills nyttjats för att på ett tidigt stadium fördjupa kunskaperna om de frågor som nu är aktuella.

1 INLEDNING

1.1 En utveckling som måste legitimeras

Frågor om hur straffrätten och straffprocessrätten egentligen ska utformas, liksom frågor om alltifrån hur ett effektivt polisarbete ska bedrivas till hur riksdagen – såsom ”lagstiftare” eller kanske något annat – ska bedriva sitt arbete, har lossats från sina trygga gamla kajplatser och är bokstavligt talat på drift. Det mesta är idag genom vårt medlemskap i EU förhandlingsbart. Det är i detta omvälvande läge förhållandevis lite som alls diskuteras.¹ En förklaring till detta kan vara att man även om straffrätt och straffprocessrätt kan säga att ”hälsan tiger still”. Det är först när något har blivit riktigt fel – företrädesvis i form av ett omskakande brott – som blickarna och in-tresset riktas mot detta område. En annan förklaring är att utvecklingen är svår att se tydligt och att man därför inte riktigt vet vad det är man ska diskutera. En tredje, mer konspiratorisk, förklaring är att vissa läger ibland inte vill ha någon större diskussion. Listan på orsaker till avsaknad av dis-kussion kan göras längre, men till inledning på den här rapporten finns all anledning att helt vända på resonemanget och mer se till vilka skälen är för att på allvar belysa dessa frågeställningar.²

För alls inte länge sedan uppfattades en internationalisering av den under lång tid nationellt bestämda straffrätten som en tanke nära nog stridande mot någon form av naturlag. Så mycket uppfattades som problematiskt i detta perspektivskifte att utvecklingen inte riktigt togs på allvar. Istället för att se till vad som faktiskt skulle kunna vara möjligt med en radikal inställning och utgå från det, utgick man från traditionella synsätt och lät frågan bero. Sådant som de flesta för tio år sedan trodde var omöjligheter inom dessa rättsområden, har dock idag hunnit förverkligas. Det är paradoxalt att idag, när internationaliseringen verkligen är högst konkret, då tycks allt vara väldigt problemfritt.

¹ Svensk juristtidning nummer 1 för 2007 är betitlad Brottsbekämpning, rättssäkerhet och integritet – internationell och nationell utveckling, Rapport från rättssymposium den 3–4 oktober 2006 på Härings slott. Häftet innehåller 18 artiklar. Naturligtvis finns frågan om utvecklingen inom EU med, dock oftast mer som en fond än satt i fokus. Undantag finns dock, särskilt då bidragen från Solveig Wollstad, Sveriges nationella medlem vid Eurojust och Erik Wennerström, ämnesråd på Justitiedepartementet är direkt inriktade på EU-frågor.

² Professor Petter Asp har i avhandlingen EG:s sanktionsrätt från 1998 och boken EU & straffrätten från 2002 sökt beskriva förhållandet mellan EU-rätt och nationell rätt. Särskilt den senare volymen tar upp en rad straffrättsliga och straffprocessuella frågeställningar. Det kan dock konstateras att vi sett en snabb utveckling sedan 2002. EU har idag 27 medlemsstater. Vidare finns innehållet i den vilande konstitutionen. Det kan också konstateras att det idag – under befintliga fördrag – verkligen visat sig finnas ett utrymme för att lagstifta om straffrätt och straffprocessrätt under den första pelaren. En förnyad framställning skulle därför vara av högsta värde.

Utvecklingen sker oavsett om det förs någon diskussion eller ej. Det är till och med ett rimligt antagande att den sker fortare och får alltmer djupgående verkningar ju mindre den diskuteras. I synnerhet när det gäller straffrätt och straffprocessrätt har dock tanken under lång tid varit att dessa rättsdiscipliner får sin legitimitet genom någon form av medborgerligt inflytande under resans lopp.³ Det som för Sveriges vidkommande mycket väl kan visa sig vara de största samtida förändringarna någonsin beträffande straffrätt och straffprocessrätt – två rättsområden som verkligen kräver någon form av medborgerlig acceptans – sker nu i tysthet, utan att medborgarna på något tydligt sätt bjuds in. Grunden för den nya straffrätt och straffprocessrätt som är på väg att skapas inom EU riskerar därmed att bli svag. Det finns i detta en risk för att utvecklingen blir sin egen fiende.

Behovet av en diskussion blir inte mindre av att en så stor del av utvecklingen innefattar en förändring av maktpositioner. För svenskt vidkommande innefattar detta att den traditionella lagstiftaren i form av riksdagen hamnar i ett annat läge än tidigare. Riksdagens direkta lagstiftningsmakt har minskat och fortsätter minska. Det har ju redan visat sig att det produceras lagstiftning med bäring för svenska förhållanden på detta område, utan att riksdagen i själva verket haft något reellt inflytande. Det är kanske till och med dags att söka föra en diskussion om hur straffrätt och straffprocessrätt – liksom samhället i stort – påverkas av att makten över en för ett land såpass central lagstiftning inte längre ligger inom landet själv.

1.2 Omfattningen av förändringarna

Frågan om den faktiska omfattningen av förändringen av den egentliga lagstiftningen – straffrätten och den processrätt som styr utredning och lagföring av brott – förtjänar att diskuteras. Den bild som oftast ges är att det löpande arbetet hos polis, åklagare, andra myndigheter, advokater och domstolar inte påverkas särskilt mycket och att inte heller det straffrättsliga regelverket eller påföljdssystemet påverkas i grunden. Principen om ömsesidigt erkännande⁴ är kanske det mest iögonfallande exemplet på hur denna tanke om att nationell rätt står opåverkad manifesteras.

Om man utgår från verkligheten och funderar på hur exempelvis den gränsöverskridande brottsligheten ser ut – ett av de problemområden som internationaliseringen tar sikte på att hantera – måste det konstateras att det är fråga om en brottslighet man har problem med på nationell nivå,

³ Se Persson, Gamla och nya lagstiftare, Siepsrapport 2005:2 avsnitt 6.

⁴ Se avsnitt 3.3 nedan.

inte minst för att den aktualiserar så stora delar av den nationella juridiken. Den skär genom en rad centrala straffstadganden – i själva verket genom flertalet kapitel i brottsbalken – liksom genom en rad specialstraffrättsliga bestämmelser. Den skär vidare rakt igenom den så kallade straffrättens allmänna del. Den aktualiserar i princip samtliga straffprocessuella tvångsmedel som finns och den aktualiserar de mest ingripande påföljderna liksom en rad andra rättsverkningar, såsom skadestånd och förverkandefrågor.

Kan man då i förlängningen på något hanterligt sätt dela upp straff- och straffprocessrätt så att vissa delar gäller på nationell nivå opåverkade av internationellt samarbete medan en del gäller just frågor där internationellt samarbete aktualiseras? Det kan redan nu konstateras att en separation mellan det ena och det andra förefaller svårhanterlig och svår genomförbar. Det förefaller mer troligt att den pågående internationaliseringen i praktiken innebär att nationella rättsordningar rent generellt kommer att tillnärmå varandra.

1.3 Enskildas rättssäkerhet inom EU

Att utvecklingen på detta område syftar till att brottslingar inte längre skall kunna organisera sig och begå brott betyder inte detsamma som att alla ingripanden av polis och åklagare kommer att riktas mot personer som i slutändan kan fällas för brott. Det betyder inte heller att personer som i slutändan fälls för brott inte ska ha något skydd mot alla slags ingripanden.

Vore det så enkelt att allt vad myndighetsföreträdare gör blir rätt eller att allt de gör vore tillåtet, då skulle vi inte behöva diskutera de frågor som ryms under begreppet rättssäkerhet. I svensk rätt omfattas denna balansgång av regler på skiftande nivåer. Frågan om vad som överhuvudtaget är straffbelagt är i detta sammanhang en grundläggande fråga. Ifrån detta spänner sedan ett nät av gigantiska proportioner ut sig. Regeringsformen andra och åttonde kapitel söker på ett övergripande sätt klargöra förhållandet mellan å ena sidan den enskildes fri- och rättigheter och å andra sidan utrymmet för begränsningar av dessa. Detta får mer konkreta återverkningar genom den allmänna lagstiftningen. Några centrala pusselbitar handlar om vad som egentligen händer när det allmänna har gått för långt, och ingripit mot en enskild utan att det har funnits något författningsmässigt stöd. Förutom att generella regler rörande exempelvis misshandel eller dataintrång kan tillämpas, hamnar regleringen beträffande tjänstefel i fokus. Det är inte ens i nationell rätt alltid särskilt enkelt att avgöra om ett agerande legat innanför eller utanför lagen. En räkka uppställda skälighets- och proportionalitetsbedömningar gör att rättsområdet lätt kan uppfattas som svår-

genomträngligt. Rättsområdet blir än mer diffust, men samtidigt alltmer viktigt, då dessa frågor sätts in i ett internationellt perspektiv.

Frågor om den enskildes rättssäkerhet och integritetsskydd riskerar lätt att förlora sig ut i det oändliga. Svaret på hur förhållandet ser ut kan i själva verket inte ges på något annat sätt än genom att hela den offentliga rätten gås igenom; vilket torde vara ett övermänskligt arbete. Däremot kan man låta vissa riktmärken tjäna som vägledning. Går relevant lagstiftning överhuvudtaget att hitta? Uppfattas det som om rättsvårdande myndigheter tar det allmännas egna överträdelser på allvar? Uppfattas det som om det finns en balans mellan det allmänna och den enskilde?

Det förefaller som om samtliga dessa tre frågor i förhållande till utvecklingen inom EU dessvärre måste besvaras nekande. Det är i vissa delar idag närmast omöjligt att veta vilken lagstiftning som gäller, eller hur den ska tolkas. Frågan om i vilken utsträckning regleringen av tjänstefel äger tillämplighet på utländska polisens insatser i Sverige är exempelvis ytterst svårbesvarad.⁵

Det är vidare olyckligt att utvecklingen inom EU så mycket kretsat kring att underlätta för olika myndigheter, medan – rent konkret – förhållandevis lite gjorts för att få till stånd ett verkligt fungerande system när det gäller frågan om tillvaratagandet av enskildas skydd i det enskilda fallet.

Det kan i detta sammanhang slutligen konstateras att den balans mellan det allmänna och den enskilde som under årens lopp arbetats fram på nationell nivå är utsatt för ett strukturellt tryck. De rättsvårdande myndigheterna ges alltmer ökade möjligheter att samarbeta genom att lagstiftning skrivs om och nya samarbetsformer inrättas. Det har blivit enklare och det går ojämförligt mycket snabbare för en myndighet i ett land att få något utträttat i ett annat land idag, än för tio år sedan. Ett strukturellt problem är här att den enskildes möjligheter att göra sig hörd och förstörd inte förstärkts. Den enskilde som utsätts för granskning befinner sig nämligen alltjämt på ruta ett. Han eller hon har exempelvis inte fått något utökat stöd för att över nationsgränserna söka hävda sin rätt. Medborgarens möjlighet till överblick över sin situation har helt enkelt minskat. Frågan om hur man ska kunna både förstärka rättsordningarnas effektivitet och upprätthålla den balans som måste finnas mellan det allmänna och den enskilde bör inte förbigås med tystnad.⁶

⁵ Se avsnitt 3.4 nedan.

⁶ Se avsnitt 3.6 nedan.

1.4 EU-straffrätt som ett uttryck för gemensamma värderingar

Det finns slutligen anledning att sätta in den pågående utvecklingen inom straff- och straffprocessrätt i ett större europeiskt samhällsperspektiv. Utformningen av vår lagstiftning bygger ytterst på politiska överväganden, och som inledningsvis nämdes är det mesta på dessa områden stätt i gungning idag. Det finns därför anledning att föra en politisk eller om man så vill rättspolitisk diskussion beträffande dessa frågor, en diskussion som utgår från att en internationalisering och en harmonisering av straffrätten är fullständigt nödvändig. Det går helt enkelt inte att tro att nedrivandet av nationsgränser inte måste följas av minskade skillnader rättsordningar emellan, eller att en internationalisering kan undvikas. Men frågan är om detta måste ses på som huvudsakligen problematiskt, som om man förlorar något på vägen. Det kan istället vara så att förtecknen på en kommande diskussion mycket väl blir helt omvända. Varför, kan man fråga sig, ska medborgarna i EU:s medlemsstater inte lyda under gemensamma lagar? Vad är det för fel på likartade regler?

I Sverige har straffrätten och straffprocessrätten under efterkrigstiden i ganska liten utsträckning använts i direkt politiska syften, det vill säga som ett verktyg för att uppnå rent politiska målsättningar. I vart fall har straffrätten och straffprocessrätten sällan diskuterats i dessa termer inom rättsvetenskapen, då detta utgjort ett närmast förbjudet territorium. De senaste 50 åren har istället mest varit präglade av systemunderhåll. Men juridik kan användas på många sätt. Det kan i detta sammanhang räcka med att konstatera att en sammanhållen gemensam rätt har en tydlig tendens att fungera sammanhållande i ett samhälle, medan skiftande rätt tenderar till att skapa en uppdelning mellan olika grupper.

Utvecklingen inom EU syftar inte till att upphäva de olika nationerna, på så vis att det enbart skulle finnas ett stort "Europa". Däremot syftar den till att underlätta utbyte av – i princip – alla slag över nationsgränser. Det är samtidigt tydligt att det inte finns någon möjlighet att idag, på förhand, säga var gränsen mellan å ena sidan nationell självbestämd rätt och å andra sidan gemenskapsrätt slutligen kommer att hamna. Det kan beträffande straff- och straffprocessrätt dock konstateras att ett helt samstämmigt och gemensamt regelverk egentligen inte skulle skada utan istället underlätta i princip allt fortsatt övrigt arbete inom EU, liksom att det faktiskt skulle gynna medborgarna i Europa. Det skulle vidare – vilket är av särskilt intresse i detta sammanhang – vara en psykologiskt viktig faktor. Ett vidsträckt område inom vilket det i stort sett råder gemensamma regler beträffande vad som är tillåtet och vad som är otillåtet måste fungera som en

bättre symbol för ett nära sammanlänkat Europa än en fullständigt disparat och sammantaget sett helt överskådlig straff- och straffprocessrätt.

2 INTERNATIONALISERING

2.1 Gällande rätt

2.1.1 Rättshistorisk tillbakablick

Går man 20–25 år tillbaka i tiden, var den internationella delen av straffrätten, straffprocessrätten och polisrätten inte någon framträdande del av vare sig juridiken eller juristutbildningen. Några djupare resonemang om andra staters rättsliga traditioner förekom knappast alls, vare sig inom rättsmaskineriet eller inom utbildningsväsendet. Sveriges inträde i EU borde snabbt ha förändrat läget, men gjorde det i ganska liten grad. Idag kan det dock konstateras att de förutsättningar som nationell straffrätt byggde på tidigare, i grunden förändrats. Vi måste idag i våra resonemang om hur straffrätten fungerar och dess funktioner ha som utgångspunkt ett internationellt eller ett gränslöst perspektiv, inte en nationellt svenskt. Väljer man att hålla kvar de begränsade verktyg och den begränsande verklighetssyn som präglat svensk juridik under lång tid, då finns det också bara begränsade möjligheter att förstå vad som hänt, vad som händer och – inte minst – vad som kommer att hända. Problemen blir därvid inte mindre av att synen på den svenska juridikens historiska förhållande till sin omvärld har varit så starkt vinklad.

Vi i Sverige har ju brukat framhäva vikingatiden som en tid när det skandinaviska och sålunda det svenska trädde fram ur historiens dunkel. I synen på juridiken har det nationella synsättet återspeglats på så vis att det under lång tid har funnits – och kanske alltjämt finns – en tanke om att den svenska rätten haft ett ursprung i denna vikingatid. Men det har visat sig att vi i själva verket vet väldigt lite om den där speciella och ursprungliga rättsordningen. Den förefaller i många stycken vara lika mycket fantasi som förekomsten av kohorn på vikingens hjälm. Det skulle dröja in på 1980-talet innan denna gängse bild kunde börja korrigeras mer ordentligt. När väl seriösa jämförande undersökningar gjordes, mellan våra äldsta källor – landskapslagarna – och rättskällor utifrån, då visade det sig med en närmast bedövande tydlighet att det fanns mycket stora likheter mellan de svenska källorna och de utländska. Den enkla sanningen är att våra landskapslagar, vilka är från 1200-talet, inte manifesterar något ursprungligt nordiskt, skandinaviskt eller svenskt. De är istället till mycket stor del influerade av Mose lag. Det är kyrkans män som varit framme med pennan. Vad som föregick denna lagstiftning vet vi dessutom ytterst lite om. Det finns inga källor.

Elsa Sjöholm skrev följande i sin bok *Sveriges medeltidslagar, Europeisk rättstradition i politisk omvandling från år 1988*:⁷

⁷ Utgiven av Institutet för rättshistorisk forskning.

De västerländska lagarna har ytterst fått sin legitimitet genom den lag som Moses påstods ha upptecknat på befallning av Herren. Förbundet mellan Herren och hans utvalda folk blir modellen för det kungadöme av guds nåde som uppträder redan i de äldsta kontinentala lagarna. Brottskategorierna, bevisningen, påföljdsarterna och en mängd överensstämmelser i detalj visar sambandet med den mosaiska rätten. ... Huvudparten av de västerländska medeltidslagarna utgörs av straffrätt. Den mosaiska straffrätten flyter tidigt samman med den romerska. Här finns en rad överensstämmelser, noterade redan av dåtidens lärde. Det är denna samlade tradition som utgör basen för straffrätten redan i de äldsta kontinentala lagarna. Innehållet i de svenska medeltidslagarna består av recipierat gods från denna samlade rättstradition och äldst har det förmedlats via ärkesätet i Lund.⁸

Vad vi sedan 1500-talet och under århundradena framåt kunnat se är förvisso en svensk nationalstat med egen lagstiftning. Men inte heller denna nationella utveckling inom straff- och straffprocessrätt har pågått i något vakuum. Naturligtvis har utländska resonemang – särskilt tyska – starkt påverkat utvecklingen i Sverige.

Synen på svensk rätt som typiskt svensk är alltså felaktig och det är olyckligt om en felaktigt beskriven historia gör det extra svårt att se – och att se vitsen med – den utveckling som sker idag. Vad som visar sig nu, liksom redan tidigare i vår historia, är att tanken på att såväl rätten som lagstiftningsarbetet och rättstillämpningen måste vara nationella frågor, är onödigt begränsande. Det finns andra sätt att resonera på.

Vad man dock samtidigt måste understryka är att en sammanhållen centraliserad nationalstat med väl definierade gränser och reglerad genom en sammanhållen enhetlig lagstiftning och styrd genom en stark centralmakt, det vill säga, relativt sluten utåt, är en till sin uppbyggnad synnerligen väl fungerande enhet när det gäller att såväl lagstifta som att tillämpa lagen. Det kan inte heller råda någon tvekan om att en rad – för att inte säga de flesta – av de principer och funktioner som utvecklats inom nationalstatsrätten, också måste ha full bäring i en mer internationellt präglad rätt.

2.1.2 Svensk lagstiftning under 1900-talet; tillkomst och innehåll

Såväl den svenska straffrätten som den svenska straffprocessrätten ger ett intryck av att vara tillkommen vid ett tillfälle. Regleringarna är förhållandevis

⁸ s. 236.

väl samlade, det finns en genomgående systematik. Lagarna är uppbyggda så att man kan växla mellan olika frågeställningar och ändå behålla någon form av helhetssyn. Lagstiftningen är användarvänlig för den som vet att hantera den. Skälen till detta är flera. Ett är att den svenska lagstiftningen under många hundra år haft straffrätten och straffprocessrätten väl samlad. Dagens brottsbalk och rättegångsbalk är fortsättningarna på en lång tradition. Ett annat skäl är att dessa balkar idag är av förhållandevis färskt datum. Brottsbalken trädde i kraft 1965, rättegångsbalken 1948. Ett tredje skäl är att man i lagstiftningsarbetet bakom såväl BrB som RB använde sig av ett långt gående systemtänkande. Vissa begrepp återkommer på olika platser och är tänkta att ha samma betydelse var de än dyker upp. Vissa gemensamma frågor är samlade i en särskild del, eller i en paragraf, till vilken det inte ens nödvändigtvis hänvisas till i texten i övrigt. Ett slående exempel är brottsbalkens utformning av regleringen beträffande medhjälp till brott, en reglering som utsträcker straffansvaret i betydande mån jämfört med vad som står i de enskilda straffbudena, men som inte återfinns förrän i brottsbalkens 23 kap 4 paragraf. Utan kunskap om denna – för en straffrättare fullkomligt självklara – systematik har man i själva verket ingen aning om hur det straffbara området i Sverige egentligen ser ut. Å andra sidan, ett ruckande på de principer som denna i sig ganska undanskymda paragraf bygger på, kan lätt uppfattas som ett angrepp på själva det straffrättsliga systemet. Inom straffprocessrätten har man exempelvis den gemensamma problematiken beträffande å ena sidan hur mycket av faktiskt handlande en doms rättskraft täcker in och å andra sidan vad ”processföremålet” i en process egentligen är. Man kan, är det tänkt, inte ändra på det ena utan att det också ändrar på det andra. En lösning måste så att säga vara en helhetslösning.

Under de år som har gått sedan respektive lag trädde i kraft har de naturligtvis ändrats. Det har i själva verket skett kontinuerligt. Ändå kan man påstå att grundtankarna bakom respektive lag finns kvar. Det måste i detta sammanhang slås fast att det oavbrutna reformarbetet på straffrättens och straffprocessrätten område till helt övervägande del skett på ett systemlojalt sätt. Det har varit ändringar inom systemen, inte av systemen.

Den svenska lagstiftningsprocessen har starkt bidragit till att denna kontinuitet kunnat upprätthållas. En reform på detta område har vanligtvis sin början i antingen ett politiskt önskemål om någon form av förändring, eller ett påpekande från juristhåll att något inte fungerar som det var tänkt. Dessa tankar konkretiseras genom ett utredningsdirektiv, en utredning tillsätts (ofta innehållande experter och ledamöter från riksdagspartierna) och utredningen lämnar ett motiverat förslag till lagstiftning. Detta remissbehandlas (varvid förslaget granskas av myndigheter, företrädare för universitet och högskolor,

och andra som kan ha intresse i saken), regeringen upprättar en lagrådsremiss. Remissen granskas av lagrådet varefter regeringen lägger fram en proposition för riksdagen. Riksdagen behandlar ärendet i ett utskott, (vanligtvis justitieutskottet) varefter slutligen, eventuellt efter en diskussion i kammaren, beslut tas om en lagändring. Man kan konstatera att detta också är ett system. Vi har alltså två system att laborera med. Dels det system som utgörs av innehållet i lagstiftningen, dels det system som skapar lagstiftningen.

2.1.3 Utvecklingen inom EU

Utvecklingen av straff- och straffprocessrätten inom EU beskrivs inte bäst genom en uppräknig och redovisning av befintliga rättsakter. I och för sig utgavs år 2005 en form av lagbok på 1120 sidor,⁹ varav innehållsregistret i sig är på tolv sidor; så det finns att ta utav. Ändå bör utvecklingen – om den alls ska kunna tydliggöras – beskrivas på ett mer behovsinriktat sätt.

Frågorna om straffrätt och straffprocessrätt har i själva verket på ett eller annat sätt funnits med under hela det snart 60-åriga reformarbete som skett i Europa efter andra världskriget. Det kan konstateras att straff- och straffprocessrättsliga frågor företrädesvis behandlades i Europarådet, medan det till antalet stater betydligt mindre EEC ägnade sig åt handelsfrågor. Med tanke på att den ”Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna” utarbetades inom Europarådet skulle man ju också kunna tänka sig att detta råd skulle utgöra den mer självklara startpunkten för ett fördjupat internationellt samarbete beträffande straff- och straffprocessrätt. Så har det dock inte blivit.¹⁰

Förklaringen till varför EU idag alltmer tar över i förhållande till inte bara enskilda medlemsstater utan också i förhållande till en tidigare fungerande samarbetsform ligger i det omfattande EU-samarbetet i sig, som utan att nödvändigtvis ha varit inriktat på straff- och straffprocessuella frågor, ändå påverkat dessa. Det är nära nog att likna vid fysikens gravitationskraft. Den finns där, vare sig man vill det eller ej.

⁹ Henri Labayle & Anne Weyembergh, Code of Criminal Law of the European Union, Bruylant.

¹⁰ För en mer ingående beskrivning av förhållandet mellan Europarådet och EU se Steve Peers, Mutual recognition and criminal law in the european union: Has the council got it wrong? Common Market Law Review 41: 5–36, 2004, s. 7 ff.

Det är i detta perspektiv man bör se tillkomsten av Schengensamarbetet som på många sätt förtjänar att här fungera som startskott.¹¹ Det märkliga och samtidigt typiska med Schengensamarbetet var att det inte tillkom inom EU, utan istället som en direkt konsekvens av arbetet inom EU. När de fyra friheterna genomfördes inom EU och gränskontrollerna mellan EU:s medlemsstater revs ned, blev reaktionen från fem medlemsstater – Tyskland, Frankrike och Beneluxländerna – den att år 1985 träffa ett eget avtal. I detta behandlades hur man skulle göra beträffande en rad gränsöverskridande frågeställningar. Diskussionerna beträffande Schengensamarbetet har ofta varit inriktade på de delar som handlar om hur skyddet ska fungera utåt; mot ickemedlemmar, men den handlar i själva verket minst lika mycket om hur man ska samarbeta inåt. Schengenkonventionen, som alltså bygger på det ursprungliga avtalet, utarbetades och trädde i kraft mellan de avtalslutande staterna år 1995.

För enskilda nationalstater har frågan om makten över straffrätten varit av central betydelse och sällan något man ger bort eller på annat sätt överlåter till någon annan. Däremot kan man – då det verkligen finns ett behov – samarbeta med andra nationalstater. Ungefär så tänkte sig nog de flesta som arbetade med dessa frågor alljämt i början på 1990-talet. Att behovet av samarbete ökade i samma hastighet som EU:s medlemsstater på i princip alla andra områden öppnade sig för varandra, var därvid en rimlig utgångspunkt. Att samarbetet då skulle kunna ske inom EU:s ramar måste sägas vara en ytterst naturlig tanke. Att förlägga straff- och straffprocessrättsliga frågor under den traditionella EG-rättsliga överstatliga beslutsstrukturen, uppfattades dock på nationell nivå som en politisk omöjlighet. EU-kommissionen för sin del försökte redan år 1989 och 1991 få igenom entydiga skrivningar beträffande straffrättsliga regler i direktiv, men misslyckades.¹² Samarbetet kom under 1990 talet istället sakta att konkretiseras i mellanstatliga former under den genom Maastrichtfördraget år 1993 tillskapade EU:s så kallade tredje pelare.

Vad som skiljt det EU-rättsliga samarbetet under den tredje pelaren från exempelvis samarbetet inom Europarådet är att även EU-kommissionen

¹¹ Startpunkten skulle kunna läggas ännu längre tillbaka i tiden, beroende på hur man vill bedöma de olika former av informellt samarbete som på 1970 talet uppstod mellan EU:s medlemsstater. Dessutom sökte Frankrike under 1970-talet få till stånd ett närmare samarbete inom EU. Ett arbete som stoppades av en del andra medlemsstater som menade att Europarådet skulle få behålla monopolet beträffande de straffrättsliga frågorna. Se Anne Weyembergh, Building a european legal area: what has been achieved and what has still to be done? Föredrag april 2000, www.cicerofoundation.org

¹² Rådets direktiv (592/89) om samordning av föreskrifter om insiderhandel och rådets direktiv (308/91) om åtgärder för att förhindra att det finansiella systemet används för tvättning av pengar.

givits initiativrätt inom tredje pelaren. Betydelsen av detta kan i sammanhanget inte nog betonas. Det är kommissionen som haft förmåga – inte minst sett ur ett rättspolitiskt perspektiv – att se förbi olika nationella lösningar och käpphästar. Dessutom har den, som redan framgått, oavslåtligen haft egna intressen.

År 1997 presenterades ett lagförslag med namnet Corpus Juris. Bakom förslaget låg EU-kommissionen, medan det mer formellt lades fram i form av ett rättsvetenskapligt ”diskussionsförslag”. Förslaget handlade om hur man skulle få kontroll på de ”brott mot unionens finansiella intressen” som sker genom bedrägeri och liknande. Kommissionen har menat – och menar alltså – att nationella myndigheter varit alltför passiva i förhållande till denna brottslighet. I Corpus Juris föreslogs harmoniserade materiella straffrättsliga regler, harmoniserade straffprocessuella regler och inte minst presenterades tanken på en överstatlig Europeisk åklagarmyndighet. Förslaget fick allvarlig kritik och ledde inte till något egentligt lagförslag.

Under större delen av 1990-talet var generellt sett viljan till fördjupat samarbete på dessa områden ganska svag. Detta berodde framförallt på att inget land egentligen hade någon större vilja att förändra sin egen lagstiftning, vidare på att man hade svårt att överhuvudtaget hitta någon fungerande beslutsform under den tredje pelaren. Man skulle lite tillspetsat kunna säga att medlemsstaterna under några år inte visste vad man skulle samarbeta om eller hur man skulle göra det. Det skulle egentligen dröja fram till år 1999 innan man dels genom Amsterdamfördraget, dels genom överenskommelsen vid EU-toppmötet i Tammerfors hösten samma år, började hitta ett fungerande arbetssätt. Det lagstiftningsinstrument som heter ”rambeslut” kom nu att börja fungera som fundament. Vidare presenterades principen om ömsesidigt erkännande som en lösning även på tredjepelarsproblematik. Inte minst blev Schengenkonventionen en formell del av EU-rätten detta år. Europol inrättades för att underlätta det polisrättsliga samarbetet. Också den Europeiska byrån för bedrägeribekämpning (OLAF) – en myndighet tillkommen under första pelaren för att skydda unionens finansiella intressen och utföra ”administrativa utredningar”, men samarbetande med nationella polis- och åklagarmyndigheter – tillkom detta år.

Att den 11 september 2001 har haft avgörande betydelse för utvecklingen inom EU på dessa områden är tydligt. Det är i kölvattnet av denna händelse merparten av dagens regleringar tillkommit. Ett rambeslut om terroristbrott inom EU tillkom snabbt, liksom det banbrytande rambeslutet om en europeisk arresteringsorder. Idag har vi att beakta dryga tjugotalet rambeslut, varav många aktualiserar centrala straff- och straffprocessrättsliga frågeställningar. Vidare utvidgades möjligheterna till åklagarsamarbete ge-

nom tillkomsten av Eurojust år 2002. Omfattningen av samarbetet under tredje pelaren var under 2000-talets första år närmast explosionsartad, ändå har den inte uppfattats som tillräcklig.

År 2004 presenterades förslaget om ett fördrag om upprättande av en konstitution för Europa. I detta fördrag är tredjepelarsamarbetet skrotat. Straff- och straffprocessrätt ligger där under ett system som har ganska stora likheter med det system som idag gäller under första pelaren. Det handlar alltså om ett system som ytterst bygger på Europaparlamentets aktiva deltagande i lagstiftningsprocessen och majoritetsbeslut i rådet. De rättsakter som skapas blir mer lika dagens förordningar och direktiv än de rambeslut som används idag.¹³ Detta vilande fördrag innehåller vidare en möjlighet att tillskapa en Europeisk åklagarmyndighet.¹⁴ År 2004 presenterades i avslutning till ett EU-toppmöte även Haag-programmet – den handlingsplan som ersätter och fördjupar det program som lades fast i Tammerfors år 1999 – i vilken stor vikt läggs vid principen om ömsesidigt erkännande.

Arbetet med det nya fördraget gjorde halt under försommaren 2005, efter de negativa beskederna i folkomröstningarna i Frankrike och Holland. Ändå fortgår utvecklingen idag kanske snabbare än någonsin. Den mångåriga kampen mellan å ena sidan EU-kommissionen med dess överstatliga hållning och å andra sidan medlemsstaternas mer mellanstatliga synsätt, kom inte att få sitt avgörande genom reglerna i den föreslagna konstitutionen. Istället kom EG-domstolen att genom domen i mål C-176/03 – given i september 2005 – förändra spelreglerna i grunden. Det finns – menade domstolen – ett utrymme för att stifta regler beträffande straff- och straffprocessrätt under första pelaren. Detta har EU-kommissionen tagit till sig och lagt till grund för sitt fortsatta arbete.

Till detta ska slutligen läggas att det trots förekomsten av alla olika varianter på gemensamma regler som finns inom EU, så samarbetar ändå vissa stater utanför de mer formella ramarna. Prümkonventionen, som alltså fördjupar Schengensamarbetet avsevärt, har tillkommit som ett rent mellanstatligt samarbete utanför EU. Precis som skedde med den ursprungliga Schengenkonventionen är nu denna konvention på väg att omvandlas till EU-rätt. Samtidigt som enbart tretton av EU:s medlemsstater formellt sett deltar i Schengensamarbetet fullt ut, finns det alltså ändå en stor beredvilighet att gå vidare med detta projekt.

¹³ Förslagets straff- och straffprocessuella delar finns närmare beskrivna i Gamla och nya lagstiftare, Siepsrapport 2005:2.

¹⁴ Se artikel III-274.

Det kan i sammanhanget finnas anledning att se till den bredd som finns beträffande några redan gällande och föreslagna rambeslut och därtill EU-kommissionens högaktuella direktiv och förslag till direktiv.

Det finns rambeslut om bland annat bekämpning av bedrägeri och förfalskning som rör andra betalningsmedel än kontanter, om penningtvätt, identifiering, spårande, spärrande, beslag och förverkande av hjälpmedel till och vinning av brott, om bekämpande av terrorism, om gemensamma utredningsgrupper, om en europeisk arresteringsorder och överlämnande mellan medlemsstaterna, om bekämpande av människohandel, om verkställighet i Europeiska unionen av beslut om frysning av egendom eller bevismaterial, om bekämpande av sexuellt utnyttjande av barn och barnpornografi och om ömsesidigt erkännande på beslut om förverkande.

Till dessa bör läggas framlagda förslag till rambeslut om bekämpande av organiserad brottslighet, förslag till rambeslut om vissa rättssäkerhetsgarantier i brottmål i Europiska unionen, förslag till rambeslut om skydd av personuppgifter som behandlas inom ramen för polissamarbete och straffrättsligt samarbete och förslag till rambeslut om utbyte av uppgifter enligt principen om tillgänglighet. Vidare det arbete som pågår med rambeslut om ett europeiskt bevisupptagningsbeslut.

Att redan det nu pågående reformarbetet sträcker sig över i princip hela den offentliga rätten, tryck- och yttrandefrihetsfrågor inräknade, märks inte minst på det förslag till rambeslut som finns beträffande bekämpande av rasism och främlingsfientlighet. Det ursprungliga förslaget lades fram redan år 2001¹⁵ och har nu i modifierad form åter kommit på rådets dagordning. Det senaste förslaget är från januari 2007 och där föreslås alltså att det bland annat ska vara ett brott att förneka förintelsen. För svenskt vidkommande kan konstateras att det finns skrivningar i förslaget som gör att medlemsstaterna inte ska behöva "take measures in contradiction to their constitutional rules and fundamental principles relating to freedom of association, freedom of the press and the freedom of expression in other media or rules governing the rights and responsibilities of, and the procedural guarantees for, the press or other media where these rules relate to the determination or limitation of liability."

När det gäller straffrätt och straffprocessrätt under första pelaren kom så den 9 februari 2007 EU-kommissionens förslag till direktiv om straffrättsliga påföljder till skydd för miljön,¹⁶ det direktiv som ersätter det av EG-

¹⁵ KOM(2001) 664 slutlig.

¹⁶ KOM(2007) 51 slutlig.

domstolen underkända tidigare förslaget till rambeslut. Det kan direkt konstateras att EU-kommissionen för sin del verkligen dels menar att straffrätt som sådan kan vara en effektiv styrmekanism och att påföljder därför bör vara tämligen väl harmoniserade inom EU.

Kommissionen skriver i den inledande texten följande:

Gemenskapen och medlemsstaterna har antagit ett flertal rättsakter som syftar till att skydda miljön. Flera studier har dock visat att medlemsstaternas nu gällande sanktioner inte alltid är tillräckliga för att effektivt genomföra gemenskapens politik för miljöskydd. Alla medlemsstater har inte satt i kraft straffrättsliga påföljder för alla allvarliga miljöbrott, även om endast straffrättsliga sanktioner kan ha tillräckligt avskräckande verkan av följande skäl:

För det första är straffrättsliga påföljder en kraftfullare markering av ogillande från samhällets sida än administrativa påföljder eller civilrättsligt skadestånd.

För det andra kan administrativa avgifter eller andra ekonomiska påföljder sakna avskräckande verkan, både om lagöverträdaren saknar tillgångar och i det motsatta fallet om denne har en mycket stark ekonomisk ställning. I sådana fall kan det krävas fängelsestraff. Dessutom ger straffrättslig lagföring (och ömsesidigt rättsligt bistånd mellan medlemsstaterna) tillgång till kraftfullare verktyg än vad förvaltnings- och civilrätten kan erbjuda och kan ge förfarandena ökad effekt.

Slutligen finns det en ytterligare garanti för opartiskhet, eftersom de utredande myndigheterna, dvs. andra myndigheter än de som beviljat exploaterings- eller utsläppstillstånd, ansvarar för brottsutredningarna.

Förutom att de tillämpliga sanktionsformerna skiljer sig åt från medlemsstat till medlemsstat finns det också betydande skillnader mellan nivåerna på de sanktioner som tillämpas på liknande eller identiska brott. Miljöbrott är ofta gränsöverskridande till sin natur eller i fråga om sina verkningar. Miljöbrottslingar kan därför för närvarande utnyttja de befintliga skillnaderna mellan medlemsstaternas bestämmelser till sin egen fördel. Problemet måste därför angripas genom åtgärder på gemenskapsnivå.

Det är tydligt att kommissionen ser straffrätt som ett viktigt inslag och att den kan fungera handlingsdirigerande. Tankarna på att det är risken för straff som kan komma att avhålla exempelvis bolagsledningarna från att bryta mot uppställda regler kan dessutom komma att visa sig ha giltighet på allt fler rättsområden. Det är kanske alltför tidigt att börja tala om en straffrättslig renässans, men om kommissionen börjar överföra den ovan förda typen av resonemang på exempelvis konkurrensrättens och marknadsrättens områden, då står vi inför en drastisk omsvängning i synen på straffrättens effektivitet att fungera preventivt.

Till detta förslag till direktiv ska läggas det nu gällande direktivet beträffande lagring av trafikdata från mars 2006¹⁷ och förslaget till direktiv beträffande straffrättsliga åtgärder till skydd för immateriella rättigheter från april 2006.¹⁸ Man kan sålunda konstatera att EU-kommissionen har inlett äventyret med straffrätt under första pelaren genom att ta grepp över tre mycket aktuella rättsområden; miljö, immaterialrätt samt integritetsfrågor. Det är faktiskt svårt att hamna mer i centrum för utvecklingen än så.

2.1.4 Konsekvenser

När det gäller EU finns idag ingen systematiskt sammanhållen lagstiftning beträffande straff- och straffprocessrätt. Som den följande framställningen ingående kommer att visa finns det skäl till varför detta i det närmaste har undvikits.¹⁹ När det gäller systemet för lagstiftning har detta idag blivit synnerligen svåröverskådligt och mångbottnat.

Det så kallade tredjepelarsamarbetet skiljer sig åt från förstapelarsarbetet på några centrala punkter. Europaparlamentet är inte med i själva beslutsfattandet och rådet kan enbart besluta i enhällighet. För svenskt vidkommande har detta inneburit att riksdagen här har haft mer direkt makt än på förstapelarområdet. Om en internationell överenskommelse på detta område ”förutsätter att lag ändras” måste nämligen riksdagen enligt regeeringsformen 10:2 först godkänna det förslag till beslut som sedan regeringen i rådet kan vara med om att godkänna. Säger riksdagen nej, blir det ingen reform på området. Till saken hör att Sverige inte har överlåtit någon beslutanderätt till EU beträffande dessa frågor. Formellt sett ligger all makt kvar i Sverige. Rambeslut – de viktigaste besluten under tredje pelaren – omvandlas i Sverige till nationell rätt genom nationell lagstiftning. Kon-

¹⁷ Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/24/EG av den 15 mars 2006 om lagring av uppgifter som genererats eller behandlats i samband med tillhandahållande av allmänt tillgängliga elektroniska kommunikationstjänster eller allmänna kommunikationsnät och om ändring av direktiv 2002/58/EG.

¹⁸ KOM(2006) 168 slutlig.

¹⁹ Se avsnitt 2.4 nedan.

trollen över att dessa rambeslut verkligen läggs till grund för nationell lagstiftning och rättstillämpning är under den tredje pelaren svagare än vad kontrollen under första pelaren är.

Genom den principiellt sett mycket viktiga domen i mål C-176/03 i EG-domstolen²⁰ och ett aktivt agerande från EU-kommissionens sida har – ganska plötsligt få man nog lov att säga – systemet förändrats.²¹ Den straffrätt och straffprocessrätt som kan sägas vara knuten till traditionell EG-rätt ligger nu under första pelaren. Under första pelaren har EU-kommissionen ett mer tydligt mandat att driva frågor. EU-parlamentet är tillsammans med rådet lagstiftare. I rådet fattas besluten med kvalificerad majoritet. EG-domstolen har här ett tydligt givet mandat att ge sista ordet. För den svenska riksdagens del innebär detta att den inte har någon formell möjlighet att stoppa ett lagförslag. Man har visserligen möjlighet att förklara för den svenska regeringen vad Sveriges inställning bör vara, men som nyss sagts, det behövs inte ett formellt ja från Sveriges sida i rådet för att ett förslag skall gå igenom.

Vi har idag tre olika former för lagstiftningsprocessen; ett nationellt och två olika på EU-nivå. Med ett nytt fördrag skulle vi åter vara nere på sammanlagt två. Det fortsatta resonemanget här utgår från detta enklare förhållande. Medan den svenska lagstiftningsgången traditionellt sett inneburit att vi har kunnat göra som vi själva önskar, men att vi har gjort det under stor respekt för – och med stor kunskap om – de rådande systemen, innebär tillkomsten av ett EU-system något nytt. Lagstiftning kan uppenbarligen tillkomma på ett annat sätt än tidigare.

Överförandet av en fråga från ett beslutssystem (det nationella) till ett annat (det överstatliga) har en lång rad konsekvenser. Hela sättet att betrakta frågan på förändras. Utrymmet för ett nationellt (svenskt) synsätt riskerar att bli försvinnande litet. Utrymmet för att avgöra frågan med hänsyn till ett nationellt (svenskt) systematiskt perspektiv blir heller inte stort. Detta nya lagstiftningssystem kommer att ha en stark tendens till att vara såväl självgenererande som – beträffande innehållet i den rätt som skapas – systemlojalt.

Vad vi i själva verket redan kan skönja är ett – till synes förhållandevis separat – internationellt *lagstiftningsystem* uppbyggt för att kunna ge internationellt giltiga lösningar på problem som tidigare reglerats inom olika

²⁰ Dom av den 13 september 2005 i mål C-176/03, kommissionen mot rådet, REG 2005, s. I-7879.

²¹ Asp skrev år 2002 följande om en framtida förekomst av straffrätt under första pelaren: ”Det behöver knappast sägas att dessa förändringar skulle få mycket stor betydelse för utvecklingen av den framtida straffrätten inom unionen.” A. arb s. 60.

nationalstater. Detta internationella system, med dess typ av lösningar, skall alltså verka samtidigt med de traditionella nationella lagstiftnings-system som tidigare varit helt inriktat på att skapa nationellt fungerande regler, i vart och ett medlemsland utifrån sin egen systematik.

Arbetet med att stifta och få alla olika typer av lagstiftningsinstrument att fungera tillsammans är idag komplicerat. Detta framgår till exempel av regeringens proposition beträffande moderniseringarna av Schengens informationssystem i form av det så kallade SIS II. Regeringen konstaterar där att EU-kommissionen presenterat tre förslag till rättsakter beträffande denna fråga och förklarar följande:

Eftersom SIS rör både den första och den tredje pelaren inom EU (gränskontroll och immigrationskontroll respektive polis-samarbete och straffrättsligt samarbete), omfattar kommissionens förslag två typer av rättsakter. Dessa utgörs av två förslag till förordningar för förstapelarfrågorna och ett utkast till rådsbeslut för tredje pelarfrågorna.

Förordningarna skall antas av Europaparlamentet och rådet genom ett s.k. medbeslutandeförfarande. En förordning är direkt tillämplig och får inte motsvaras av nationell lagstiftning angående samma sak. Mot den bakgrunden måste de delar av svenska författningar som innehåller bestämmelser som motsvarar förordningsbestämmelser utmönstras. Dessa frågor behandlas dock inte närmare i denna proposition.

Utkastet till rådsbeslut omfattar de delar av Schengenkonventionens bestämmelser om SIS som rör det polisiära och det straffrättsliga samarbetet. Beslutet skall antas av rådet efter det att Europaparlamentet har fått tillfälle att yttra sig över utkastet. En politisk överenskommelse om beslutet träffades i rådet den 5 oktober 2006. Sverige lämnade i samband med det en parlamentarisk granskningsreservation. Därefter har texterna varit föremål för viss smärre korrigerig efter ytterligare förhandlingar mellan medlemsstaterna och yttrande från Europaparlamentets rapportör. Europaparlamentet godkände den 25 oktober 2006 rådsbeslutet (samrådsförfarande) och de två förordningarna om SIS II (medbeslutandeförfarande) Rådet kommer därefter att slutgiltigt ta ställning till utkastet. Detta förväntas ske tidigast i slutet av året.

...

I denna proposition lämnas en beskrivning av innehållet i utkastet till rådsbeslut och hur det förhåller sig till de nuvarande bestämmelserna i Schengenkonventionen. I propositionen föreslås att riksdagen skall godkänna utkastet till rådsbeslut. Några lagförslag presenteras dock inte. Däremot lämnas i kapitel 4 i avslutning till genomgången av innehållet i rådsbeslutet en beskrivning av på vilka sätt beslutet bedöms kräva lagändringar. Vi avser att senare återkomma till riksdagen med förslag till nödvändiga lagändringar.

Orsaken till att vi har valt att lägga fram en särskild godkännandeproposition är att processen med att inhämta riksdagens ställningstagande och eventuella godkännande av beslutet annars skulle behöva skjutas upp, vilket i sin tur skulle medföra att genomförandet av beslutet i hela EU skulle försenas. Sverige är ett av de få länder som fortfarande har en parlamentarisk granskningsreservation mot beslutet.²²

2.2 Varför internationalisering?

När det gäller EU och straffrätt kan man konstatera att den allvarliga och gränsöverskridande brottslighet det så ofta talas om i faktiska tal sannolikt utgör en ganska begränsad del av den totala brottsligheten.²³ Ändå är det så att om man ska kunna komma denna brottslighet nära inpå livet och verkligen åstadkomma något, då måste en rad traditionella tankemönster ställas åt sidan. Man kan helt enkelt inte på allvar komma åt brottslighet som är gränsöverskridande utan ett gränsöverskridande arbete. Det absolut effektivaste är sannolikt att ha en gemensam lagstiftare som åtminstone beträffande vissa frågor kan fatta för samtliga medlemsstater bindande beslut. Vidare en polisorganisation där någon kan bestämma, en åklagarorganisation där någon kan bestämma, möjligheter att pröva en samlad brottslighet i en samlad process och domar som har rättsverkan inom hela EU.²⁴

²² Proposition 2006/07:33 s. 5–6.

²³ Som framgår av Kommissionens beslut av den 7 augusti 2006 ”om inrättande av en expertgrupp för de politiska behoven av uppgifter om brottslighet och straffrättskipning” finns det idag ingen tillförlitlig statistik rörande denna utveckling. Detta är naturligtvis problematiskt på flera sätt än ett. Själva resonemanget om att det finns en ökande grov gränsöverskridande brottslighet är idag mer byggt på bedömningar än hårda fakta. Trots detta ligger dessa bedömningar även till grund för resonemangen i denna rapport.

²⁴ Detta förklaras närmare i avsnitten 2.3 till 2.5 nedan.

Den nationella straffrättens effektivitet har rent faktiskt byggts på kontroll av och inom nationsgränser. Det är för att dessa till stor del rivits ned som det krävs ett i grunden förändrat tänkande. Ett nytt system måste byggas upp. Som så tydligt framgår av så mycket som EU-kommissionen presenterat under de senaste åren är det här en viktig fråga, sett ur EU:s perspektiv. Det förefaller till och med vara en av de frågor där EU-kommissionen är mest angelägen om att kunna visa på framgång. Det EU-rättsliga samarbetet på detta område är dock i själva verket inte framgångsrikt – i politisk bemärkelse – förrän åtminstone ett par stycken internationellt organiserade brottslingar dömts till ansvar efter en utredning som möjliggjorts genom EU-rätt, en rättslig prövning som också den möjliggjorts genom EU-rätt och kanske allra helst genom en tillämpning av straffrättsliga regler som har koppling till EU.

Dessa verkliga och vittgående konsekvenser av den pågående utvecklingen ligger fördolda bakom mer diskreta skrivningar. Det verkar istället som om väldigt mycket är som vanligt. Rent praktiskt förmärks detta genom en i Sverige utpräglad instrumentell syn på lagstiftningsarbetet inom EU. Regeringen och riksdagen tar fråga för fråga och löser delmoment för delmoment.

2.2.1 Fördjupat samarbete

På grund av olika bedömningar inom olika medlemsstater, beträffande behovet av samverkan inom EU, riskerar vi att se ett EU som på dessa områden kommer att gå i olika takt. Det idag tydligaste exemplet på detta är Prümkonventionen. Sju av EU:s medlemsstater, Tyskland, Frankrike, Spanien, Holland, Belgien, Luxemburg och Österrike har på – åtminstone formellt sett – rent mellanstatliga grunder i maj 2005 träffat en överenskommelse om ett än närmare gränsöverskridande polissamarbete.²⁵ Tycker ett antal medlemsstater att de har tillräckligt mycket gemensamt i sitt samhällsliv och gemensamma brottsliga problem så bildas lätt en samling, ett cluster. Vissa länder kommer att arbeta nära varandra, vare sig det sker på EU-nivå eller ej. Att det alltjämt är så att samarbetet mellan Frankrike och Tyskland här spelar stor roll är tydligt.

Det var alltså inte förrän konventionen mellan de sju länderna ifråga färdigställdes, som den presenterades på EU-nivå; i januari 2007. Samtliga övriga stater valde då snabbt att helt enkelt acceptera läget och ställa sig positiva till att konventionens innehåll ges generell räckvidd inom hela EU. Utvecklingen av EU-rätten kan alltså ske på många olika sätt, varför man

²⁵ Se avsnitt 3.5 nedan.

inte kan begränsa sig till att enbart se till vad som förefaller vara möjliga utvecklingsvägar formellt sett, det vill säga inom det nuvarande fördragets egentliga ramar. Man måste minst lika mycket se till vilka behov som överhuvudtaget förefaller finnas.

2.2.2 Uppbyggnaden av EU

Uppbyggnaden av och strukturerna inom själva EU – framförallt sett till frågan om förhållandet mellan Kommissionen och rådet men också sett till Europaparlamentets allt större betydelse – gör att EU inte är en mellanstatlig sammanslutning inom vilken varje medlem ytterst kan bestämma själv. Möjligheterna till, alternativt riskerna för, att frågor överförs till EU från nationellt självbestämmande, har därför gjort att man i de gällande fördragen sökt tydliggöra vad det är som ligger på gemensamhetsnivå och vad som är nationella angelägenheter. Samtidigt kan det konstateras att det sällan finns så vattentäta skott mellan olika verksamheter att denna uppdelning inte utsätts för ett ständigt tryck. Det är uppbyggnaden av EU och de förändringar av medlemsstaternas strukturer som därvid har skett, som i ganska stor mån bäddat för de problem som nu finns när det gäller straffrätt. Det kan sammanfattningsvis sägas vara tre stycken faktorer som spelar in i detta sammanhang.

Ifrån kommissionens utgångspunkter har frågan om hur EU:s medel – intäkter såväl som utgifter – egentligen hanteras, varit en källa till stort förtret. Det är nog här Kommissionens intresse egentligen väckts. Det var i anslutning till denna problematik den redan omtalade ”Corpus Juris” skulle fungera och byrå för bedrägeribekämpning; OLAF, idag fungerar.

Det har vidare – återigen utifrån Kommissionens utgångspunkter – blivit allt tydligare att den lagstiftning som tillkommer under den första pelaren, ofta behöver en straffrättslig dimension. Det har sannolikt också blivit allt tydligare att denna straffrättsliga ”hjälpreglering” inte alltid blir genomförd på nationsnivå. Det kan därvid konstateras att uppbyggnaden av EU-rätten, som hierarkiskt sett överställd nationell rätt, här ger ett problematiskt intryck. EU-rätten har företrädare framför straffrätt, utan att EU har behörighet att själv reglera på det straffrättsliga planet.

Även det klassiska och så ofta upprepade exemplet att den öppning av gränserna som skett mellan EU:s medlemsstater faktiskt ger ett utökat utrymme för organiserad brottslighet att bedriva sin verksamhet, måste här ånyo nämnas.

Om man ser till utvecklingen av straffrätten på EU nivå har det alltså i stort sett handlat om att dessa tre faktorer – ”Brottsliga handlingar riktade

mot EU” ”Straffstadganden till stöd för EU-rätt” och slutligen ”Gränsöverskridande brottslighet” – skapat ett behov av reformering. Under de senaste 15 åren kan man se hur dessa tre förhållanden ständigt befunnit sig i en form av effektivt växeldragande, ett växeldragande som alltmer tilltar i styrka.

2.2.4 Mängden lagstiftning

Även om jag menar att utvecklingen inte kan beskrivas genom att man radar upp reformförslag för reformförslag blir naturligtvis den sammanräknade summan en faktor att räkna med. De redan befintliga rättsakterna sträcker sig i princip redan över alla områden inom straff- och straffprocessrätten. Genom att det idag finns ett utrymme för straff och straffprocessrätt under den första pelaren – ett utrymme som blir än större ifall det vilande fördraget träder i kraft – kan stora mängder EU-rätt komma att tillskapas under kort tid. Nuvarande RÅ Fredrik Wersell har beskrivit detta område enligt följande:

Mycket stora delar av specialstraffrätten förs på detta sätt in under unionskompetens. Unionens kompetens omfattar ju exempelvis hela inre marknadsområdet, jordbruk och fiske, miljöpolitik, energifrågor, socialpolitik, konsumentskydd, transportpolitik och handelspolitik. På alla dessa områden kommer således unionen att få möjlighet att genom ramlag föreskriva straffrättsliga sanktioner. Mycket politiskt intressanta frågor som exempelvis miljöbrott och många andra brott i näringsverksamhet kommer alltså att kunna läggas under unionslagstiftning.²⁶

Vi kan inte rimligen ha 27 medlemsstater som inom den egna nationen arbetar med olika typer av särlösningar, samtidigt som EU-samarbetet hela tiden pågår parallellt. Det krävs inga tvingande harmoniseringsregler för att åstadkomma den allmänna riktning som leder mot allt större likheter. Detta åstadkommes genom bredden på reformarbetet. När det däremot gäller det konkreta innehållet i regelverken är kopplingen genast mindre tydlig. Man kan anta att det kommer att handla om olika former av europeiska medelvågar, men det är inte självklart så.

Det är slutligen tydligt att det straff- och straffprocessuella samarbetet tillkommit för att minska de problem den nationalstatsstyrda straffrätten för med sig. En framtidsanalys måste sålunda utgå från att det EG-rättsliga samarbetet på detta område kommer att utsträckas så långt att det verk-

²⁶ SvJT 2004, EU och straffrätten, s. 671.

ligen blir fråga om reella effektivitetsvinster. Vad man sedan har att göra – för att bedöma hur framtiden kan te sig – är i stort sett inte mer än att på förhand ställa upp praktiska exempel på brottslighet och konstruera olika typer av möjliga system som leder till att denna brottslighet kan stävjas.

2.3 Att utreda och lagföra brott inom Europa

2.3.1 Brottsligheten som sådan

Om man utgår ifrån en organiserad gränsöverskridande organiserad brottslighet som sysslar med exempelvis såväl narkotikabrott som människohandel och omfattande stöld- och begräveriverksamhet, beträffande exempelvis bilar, där vi har kedjor av brott som går mellan fyra EU-länder – varav Sverige är ett – och man verkligen vill få slut på dess verksamhet, hur gör man egentligen då? Det är den fråga som måste besvaras.

Med den traditionella ganska hårda uppdelningen olika länder emellan har man visserligen ändå inte stått helt tandlös i sådana här lägen. De självständiga brott som verkligen ägt rum inom varje lands territorium och sålunda under varje lands jurisdiktion har naturligtvis kunnat beivras. Ett visst samarbete rörande bevisning och dylikt har också varit möjligt. Så länge som nationsgränserna i sig var en form av reella hinder, då kunde den nationella inriktningen på straffrätt också måhända uppfattas som tillräcklig. Narkotika, människor och bilar, allt detta måste flyttas på och passera nationsgränser, vilket förr faktiskt betydde något.

Men om organiserad gränsöverskridande brottslighet idag till stor del bygger på att nationsgränserna bara är gränser för polis, åklagare och domstolar, men inte för brottsligheten i sig, då är risken överhängande för att den nationella straffrätten, tillämpad i varje enskilt medlemsland, bara lyckas skrapa på ytan – om ens det. Vad som istället krävs är att de rättsvårdande myndigheterna får samma geografiska spelplan som de brottslingar de söker utreda redan använder sig av.

Den spelplan som i första hand aktualiseras är självklart den yta som består av de stater som är medlemmar i EU. Hur kan den då bli verkligt gemensam för de rättsvårdande myndigheterna i 27 medlemsstater? Ja det enda juridiskt acceptabla sättet att på ett verkligt effektivt sätt komma i mål är att det regelverk som grundas på principen om varje medlemsstats enskilda ansvar för sin begränsade del, ersätts med ett regelverk som utgår från ett helhetstänkande.

Exemplet ovan med allvarlig gränsöverskridande brottslighet har flera stater inblandade. Det finns ett stort antal kriminella personer inblandade,

varav låt säga fyra huvudmän, en i varje land. Det finns vittnen och en mängds målsäganden utspridda över dessa stater. Det finns stora ekonomiska värden att ta i beslag och förverka inom flera EU-stater. Det handlar sålunda om en omfattande process att få allt ordentligt utrett, avdömt och verkställt.

Man bör i detta sammanhang inledningsvis se till brottsligheten som sådan och ställa den raka frågan; hur ska man bäst utreda, så att alla brottslingar blir gripna och att utredningen också leder fram till fällande domar? Efter frågan om själva undersökningen kommer då frågan om åtal och rättslig prövning. Hur ska detta utformas för att man skall få en allsidig belysning ledande till materiellt riktiga och i förekommande fall fällande domar? Sist kommer då frågan om hur domarna skall få sin fulla rättsverkan.

Det är på utredningsstadiet en grundförutsättning att man kan få en så fullständig bild som möjligt av vad som pågår. Det förefaller då mest effektivt att en polismyndighet har ett övergripande ansvar för en utredning av detta slag. Likaså att en åklagarmyndighet har ett övergripande ansvar. En effektiv utredning måste i vart fall bygga på ett mycket nära och förtroendefullt samt effektivt samarbete. Man kan utan att förenkla alltför mycket konstatera att en utredning som ska kunna göras ”tvärsöver” hela EU, helt styrd utifrån utredningsbehov och alltså inte hindrad av vare sig nationella gränser eller spretande nationell lagstiftning, i mångt och mycket liknar en traditionell nationell lösning. Det är bara att bildligt talat lägga det svenska nationella systemet över hela EU, så klarnar bilden betydligt.

När det gäller frågan om domstolsprövning kan det konstateras att en uppdelning i olika domstolar av en sammanhållen utredning beträffande organiserad brottslighet, inte förefaller självklar. Det motsatta förefaller betydligt mer rimligt. Utgångspunkten vad avser domstolsprövning måste vara att oavsett var viss ”delbrottslighet” ägt rum, så bör processen vara koncentrerad till en punkt. Det är enbart så den rättsliga prövningen kan fås att omfatta *det som är själva brottsligheten*. Också här kan det svenska systemet vara illustrativt. Självklart försöker man på nationell nivå få en samlad brottslighet prövad i en samlad process. De resonemang som ligger till grund för detta har full giltighet även inom EU. Man måste alltid eftersträva en presentation av ett enhetligt – sammanhängande – processföremål i en domstol.

Viktiga skäl för en enhetlig domstolsprövning är bland annat att det främst är genom en ordentlig genomsyn man kan se vad som hänt respektive inte hänt. När det gäller flera personers deltagande i brott är det alltid viktigt. Också bevisvärderingen är betjänt av fullständighet. Det man ofta talar om

idag, bevisningens robusthet – det vill säga utredningens fullständighet²⁷ – kan egentligen överhuvudtaget inte bedömas utan att den fulla historien läggs fram i en samlad process.

2.3.2 Kriminalitet och juridik

Det är alltså den ovan beskrivna typen av brottslighet – ett omfattande fall av organiserad brottslighet – som måste ligga till grund för såväl bedömningen av utvecklingen inom EU som för den nödvändiga problemanalysen.

Vad man snabbt kan se är att olikheter i nationell rätt inte kan sägas för enkla vare sig utredning eller lagföring. När det i fall som dessa verkligen handlar om ett internationellt samarbete, från ax till limpa, då kan ingenting annat än harmoniserade – eller kanske lämpligare uttryckt standardiserade – regler vara att föredra. Jag menar nu inte att det är omöjligt att samarbeta trots skiftande lagtexter, men om man ser till vad riktningen måste vara, är bilden entydig. Enhetligheten på detta område berör samtliga ifrågavarande regler. Såväl de straffprocessuella som de straffrättsliga, liksom reglerna om domars verkställighet.

Också myndighetsorganisation påverkas. En första förutsättning för att det ovan beskrivna ska fungera är att nationella myndigheter är med på tåget och verkligen vill samarbeta. En annan fråga är hur detta bäst ska organiseras. Måste verkligen ett centraliserat utredande bygga på en centraliserad myndighetsorganisation, eller finns det andra sätt?

När det gäller frågan om domstolsprövning kan det snabbt konstateras att den centralisering av processen jag ovan skisserat ställer helt nya krav på domstolarnas organisering och rättsmaskineriet i stort. Det är här fråga om processer som kan vara mycket omfattande.

När det gäller domstolens dömande funktion inställer sig vidare den centrala frågan om vilken lag de ska döma med stöd av. Eller ska man behöva tala om vilka *olika* lagar en domstol ska använda sig av? Man kan här se ett tydligt behov av den harmonisering av materiell straffrätt som i många stycken alltjämt är så kontroversiell. Det förefaller inte rimligt att en domstol i en process ska behöva döma med stöd av olika nationella strafflagar. Det kan i vart fall inte vara något eftersträvänsvärt.

Det kan vidare konstateras att dessa domar, vare sig de faller eller friar, kommer att omfattas av en omfattande rättsverkan. Vid fällande domar måste en rad skadeståndsrättsliga funktioner fungera, liksom en rad särskil-

²⁷ Se Lena Schelin, Bevisvärdering av utsagor i brottmål, Stockholms universitet, sid 50 ff.

da rättsverkningar, beträffande exempelvis förverkande. Vid friande domar kommer dessa, genom en alltmer utbredd tillämpning av principen om non bis in idem att leda till att någon ny process i något annat medlemsland inte kan inledas. Detta ställer synnerligen stora krav på förtroende medlemsstaterna emellan.

2.4 Systemtänkande

Svensk offentlig rätt är som inledningsvis konstaterats präglad av ett långt gånget systemtänkande. Då svensk rätt under i vart fall efterkrigstiden byggt på att rättstillämpning i så stor mån som möjligt ska vara värderingsfri och bygga på just tillämpning av på förhand uppställda regler har systemtänkandet uppmuntrats. Detta tänkande har säkerligen sina anor långt tillbaka i tiden och bygger sannolikt på att vi haft en lagstiftning som i sig möjliggjort att tänka på detta vis. Idag har de flesta av våra lagar en systematisk uppbyggnad. Detta gäller i särskilt hög grad den lagstiftning som gäller straff och straffprocessrätt; i första hand Brottsbalken och Rättegångsbalken. Men systemtänkandet förmärks därtill i hög grad i såväl tryckfrihetsförordningen (som fick sin systematiska helt unika uppbyggnad redan år 1766) som i sekretesslagen och till och med i regeringsformen. Vad som präglar dessa lagar är en form av mekanisering, där det ena leder till det andra – *tillämpningen* av en regel har konsekvenser för en rad andra regler, *ändringen* av en regel leder därvid sålunda till konsekvenser även för en rad andra regler.

Ett helt annat sätt att reglera på är ju att uppställa vissa mer eller mindre allmänna principer, som sedan domstolar har att tolka. Europakonventionen är ju ett tydligt exempel på detta. Det är tydligt att ett av lagstiftaren presenterat genomreglerat system ger intryck av att lagstiftaren ”levererat mer” än vad som är fallet med ett enskilt målsättningsstadgande. Till detta kan läggas den svenska vanan att skriva omfattande förarbetsuttalanden för att illustrera och förklara hur lagen ska tillämpas. Detta bidrar tveklöst till en förutsebar rättstillämpning.

Trots det i många stycken hälsosamma svenska systemtänkandet har vi – när det gäller utvecklingen inom EU – kommit att delta i ett arbete som tycks utvecklas på ett helt annat sätt. Detta gör att alla typer av analyser riskerar att fördunklas. Det är som om den svenska systematiken kan kvarstå i stort oförändrad och att förändringarna bara är av detaljkaraktär.

2.4.1 EU och systematik

Det kan konstateras att tiden ännu inte tycks vara mogen – att det ännu inte uppkommit ett sådant rättspolitiskt läge – för att på EU-nivå presente-

ra ett konkret lagförslag, såsom konvention, rambeslut eller direktiv, innehållande något systematiskt präglat övergripande regelverk på detta område. Vad vi istället har är dels en mycket lång rad enskilda – mer eller mindre punktvisa – insatser i form av konventioner, rambeslut och dylikt, dels mer allmänna principdokument som slutsatserna från toppmötena i Tammarfors respektive Haag. Vad man dock måste konstatera är att det bakom detta faktiskt finns en systematik och ett systematiskt tänkande, inte minst hos EU-kommissionen, men att detta av flera skäl hållits och hålls dolt.

Går man tillbaka tio år i tiden hamnar man vid det förslag till lagstiftning rörande effektiva skyddsmekanismer för EU:s ekonomiska intressen som under den ofattbart opedagogiska titeln Corpus Juris lades fram år 1997. Förslaget var så nära ett enhetligt system inkluderande straffrättsliga regler och vidhängande processrätt man rimligen kan komma. Bland annat föreslogs där ett system med en europeisk åklagarmyndighet. Förslaget möttes med en närmast isande kyla, inte minst i Sverige. Det fanns naturligtvis flera skäl för att förslaget fick ett så nedgörande mottagande. Ändå kan det konstateras att tanken på att i de nationella rättsordningarnas egna traditionella system foga in detta nya system, sannolikt var det som stack mest i ögonen.

Det kan också som tidigare berörts konstateras att EU inte i något sammanhang lämnat ett lika tydligt – i mening systematiskt genomarbetat – förslag sedan dess. Men det finns samtidigt ingenting i de tio årens senaste utveckling som på något avgörande sätt visar att EU-kommissionen tagit avstånd från den materiella rätt som fanns föreslagen, eller – vilket är än viktigare – tagit några mer allvarliga steg bort från den systematik som så tydligt finns presenterad i Corpus Juris. Däremot har approachen som sådan helt förändrat karaktär. Istället för att redovisa sina ambitioner i form av ett system, redovisas ambitionerna i form av målsättningar och punktinsatser.

En annan orsak till att det systematiska fått stå tillbaka är svårigheterna med att få till stånd en egentlig harmonisering. Istället har vi fått in principen om ömsesidiga erkännanden, som lite grand seglar under – kanske inte falsk flagg, men väl – bekvämlighetsflagg. Själva tanken med ömsesidiga erkännanden är ju att man inte ska behöva byta ut sin egen invanda rätt. Det gamla systemet står så att säga kvar. Det är ju detta som gör principen rättspolitiskt gångbar. Att då samtidigt diskutera de rättsystematiska synnerligen omvälvande konsekvenserna av denna princip är tyvärr ingen självklarhet.

Vidare tycks mellanstatliga samarbetsformer som sådana inrymma en form av låsning. Det tycks närmast regelmässigt leda till slutdokument som består av antingen uttalat punktvisa regleringar eller utav övergripande målsättningsuttalanden. Inte båda saker samtidigt, vare sig i form utav en övergripande detaljreglering eller i form av några djupare resonemang om hur det ena kan påverka det andra.

Två slutsatser kan dras av det ovan sagda. Inget utesluter möjligheterna till att det finns en systematik. Det enda som i själva verket utesluter en systematik är ett fullständigt slumpartat utslungande av motsägande och motsägelselfulla rättsregler ”åt alla håll och kanter”. Det vore sålunda ett allvarligt underkännande av de senaste årens arbete på dessa områden om man alltför lättvindigt ger upp i jakten på systematiskt hållbara resonemang. Någon mera medveten tanke än att spela plockepin måste rimligen finnas. Den andra slutsatsen är i sammanhanget måhända förvånansvärt traditionell. Men faktum är att man i detta sammanhang med fog kan tala om att rättsvetenskapen har en närmast klassiskt uppgift framför sig, nämligen att på ett systematiskt sätt söka bringa reda och skapa ökad klarhet.

2.4.2 Ett systematiskt helhetsgrepp

Det är i sammanhanget svårt att bortse ifrån att enhetliga rättssystem – var de än återfinns på vår jord – präglas av vissa systemlikheter. Dessa systemlikheter är i första hand tre. Det krävs för det första att det finns en central punkt i vilken rätt skapas, i vart fall i sådan omfattning att det står klart vem som har sista ordet, och att detta ord respekteras. Denna punkt är idag i de flesta stater förlagd till ett parlament, men kan också vara förlagd till en domstol eller egentligen till vilken typ av myndighet som helst. Det finns också exempel på att även offentlighetsrättslig normgivning kan ske på olika platser inom ett rättssystem, genom att lagstiftningsmakt tilldelas olika organ. Det finns dock i dessa fall oftast en så kallad normgivningshierarki som talar om vilken rätt som är värd mest.

Det krävs för det andra en central punkt i vilken beslut fattas om hur man rent praktiskt ska göra vid en utredning av ett brott, och vilka som ska göra det. Detta kan antingen bestämmas från fall till fall, eller vara klart och tydligt på förhand reglerat. Det viktiga är att det finns någon eller något som initierar en utredning.

Det krävs för det tredje en möjlighet att få en sammanhängande brottslighet fullständigt utredd och därefter prövad i en process, och att besluten som kommer ut ur denna process, följs av samhället i övrigt.

Dessa utgångspunkter - som gäller nationellt och som jag ovan också beskrivit som *nödvändiga byggstenar* om man ska kunna komma åt interna-

tionell brottslighet – kan man beträffande utvecklingen inom EU verkligen bortse från dem? Det är visserligen inte någon slump att det EG-rättsliga samarbetet under så många år tog halt inför straff- och straffprocessrätten. Inte heller att samarbetet i sin begynnelse skett i en yttre form som – under den tredje pelaren – skiljt sig från annat EG-rättsligt samarbete. Det har till ganska stor del handlat om att visa att man *genom EU* inte bygger upp något nytt fristående rättssystem. Samtidigt har den faktiska utvecklingen på EU-nivå lett till att behovet av åtminstone samordning på även dessa rättsområden växt sig allt starkare. Finns det då några faktorer som talar mot att den systematik som alltid tycks krävas för att det ska bli fråga om en effektiv och fungerande rätt, skulle saknas i den pågående utvecklingen? Jag måste erkänna att jag för egen del har svårt att finna dessa faktorer.

2.4.3 Straffrättens förhållande till processrätten

En annan systematiskt viktig fråga är den om straffrättens – det vill säga reglerna om vad som är straffbart – förhållande till reglerna i straffprocessrätten – det vill säga reglerna om hur man utreder misstankar om brott. Den tanke man oftast möter när det gäller straffrätt är att det är straffet – den konkreta påföljden – som ska leda till laglydnad. Det finns dock skäl för att bygga på ett steg. Den samling regler som talar om vad som är straffbart har ju också den viktiga funktionen att fungera som utgångspunkt för själva utredandet av misstankar om brott. Det är – särskilt sett i ett EU-rättsligt perspektiv – därför inte rättvisande att enbart koncentrera sig på hur den straffrättsliga påföljden ser ut, och hur den ska harmoniseras. Det är kanske istället möjligheterna till att, med gemensamma straffrättsliga regler som utgångspunkt, överhuvudtaget kunna utreda brott som är det mest väsentliga.

Anne Weyembergh har beträffande behovet av tillnärmning skrivit:

(A)pproximation of penal law is a condition for the smooth functioning of European actors in the criminal field, such as Europol, Eurojust, the European judicial network and the joint investigative teams. Comprehension, mutual confidence and contacts between the persons working within these bodies will obviously be easier if the rules they have to implement are similar. In addition, one should mention the link between approximation of substantive criminal law - more precisely the approximation of offences – and the definition of the different actors' competences. Even if such bodies are still "classic" in the sense that they are mainly concerned with sustaining cooperation mechanisms and do not constitute really integrated

European organs with operational or decisional powers in the criminal field, their smooth functioning requires an agreement on their competences. Since such competences are generally defined with reference to some kinds of offences, an agreement on the contents of these offences is absolutely necessary.²⁸

Resonemanget kan utvidgas. Kan och bör straffrättslig effektivitet överhuvudtaget mätas i antal fällande domar – är det bara så rättsmaskineriet kan fullgöra sin uppgift och så att säga komma i mål? Svaret torde vara nej. Det finns straffstadganden där man omöjligen kan säga att det enbart är antalet fällande domar som visar på regelns egentliga funktion eller effektivitet. Det är istället så att regeln som sådan möjliggör en utredningsverksamhet, och att det är utredningsverksamheten som sådan som förhindrar viss typ av brottslighet. Det finns här ett mycket stort problem med statistik. Man kan lätt få intryck av att en inledd förundersökning, som inte lett till fällande dom, är en form av misslyckande medan det i själva verket kan vara precis tvärtom.

Särskilt när det gäller brott som sker i det dolda, till exempel spioneri, narkotikabrott, människohandel, liksom i viss mån olika typer av bedrägeri, så kan det vara myndigheternas möjligheter att bedriva spaning och insamla information i övrigt, som gör att en viss brottslighet inte kommer till stånd. Det kan sålunda vara den konkreta risken för upptäckt – och det på ett tidigt stadium – som har fungerat. Alltså inte den mer abstrakta risken; att det överhuvudtaget finns ett straffbud.²⁹ Syntsättet att det är polisens faktiska möjligheter att agera genom spaning och andra tidiga insatser, som avgör om brott begås eller ej – alltså inte bara om de klaras upp eller ej – har vittgående verkningar.

Beviskraven för en fällande dom är att domstolen ska vara säker på sin sak. Utifrån denna säkerhet kan sedan – menar man – ett straff i det enskilda fallet uppfattas som motiverat. Det samhälle som lägger ned oproportionerligt mycket energi på att utreda misstankar om brott och spana på

²⁸ Anne Weyembergh, *Approximation of criminal laws, the treaty and the Hague programme*, *Common Market Law Review* 42: 1567–1597, 2005 s. 1577.

²⁹ Professor Petter Asp tar i artikeln ”Går det att se en internationell trend? – om preventionism i den moderna straffrätten” i SvJT 01/07, upp frågan om det idag alltmer ökande utrymmet för straffprocessuella medel. Asp menar att det är frågan om en ”krypande övergång” ifrån ett mer begränsat synsätt på vad straffrätten kan åstadkomma – vilket Asp tycks mena vara i princip begränsat till att utdöma rimliga straff för upptäckta ogärningar – till ett mer omfattande synsätt, att förhindra att brott begås överhuvudtaget. Jag delar inte Asps uppfattning att detta senare skulle vara något för straffrätten nytt. Det torde istället vara ett moment som följt straffrätten allt sedan den dag vi människor tänkte ett steg längre än att bara söka straffets grund i ren hämnd.

misstänkta utan att det i slutändan blir några fällande domar, befinner sig utan tvekan på randen till att vara ett ”övervakningssamhälle”. Samtidigt måste man ha i minnet att det är de konkreta möjligheterna till utredande av brott som dels leder till fällande domar vid begången brottslighet, dels får personer att avhålla sig från att begå vissa brott.

När man studerar den framväxande EU-straffrätten måste man som sagt koncentrera sig på de faktorer som överhuvudtaget får en straff- och en straffprocessrätt att fungera. I linje med detta är den viktigaste beståndsdel en fungerande system vad gäller möjligheterna att utreda misstankar om brott. Utvecklingen av straffrätt och straffprocessrätt inom EU uppbärs av samma intresse och utvecklingen sker på båda dessa områden samtidigt. För Sveriges del har den ganska strikta uppdelningen mellan straffrätt och processrätt hittills gjort att det varit svårt att se EU-utvecklingen som en helhet.

2.4.4 Ett nytt system träder fram

Hade Kol- och stålunionen, eller EEC, startats upp med det straffrättsliga program som nu finns, hade det inte bara förvånat, det hade varit meningslöst. Det behövs inte någon form av vare sig gemensam straffrätt eller straffprocessrätt om det inte finns talrika gemensamma problematiska faktiska förhållanden. Det är först när de gemensamma problemen börjar bli ordentligt talrika och problematiska man kan se ett reellt behov av gemensamma lösningar.

Frågan är då vid vilken punkt detta behov manifesterar sig. Ett svar är att behovet framträder och söks omsättas i handling i de lägen någon uppfattar problemet med gränsöverskridande brottslighet som större än problemen med rent nationell brottslighet. Den närmast tumultartade utvecklingen efter 11 september 2001 kan tjäna som illustration. Förutom att detta svar också förklarar varför olika medlemsstater kan se behoven så helt olika, så placerar den EU-kommissionen i centrum. Det är ju i själva verket den som oavlatligen har det internationella perspektivet. När utvecklingen tagit sin början och man börjat använda ett internationellt perspektiv är utvecklingen som tidigare nämnts närmast självgenererande. När man väl börjat lösa ett delproblem på internationell nivå, då kommer man till nästa, och nästa och nästa. Probleminventeringen i sig – vare sig den sker systematiskt eller fullständigt slumpmässigt – leder till att fokus ovillkorligen förflyttas från de nationella problemen till att istället omfatta de internationella.

Det finns i själva verket en mycket tydlig genomgående tendens i så gott som allting som har genomförts och som föreslås bli genomfört. Tendensen är så tydlig att man bör tala om en genomgående systematik och ett steg-

vist uppbyggande av ett rättsligt system. Vad systemet innefattar är följande: I sin grundform innefattar det principen om ömsesidigt erkännande. I steg två handlar det om egentlig harmonisering och i steg tre, det som egentligen är det viktigaste av alltsammans; överstatlig reglering och särskilt överstatlig rättstillämpning i form av en Europeisk åklagarmyndighet. Vad som hela tiden betonas är sålunda dels att ett samarbete över nationsgränser alltid är nödvändigt och dels att det finns tillfällen där en – de nationella myndigheterna överordnad – EU-myndighet ska kunna agera.

Det finns i detta sammanhang anledning att kort redogöra för hur systematiken i Corpus Juris egentligen såg ut. I en reglering till skydd för EU:s finansiella intressen innehållande 32 stycken paragrafer reglerades dels en rad straffrättsliga frågor genom ett flertal straffstadganden, vidare behandlades förberedelse och medverkan, uppsåt och oaktsamhet, påföljder och villfarelse. Dels reglerades straffprocessrätten varvid, som nämnts, den Europeiska åklagarmyndigheten gjorde sin andliga debut. Vidare innefattades EÅ:s befogenheter men också frågan om val av domsland, frågan om verkställighet av domar, frågan om tillåten respektive otillåten bevisning samt ”den nationella rättens subsidiaritet”. Förutom att detta förslag känns förvånansvärt ärligt och rättfram, förefaller det idag också ha en allt större relevans.

De slutsatser man kan dra av det ovan sagda är att den framtida nationella rätten, såväl beträffande den materiella rätten som systematiken som sådan, kommer att inrymma regler som helt bryter med en rad invanda maximer. Ett förverkligande av tankarna på en Europeisk åklagarmyndighet, leder synnerligen långt. Vad man måste konstatera är att de befintliga nationella systemen utsätts för ett omfattande tryck. Den internationaliserade rätten har, där ett konkret fall aktualiserar dess tillämpning, i själva verket bäring på allting som kan sägas ha med straffrätt och straffprocessrätt att göra. Vad det i slutändan handlar om är att få internationell straff- och straffprocessrätten att fungera lika smärtfritt över nationsgränser som den nationella straff- och straffprocessrätt fungerar inom nationsgränser. Inget vare sig litet eller måttfullt mål, men i många stycken samtidigt helt rimligt.

2.5 Framtidsscenario

2.5.1 Behovet av faktiska resultat

För att förstå den nuvarande utvecklingen på EU-nivå måste man som noterats ovan reflektera något över hur en nationell rättsordning i praktiken fungerar. Det krävs ett väloljat maskineri där olika kuggar griper in i varandra och där de olika aktörerna vet vilka uppgifter de har och i vilket

förhållande de står till andra aktörer. Det finns regler och beslutsfunktioner som gör att en mängd praktiska spörsmål får sin lösning. Men när man börjar med att sammanblanda ett nationellt system med andra nationella system blir det lätt problematiskt. Ingenting talar för att olika stater har löst sina praktiska problem på samma sätt. Detta har tidigare lett till att den ”internationella straff- och straffprocessrätten” varit svårbegriplig och tungrodd. Vägen bort från detta kan i praktiken enbart fungera om man byter perspektiv, från ett nationellt till ett internationellt.

Det är i huvudsak EU-kommissionen som har det internationella perspektivet och avsikten är – bland annat – att komma tillrätta med de svåra fall som nationella rättssystem har mycket svårt att lösa på egen hand. Det finns här en latent konflikt mellan det nationella och det internationella. Nationella rättsordningar bygger på nationell tradition men står kraftlösa, medan det internationella perspektivet till stor del kommer från en internationell organisation som helt saknar nationell tradition, men som kan erbjuda effektiva lösningar.

De svåra fallen är typiskt sådana där en verksamhet sker i organiserad form och i flera medlemsstater samtidigt. Det innebär att såväl brottsligheten som de rättsliga ingripandena kommer att sträcka sig över en rad nationsgränser. Lösningssmodellen måste för det första bygga på att det går att utreda brottsligheten, det vill säga väl fungerande möjligheter till sammanhängande förundersökningar. Detta i sin tur leder till möjligheter att pröva brottsligheten i en och samma process. Med detta taget som utgångspunkt kan följande punkter beträffande vilka behov som finns ställas upp:

1. Gemensam materiell straffrätt. Detta pekar mot en centraliserad punkt för lagstiftning, det vill säga förstapelarbeslut.
2. Möjligheter att få förundersökningar utförda i flera berörda stater. Vilket pekar mot ett alltmer integrerat polissamarbete.
3. Möjligheter att centralisera en utredning. Vilket pekar mot en centraliserad åklagarmyndighet.
4. Möjligheter att få misstänkta och andra personer till en gemensam process, vilket kräver att någon kan bestämma var en process ska föras, liksom att nationella skillnader domstolar emellan inte får vara särskilt stora.
5. En dom ska ha rättsverkan inom hela EU, vilket kräver att samtliga medlemsstater skall ha fullt förtroende för domar från samtliga andra medlemsstater.

2.5.2 Graden av genomförande

Om man ser till vad som egentligen finns i form av reglering eller är på väg, i förhållande till de ovan beskrivna fem faktorerna, är det i stort sett bara att bocka av punkt för punkt.

1. Centraliserad punkt för lagstiftning. Den vilande fördragstexten talar här sitt tydliga språk. Än tydligare blir det när man ser till utvecklingen i praxis, genom mål C-176/03, kommissionen mot rådet. Det finns i sammanhanget ingen anledning att ställa det alltjämt befintliga tredjepelsamarbetet i motsättning till denna tes. Harmoniserade regler om terroristbrott, liksom ett förslag till gemensam lagstiftning riktat mot organiserad lagstiftning finns redan. Däremot kan det konstateras att tredjepelsamarbetet är på väg bort. Centrum för lagstiftning kommer i framtiden att bestå av EU-kommissionen som motor och EU-parlamentet som lagstiftare, detta tillsammans med Rådet. Ser man till den vilande fördragstexten och kombinerar den med det vittgående tolkningsutrymme som finns beträffande dessa frågor förefaller lagstiftningsutrymmet vara mycket stort.
2. Möjlighet att överhuvudtaget utreda brott. Det är idag alltjämt så att EU som sådant inte har någon egentlig egen operativ makt. De samarbets-system som har byggts upp, bygger istället på att olika nationella myndigheter samarbetar. EU har helt enkelt inget FBI. Ändå kan det konstateras att redan det ursprungliga Schengensamarbetet pekade på behovet av fullständiga utredningar. Uppbyggnaden av Europol pekar åt samma håll. Det omfattande arbetet med att få till stånd ett fungerande informationsinhämtande och -överförande pekar också det i denna riktning. Till detta skall även Prümkonventionen läggas. Slutligen; genom att principen om ömsesidigt erkännande har byggts ut och byggs ut alltmer innefattas mycket av den straffprocessuella processen – tvångsmedlen inräknade – i det internationella samarbetet idag.
3. Frågan om en centraliserad utredning. Kanske är det här den största striden om framtiden kommer att stå. Kommissionen har i över tio års tid bedrivit ett målinriktat arbete på att få igenom regler som möjliggör uppbyggnaden av en Europeisk åklagarmyndighet. Jag menar att detta konsekventa arbete måste inbegripas i en diskussion om hur det nya systemet ser ut. Redan idag finns Eurojust, som kan användas i riktning mot att centralisera utredningar, exempelvis genom att misstänkta överförs från en utredning i ett land till en utredning i ett annat land.
4. Enhetlig domstolsprövning av en samlad brottslighet. Detta är i själva verket redan verklighet. Genom rambeslutet om bekämpande av terro-

rism tydliggjordes det önskvärda i denna utveckling. Fröet är således redan sått, plantan har redan börjat gro. I det befintliga förslaget till rambeslut beträffande organiserad brottslighet är skrivningarna från rambeslutet beträffande terrorism i princip kopierade. Där sägs i artikel 7, beträffande ”behörighet och samordning av rättsliga förfaranden”:

Varje medlemsstat skall se till att dess behörighet omfattar minst sådana fall där ett brott som avses i artikel 2 har begåtts helt eller delvis på dess territorium, oavsett var den kriminella organisationen är baserad eller varifrån den utövar sin brottsliga verksamhet.

När ett brott som avses i artikel 2 omfattas av fler än en medlemsstats behörighet och vilken som helst av dessa stater har faktisk möjlighet att lagföra på grundval av samma omständigheter, skall de berörda medlemsstaterna samarbeta och besluta vilken av dem som skall lagföra lagöverträdarna för att om möjligt centralisera lagföringen till en enda medlemsstat. I detta syfte skall medlemsstaterna i förekommande fall använda sig av Eurojust.

Hänsyn tas i fallande ordning till följande former av anknytning:

- (a) Den medlemsstat på vars territorium överträdelsen har begåtts.
 - (b) Den medlemsstat där gärningsmannen är medborgare eller är bosatt.
 - (c) Den medlemsstat som är offrens ursprungsstat.
 - (d) Den medlemsstat på vars territorium gärningsmannen har påträffats.
5. Respekt för domen. Det kan sägas vara en grundläggande fråga inom detta område att myndighetsbeslut i ett land kommer att respekteras i ett annat land. Det är ju detta som hela principen om ömsesidigt erkännande bygger på. Det finns sålunda ingen anledning att ifrågasätta att avkunnade domar – som princip – också skall ha rättsverkan i andra EU-stater. Frågan är kanske särskilt intressant då man vänder på perspektivet och inte bara tänker i termer av fällande domar. Frågan om hur friande domar ska hanteras är minst lika viktig. Den princip som kallas *non bis in idem* går i grund och botten ut på att om en person har blivit prövad en gång för en gärning, så skall han eller hon inte behöva bli prövad ytterligare en gång, för samma sak. Inom EU finns inte denna

princip uttryckt i någon fördragstext.³⁰ Däremot återfinns den bland annat i Schengenkonventionen, där artikel 54 lyder:

En person beträffande vilken fråga om ansvar prövats genom lagakraftägande dom hos en avtalsslutande part, får inte åtalas för samma gärning av en annan part, under förutsättning att, vid fällande dom, straffet avtjänats eller är under verkställighet eller inte längre kan verkställas enligt lagarna hos den part hos vilken avkunnandet ägt rum.

Medan fördjupade resonemang kring denna centrala fråga initierats av EU-kommissionen,³¹ har ett samarbete i viss mån strandat – ett grekiskt förslag till ramlag från år 2003 har ej fått allmän uppslutning – under tredjepelaren. EG-domstolen har genom färsk praxis dock börjat ge de mer allmänna skrivningarna i Schengenkonventionen kött på benen.³² Det är därvid tydligt att man ser nämnda princip som ytterst betydelsefull och ger den lång räckvidd. I mål C-436/04 skriver domstolen i anslutning till frågan om hur gärningsidentitet ska bedömas utifrån artikel 54 i Schengenkonventionen följande:

Tillämpningen av principen *ne bis in idem*, som slås fast i sistnämnda artikel, förutsätter med nödvändighet att det råder ett ömsesidigt förtroende mellan de avtalsslutande staterna vad gäller deras respektive straffrättsliga system och att var och en av dem godtar att den gällande straffrätten i övriga avtalsslutande stater tillämpas, även om en tillämpning av den egna nationella rätten skulle leda till ett annat resultat.

...

Eftersom de nationella strafflagstiftningarna inte har harmoniserats, skulle ett kriterium som grundas på gärningarnas rättsliga kvalificering eller på det rättsliga intresse som skyddas kunna ge upphov till lika många hinder för den fria rörligheten inom Schengenområdet som det finns straffrättsliga system i de avtalsslutande staterna.

³⁰ Denna rättsprincips ställning inom EU är närmare beskriven av Martin Wasmeier och Nadine Thwaites, *The development of ne bis in idem into a transnational fundamental right in EU law: comments on recent developments*, *European Law Review* 2006, s. 565.

³¹ Se kommissionens grönböcker: Grönbok om tillnärmning, ömsesidigt erkännande och verkställighet av straffrättsliga påföljder i Europeiska unionen, april 2004, Grönbok om ömsesidigt erkännande av icke frihetsberövande straffprocessuella tvångsmedel, augusti 2004, Grönbok om behörighetskonflikter och *ne bis in idem*-principen i straffrättsliga förfaranden, december 2005 och Grönbok om oskuldspresumtion, maj 2006, av vilka det tydligt framgår vilket vikt kommissionen fäster vid dessa frågor.

³² Det tre senaste målen är: C-436/04, van Esbroeck, dom 9 mars 2006, C-467/04, Gasparini och C-150/05, van Straaten, båda från den 28 september 2006.

Dessa resonemang utgår från ett tydligt medborgarperspektiv och lutar sig tungt mot de tankar som under lång tid legat till grund för utvecklingen inom det som idag är EU:s första pelare, det vill säga det traditionella EG-samarbetet. Att resonemangen kan ställa till problem för nationell straffrätt och straffprocessrätt verkar vara närmast förutsett av EG-domstolen, liksom att befintliga nationella system i förekommande fall helt enkelt tvingas att vika ned sig.

2.6 En jämförelse med USA

Problematiken med stater som har egna rättsordningar och samtidigt i stort sett obefintliga fysiska gränser sinsemellan, är vare sig unik eller ny. Det kanske tydligaste exemplet på ett system där en mer regional straff- och straffprocessrätt helt enkelt inte räckt till utgörs av USA. Det finns skäl att närmare fundera på hur man där har löst denna problematik. Genom att den federala makten i Washington var tillräckligt stark, och genom en del ”lyckosamma skrivningar” i USA:s konstitution befanns det möjligt att helt enkelt lägga till en ytterligare dimension av allting; en federal strafflagstiftning, en federal straffprocessrätt, en federal poliskår, federala åklagare, federala domstolar och federala fängelser. Denna utveckling har till helt övervägande del skett över huvudet på delstaterna och det handlar i USA inte om något särskilt samarbete delstater emellan. Dessa delstater har alljämt kvar sin egen rätt, sina egna lagstiftare, utredande organ och domstolar. Det kan i sammanhanget konstateras att det federala systemet började blomma ut under 1920- och 30-talen, och detta inte minst därför att delstatsrätten helt enkelt inte kunde hantera brottslighet av mer gränsöverskridande natur, varför denna typ av brottslighet, av närmast tvingande skäl, fick bekämpas på federal nivå.

EU-tanken har ju hittills varit att enskilda stater tillsammans kan få saker och ting att fungera, dels genom harmonisering, dels genom en tillämpning av principen om ömsesidigt erkännande. Men om man jämför det amerikanska systemet med det europeiska kan man inte undvika att slås av hur mycket mer effektiv den amerikanska lösningen förefaller vara – helt enkelt genom att vara en rättsordning i sig. Den federala regleringen fungerar i sig helt enkelt som en nationell rättsordning brukar fungera.

Om man går tillbaka till det tidigare exemplet med en gränsöverskridande brottslighet som har kopplingar till säg fyra stycken medlemsstater, så blir resultatet av en jämförelse tydligt. Med viss förenkling kan man säga att den federala regleringen helt enkelt inte tar någon hänsyn till att brottsligheten är utsträckt över flera skiftande rättsområden, detta av den enkla an-

ledningen att det enligt federal rätt rör sig om ett sammanhängande område. På EU-nivå handlar det alltså om fyra olika rättsordningar. I USA är det i huvudsak en central myndighet som utreder; FBI. Den behöver i ytterst begränsad mån ta någon särskild hänsyn till delstatspolis eller andra delstatliga myndigheter

I det amerikanska systemet är utgångspunkten den att om federal lagstiftning är tillämplig då kan den fortsatta utredningen ske utan någon särskild hänsyn tagen till den delstatliga rätten. Det är därvid enbart en lagstiftning att bekymra sig om. Man bedriver en egen förundersökning utan att fråga om lov, man åtar sig efter egna regler, och behöver inte ägna tid åt att fundera på hur olika processrättsliga principer i olika stater kan påverka vare sig utredning eller processföring. Egna domstolar innebär – åtminstone i teorin – att behandlingen blir identisk oavsett vilken av dessa federala domstolar målet hamnar i. Den delstatliga rätten är överhuvudtaget inte inblandad.

2.7 Förändringar och följdförändringar i Sverige

Den balansgång man inom EU och i de enskilda medlemsstaterna ägnar sig åt, är idag inte en balansgång mellan att å ena sidan fortsätta tillämpa nationell rätt på ett traditionellt sätt och å andra sidan inordna rätten i ett mer internationellt perspektiv. Den frågan avgjordes redan för tio år sedan – ja kanske redan för tjugo år sedan. Det handlar istället om hur den internationella regleringen ska se ut, eller bättre uttryckt, hur den ska inordnas med den nationella lagstiftningen. Ska utvecklingen gå så långt att nationell och internationell rätt på dessa områden blir samma sak, så att det ena uppstår i det andra, eller ska den nationella rätten stå oberörd, utom när det gäller fall som har någon form av internationell inriktning? Det är detta det hela handlar om.

2.7.1 Faktorer som talar för begränsade förändringar

Det är idag alltså så att de flesta som sysslar med straffrätt och straffprocessrätt inte påverkats av den pågående internationaliseringen i särskilt hög grad. Detta samtidigt som kartan för såväl lagstiftningsprocessen som rättstillämpningen i stort håller på att skrivas om i grunden. Detta kan förefalla paradoxalt. Men ser man till hur utvecklingen sker, så klarnar bilden.

När det gäller det gränsöverskridande operativa samarbetet, så gäller det ju, på tillämpningsplanet i vart fall, undersökningar som har ett gränsöverskridande inslag. Alla förundersökningar har inte det. Det rör sig i själva verket om ett förhållandevis litet antal. Detta innebär att man – sett i stort – kan säga att denna utveckling rör sig lite grand i marginalen. Även om

innehållet i olika rambeslut i stort sett snart omfattar hela straffprocessrätten, vilket ligger sanningen mycket nära, så innebär principen om ömsesidigt erkännande att den nationella rättstillämparen i sin dagliga gärning inte behöver konfronteras med det i grunden förändrade regelverket.

När det gäller harmoniserad straffrätt kan vi säga oss att den harmoniserade rätten har så stora likheter med hur vår egen ändå skulle ha kommit att se ut att det i sak inte är någon skillnad.

När det gäller frågan om informationssamlade och informationsutbyte är detta frågor som är abstrakta för de allra flesta. Och till vardags märks förändringen väl i själva verket inte alls.

När det gäller EU:s lagstiftningsmakt inom den första pelaren betyder det inträffade principgenombrottet i stort sett ingenting vare sig för rättstillämparen eller för medborgarna, detta oavsett hur intressant eller konstitutionellt tveksamt det är. De flesta drabbas inte av brott, än färre begår dem. Inte ens inom det svenska lagstiftningssystemet förefaller frågan särskilt viktig.

Att man avbryter en förundersökning i Sverige – trots att vi har en generell skyldighet att åtala för begångna brott – genom att överföra en misstänkt till ett annat land, som får ansvaret för att pröva brottsligheten, det har vi kunnat göra sedan tidigare, så inte heller detta är något intressant principgenombrott. Att denna möjlighet tidigare främst byggde på en något fri tolkning av lagstiftningen, och idag har en helt annan betydelse än vad den hade tidigare, förändrar inte synen på detta.

Det måste alltså sägas vara befogat att fråga sig om utvecklingen i det stora hela kommer att ha några större vittgående konsekvenser, i form av egentliga förändringar. Den kan istället komma att stanna, ungefär där den befinner sig idag. Regleringen innefattar bland annat ömsesidigt erkännande, ett nära samarbete mellan åklagare och polis och särskilda regler som hanterar detta. Vi har alltså kvar den gamla nationella straffrätten och straffprocessrätten på nationell nivå. Till detta kan läggas en ny form av straffrätt och straffprocessrätt. Visserligen kan det beskrivas som ett nytt rättsområde, men med ett begränsat generellt intresse. Detta gäller även om särlagstiftningen kommer att öka och även om vi skulle få se omfattande utredningar och rättsprocesser som i praktiken styrs av detta särskilda system.

2.7.2 Faktorer som talar för omfattande förändringar

Utifrån den ovan gjorda systematiseringen av utvecklingen på EU-nivå, där jag menar att mycket handlar om möjligheter att centralisera såväl lagstiftning som rättstillämpning, måste dock frågan ställas om det finns områden

där nationell rätt och rättstillämpning kan sägas förbli oberörd. Är det istället inte så att det internationella inslaget kommer att ta sådan plats att det bokstavligt talat överskuggar den nationella rätten och att den beskrivna utvecklingen av "EU-kommissionens systematik" leder vidare mot en materiellt sett allt mer genomharmoniserad straff och straffprocessrätt, där den internationella och nationella rätten till slut blir samma sak?

Harmonisering av materiell straffrätt är kanske den mest grundläggande av alla frågor inom de straff- och straffprocessuella samarbetet. Ändå har ju frågan om harmonisering på detta område hamnat lite i skymundan. Det har uppfattats som mer akut att komma tillrätta med svårigheterna beträffande myndighetssamarbete överhuvudtaget, varvid det straffprocessuella samarbetet varit i fokus. Frågan om varför den straffrättsliga regleringen i ett land ska skilja sig från ett annat lands måste dock idag på allvar börja ställas.

Sett i ett stort EU-mässigt perspektiv kan det konstateras att en alltför skiftande nationell straffrätt, medlemsstaterna emellan, lätt gör att det grundläggande enhetssträvande som finns inom EU inte får full effekt. Det normhierarkiskt sett mystiska är ju att EU-regler som *tillåter* något har företrädare framför nationell straffrätt. EG kan harmonisera genom förstapelarrätt på så vis att en tillåtande reglering har företrädare framför nationella begränsande regler, även om dessa består av straffrätt. Men EG har tidigare inte under första pelaren kunnat föreskriva om någon annan straffrättslig reglering i stället. Det är ju i själva verket detta dilemma som sannolikt har utlöst den senaste utvecklingen där EU-kommissionen, med EG-domstolens benägna bistånd, kommit att inrymma straffrättslig harmonisering i anslutning till traditionell EG-rätt under första pelaren. Under ett nytt fördrag, där detta maktförhållande kommer att tydliggöras, kommer detta att fungera i starkt harmoniserande riktning.

De vidsträckta möjligheterna att tillämpa principen om ömsesidigt erkännande beträffande straffprocessuella tvångsmedel är en knäckfråga i den pågående utvecklingen. "Räddar" denna princip straffprocessrätten från harmonisering, eller om den leder dit, likafullt? Det kan i detta sammanhang snabbt konstateras att ett hanterande av 27 medlemsstaters rätt, just när det gäller straffrätt och straffprocessrätt, inte kan sägas vara ett självklart slutmål. Det förefaller istället som om tillämpningen av denna princip – och det förtroende för andras rätt den bygger på – i sig leder fram till en klarare definiering av olika problemområden, där verklig harmonisering krävs, mer än att fungera som en fullgod ersättning för detsamma.³³

³³ Se avsnitt 3.3 nedan.

När det gäller frågor beträffande det allt mer omfattande inhämtandet av information rörande enskilda och den följande lagringen och bearbetandet, är det en fråga som skulle tjäna på harmoniserade regler, både vad gäller möjligheterna till utbyte mellan stater, som i fråga om skyddet mot att dessa uppgifter används på ett för medborgarna oacceptabelt sätt.³⁴ Ett av grundproblemen är ju att information kan användas någon annanstans än i det land man själv som enskild kan sägas ha någon form av egentlig insyn i. Detta innebär att om principen om ömsesidigt erkännande eller, än mer om principen om fri tillgång råder, så måste det samtidigt finnas väl utbyggda skyddsmekanismer så att det skydd som gäller till förmån för medborgarna blir enhetligt inom hela EU.

När det gäller operativt gränsöverskridande samarbete mellan poliser är det tydligt att dessa, i pågående utredningar av olika slag, kommer i kontakt med skiftande nationella rättsregler. Det kan i stort sett gälla vilken fråga som helst, men inte minst de regler som nationellt reglerar polisens egen verksamhet hamnar lätt i blickfånget. Det kan alltså lätt konstateras att olika poliskårer som arbetar med ett gemensamt fall inte är betjänta av att arbeta utifrån skiftande regler. Även om de nationella regelverken inte måste harmoniseras finns det ändå ett självklart behov av en sådan harmonisering.

Man kan vidare undersöka vilka kuggar i rättsmaskineriet som påverkas av utvecklingen. Det är svårt att hitta någon som helt klarar sig undan. En dubbling av rättsregler, varvid EU-rätt får en särskild reglering, medan nationell rätt får en annan, riskerar att leda till en uppdelning mellan ett A- och ett B-lag. Detta gäller i särskilt hög grad för polisen, åklagarna och inom domstolsväsendet. En lista på vilka myndigheter som har anledning att begrunda utvecklingen och sin egen organisation innefattar hela polisorganisation, från RPS till alla olika undermyndigheter, inte minst SÄPO. Hela åklagarorganisationen, med RÅ i centrum, varvid ekobrottsmyndigheten också förtjänar att nämnas särskilt. Vidare Domstolsverket, Kriminalvårdstyrelsen, Brottsoffermyndigheten, Kronofogdemyndigheterna, Rätts-hjälpsmyndigheten och Datainspektionen. Listan kan göras längre. Det verkar märkligt om inte tillämpningen av en internationellt utblickande rätt inom alla dessa för vårt land centrala myndigheter, i förlängningen smittar av sig på synen på den nationella rätten. Detta i synnerhet som den förra har ett normhierarkiskt företräde framför den senare.

³⁴ Det är knappast någon slump att Prümkonventionen ser ut precis på detta vis. Den innehåller såväl regler om vad man "får" respektive "inte får" göra med känslig information. Se avsnitt 3.5 nedan.

2.8 Egentligt slutmål

Det finns en spänning mellan å ena sidan den traditionella regleringen av straffrätt och straffprocessrätt på nationell nivå och å andra sidan en reglering som ska fungera över nationsgränser. Även om man helt sopar bort en rad mer ovidkommande problemställningar av historisk karaktär och betraktar frågeställningen som sådan kvarstår denna spänning. Frågor om vilken rätt som ska ha företräde och då också vilken lagstiftare som ska ha det, måste sägas vara kontroversiella till sin natur. Att man inom EU:s medlemsstater valt att inleda ett allt djupare samarbete på dessa områden har förstärkt spänningen. Om en mer internationell reglering ska fungera i praktiken finns bara ett begränsat antal alternativ. I synnerhet om tanken är att rättsordningarna inom EU – åtminstone i fall av internationellt organiserad brottslighet – i stort sett ska fås att fungera lika effektivt som en enskild nationell rättsordning tidigare kunnat fungera inom ett land. Min bild av utvecklingen är att det i vart fall är EU-kommissionens strävan att nå dithän. Detta leder mot allt större harmonisering, på snart sagt alla tänkbara områden. Det är svårt att förena de så ofta upprepade övergripande kraven på effektivisering av rättsmaskineriet så att det står bättre rustat att hantera kriminalitet än tidigare, med något annat än ett i grunden gemensamt arbete. Det är vidare i detta sammanhang svårt att i längden föreställa sig att de nationella rättsordningarna vare sig kan hantera principen om ömsesidigt erkännande eller dela upp sin rätt i en del som gäller internationellt och en del som gäller nationellt. Båda lösningarna känns som varande av det övergående slaget. Å andra sidan är tankarna på en helt internationaliserad straff- och straffprocessrätt omvälvande. En lång rad frågor om makt, maktutövning, effektivitet, rättssäkerhet, legitimitet och demokrati dyker snabbt upp och söker sina svar. Ändå är det här vi står idag. Utvecklingen går otvetydigt mot att nationell rätt byts ut mot internationell.

2.8.1 Tre olika alternativ

I själva verket finns det systematiskt sett inte mer än tre tänkbara alternativ när det gäller den framtida utvecklingen, om den överhuvudtaget skall fungera i effektiviserande riktning. Som framgår nedan menar jag att ett alternativ faller bort direkt, av vad man kan kalla rent politiska skäl. Ett annat alternativ faller bort av juridiska skäl. Det blir helt enkelt för krångligt. Kvar finns ett tredje alternativ, som bygger på att såväl juridiken som politiken får göra en rad kompromisser, men som i det långa loppet kan vara till fördel både på det politiska planet och för juridiken som sådan.

Den amerikanska varianten med en helt övergripande struktur, som inte tar någon särskild hänsyn till nationell rätt, som då i sin tur kan stå helt

opåverkad, är inte politiskt möjlig att överföra på Europa. Med detta sagt: visst finns det likafullt tendenser ditåt. Den centraliserade förstapelarlags-tiftningen liksom tankarna på en överstatlig europeisk åklagarmyndighet, pekar i viss mån åt detta federala håll.

Ett system som bygger på att nationella myndigheter huvudsakligen sköter utredningar, och där fall med någon form av internationella förgreningar hanteras genom tillämpningen av särskilda regler, som gäller just för dessa lägen är som sagt teoretiskt möjlig. Dessa särskilda regler kan vara grundade på principen om ömsesidigt erkännande eller bestå av ”delharmoniserade” regler, det vill säga samma regler gäller i hela EU men enbart för de fall frågan uppfattas vara av internationell karaktär. Även på detta vis ”räddas” den nationella rätten. Men man får här problemet med att ett lands myndigheter – liksom dess medborgare – tycks vara drabbade av att behöva tillämpa två olika lagstiftningssystem samtidigt, varvid en tillämpning av principen om ömsesidigt erkännande kan leda till att det egna landets reglering riskerar att tillämpas ihop med någon eller några av 26 olika staters nationella rätt. Hur man i praktiken ska göra i fall som det ovan eemplifierade – som omfattar en utredning inom fyra stater – det låter sig inte beskrivas.

Ett tredje system bygger även det på att det huvudsakligen är nationella myndigheter som ombesörjer utredandet av brott. När det däremot gäller lagstiftningen kommer den till stor del vara genomharmoniserad så att samtliga EU stater får en alltmer homogen reglering. Detta skulle betyda en alltmer likartad straffrättslig reglering, liksom alltmer likartade polisrättsliga och processuella regleringar; myndigheterna får på samma grunder göra samma saker inom hela EU och medborgarna har därvid samma skydd oavsett var de befinner sig och oavsett vilket lands myndighet som vill få till stånd ett ingripande. Det kan i sammanhanget konstateras att detta är ett system som inte är helt olikt det system som idag finns i förbundsrepubliken Tyskland. Helt enkelt en blandning av centralisering och regionalisering i form av central lagstiftning och regional rättstillämpning.

3 SÄRSKILDA PROBLEOMRÅDEN

Det finns en rad centrala frågeställningar som rör mer enskilda områden inom den pågående utvecklingen. Denna del av rapporten tar upp dessa till diskussion. Resonemangen sker utifrån de utvecklingstendenser och de slutsatser som dragits ovan. De frågor som diskuteras hänför sig till följande sex områden.

Den första är frågan om lagstiftningsmakten. Det är uppenbart att EU-kommissionen lyckats driva på frågan om en förstapelarordning, det vill säga överstatlighet, synnerligen effektivt. Kommissionen har såväl överblick som initiativrätt. Europaparlamentet är idag, tillsammans med ministerrådet en egentlig lagstiftare även på detta område. Det finns heller ingen anledning att tro att framtiden kommer att se ut på något annat sätt än som framgår av det vilande förslaget till nytt EU-fördrag.

Den andra frågan rör – för svenskt vidkommande – åklagarväsendets strukturer. Idag finns Eurojust. EU-kommissionen har för sin del i över tio år förordat en Europeisk åklagarmyndighet. Det vilande fördraget gör det möjligt att inrätta en sådan myndighet och därmed förändra hela den rättsliga strukturen i Europa i grund och botten. Frågan om inrättandet av en Europeisk åklagarmyndighet är central för synen på rättstillämpning och behovet av harmonisering inom EU.

Den tredje frågan berör principen om ömsesidigt erkännande. Tillämpningen av denna princip tycks ibland motsvara alkemins ”de vises sten” med vilken man sägs kunna omvandla bly till guld. Det finns anledning att lite mer grundligt undersöka vad denna princip egentligen står för, inte minst ur ett rättsfilosofiskt perspektiv. Att man i ett land ska erkänna såväl ett annat lands lag, liksom ett annat lands myndigheters beslut, även i fall som direkt riktas mot det egna landets medborgare, det är i själva verket fråga om en rättstillämpning som måste sägas bygga på en synnerligen radikal rättsuppfattning. Är det detta som är postmodern juridik?

Den fjärde frågan som här tas upp berör polissamarbete. Det kan konstateras att detta samarbete bedrivs alltmer gränsöverskridande. Idag har samtliga EU:s stater inklusive Sverige ställt sig positiva till det fördjupade polissamarbete – eller kanske snarare gränsöverskridande polisarbete – som regleras genom Prümkonventionen. Samtidigt förefaller det som om frågan om kontrollen över detta arbete är oklar, i alla fall i Sverige. Det vore lämpligt att frågorna om möjligheter till granskning av den som granskar behandlades ordentligt och seriöst nu, innan själva samarbetet har hunnit fördjupas än mer.

En femte fråga handlar om det som benämns ett Europa i två hastigheter. Kan vi mer regelmässigt komma att se en utveckling där vissa medlemsstater helt enkelt gemensamt går sina egna vägar, och före andra stater kommer överens om såväl gemensamma riktlinjer som gemensamma regler. Kan detta undvikas eller är det eftersträvansvärt?

Den sjätte frågan avser grundläggande rättssäkerhets- och integritets-skyddsfrågor. Den enskildes ställning har rent principiellt blivit försämrad på grund av hur internationaliseringen av rätten hittills genomförts. Medan medlemsländernas rättsmaskinerier ges utökade möjligheter till att verka över gränserna, och åtminstone hjälpligt klarar av att hantera principen om ömsesidigt erkännande har den enskilde hittills inte erbjudits särskilt mycket. Detta är ett problem som visserligen uppmärksammats inom EU-samarbetet, men det förefaller ändå förvånansvärt svårt att inom ramarna för de nuvarande strukturerna få till stånd en bättre ordning.

3.1 Gamla och nya lagstiftare

Frågan om vilka som egentligen är lagstiftare på det straff- och straff-processrättsliga området har varit ständigt aktuell de senaste tio åren. Formellt sett har – om man ser till svenska förhållanden – tredjepelarsamarbetet inneburit att den svenska riksdagen alltjämt kunnat betraktas som den egentlige lagstiftaren. Bland annat EU-kommissionens inflytande på lagstiftningsarbetet inom tredje pelaren har dock gjort situationen oklar. Trots att tredjepelarsamarbetet beskrivs som något rent mellanstatligt har EU-kommissionen varit den som mest kontinuerligt och mest kraftfullt drivit frågan om ett alltmer fördjupat och samtidigt brett samarbete på dessa områden framåt.

I det vilande förslaget till fördrag har strukturerna förändrats.³⁵ Tredjepelarsamarbetet är därvid skrotat. Kommissionen får en tydligare roll. Kanske än viktigare är att EU-parlamentet även här får en tydlig roll som lagstiftare. För svenskt vidkommande innebär detta att den svenska riksdagens lagstiftningsmakt minskas ned ganska rejält.³⁶

Samtidigt som fördraget arbetades fram och under tiden fram till fransmännens och holländarnas nej, utkämpades en strid om lagstiftningsmakten som EG-domstolen avgjorde just när fördraget gick i stå. Den numera redan klassiska domen C-176/03, kommissionen mot rådet, har på kort tid föränd-

³⁵ Se Siepsrapport 2005:2, Gamla och nya lagstiftare.

³⁶ Jämför lagrådets yttrande av den 28 juni 2005: "(Ö)verlåtelse av normgivningskompetens och traktatmakt är så omfattande och betydelsefulla att riksdagens ställning reellt sett urholkas i väsentlig grad."

rat mycket. I korthet går domen ut på att EG domstolen underkände ett rambeslut – taget under tredje pelaren – som tog sikte på att straffbelägga vissa företeelser inom miljöområdet. Domstolen menade att frågeställningarna istället hörde hemma under första pelaren. Detta inte minst eftersom miljöfrågor rent generellt sedan länge behandlats under första pelaren.

3.1.2 Mål 176-03, Kommissionens tolkning

I EU-kommissionens särskilda kommentar i kölvattnet på EG-domstolens dom framgår tydligt att effekterna uppfattas som stora.³⁷ Det finns anledning att återge en ganska stor del av vad som sagts. Betydelsen av resonemangen ska inte underskattas:

Räckvidd för domen av den 13 september 2005

I sin bedömning åberopar domstolen det klassiska kriteriet om rättsaktens syfte och innehåll för att kontrollera om den rättsliga grunden är den riktiga. I det föreliggande fallet gäller den berörda gemenskapspolitiken skyddet av miljön. Det rör sig emellertid om en principiell dom med långt mer vittgående följder. Samma resonemang kan helt och hållet tillämpas på andra gemensamma politikområden och på de fyra friheterna (fri rörlighet för personer, varor, tjänster och kapital).

Det framgår förvisso av domen att straffrätten som sådan inte utgör ett av gemenskapens politikområden. Gemenskapens föranstaltanden på det straffrättsliga området kan nämligen endast bygga på en uttrycklig befogenhet som är kopplad till en rättslig grund. På gemenskapsnivå kan följaktligen lämpliga straffrättsliga bestämmelser endast antas sektoriellt och uteslutande på villkor att man slår fast att det är nödvändigt att bekämpa allvarliga brister i genomförandet av gemenskapens mål och att föreskriva straffrättsliga bestämmelser som garanterar att ett av gemenskapens politikområden uppnår full verkan eller att en av friheterna fungerar väl.

I sakfrågan gäller domstolens resonemang således inte bara på miljöskyddsområdet utan också på alla övriga av gemenskapens politikområden och friheter där det finns tvingande normer som bör åtföljas av straffrättsliga påföljder för att garantera att de får full verkan.

³⁷ Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet och Rådet om följderna av EG-domstolens dom av den 13 september 2005..., KOM(2005) 583 slutlig.

Domstolen särskiljer inte de straffrättsliga bestämmelserna efter deras karaktär, utan lägger huvudvikten på deras funktion. Det som gör att gemenskapslagstiftaren kan föreskriva straffrättsliga bestämmelser är nödvändigheten att se till att de gemenskapsrättsliga bestämmelserna respekteras.

Denna nödvändighet måste fastställas från fall till fall och det är kommissionens uppgift att i sina förslag göra denna bedömning. Men när kommissionen i fråga om en bestämd sektor anser att straffrättsliga bestämmelser är nödvändiga för att garantera att gemenskapsrätten får full verkan kan dessa, efter det aktuella områdets behov, inbegripa principen om att straffrättsliga påföljder skall införas, definitionen av grunderna för åtal, dvs. vad som utgör brottsligt agerande och eventuellt de tillämpliga straffrättsliga påföljdernas karaktär och nivå, eller andra straffrättsliga inslag. Det är det specifika behovet inom ett aktuellt politikområde eller en aktuell frihet som utgör sambandet till den rättsliga grunden i EG-fördraget och som motiverar sådana bestämmelser. Kommissionen kommer från fall till fall och efter behov att bedöma omfattningen på gemenskapens åtgärder på det straffrättsliga området och i största möjliga mån prioritera övergripande bestämmelser som inte är specifika bara för den aktuella sektorn. På samma sätt kan den rätt som tillerkänts medlemsstaterna att fritt välja vilka påföljder som skall tillämpas, om det effektiva genomförandet av gemenskapsrätten så kräver, förses med en ram av gemenskapslagstiftaren.

Under rubriken "Följder av domstolens dom" sägs sedan om den generella situationen efter domen följande:

Det klagörande som från domstolens dom innebär i fråga om fördelningen av befogenheter mellan första och tredje pelaren leder till följande:

- Straffrättsliga bestämmelser som behövs för ett effektivt genomförande av gemenskapsrätten faller under EG-fördraget. I och med detta system upphör mekanismen med dubbla texter (direktiv eller förordning och rambeslut) som använts vid upprepande tillfällen under de gångna åren. Med andra ord behövs antingen en straffrättslig bestämmelse som är specifik för det aktuella ämnet för att garantera gemenskapsrättens effektivitet och denna bestämmelse antas uteslutande inom den första pelaren, eller så förefaller inte straffrättsbestäm-

melser på EU-nivå meningsfulla, eller så finns det redan tillräckliga övergripande bestämmelser, varför man inte inför någon speciell lagstiftning på europeisk nivå.

- Övergripande straffrättsliga bestämmelser som skall främja det polisiära och straffrättsliga samarbetet i bred mening, inklusive åtgärder avseende det ömsesidiga erkännandet av domstolsbeslut, samt åtgärder som bygger på tillgänglighetsprincipen och åtgärder som harmoniserar straffrätten som ett led i införandet av ett område av frihet, säkerhet och rättvisa och som inte är kopplade till genomförandet av gemenskapens politikområden eller grundläggande friheter faller under avdelning VI i EU-fördraget. Konkret innebär domstolens dom att de aspekter av straffrätten och brottmålsförandet som gör det nödvändigt med en övergripande behandling i princip inte omfattas av gemenskapsrätten. Detta kommer vanligtvis att vara fallet för frågor kopplade till straffrättens och brottmålsförandets allmänna regler samt för polissamarbetet och det straffrättsliga samarbetet.

När det sedan gäller konsekvenserna beträffande unionens politik på det straffrättsliga området sägs följande:

Om gemenskapslagstiftaren kan tillgripa straffrättsliga bestämmelser för att uppnå sina mål får detta medel endast användas på villkor att bestämmelserna är nödvändiga och konsekventa. (...) Så snart straffrättsliga bestämmelser tillgrips måste detta motiveras av nödvändigheten att effektivisera den aktuella gemenskapspolitiken. I princip är det nämligen medlemsstaterna som bär ansvaret för att gemenskapsrätten tillämpas korrekt. I vissa fall finns det emellertid anledning att sätta en ram för medlemsstaterna genom att uttryckligen precisera antingen i) vilka beteenden som är brottsliga och/eller ii) vilken typ av påföljd som skall tillämpas och/eller iii) andra straffrättsliga bestämmelser som är tillämpliga på det aktuella området. Kontroller av att bestämmelserna är nödvändiga, att subsidiaritetsprincipen iakttagits och att bestämmelserna är proportionella måste ske vid var och en av dessa etapper.

Konsekvens. Straffrättsliga bestämmelser som antagits sektoriellt på grundval av gemenskapens befogenheter måste vara konsekventa i förhållande till EU:s hela straffrättsliga regelverk, vare sig de antagits på grundval av den första eller tredje pelaren, så

att man kan undvika utspridda och oförenliga straffrättsliga bestämmelser. I de fall där särregler för ett visst område förefaller vara nödvändiga för att genomföra EG-fördragets målsättningar finns det anledning att i tillämpliga fall klargöra relationen mellan dessa särregler och de övergripande reglerna. Likaledes bör det undvikas att berörda medlemsstater eller personer underkastas motstridiga skyldigheter. Kommissionen kommer med hjälp av sin initiativrätt att noggrant vaka över att en sådan konsekvens upprätthålls. Europaparlamentet och rådet bör även de ta hänsyn till denna nödvändighet i sin internorganisation.

3.1.3 Kommentarer

Det är ingen överdrift att påstå att denna tolkning av EG-domstolens dom är långtgående. Med tanke på att även själva domen byggde på en långtgående tolkning har man här förflyttat sig en avsevärd distans från vad som kan sägas ha varit den tidigare förhärskande ståndpunkten.³⁸ Man kan förvisso föra långa resonemang om den rättspolitiska dimensionen av EG-domstolens verksamhet utifrån denna dom – den är i det sammanhanget en given klassiker – men i detta sammanhang finns det anledning att mer se till de direkta konsekvenserna. Domen har givit kommissionen vad den har önskat sig under närmare tjugo år, en direkt koppling mellan å ena sidan den traditionella verksamheten under första pelaren och å andra sidan straff- och straffprocessrätt. Frågan är bara om kommissionen – eller EG-domstolen – riktigt insett hur omvälvande denna dom är. Sanningen är den att nu är EU en verklig lagstiftare beträffande straff- och straffprocessrätt. Detta är en normhierarkisk nyhet som gör att EU har möjlighet att använda sig av, eller låta bli att använda sig av, straffrättsliga regler. Detta kan i förstone förefalla tyda på en nyvunnen frihet.

Förhållandet mellan förstapelarrätt (EG-rätt) och nationell rätt måste dock omdefinieras i grunden. Tidigare hade man från EU:s sida att mer eller mindre diskret skrida över frågan om straffrättsliga konsekvenser beträffande den egna lagstiftningen under första pelaren. Den tiden är nu förbi. Att vara lagstiftare innebär inte bara rättigheter, det innefattar också skyldigheter. Detta gäller i särskilt hög grad då den lagstiftning man producerar har ett normhierarkiskt företräde framför annan lagstiftning. Ska exempelvis avsaknaden av entydiga resonemang beträffande sanktioner i ett

³⁸ Se till exempel Asp i EU och straffrätten s 59. ”Enligt min uppfattning talar emellertid starka skäl för uppfattningen att EG inte har någon ... positiv straffrättslig kompetens inom ramen för den första pelaren.” Se även Jareborg i Allmän kriminalrätt s. 43: ”På straffrättens område finns det ingen EG-rätt. EG kommissionen saknar i huvudsak straffrättslig kompetens – i mer än en betydelse.”

framtida direktiv innebära att EU menar att frågan överhuvudtaget inte ska regleras straffrättsligt? Med tanke på att tillåtande EG-rätt – det vill säga förstapelarrätt – sedan länge haft företräde framför repressiv nationell rätt bör svaret alltså vara jakande. Men det enbart under förutsättning att det är fråga om en entydigt tillåtande rättsakt. Däremot dyker problemen upp i förhållande till en i egentlig mening reglerande lagstiftningsakt. Vad ska sanktionsvis kunna följa av en överträdelse av regleringen? Detta bör i framtiden skrivas ut tydligt. Det är vidare än svårare att i framtiden tänka sig den typ av direktiv som talat om att medlemsstaterna skall se till att det finns ”verkningsfulla” eller ”kraftfulla” åtgärder till skydd för något, utan att straffrätt tagits upp till särskild behandling. Det är med sådana allmänna skrivningar synnerligen oklart om det innebär att straffrätt är anbefallen eller förbjuden. Möjligheten till straffrättsliga ingripanden överhuvudtaget måste alltså skrivas ut i klartext.³⁹ Det är vidare tydligt att det därvid finns ett behov av att ”på samma gång” också söka harmonisera eller åtminstone tillnärma medlemsstaternas materiella lagstiftning. Risken för att EG-domstolen översvämmas av frågor rörande förhandsbesked beträffande såväl utrymmet för straffrätt överhuvudtaget som nivåer på straffsatser, kommer att verka för en tydlig reglering redan på EU-nivå. Att utvecklingen beträffande straffrättslig kompetens under första pelaren tillkommit genom praxis tillför frågeställningen dessutom en extra dimension. Även hittills genomförd lagstiftning på EG-nivå ska läsas som om den straffrättsliga kompetensen under första pelaren funnits under nuvarande fördrag hela tiden.⁴⁰ Vi har nu alltså att förvänta oss – men kan också begära – en helt annan hållning från EU:s institutioner vad avser straffrätt och straffprocessrätt

³⁹ Det finns anledning att jämföra med vårt nationella system beträffande å ena sidan TF (och YGL) som är grundlagar och å andra sidan allmän straffrätt. Eftersom TF har det normhierarkiska företrädet samt innehåller både tillåtande och straffrättsliga regler inom sig själv, är det slående hur likartade resonemang man idag kan föra, även om EG-rätten saknar TF:s uttryckliga exklusivitetsregel. Det får ju rent faktiskt inte utfärdas nationella regler i strid mot EG-rätt. Förhållandet mellan TF och allmän lag är mångbottnat men vad som tydligt kan konstateras är att bedömningarna om huruvida allmän lag ska tillåtas verka i förhållande till en viss fråga, alltid måste ta sin utgångspunkt i en bedömning av den överordnade normen. Att genom renodlad tolkning bestämma utrymmet för en tillämpning av allmän lag har närmast regelmässigt lett till att de särskilda friheter som TF ger, ges företräde framför straffrätt i allmän lag. Det finns en tanke om att i de fall det behövs möjligheter till ingripanden, så skall dessa skrivas in direkt i den överordnade normen. Ett tydligt fall där grundlagen fick ge vika är dock frågan om strafflagstiftningen beträffande barnpornografi. Den tekniska lösningen ligger där i att TF uttryckligen tillåter en tillämpning av allmän lag, beträffande den barnpornografi som förekommer i grundlagsskyddade medier. Se Persson, Exklusivitetsfrågan, särskilt s. 331 ff.

⁴⁰ Rättspraxis till synes retroaktiva verkan är en komplikation man slipper vid lagstiftning, vilket är ett av många skäl för att föredra en rättsutveckling genom lag istället för praxis.

under den första pelaren än tidigare. Man kan på sätt och vis säga att EU slutligen blivit straffmyndigt, och att det i själva verket mer är en förpliktelse än ett tecken på frihet.

En annan fråga som aktualiseras är den om vilka lagstiftningsinstrument som står till hands. De EG-rättsliga direktiven skall för att få full verkan överföras till nationell lagstiftning genom ett nationellt förfarande. Förordningar har full nationell verkan redan när de skapas på EG-nivå. I det vilande fördraget är gränsen mellan det ena och det andra instrumentet förhållandevis tydlig. I artiklarna III-270 och III-271 beskrivs vad som ska regleras genom ramlagar (direktiv) och lagar (förordningar). Det kan konstateras att utrymmet för lag främst är förbehållet grundläggande straffprocessuella frågor medan ramlagar är tänkta att hantera materiell straffrätt. Den framtida utvecklingen under nuvarande fördrag kommer sannolikt att gå i samma riktning, varvid materiell straffrätt regleras genom direktiv (i enlighet med EG-domstolens domskäl i mål C-176/03) medan utvecklingen när det gäller straffprocessrätt lämpligen sker genom förordningar. Det är ju ingen tillfällighet att det mångåriga och oerhört omfattande arbetet inom EG med jurisdiktions- och lagvalsfrågor inom civilrätten (Bryssel I och Rom II), skett med slutmålet att dessa frågor ska regleras enhetligt, i form av förordningar. Det finns inget större utrymme för nationella undantag, om det alls ska vara någon vits med ett dylikt system. Det finns ingen anledning att räkna med en annan utveckling inom straffprocessrätten. Mot detta kan invändas att den nu gällande ordningen med straffrätt under första pelaren enbart gäller mer specifika frågor med en relativt tydlig anknytning till första pelaren, och att mer allmänna och övergripande frågor (vilket straffprocessuella frågor oftast kan sägas vara) inte ligger under första pelaren överhuvudtaget. De ska alltså ligga kvar under tredje pelaren. Ändå tycks det, som nedan visas, som att även straffprocessrätten nu är på väg in under första pelaren och att man därför också måste börja tänka i än vidare banor än vad som framgår av EG-domstolens dom i mål C-176/03 och kommissionens kommentar till densamma.

3.1.4 Lagring av trafikdata

I den omdiskuterade frågan om en balans mellan individens privatliv och myndigheters rätt att samla in material har en egentligen straffprocessuell fråga hamnat i centrum. Nämligen frågan om hur man ska reglera lagring och möjlighet till åtkomst av så kallad trafikdata, detta i syfte att genom denna information utreda brott. I Sverige har vi redan lagen om elektronisk kommunikation som behandlar dessa frågor. En lagstiftning som är ytterst restriktiv när det gäller möjligheterna till lagring.

Sverige var ett av de länder som var med om att arbeta fram ett förslag till rambeslut som skulle ge möjlighet att i ökad utsträckning lagra trafikdata. Parlamentet, som har rätt att yttra sig över tredjepelarsbeslut, sade nej till förslaget. Rådet har visserligen möjlighet att själva fatta detta beslut, men hotet om en ny prövning i EG-domstolen fick dem att avstå. EU-kommissionen lade nu istället fram ett förslag till direktiv beträffande samma saker, och fick den här gången Europaparlamentet med sig. I detta läge valde Rådet att acceptera och anta direktivet.

För svenskt vidkommande finns det här en hel del att kommentera. Den första fråga man har att undersöka är varifrån EU-kommissionen och Europaparlamentet här fick sin makt. Återigen gäller den gamla sanningen att det är svårt att upprätthålla några vattentäta skott mellan olika rättsområden. Frågan om att ålägga någon en skyldighet att spara viss information, enbart av den anledningen att informationen kan behövas vid spaning och utredning av brott, har i grund och botten en mycket stark straffprocessuell anknytning. Detta så mycket mer som regleringen tydligt talar om vid vilka typer av brott materialet kan användas, och vilka myndigheter som får använda materialet.

Samtidigt är frågan en närmast klassisk integritetsskyddsfråga. Inom EU finns då dels tredjepelarsarbetet som handlar om bland annat straffprocessuella frågor, dels förstapelarsarbetet som handlar om annat. Där har man sedan många år haft det så kallade dataskyddsdirektivet, som tillkommit för att underlätta gränsöverskridande datatrafik. Samtidigt finns det långt gångna planer på ett rambeslut beträffande dataskydd under tredje pelaren. Så enbart en hänvisning till att det handlade om ”data” var inte tillräckligt.

Kan man då ta en i grund och botten straffprocessuell fråga, och säga att den istället är en integritetsskyddsfråga, med hänvisning till ett direktiv som ytterst har med utsuddande av handelshinder att göra, och driva igenom det hela? Ja det är i alla fall det man gjort. I direktivet rörande lagring av trafikdata⁴¹ sägs i den inledande motiveringen följande:

Flera medlemsstater har antagit lagstiftning om leverantörers skyldighet att lagra trafikuppgifter för att kunna förebygga, utreda, avslöja och åtala brott. Dessa nationella bestämmelser är i stor utsträckning olika.

(6) Skillnader i rättsliga och tekniska bestämmelser i medlemsstaterna avseende lagring av trafikuppgifter i syfte att förebyg-

⁴¹ Dir 2006:24.

ga, utreda, avslöja och åtala brott utgör hinder för den inre marknaden för elektronisk kommunikation, eftersom tjänsteleverantörer ställs inför olika krav avseende typen av trafik- och lokaliseringssuppgifter som skall lagras liksom villkoren för lagring och lagringstiderna.

(7) I slutsatserna från rådet (rättsliga och inrikes frågor) av den 19 december 2002 understryks det att eftersom omfattningen av elektronisk kommunikation ökat avsevärt är uppgifter om användningen av sådan kommunikation särskilt viktiga och därför ett värdefullt verktyg när det gäller att förebygga, utreda, avslöja och åtala brott, särskilt organiserad brottslighet.

I direktivets första paragraf sägs vidare:

1. Syftet med detta direktiv är att harmonisera medlemsstaternas bestämmelser om de skyldigheter som leverantörer av allmänt tillgängliga elektroniska kommunikationstjänster eller allmänna kommunikationsnät har att lagra vissa uppgifter som de genererat eller behandlat för att säkerställa att uppgifterna är tillgängliga för utredning, avslöjande och åtal av allvarliga brott såsom de definieras av varje medlemsstat i den nationella lagstiftningen.

Man måste här konstatera att de retoriska grepp som använts inte på något vis är orimliga, men att de leder långt. Det är själva olikheten i utformningen av nationella straffprocessuella regler som utgör en form av hinder. Tidigare har ju detta, som ovan nämnts, lösts genom att en tillåtande EG-rättslig regel haft företräde framför en nationell begränsningsregel. Nu förefaller istället en ny princip ha tagit form. En princip som säger att om det verkligen behövs en form av straff- eller straffprocessrättslig regel i förhållande till något som regleras under första pelaren, så skall den vara harmoniserad. Olikheten i sig utgör sålunda en grund för att tillämpa lagstiftningsproceduren under första pelaren. Skälen till varför straff- och straffprocessrätt kan komma att harmoniseras i ganska hög grad kan knappast uttryckas klarare.

I september 2005 var förslaget till direktiv beträffande lagring av trafikdata uppe på EU-nämndens bord. Det finns skäl för att ur de stenografiska anteckningarna citera avslutningen på handläggningen:

Anförande 30 ordföranden: Jag konstaterar sammanfattningsvis att det finns en majoritet för regeringens ståndpunkt.

Anf 31 Beatrice Ask: Det är kanske oartigt att fråga, men hur ser den majoriteten ut?

Anf 32 ordföranden: Både Kristdemokraterna och Folkpartiet har gett stöd åt regeringens position.

Anf 33 Ingvar Svensson: Med undantag för lagringstid över 12 månader.

Anf 34 ordföranden: Båda föredrar, liksom justitieministern, att det är tredje spelaren, att det ska vara ett rambeslut.

Då rullar vi vidare.

Hade det i slutändan verkligen varit fråga om ett rambeslut, då hade riksdagen haft att i kammaren rösta om ett godkännande. Hade riksdagen röstat nej hade det överhuvudtaget inte kunnat bli något rambeslut. Nu avgjordes frågan enligt traditionell EG-rätt. Då finns inget utrymme för ett uttryckligt godkännande från riksdagens sida. Det är vidare så att Rådet, som tillsammans med Europaparlamentet fattar beslut på EU-nivå, gör detta i ett omröstningsförfarande som kräver kvalificerad majoritet, inte enhällighet.

Vad vi ser är vidare en ny lagstiftares inträde på scenen; Europaparlamentet. Den svenska riksdagens roll har samtidigt förminskats. Sverige som nation kan bli tvingat att underkasta sig majoritetsbeslut. I praktiken kommer det förvisso ytterst sällan att bli så, men principiellt sett förhåller det sig så. Att detta är ett problem rent konstitutionellt – Sverige har inte överlåtit någon beslutanderätt till EU när det gäller straff och straffprocessrätt – tycks inte ha bekymrat riksdagen under behandlingen av direktivet om lagring av trafikdata. Här finns alltså utrymme för en fördjupad diskussion.⁴²

Direktivet beträffande lagring av trafikdata är nu föremål för inkorporering i EU:s medlemsstater. Det kan finnas anledning att se på detta ärende som ett pilotprojekt. I direktivet uttalas tydligt att det – utifrån en form av ”marknadsbedömning” – finns ett behov av harmoniserade regler. Detta kan till och med sägas vara själva bevekelsegrunden för att frågan kom att regleras under första spelaren. På ett par års sikt bör vi ha ett tydligt facit. Lyckades EU:s medlemsstater att ”på egen hand” genomföra nationell lagstiftning som motsvarar åtminstone kommissionens högt ställda krav? Jag tror inte att man gör sig skyldig till någon större överdrift om man påstår att en slutlösning i form av en alltför vildvuxen flora av nationellt särpräglade och disparata regler, kommer att leda till ett än mer bestämt arbete från kommissionens sida. I förlängningen leder det till att arbetet med att få till stånd straffprocessrättslig lagstiftning i form av förordningar – det mest kraftfulla av EU:s lagstiftningsinstrument – intensifieras. Förverkligas detta har Sveriges riksdag inte ens att utfärda en SFS.

⁴² Se ”Efterord” i antologin ”Grundlagarna och EU:s konstitution” red. Ulf Öberg, Jure förlag.

3.1.5 Var går gränsen mellan första och tredjepelarrätt?

Som framgår av Kommissionens uttalande efter EG-domstolens dom, skall det alltså finnas en gräns mellan vad som kan beslutas under första respektive tredje pelaren. Frågor som hör till det redan befintliga första pelararbetet ska placeras där. Mer allmänna generella frågor skall behandlas under den tredje pelaren. Så står det, medan vad som i själva verket hände – och det knappt innan bläcket hunnit torka – var att EU-kommissionen gick in och avbröt ett pågående tredjepelarbete och ryckte bort initiativet från medlemsstaterna i en fråga som mer tycks höra hemma under rubriken ”allmänna straffprocessuella frågor” än ”traditionell EG-rätt”. Det kan sålunda konstateras att den gränsdragningsmodell kommissionen själv talat om, förefaller svårtolkad. Kommissionens vidsträcka tolkning är på intet vis självklar. Om då inte medlemsstaterna själva i ett fall som detta finner det mödan värt att gå i clinch med kommissionen – och i förslaget till EU-parlamentet – blir följden att alltmer hamnar under första pelaren. Kommissionen tycks ha initiativet.

Att det handlar om konkreta förändringar märks här inte minst av den ändring som i april 2006 presenterades beträffande den framtida utformningen av lagstiftningsgången beträffande immaterialrätt. Ett tidigare framlagt förslag till rambeslut drogs tillbaka och ett tidigare framlagt direktiv utökades och heter nu förslag till direktiv om straffrättsliga åtgärder till skydd för immateriella rättigheter. Det finns i sammanhanget skäl att låta kommissionen beskriva skälen till förändring med sina egna ord:

Genom detta förslag till direktiv ändras förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om straffrättsliga åtgärder till skydd för immateriella rättigheter (2005/0127 COD).

Genom direktivförslaget genomförs kommissionens meddelande av den 23 november 2005 (KOM(2005) 583 slutlig) om följderna av EG-domstolens dom av den 13 september 2005 (C-176/03, kommissionen mot rådet). Enligt denna dom omfattas de straffrättsliga bestämmelser som behövs för ett effektivt genomförande av gemenskapsrätten av EG-fördraget.

I meddelandet anges att när det gäller förslag som är under behandling kommer kommissionen vid behov att göra de nödvändiga ändringarna i sina förslag. Kommissionen nämner uttryckligen förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om straffrättsliga åtgärder till skydd för immateriella rättigheter samt förslaget till rådets rambeslut om stärkta straffrättsliga åtgärder mot intrång i immateriella rättigheter (KOM(2005) 276 slutlig).

Följden av detta är att förslaget till rambeslut dras tillbaka och att ett förslag om ändring av direktivet om straffrättsliga åtgärder har utarbetats.

Bestämmelserna om straffsätser och om utökade möjligheter till förverkande i förslaget till rambeslut har således införlivats med det nya förslaget till direktiv.

Endast bestämmelserna i rambeslutets artikel 5 om behörighet och samordning av avtal har lämnats utanför det nya förslaget. Kommissionen planerar i själva verket att ta upp den frågan på ett övergripande sätt i grönboken om behörighetskonflikter och *ne bis in idem*-principen i straffrättsliga förfaranden, som antogs den 23 december 2005. Mot denna bakgrund anser kommissionen inte att det är nödvändigt att införa särskilda bestämmelser om skydd av immateriella rättigheter.⁴³

Hade inte förslaget till ett nytt fördrag redan presenterats, hade den pågående utvecklingen kunnat sägas vara revolutionerande. Nu är det snarare frågan om en bekräftelse av att det man ser skönjbart i förslaget till fördrag kommer att förverkligas. Det som kallas specialstraffrätt och alltså är straffrätt knuten till annan lagstiftning, har redan nu övergått till att bli förstapelarrätt. Frågan är hur man överhuvudtaget ska kunna upprätthålla någon gräns mellan å ena sidan frågor som kan knytas till befintlig förstapelarrätt, och frågor som skall höra under tredje pelaren. Det finns goda skäl för att ersätta den nuvarande ordningen med den enhetliga lösning som återfinns i det vilande fördraget.

3.1.6 En grund för ökad harmonisering

Jag har tidigare i texten pekat på att ett allt större utrymme för förstapelarlagstiftning har en betydande inverkan på frågan om rättens internationalisering och harmonisering. Resonemanget ska här utvecklas något mer. Tredjepelarsamarbetet har i själva verket varit präglad av de problem som vidlåder frågan om egentlig harmonisering. Enhetliga regelverk av större betydelse tycks egentligen bara ha kunnat presenteras i kölvattnet till terordåden den 11 september 2001. Istället har utvecklingen i huvudsak fortgått genom ett alltmer utbredd ianspråkstagande av principen om ömsesidigt erkännande. Någon riktig koppling till EU:s vanliga kontrollmekanismer när det gäller uppfyllande av förstapelarbeslut har heller inte funnits. Det var först genom domen den 16 juni 2005 i mål C-105/03, Pupino, som

⁴³ KOM(2006) 168 slutlig.

EG-domstolen kom in i bilden på allvar. Vidare har möjligheten för ett enskilt land att blockera ett förslag inneburit att ett reformarbete lätt har kunnat hindras. När det gäller lagstiftning med stöd av första pelaren är situationen en annan. Det är visserligen högst oklart om själva lagstiftningsprocessen är mer lättarbetad än vad motsvarande arbete under tredje pelaren är. Europaparlamentet har en helt annan roll under första pelaren än under den tredje. Å andra sidan har slutprodukten en helt annan tyngd och större rättsverkan. En förordning ska inte ens omvandlas till nationell lag, den gäller ändå. Ett direktiv, som ska gå omvägen över nationell reglering, kan i sin tur skrivas mycket detaljerat. EG-domstolen har här full prövningsrätt när det gäller frågan om uppfyllande. Rådets beslut kräver inte enhällighet. Frågan är då om lagstiftning som i så hög grad innefattar såväl kommissionen som Europaparlamentet som EG-domstolen och i förhållandevis liten grad innefattar nationella parlament och därtill i – jämförelsevis – begränsad mån nationella regeringar, kommer att uttrycka balansen mellan gemensam rätt och nationell rätt på ett annat sätt än den nuvarande.

Min uppfattning är den att ju mindre det nationella inflytandet är, desto mindre blir det *nationella inslaget* i slutprodukterna. Min uppfattning är vidare – med tanke på hur EG-rätten ser ut för övrigt – att de harmoniseringsåtgärder det nu är fråga om, successivt kommer att omfatta nationella rättsordningar i sin helhet och inte enbart omfatta fall som på något vis handlar om ett konkret gränsöverskridande av något slag. Det kommer sålunda att handla om genomharmonisering för att på så vis undvika ständigt uppkommande gränsdragningsproblem i form av ifrågasättanden av vilken lagstiftning som egentligen ska gälla i ett visst fall. Straff och straffprocessrätt lämpar sig illa för förhandsavgöranden och andra utdragna (tanke)pauser.

3.1.7 Sveriges riksdag/Europaparlamentet

Riksdagens lagstiftningsmakt beträffande dessa frågor minskar. Att riksdagen möjligen har kvar skyldigheten att utfärda författningar rörande dessa frågor ska inte förväxlas med egentlig lagstiftningsmakt. När det gäller EG-förordningar har man inte ens den verksamheten kvar. Det är samtidigt uppenbart att regeringen, genom sin medverkan i EU:s lagstiftningsprocess, har fått en allt större betydelse i dessa frågor. Frågan om riksdagens ställning i förhållande till regeringen är alltså viktig att studera närmare.

Det direkta inslag av folkrepresentation som finns i den straffrätt som kommer att härröra från den första pelaren kommer att härröra från Europaparlamentet. Nationella parlament kommer att ha ett högst marginellt inflytande på innehållet i denna lagstiftning. Detta kommer att påverka synen

på Europaparlamentet och de ledamöter som sitter där. Dessa kommer rimligen att hamna i fokus på ett helt annat sätt än tidigare.

Frågan är då hur den svenska riksdagen skall hantera detta. Vissa svar finns dels i betänkandet "Riksdagen i en ny tid", dels i KU:s betänkande 2006/07:KU 4. Det förefaller som om riksdagen självt börjat fundera på allvar över sin förändrade roll. Riksdagen förefaller vilja försöka vara med lite tidigare i behandlingen av EU-frågor än tidigare. Det är lovvärt. Samtidigt kan det konstateras att riksdagen lite grand tycks leva kvar i en svunnen tid. Man vill gärna se att man har någonting att verkligen besluta om, för att arbetet ska verka meningsfullt. Det stora problemet är dock att riksdagen i själva verket inte kommer att ha så mycket att besluta om, när det gäller exempelvis straff- och straffprocessrätten inom EU. Om vi på några års sikt tänker oss förekomsten av EU-förordningar rörande straffprocessuella frågor, vilken har då riksdagens reella makt varit i förhållande till det regelverk som i ett fall som detta skall gälla per automatik i Sverige? Den är i jämförelse med vad som gällde före vårt EU-medlemskap ytterligt förminskad om den finns alls. Riksdagens roll som lagstiftare är här i själva verket historia. Däremot kan riksdagen ändå ha en stor roll och viktiga uppgifter att fylla. Detta såväl som en form av förslagsställare som en form av kontrollinstans. Men för att kunna fungera i dessa former krävs ett förhållandevis starkt inslag av nytänkande.

3.2 En Europeisk åklagarmyndighet

Straff- och straffprocessrätten stannar inte vid att man lagstiftar i en viss fråga. Straffrättens – och i än högre grad straffprocessrättens – väsen är istället att vara verksam. Och det är här, beträffande den straffprocessuella verksamheten, som den stora skiljelinjen finns idag.

Skall den straffprocessuella processen kunna ledas av en separat överstatlig myndighet så som EU-kommissionen så länge önskat eller ska denna makt alltjämt ligga i händerna på nationella myndigheter, i ett nära gränsöverskridande samarbete. Skiljelinjen är dock alltjämt dåligt förklarad.

Åklagarens roll är central i den svenska processen. Det är åklagaren som har att samla in, bringa ordning i och presentera ett material för en domstol. Att åklagarens arbetsuppgifter förändras i takt med att brottsligheten blir alltmer internationell, är uppenbart. Såväl bevisinhämtning som den rena processföringen kan aktualisera frågor som inte kan lösas inom ett enskilt land. Det krävs därför möjligheter att agera internationellt. Därför finns idag Eurojust, som kan sägas vara en form av sambandscentral, där åklagare från de olika medlemsstaterna samarbetar med och samordnar

olika ärenden. Inrättandet av Eurojust var en välbehövlig förbättring vad gäller möjligheterna för åklagare att samarbeta över nationsgränserna.

Men EU-kommissionen går längre i sina önskemål. Kommissionen har under en lång rad år med stor envishet drivit frågan om en Europeisk åklagarmyndighet. Att kommissionen ser inrättandet av denna myndighet som ett synnerligen eftersträvansvärt slutmål är tydligt. Att även medlemsstaterna ser inrättandet av en sådan myndighet som en möjlighet är också det tydligt. Det vilande fördraget om en konstitution för Europa innehåller i artikel III-274 tydliga regler om hur en Europeisk åklagarmyndighet kan inrättas och vad den i så fall ska kunna syssla med.

3.2.1 En fråga av avgörande betydelse

Frågan om vilken väg man i slutändan väljer kan vara helt avgörande för frågan om hur det framtida arbetet med straff- och straffprocessrätt kommer att bedrivas, både i fråga om lagstiftning som beträffande arbetsformer. Ändå kan man idag, inte minst då man läser den vilande fördragstexten, lätt få uppfattningen att det ena är ungefär samma sak som det andra. Redan detta förvillar. Det Eurojust som finns idag är inte riktigt detsamma som finns beskrivet i fördragsförslaget, och definitivt inte detsamma som sedan kan omvandlas till en Europeisk åklagarmyndighet.

Om man ska beskriva vad som krävs för att ett Eurojust i sin enklaste form ska fungera skulle man kunna säga att det handlar om ett kontor, ett antal skrivbord och en telefonväxel. Om man i detta kontor sätter ett antal åklagare som i princip har att från sitt hemland ta emot inkommande samtal som handlar om problem med utredningar som sträcker sig över nationsgränser, och sedan låter åklagare som tagit emot samtal, gå och tala med åklagare från det land frågan berör för att redovisa frågeställningen, varvid dessa kan finna en gemensam lösning, så är det en enkel och elegant modell. Effektiviteten är beroende av två faktorer. Dels viljan och förmågan hos de deltagande medlemsstaterna, dels att det finns en väl fungerande rättslig reglering som möjliggör ett samarbete, till exempel rörande inhämtning av bevisning och överflyttning av personer. Om man därtill lägger en harmoniserad materiell straffrätt, så blir det naturligtvis än mer effektivt, men det fungerar även om den materiella rätten är disparat. Vad som verkligen krävs är nationell vilja/förmåga till samarbete. Det centrala är här att det inte händer någonting om det inte kommer in en förfrågan från ett medlemsland. Initiativrätten ligger i varje enskilt fall hos den enskilda medlemsstaten.

Den europeiska åklagarmyndighet (hädanefter EÅ) som finns skisserad i den vilande fördragstexten skall vara inrättad som en EU-myndighet med

rätt att initiera undersökningar och processer. Detta är verkligen något helt annat än att fungera som en form av sambandscentral. Det är i detta sammanhang betydligt mer lämpligt att jämställa en EÅ med en nationell åklagarmyndighet, och fundera på vad som fungerar respektive inte fungerar på nationell nivå. Gör man det kan det snabbt konstateras att en central åklagarmyndighet bokstavligen talat kräver enhetliga regler beträffande exempelvis materiell straffrätt, polisarbetet, tvångsmedel, rättegångsregler, bevisregler, och målsägarens ställning.

Anne Weyembergh skriver:

The prospect of integrated European organs is provided by the Constitutional Treaty, as it creates the possibility to establish a European Public Prosecutor's Office from Eurojust. In such a context, the convergence legislation would be even more necessary than with classic European actors, since the material and procedural criminal laws should not only be approximated but unified. This is not surprising: the establishment of real European organs represents a step further than that of a European penal area. It paves the way for the establishment of a European criminal law territory and it leads to a certain, at least partial, federalization of the Union.⁴⁴

Nu finns det visserligen ingenting som hindrar att allt detta sker, även utan en europeisk åklagarmyndighet, om EU-kommissionen och medlemsstaterna vill. Men med en EÅ på plats är som sagt kraven på – liksom möjligheterna att motivera dem – så mycket större. Inrättandet av en EÅ kommer sålunda att ha en indirekt verkande effekt vad avser lagstiftningsarbetet som sådant. Man skulle lite tillspetsat kunna säga att utan förekomsten av harmoniserad lagstiftning så förefaller en EÅ inte vara något vidare effektivt överhuvudtaget. Men med en till stor del harmoniserad lagstiftning kan dess effektivitet sägas vara mycket stor.⁴⁵

⁴⁴ Anne Weyembergh, *Approximation of criminal laws, the treaty and the Hague programme*, *Common Market Law Review* 42: 1567–1597, 2005. s. 1577.

⁴⁵ Fredrik Wersell anför i SvJT 2004 på sidan 671 helt riktigt att det kan vara ”svårt att se det meningsfulla i att skapa en federal åklagarmyndighet när det inte finns en federal strafflag och inte heller en federal straffprocess och inga federala domstolar”. Han säger vidare:

”Om den europeiske åklagaren exempelvis skall väcka talan i Tyskland, på tyska, med tillämpning av tysk straffrätt och under tysk straffprocess frågar man sig om inte detta sköts bättre av tysk åklagarmyndighet.” Resonemanget är riktigt, så länge man håller sig till ett land. Problemet är dock att de stora fall av gränsöverskridande brottsutredningar som ovan skisserats upp, sträcker sig över flera länder. Man kan ha att göra med förutom tysk rätt, även fransk, svensk och polsk. Det är i dessa lägen vanskligt att påstå att nationell rätt och nationella myndigheter räcker till.

Idén om en EÅ föddes i princip genom Corpus Juris, i vilken det handlade om en organisation som skulle agera utifrån en harmoniserad lagstiftning. Det ena hänger ihop med det andra. Man kan inte som central myndighet samtidigt arbeta med mer än – högt räknat – högst tre rättsordningar i taget. En EÅ kan helt enkelt inte klara av att arbeta med 27 medlemsstaters rätt.

Det är samtidigt tydligt att en EÅ inte kan ersätta samtliga nationella åklagarmyndigheter (eller motsvarande). Det är här tydligt att en EÅ i främsta rummet bör handlägga frågor av gränsöverskridande karaktär. Risken för spänningar mellan denna myndighet och nationella myndigheter förefaller därför vara värd att ta på allvar. Ändå talar mycket för att vi under över-skådlig tid kan komma att få se tillblivelsen av en EÅ. Vi kommer i vart fall att tvingas ta ett tydligt beslut i frågan. Det finns ett närmast outtömligt förråd av frågor att diskutera utifrån detta.

3.2.2 Skäl för och emot införandet av en europeisk åklagarmyndighet

Det kan i detta sammanhang vara värt att kort peka på några grundläggande faktorer som kan leda utvecklingen i endera riktningen. Om man först ser till vilka skälen kan vara att medlemsstaterna skall acceptera införandet av en EÅ, kan dessa ställas upp i fallande ordning enligt följande:

1. Att Eurojust inte fungerar. Det är uppenbart att det europeiska samarbetet på detta område kräver att en utredning kan föras över hela Europa. Om man inte inom den befintliga ordningen lyckas med detta, då måste något annat komma istället. Och då finns det inte så särskilt många alternativ.
2. Även om Eurojust skulle fungera i stort, så kan vissa delproblem komma att upplevas som besvärande. Ett typexempel är frågan om ”brotten mot EU:s finansiella intressen”. Det kan ifrågasättas om Eurojust verkligen har en uppbyggnad som gör att dessa särskilda frågor blir ”tillräckligt väl” behandlade. Kommissionen kommer därvid att i ett första läge föreslå en Europeisk åklagarmyndighet, med ett begränsat arbetsområde.
3. För att EU-kommissionen så gärna vill. Det är kanske inte det mest rationella av skäl, men uttryckt som en naturlig önskan från den myndighet som har huvudansvaret för lagstiftningsarbetet att också ha en egen – på fältet verksam – myndighet, skall motivet inte underskattas. EU bygger därvid på förhandlingar och kohandel. Man skulle därför kunna säga att det finns en risk för att hur bra Eurojust än sköter sig, och hur väl man än tar itu med brott riktade mot unionens intressen, så kommer EU-kommissionen att betrakta detta kontor som en övergångslösning.

En motsvarande lista vad gäller skälen för att det inte kommer att införas en Europeisk åklagarmyndighet innehåller följande argument:

1. En insikt om att de systematiska konsekvenserna för varje medlemsland är så omfattande att man helt enkelt ser priset som för högt.
2. En känsla av att den nationella suveräniteten här börjar naggas så mycket i kanten att man därför väljer att avstå
3. Att Eurojust fungerar oerhört bra, och kan visa på en rad framgångsrika processer, även riktade mot den riktigt tunga välorganiserade maffialiknande brottslighet som påstås finnas. Om Eurojust alltså kan fungera som ett verktyg i den jakt på ”framgång i politisk betydelse” som jag inledningsvis i denna rapport diskuterade, ja då kan inte ens EU-kommissionen ha något att invända.

Det kan i sammanhanget finnas anledning att redovisa hur EU-kommissionen tänkt sig att en EÅ ska kunna hantera frågor om var och hur processer ska föras. Utrymmet för nationellt medinflytande tycks vara begränsat. I kommissionens grönbok om en europeisk åklagare från 2001 sägs följande:

En logisk följd av en central åklagarmyndighet är att den europeiska åklagaren väljer var åtal skall väckas bland de medlemsstater som är behöriga enligt konventionen och protokollen. På så sätt undviker man positiva behörighetskonflikter, där rättegång bedrivs i flera medlemsstater. Den europeiska åklagaren måste ha möjlighet att koncentrera åtalet till en enda medlemsstat. Han måste också få dela upp rättegången och åtala olika delar av ett komplicerat ärende i så många medlemsstater som behövs. Dessa två möjligheter bör kunna kombineras.

Valet av i vilken medlemsstat åtal skall väckas är emellertid inte oviktigt i ett rättsområde som endast delvis är harmoniserat. Det bestämmer inte bara rättegångsspråk, rättegångens praktiska genomförande (till exempel hörande av vittnen och transport till platsen), behörig domstol osv., utan också vilken lag som skall tillämpas (utöver den gemensamma grunden). Därför är två frågor särskilt betydelsefulla: frågan om kriterierna för att välja domstolsland och frågan om hur detta val skall kontrolleras.

Valet av domstolsland måste ske enligt vissa anknytningskriterier, men samtidigt lämna den europeiska åklagaren viss frihet att ta hänsyn till omständigheterna i ärendet. Kriterierna måste fastställas av gemenskapslagstiftaren, och kan t.ex. bestå av den

plats där brottet ägt rum, den tilltalades nationalitet, dennes hemvist (fysisk person) eller säte eller driftställe (juridisk person), den plats där bevismaterialet finns eller den plats där den tilltalade sitter häktad. Valet av nationell fri- och rättighetsdomare under förundersökningen bör emellertid inte vara bestämmande för valet av domstolsland.

Anknytningskriterierna måste vägas mot varandra, eftersom samma kriterium kan peka ut flera platser. Hellre än att rangordna dem bör de kombineras som ett knippe indicier. Av principiella skäl måste det finnas en anknytning mellan den begångna överträdelsen och domstolslandet, samtidigt som den europeiska åklagaren bör lämnas visst utrymme för skönsmässig bedömning. Han bör välja det domstolsland som verkar lämpligast för en god handläggning av ärendet.⁴⁶

Det kan konstateras att vad kommissionen här gjort är att använda sig av vad som ovan i avsnitt 2.3.1 anförts som den i längden enda fungerande modellen. Vad man egentligen ser beskrivet i texten ovan är arbetssättet hos en nationell åklagarmyndighet, bara överfört på EU i stort. Utgångspunkten är därvid att domsland bestäms utifrån vad som är bäst för målet. Hur ett – även utbyggt – Eurojust ska kunna frikoppla sig från regionala överväganden och få nationella myndighetsföreträdare att samverka på detta omfattande sätt är oklart och måste sägas vara den verkligt stora utmaning som Eurojust står inför.

3.3 Principen om ömsesidigt erkännande

3.3.1 Om att reglera legal verksamhet respektive illegal

När kol- och stålunionen bildades och sedan EEC, var tanken den att avreglera och minska utrymmet för olika typer av handelshinder. Under årens lopp har allt mer av samhällslivet och därmed de rättsliga regleringarna kring dessa kommit att omfattas av harmonisering. Man har också alltmer åberopat en princip som går ut på att om något är tillåtet i ett EU-land så ska det vara tillåtet i alla andra. Detta om inte EU självt sätter upp en spärregel. Man har nu också sagt att tillämpningen av principen om ömsesidigt erkännande på straffprocessrättens område, egentligen bara är en naturlig fortsättning på denna EU-rättsliga princip. En fråga som dock måste ställas är om det inte går en skiljelinje mellan å ena sidan en skyldighet att acceptera regler härrörande från ett annat land, som egentligen reglerar

⁴⁶ KOM(2001) 715 slutlig.

verksamhet som på ett eller annat sätt uppmuntras av samhället (Såsom handel och annan verksamhet som leder till ekonomisk utveckling och som det då betraktas, ett bättre samhälle.) och å andra sidan regler som tar sikte på mänsklighetens mörkare sidor. Det vill säga regler som tar sikte på att utreda och beivra brott. Är det verkligen samma sak att försäljningen av en viss vara tillåts, som att tillåta att en utländsk myndighet med stöd av sin egen nationella rätt kan bestämma att en medborgare i ett annat land ska utlämnas från sagda land?

Steve Peers har besvarat frågan nekande:

First, the nature of the criminal judicial process, rather than suggesting a laxer approach to mutual recognition, on the contrary appears to require a more rigorous approach, for the issues at stake go to the heart of international and national human rights protection, concern the very core of state sovereignty and entail drastic consequences for individuals. Secondly, the role of the individual in the criminal prosecutions mutual recognition model is turned upside down: he or she is the object of free movement arranged between States, rather than the subject of free movement rights claimed in national courts and (as regards internal market law) against State authorities.⁴⁷

När principen om ömsesidigt erkännande används inom straffprocessrätten bygger den på att man tillämpar andra staters straffprocessrätt (som man som medborgare i ett annat land inte haft något inflytande över) vilken i sin tur alltså ytterst avser att tillvarata de intressen som manifesteras genom ett annat lands straffrätt (över vilken man inte heller som medborgare i ett annat land inte haft något inflytande över) varvid de egentliga besluten fattats av myndigheter i andra länder (vilken man som medborgare i ett annat land återigen inte haft något inflytande över).

3.3.2 Systemfrämmande lösningar

De flesta lösningar som arbetas fram inom ett rättsområde är normalt lösningar inom systemet. Helt systemfrämmande lösningar blir ofta kritiserade, just för att de är systemfrämmande, eller kanske snarare; aktualiseras överhuvudtaget inte alls. Denna naturliga benägenhet till att på det nationella planet helst trampa på den gamla välkända stigen medför problem. Det är inte rimligt att tro att det som samtidigt fungerar som lösningar på EU-nivå hela tiden kan fungera friktionsfritt med vad som i övrigt gäller i nationell rätt. En omfattande harmonisering innefattar omfattande föränd-

⁴⁷ Peers a. arb s. 22f.

ringar i EU:s medlemsstater. Lösningen på detta dilemma har till stor del kommit att bli en tillämpning av principen om ömsesidigt erkännande. Ett EU-system som bygger på att man låter den traditionella nationella rätten vara nationell och att man i förekommande fall ”byter med varandra”. I fall med internationella kopplingar underlättas otvetydigt ett internationellt samarbete, och detta i snart sagt varje tänkbar fråga. Å andra sidan innebär detta att den materiella rätten som sådan inte harmoniseras och alla skillnader kvarstår.

Det kan konstateras att frågan om ömsesidigt erkännande egentligen inte var nummer ett på EU-kommissionens ursprungliga lista. Det var istället frågan om harmonisering. Men harmonisering var för tio år sedan inte ett möjligt rättspolitiskt alternativ. Istället började man särskilt på straffprocessens område att laborera med den till synes betydligt mindre kontroversiella principen om ömsesidigt erkännande. Men detta betyder inte att det verkligen är principen om ömsesidigt erkännande som egentligen är den stora systematiska motorn på detta område, eller att den ens bör vara det. Det är för det första alltså så att det finns en tanke på att i de verkligt stora och gränsöverskridande målen kunna centralisera polisarbetet, åklagararbetet och domstolsarbetet. Detta kan inte nog betonas, och måste ligga till grund för de bedömningar som görs. I linje med detta fungerar harmoniserad lagstiftning betydligt mycket bättre än en tillämpning av principen om ömsesidigt erkännande. Det kan vidare konstateras att det finns ett flertal faktorer liksom inbyggda i denna princip som gör att den är mer att se som en temporär lösning än något annat. Att säga att den själv bär med sig fröet till sin egen undergång är att ta i, men pekar samtidigt ut riktningen.

3.3.3 En ulv i fårakläder

Även om man utgår från att det är förhållandevis få fall som aktualiserar frågan om tillämpningen av utländsk rätt på det egna territoriet och mot de egna medborgarna, är det ändå principiellt sett något skevt med att låta en utländsk myndighet vara den som fattar det egentliga beslutet, varvid detta fattas utifrån utländsk rätt. Som exempelvis svensk medborgare i Sverige har jag faktiskt anledning att ifrågasätta inte bara rättstillämpningen utan också själva den rättsliga grunden. Den regel som föranstaltar om att utländsk rätt gäller, tex 2 kap 1 § lagen (2003:1156) om överlämnande från Sverige enligt en europeisk arresteringsorder, är ju i själva verket en form av hänvisningsstadgande som saknar eget innehåll, förutom att tillåta tillämpningen av utländsk rätt och utländsk myndighetsutövning. Regeln lyder: ”Den som eftersöks enligt en arresteringsorder och som anträffas i Sverige skall, om inte annat sägs i denna lag eller följer av någon annan

lag, överlämnas till den utfärdande medlemsstaten. Överlämnandet får ske för lagföring eller verkställighet av en frihetsberövande påföljd". Man kan förvånas över att en så allmänt hållen regel öppnar upp för tillämpningen av 26 stycken olika rättsordningar, utförd av 26 olika nationella myndigheter, samtidigt som regeringsformen i sin tur utgår från att myndighetsutövning i Sverige ska ombesörjas av företrädare för svenska myndigheter. Den praktiska elegansen i principen om ömsesidigt erkännande gör att man lätt förbiser detta.

Valsimis Mitsilegas har beträffande detta skrivit:

Criminal law and the limits that it sets must be openly negotiated and agreed via a democratic process, and citizens must be aware of exactly what the rules are. However, mutual recognition challenges this framework. Contrary to harmonization, which would involve – even with the current prominent democratic deficit in the third pillar – a set of concrete EU-wide standards which would be negotiated and agreed by the EU institutions, mutual recognition does not involve a commonly negotiated standard. On the contrary, EU Member States must recognize decisions stemming from the national law of other Member States.

...

Agreeing on the procedure to recognize national decisions, rather than substantive rules in the field of criminal law reflects a legitimacy and democracy deficit.⁴⁸

Utvecklingen från en samhällsmodell som byggd på nationalstatstanken till en modell med öppenhet, samarbete och gemensamma regler ställer till det för Straff- och straffprocessrätt, inte minst på det rättsideologiska planet. Då vi under hundratals år inte behövt bekymra oss över att straffrätten och processrätten skiljer sig åt mellan olika nationalstater har de kunnat utvecklas oberoende av varandra. Om denna utveckling paras med de tankar som bar upp den gamla "Historiska skolan"; att lagstiftningen och rätten är ett slags utflöde av "folksjälen", då hamnar man i ett läge där den nationella lagstiftningen, som den ser ut, är den mest lämpliga för den del av Europas befolkning som bor på den bit territorium som omfattas av nämnda lag. Utgår man från sådana resonemang kan rimligen ingen större förändring innebära en förbättring.

⁴⁸ Se Valsimis Mitsilegas, 'The constitutional implications of mutual recognition in criminal matters in the EU' 43: Common Market Law Review 1277–1311 (2006). s. 1287.

Å andra sidan visar dagens utveckling att det är möjligt att förändra sedan tidigare stelnade synsätt. Förändringstakten tycks vara mer styrd av behov än av ideologi. Utifrån förändringsbenägenheten och förändringstakten skulle man alltså kunna tro att tankarna på det historiskt givna hamnat på soptippen, men riktigt så enkelt är det nog inte. Istället förefaller det som om principen om ömsesidigt erkännande på detta mer rättsfilosofiska plan fungerar som en form av "kamouflage". Det är som om vi samtidigt både kan röra oss framåt, och ändå stå still. Rörelse i form av ökat internationellt samarbete, orörlighet genom att vi behåller vår egen rätt. Principen om ömsesidigt erkännande ska, genom att tillåta en form av dualism, så att säga kunna uppfylla två önskemål samtidigt. Men tillämpningen av denna princip leder vidare.

Principen om ömsesidigt erkännande är ju i själva verket en rättsfigur som på ett synnerligen djupgående sätt ifrågasätter tanken på att en viss typ av reglering – företrädesvis den egna – skulle vara bättre än någon annans. Ur rättsfilosofisk synvinkel är ju idén med principen om ömsesidigt erkännande egentligen synnerligen radikal. Den säger ju att 26 andra rättsordningar och 26 stycken andra myndighetsorganisationer är precis lika bra som den egna rätten. Ett större desavouerande av tanken på att bara en rätt kan vara rätt är i själva verket svårt att tänka sig.

Det är som antytts ovan dock inte sett ur denna radikala synvinkel resonemanget fick fotfäste. Det var precis tvärtom.⁴⁹ Ur svensk synvinkel är principen om att ha två olika rättssystem i samma rättsordning igång samtidigt heller inte ny (Vi har ju TF och YGL, som på sitt eget unika sätt behandlar en mängd frågor som har anknytning till vissa typer av massmedier, medan samma frågor, fast utan denna särskilda anknytning, faller in under allmän lag.) Egentlig harmonisering i form av en gemensam lagstiftning rörande vissa frågor i samtliga medlemsstater kom inte riktigt igång, och i ett sådant läge ger det ett mer odramatiskt intryck om medlemsstaterna behåller sin egen traditionella rätt som om inget hänt, medan tilläggs lagstiftningen sägs enbart gälla i speciella fall. Istället för att tala om en revolution vad gäller synen på vad som faktiskt är gällande rätt sade man motsatsen.

Om man idag väljer att se principen om ömsesidigt erkännande för vad den är, kan det i själva verket konstateras att vi kommit långt på vägen mot tillnärmning och egentlig harmonisering genom att vidsyntheten vad gäller andra typer av lösningar än de egna är såpass stor. Tanken på att det enbart är den egna valda lösningen som är möjlig får därmed i själva verket sägas

⁴⁹ Se Mitsilegas, a arb s. 1278–1279.

vara avförd från den stora dagordningen. Att man då i förlängningen ska fortsätta att arbeta med en princip om ömsesidigt erkännande, som idag omfattar 27 rättsordningar, det kan i huvudsak enbart grundas på traditionens makt. Olika medlemsstater, och medborgare i dem, kanske helt enkelt inte vill se förändringar i sina egna strukturer. Vad som härvid kommer att fälla det slutliga avgörandet är det konkreta behovet av förändring. Sett över en längre tidsperiod kommer naturligtvis skillnaderna mellan olika stater att slipas av alltmer. Det är här tydligt att om det finns ett rambeslut beträffande en viss fråga och man i det egna landet känner ett behov av en reform på detta område, att detta reformarbete kommer att ske i riktning mot att söka en fungerande lösning som underlättar såväl nationellt som internationellt. Det är i detta sammanhang omöjligt att tänka sig ett nationellt bedrivit reformarbete som inte mycket noga studerar såväl utländsk rätt som utvecklingstendenserna inom EU.

3.4 Polissamarbete

Sambandet mellan å ena sidan en brottslig gärning och å andra sidan utredningen och lagföringen av brottet har under tidernas lopp gestaltat sig på många vis. Frågan om vad en person som är misstänkt för brott ska behöva utsättas för – enbart för att brottet som sådant ska kunna styrkas, inte ens som påföljd – har ibland besvarats på de mest avskyvärda sätt. I många lägen kan sålunda frågan om utredningsfasen uppfattas som minst lika viktig att resonera kring som frågan om den egentliga påföljden för ett brott. Det är idag inom juridiken allmänt vedertaget att man måste söka upprätthålla en balans mellan möjligheten att utreda brott och den enskildes rätt till någon form av fredad sfär.

För oss som växt upp med näsan i serietidningar dök förr eller senare alltid samma problem upp. Antingen genom att man själv – som läsare – var klok nog att lägga ihop två och två, eller genom att manusförfattarna själva tog upp frågan. Problemet har med superhjältar att göra och frågan om på vilken rättslig grund de bekämpar den allra mest allvarliga brottsligheten och om de verkligen har rätt att göra i princip vad som helst. Gäller inte lagen för såväl brottslingen som den som bekämpar honom? Utvecklingen inom EU förefaller i någon mån kunna aktualisera denna problematik. Det finns ingen anledning att ifrågasätta att den nuvarande utvecklingen där polis och andra utredande myndigheter ges möjligheter att arbeta mer effektivt än tidigare. Behovet är reellt, syftet är gott. Men – liksom i fallen med alla superhjältar som farit omkring vår jord, utan att hindras av några nationsgränser – det finns anledning att stanna upp och något begrunda frågan om hur det system ser ut som tar sikte på frågan om vilka ingripanden som egentligen är tillåtna.

3.4.1 Granskning av granskaren

Det straffrättsliga systemet kan i detta perspektiv sägas innehålla två huvudsakliga moment. Dels en typ av reglering som talar om vad som är i straffrättslig mening förbjudet. Vissa saker bedöms då vara av mer allvarlig beskaffenhet än andra. Dels en reglering som reglerar vad samhället får göra för att a) skydda sig och medborgarna mot brott b) ingripa mot begångna brott. Ofta är då dessa möjligheter till ingripanden proportionerliga i förhållande till hur allvarliga brott det är fråga om. Frågan om proportion mellan brott och samhällets ingripande är sålunda på intet vis begränsad till att avse frågan om straffets förhållande till brottet. Det handlar precis lika mycket om möjligheterna att tillgripa olika former av tvångsmedel.

För att de regler som beskriver vad samhället får respektive inte får göra inom ramarna för en utredning ska ha någon verkan, krävs det regler som talar om vilka konsekvenserna av ett felaktigt beteende blir. En variant är att man i den process som prövar de ursprungliga brottsmisstankarna helt enkelt underkänner den bevisning som kommit fram genom ett felaktigt beteende. Ett annat sätt, och det i Sverige allmänt rådande, är att den felaktiga handlingen i sig bedöms, varvid den som utfört den kan drabbas av någon form av påföljd. I Sverige är typexemplet regleringen kring tjänstefel. Detta innebär då i sin tur att man måste ha såväl tydliga regler om vad som är tillåtet respektive otillåtet liksom en fungerande kontrollmakt som kan utreda om några fel verkligen har begåtts.

Det är här fråga om ett intrikat samspel mellan olika typer av regler. Brottslingen skall kunna eftersökas och dömas. Trots det har denne ett skydd. Den som från samhällets sida har att ingripa får inte göra hur som helst. Då kan han i sin tur bli utsatt för en utredning och en fällande dom.

3.4.2 Schengensamarbetet

Frågan om hur man ska förhålla sig till i första hand polisens agerande under myndighetsutövning kan sägas ha varit tidigt aktualiserad i det pågående samarbetet inom EU. Schengenkonventionen – som ju aktualiserar frågan om polisens möjligheter att agera på ett annat lands territorium – har en ganska omfattande beskrivning av hur ansvaret för olika typer av fel ska bedömas. I artikel 42 sägs följande:

I samband med de operationer som avses i artiklarna 40 och 41 skall polismän som å tjänstens vägnar befinner sig på en annan avtalsslutande parts territorium likställas med denna stats polismän i händelse av att de skulle utsättas för eller begå brottsliga handlingar.

Frågan om vem som i praktiken har kontroll kan dock med fog ställas. I proposition 1999/2000:64, beträffande Sveriges tillträde till Schengensamarbetet sades följande beträffande tillsyn över utländska tjänstemäns tjänstgöring i Sverige:

JK har väckt frågan om de utländska tjänstemännen – på samma sätt som svenska polismän och andra som utövar myndighet – bör omfattas av JK:s eller JO:s tillsyn och åtalsrätt. Regeringen vill med anledning av den väckta frågan göra följande förtydligande. Schengenkonventionens bestämmelser om gränsöverskridande övervakning och förföljande innebär att Schengenstaterna har åtagit sig att låta tjänstemän från andra Schengenstater utöva myndighet på sitt territorium. Då tjänstemän från en annan Schengenstat utövar myndighet i Sverige är det således det andra landets myndighet som utövas här. De utländska tjänstemännens befogenheter när de befinner sig på svenskt territorium begränsas dock av bestämmelserna i den nu föreslagna lagen om internationellt polisiärt samarbete. De utländska tjänstemännen står – på samma sätt som svenska polismän som utövar svensk myndighet i en annan Schengenstat är underkastade JK:s och JO:s tillsyn – under tillsyn av myndigheterna i sina respektive hemländer när de befinner sig i Sverige. Lagen om internationellt polisiärt samarbete bör därför inte föranleda några ändringar i reglerna om JK:s och JO:s tillsyn.⁵⁰

3.4.3 Lagen om gemensamma utredningsgrupper

När Sverige skulle införa lagstiftningen om gemensamma utredningsgrupper till följd av rambeslutet beträffande dessa, sades följande om vem som egentligen gör vad:

Utgångspunkten för regeringens bedömning är vilket åtagande som följer av artikel 2 i rambeslutet. Enligt denna artikel skall tjänstemän från en annan medlemsstat än den där verksamheten pågår likställas med tjänstemän i den stat där verksamheten äger rum när det gäller brott de utsätts för eller begår. I 1990 års Schengenkonvention och Neapel II-konventionen finns liknande bestämmelser. Genomförandet av dessa två nämnda instrument förutsatte emellertid att svensk myndighetsutövning överlämnades till främmande stat. I 12 § lagen (2000:343) om internationellt polisiärt samarbete och i 3 kap. 7 § lagen

⁵⁰ Proposition 1999/2000:64 s. 114.

(2000:1219) om internationellt tullsamarbete, som huvudsakligen är följden av de båda konventionerna, har det införts bestämmelser som reglerar det straffrättsliga skyddet och ansvaret för utländska tjänstemän som opererar på svenskt territorium. Dessa bestämmelser utgår ifrån att svensk myndighetsutövning har överlämnats till främmande stat på så sätt att utländska tjänstemän tillåts att på svenskt territorium vidta åtgärder som är att anse som myndighetsövning, t.ex. att förfölja en misstänkt person som flyr från en medlemsstat över gränsen in på svenskt territorium. I förhållande till rambeslutet föreligger däremot en väsentlig skillnad eftersom rambeslutet om gemensamma utredningsgrupper *inte* förutsätter något överlämnande av myndighetsutövning för att kunna genomföras (se avsnitt 5.1). Enligt artikel 1.6 i rambeslutet får en stat där en gemensam utredningsgrupp är verksam anförtro utredningsåtgärder till en avdelad medlem, dvs. en tjänsteman från en annan stat. Medlemsstaten är emellertid inte tvungen att göra det utan den staten kan själv avgöra om en avdelad medlem skall anförtros några möjligheter att vidta åtgärder och, om så sker, i vilken utsträckning han eller hon kan vidta dessa åtgärder.

Åtagandet enligt artikel 2 i rambeslutet om tjänstemäns straffrättsliga ansvar skall för svenskt vidkommande, enligt regeringens uppfattning, ses i belysning av vilka möjligheter en avdelad medlem kommer att ha att vidta åtgärder när en utredningsgrupp är verksam på svenskt territorium. Regeringen har i samband med propositionen Sveriges antagande av rambeslut om gemensamma utredningsgrupper (prop. 2001/02:71) uttalat att en avdelad medlem inte skall kunna utföra uppgifter på svenskt territorium som förutsätter ett överlämnande av svensk myndighetsutövning (se även bet. 2001/02:JuU15, sid. 3). Regeringen har inte ändrat uppfattning. Detta utesluter dock inte att en avdelad medlem skall kunna anförtros vissa uppgifter som dock inte skall kunna innebära ett utövande av svensk myndighet. Det finns inget som hindrar att en avdelad medlem exempelvis närvarar vid ett förhör som hålls eller granskar bevisning som införskaffats.⁵¹

⁵¹ Proposition 2003/04:4 s. 32 ff.

3.4.4 Oklart vad som gäller

De ovan citerade resonemangen är inte helt lätta att förstå. Det finns uppenbarligen en stor spänning i dessa frågor, där ett nationellt synsätt lätt riskerar krocka med ett internationellt. Frågan om vad det egentligen är för myndighetsutövning förefaller oklar. Ur ett medborgarperspektiv kan denna oklarhet kännas besvärande. Det känns inte på något vis orimligt att om jag i mitt eget hem blir utsatt för ett ingripande av en myndighetsföreträdare, då borde väl – inte minst i Sverige, där skyddet mot ingrepp återfinns i grundlag – de svenska skyddsreglerna, och den svenska kontrollmakten vara fullt tillämplig. Det förefaller inte vara så det ser ut idag. Dels har begreppet myndighetsutövning tolkats restriktivt, dels tycks det vara så att myndighetsutövning kan bestämmas nationellt, på så vis att det är fråga om nationaliteten på den utövande personen som bestämmer svenska myndigheters möjligheter att undersöka densamma. Frågan är då om detta är ett problem och i sådana fall om det finns någon lösning.

I Prümkonventionen regleras förhållandet enligt följande:

Article 24

Joint operations

1. In order to step up police cooperation, the competent authorities designated by the Contracting Parties may, in maintaining public order and security and preventing criminal offences, introduce joint patrols and other joint operations in which designated officers or other officials (hereinafter referred to as “officers”) from other Contracting Parties participate in operations within a Contracting Party’s territory.
2. Each Contracting Party may, as a host State, in compliance with its own national law, with the seconding State’s consent, confer sovereign powers on other Contracting Parties’ officers involved in joint operations or, in so far as the host State’s law permits, allow other Contracting Parties’ officers to exercise their sovereign powers in accordance with the Seconding State’s law. Such sovereign powers may be exercised only under the guidance and, as a rule, in the presence of officers from the host State. Other Contracting Parties’ officers shall be subject to the host State’s national law. The host State shall assume responsibility for their actions.
3. Other Contracting Parties’ officers involved in joint operations shall be subject to the instructions given by the host State’s competent authority.

Prümkonventionen innebär ett fortsatt fördjupat samarbete. Nationsgränser kommer att spela mindre och mindre roll. Man har att räkna med att myndighetsföreträdare från ett land verkligen kommer att befinna sig i andra länder alltmer ofta. De kommer därvid att vara aktiva och fatta helt egna beslut. Det handlar inte om studiebesök eller liknande utan snarare akut brottsbekämpning (se avsnitt 3.5.2 nedan.) Det brukar dessvärre tala för att misstag också kommer att inträffa. De fördragsslutande parterna är medvetna om detta och har sökt reda ut vad som ska gälla. Dessa resonemang bygger till stor del på den redan befintliga Schengenkonventionen. Med tanke på Prümkonventionen redan – genom ”dagordningen” för det tyska ordförandeskapets – idag inte bara kan sägas ligga på EU:s bord, utan också tycks vara accepterad, finns det än större anledning att söka tydliggöra vad som i framtiden egentligen ska gälla i Sverige. Möjligheterna för utländska poliser att agera i Sverige – i förhållande till personer som befinner sig i Sverige – bör rimligen innebära att JO och JK ska kunna göra fullständiga utredningar. Särskilt JO är ju tänkt att fungera som ett skydd för medborgarna.

3.4.5 En förhastad skrivning

Den svenska regleringen rörande dessa frågor har idag blivit synnerligen svåröverskådlig. Dels finns lagen om internationellt polisiärt samarbete (SFS 2000:343) vilken i 12 § tydligt förklarar att brottsbalkens reglering beträffande tjänstefel är tillämplig i förhållande till utländska poliser som utövar myndighet i Sverige. Dels finns lagen om vissa former av internationellt samarbete i brottsutredningar (SFS 2003:1174) där man i förarbetena menat att utländska poliser inte kommer att ägna sig åt myndighetsutövning, varför någon hänvisning till regleringen beträffande tjänstefel inte behövs. Som framgår ovan har regeringen menat att JK och JO inte ska ha någon granskande funktion i förhållande till utländska poliser. Det kan i sammanhanget även noteras att riksdagens justitiekommitté i lagstiftningsärendet år 2000 i kategoriska ordalag menade att en möjlighet för JO – riksdagens egen ombudsman – var helt obehövlig, se betänkande 1999/2000 JuU 17. Man kan av de citerade förarbetsuttalandena lätt få intrycket av att den kontrollfunktion som utgörs av JK och JO, ska ha en alltmer begränsad räckvidd. Detta förefaller kunna leda till en försämring av såväl det allmännas möjligheter till självkontroll som den enskildes rättssäkerhet. Det är illavarslande att den utveckling som går mot ett effektivare alltmer internationaliserat samarbete, tycks inbegripa den här typen av försämringar. Det kan inte vara omöjligt att i Sverige skriva sådana regler att såväl JK som JO ges möjligheter att utan några särskilda hämskor utreda vad som verkligen händer under den här typen av operationer. Jag har personligen intrycket av att

det ovan citerade uttalandet i proposition 1999/2000:64 var starkt förhastat, men att det sedan varit svårt att ”vända på skutan”. Det finns dock all anledning att gå tillbaka till ruta ett i denna fråga och börja om från början. Det är vidare förvånansvärt att man i förhållande till 2003 års lagstiftning beträffande samarbete i brottsutredningar så entydigt menar att detta samarbete inte kommer att innefatta att en utländsk polis utövar myndighet. Förutom det ovan återgivna uttalandet i den ursprungliga propositionen har detta förstärkts, när lagen byggts ut. I Ds 2004:50, ”Internationell rättslig hjälp i brottmål: Tillträde till 2000 års konvention om ömsesidig rättslig hjälp i brottmål mellan Europeiska unionens medlemsstater m.m.” konstateras på sid 119 ff att inte heller inkorporeringen av denna konvention i sagda lag, leder till att utländsk polis kommer att utöva myndighet i Sverige.

Vi har alltså å ena sidan ett regelverk under vilka utländska poliser kan anses utöva myndighet i Sverige, och å andra sidan ett i många stycken snarlikt, där utländska poliser inte ska anses utöva myndighet här. I inget av fallen har JK eller särskilt JO – som måste sägas vara den myndighet i Sverige som har längst och kanske också störst erfarenhet av att bedöma dessa frågor – någon möjlighet att bedöma de utländska polisernas förehavanden. Denna lagstiftning ger ett minst sagt osystematiskt intryck. I ett större perspektiv pekar hela regleringen på att det i själva verket är komplicerat att låta tjänstemän som i ett läge styrs av respektive hemlands regler agerar i länder med andra regler, varvid det kan vara dessa regler som gäller. Frågan om det verkligen är rätt modell man nu bygger efter är dock svårbesvarad. Ett alternativ är att harmonisera i princip all relevant lagstiftning på polisrättens och straffprocessrättens område. Den som menar att det vore ”overkill” att göra det, enbart på grund av dessa problem, har dock idag fog för sin uppfattning. Det förefaller just nu vara en helt oproportionerlig åtgärd. Men om det gränsöverskridande samarbetet byggs ut alltmer med fler och fler poliser och kanske också åklagare som agerar i olika stater, då närmar man sig en punkt där frågan om en mer fullständigt harmonisering måste börja tas på allvar. Fram tills dess kan man konstatera att utvecklingen i vart fall inte kan sägas ge något stort utrymme för nationella särlösningar. Det operativa samarbetet i sig torde alltså leda till att olika stater tillnärmar sin lagstiftning.

3.5 Prüm och ett Europa i två hastigheter

Att den pågående utvecklingen är omfattande och svårgripbar förhindrar inte att det är viktigt att skaffa sig tydliga gripbara bilder av vad som sker. Detta gäller även – eller kanske i synnerhet – den utveckling som sker lite vid sidan av det formella samarbetet inom EU. Att det är möjligt att tydlig-

göra och föra samtal även kring detta illustreras väl av den rapport från det engelska överhuset som publicerades i juli 2006.⁵²

I en kort samlad rapport tas en rad utvecklingstendenser inom – och utanför – EU upp, tendenser som vi i Sverige hittills inte varit särskilt grundliga i att vare sig reflektera över eller agera inför. Bakgrunden till överhusets rapport är att ministrar från 6 av EU:s medlemsstater träffas informellt för att diskutera frågor inom området för frihet, säkerhet och rättvisa. Gruppen som kallas G6 består av de sex största EU-staterna. Tyskland, Polen, Frankrike, England, Spanien och Italien, vilka tillsammans har 75 % av EU:s befolkning.

Dessa möten, och de slutsatser som dras på dem, har varit dåligt redovisade. I England var det den fristående organisationen Statewatch som informerade överhuset om verksamheten och pekade särskilt på vissa kontroversiella slutsatser som dragits under ett möte i Tyskland 2006. Frågeställningen berörde och berör en av de tunga frågorna i EU idag; nämligen balansen mellan medborgarnas integritetsskydd och myndigheternas allt större vilja och förmåga att insamla, lagra och överföra information om enskilda.

Inom EU finns idag ett förslag till rambeslut som syftar till att underlätta utbyte över nationsgränserna, förslag till rådets rambeslut om utbyte av uppgifter enligt principen om tillgänglighet.⁵³ Istället för att tala om ömsesidiga erkännanden talar man i detta förslag om principen om fri tillgänglighet, vilket är att dra det hela ett steg längre. I förslaget artikel nio sägs följande:

Direkt tillgång till uppgifter

1. Medlemsstaterna skall se till att motsvarande behöriga myndigheter i övriga medlemsstater och Europol har direkt tillgång till de uppgifter i elektroniska databaser som deras egna motsvarande behöriga myndigheter har direkt tillgång till.

Samtidigt finns det ett förslag till rambeslut om dataskydd under den tredje pelaren.⁵⁴ De direktiv som finns på området gäller ju enbart under den första pelaren.

Det har allmänt uppfattats som om det ena, principen om fri tillgänglighet, har krävt det andra, ett tydligt rambeslut om dataskydd. I en kommuniké

⁵² Rapporten heter: European Union Committee, 40th Report of Session 2005–06, Behind Closed Doors: the meeting of the G6 Interior Ministers at Heiligendamm. Report with Evidence.

⁵³ KOM(2005) 490 slutlig.

⁵⁴ KOM(2005) 475 slutlig.

från Tyskland efter mötet sades att man skulle kunna tänka sig att gå vidare med arbetet beträffande rambeslutet om fri tillgänglighet även utan att arbetet med rambeslutet om dataskydd hade kommit i mål.

England deltar inte i det omfattande Schengensamarbetet inom EU. Det gör att de står utanför en del möjligheter till samarbete när det gäller informationsutbyte. Detta kan uppfattas som en brist. Nu håller dessutom Schengensamarbetet på att utökas; man kan tala om Schengen II, eller SIS II (alltså förutom Prümkonventionen; det vill säga Schengen III) och i de tyska slutsatserna från mötet sades att man hoppades att England skulle kunna delta i delar av detta utökade informationsutbyte. Till saken hör vidare att Prümkonvention redan hade hunnit undertecknas av de sju medlemsstater som tagit initiativet till dess tillblivelse.

I den engelska rapporten granskas denna utveckling ordentlig i sömmarna. Kommittén förefaller genuint intresserad av frågeställningarna just för att det tycks som om hela det egentliga beslutsförfarandet tycks kunna gå såväl EU som det engelska parlamentet förbi. Man vänder och vrider ganska ordentligt på frågorna om det internationella samarbetet. Hur formlöst kan det egentligen få ske? Hur slutna kan sällskapen få tillåtas bli? Man tvekar heller inte inför att ha synpunkter på mer materiella frågeställningar. Förmågan till klarspråk är därvid fullt utvecklad. I rapporten anförs bland annat:

We do not understand why the former Home Secretary should have apparently agreed with other G6 ministers to press forward with the "availability" principle and disregard data protection issues. This is contrary to the decision of the Member States in the Hague Programme, contrary to the advice of independent data protection authorities, inconsistent with what the Home Office Ministers had told us, and against the views of the Finnish Presidency. The exchange of information between the law enforcement authorities is important, but not so important that civil rights can be eroded.

3.5.1 Frågor som angår Sverige

De frågor som med stort intresse behandlades i det engelska överhuset under 2006, har också bäring för svenska förhållanden. Frågan om informationsskydd/tillgänglighet avgörs i ganska liten mån enbart på nationell nivå. Tillgång till information om enskilda är en fråga som idag går över nationsgränser. Frågan om skyddet för uppgifter hamnar då också den i en internationell miljö. Frågorna måste diskuteras och lösas internationellt. När det gäller internationella lösningar finns det flera olika metoder. EU-samarbetet är bara en. Formerna för detta samarbete kan, även när det

gäller straff- och straffprocessuella frågor, bli svårgripbara. Hur ska egentligen beslutsfattandet gå till så att det finns en fungerande koppling till nationella parlament? Eller behövs en sådan koppling inte längre?

3.5.2 Särskilt om Prüm

Den ovan berörda Prümkonventionen, som ingåtts mellan Belgien, Tyskland, Spanien, Frankrike, Luxemburg, Holland och Österrike innefattar en fördjupning av det nu gällande Schengensamarbetet. Konventionen syftar till “the stepping up of cross-border cooperation, particularly in combating terrorism, cross-border crime and illegal migration”. I den behandlas frågor om informationsinhämtning och -lagring, problemen med illegal invandring och ett nära gränsöverskridande polissamarbete. Det är alltså inga nya frågor som behandlas, istället sådant som redan ligger på EU:s bord. Det kan därför kännas lite märkligt att något som redan är reglerat inom EU blir särreglerat på detta vis, särskilt som syftet så uppenbart varit att påverka EU-rätten. I konventionen sägs bland annat:

Endeavouring, without prejudice to the provisions of the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, for the further development of European cooperation, to play a pioneering role in establishing the highest possible standard of cooperation, especially by means of improved exchange of information, particularly in combating terrorism, cross-border crime and illegal migration, while leaving participation in such cooperation open to all other Member States of the European Union,

Seeking to have the provisions of this Convention brought within the legal framework of the European Union, in order to improve exchange of information within the European Union, particularly in combating terrorism, cross-border crime and illegal migration, and to establish the necessary legal and technical conditions for that purpose.

Vad det mer i sak handlar om framgår av bland andra följande rubriker i konventionen:

Article 2

Establishment of national DNA analysis files

Article 7

Collection of cellular material and supply of DNA profiles

Article 9

Automated searching of fingerprinting data

Article 12

Automated searching of vehicle registration data

När det gäller det nära och gränsöverskridande polissamarbetet är artikel 28 av intresse:

Article 28

Use of arms, ammunition and equipment

1. Officers from a Contracting Party who are involved in a joint operation within another Contracting Party's territory may wear their own national uniforms there. They may carry such arms, ammunition and equipment as they are allowed to under the seconding State's national law. Any Contracting Party may prohibit the carrying of particular arms, ammunition or equipment by a seconding State's officers.
2. The arms, ammunition and equipment listed in Annex 2 may be used only in legitimate defence of officers themselves or of others. The host State's officer in actual charge of the operation may in individual cases, in compliance with national law, give permission for arms, ammunition and equipment to be used for purposes going beyond that specified in the first sentence. The use of arms, ammunition and equipment shall be governed by the host State's law. The competent authorities shall inform one another of the arms, ammunition and equipment permitted and of the conditions for their use.
3. The Contracting Parties may amend Annex 2 by means of a separate agreement.

Till detta kan så även läggas den avdelning som tar sikte på integritets-skydd och informationssäkerhet, ett omfattande kapitel som sträcker sig över åtta sidor.

Vad konventionen bekräftar är i princip en sak: myndigheternas arbete med att bekämpa brott inom EU kommer alltmer att ske i de former som nationella myndigheter brukar nationellt. Resonemangen ser ut som följer: Det finns nationella register om personliga kännetecken, alltså ska dessa gå att använda inom ett större område. Det finns nationella register om till exempel bilar, alltså ska de gå att använda dessa register inom ett större område. Ibland måste poliser inom ett land följa misstänkta inom ett annat land och gripa in, alltså ska poliser kunna göra det inom ett större område, och så vidare.

Den utveckling av europarätten som nu sker genom acceptandet av Prümkonventionen aktualiserar på sätt och vis två problem. Det ena att några stater "särreglerar tillsammans". Det andra att vissa stater ställer andra stater inför fullbordat faktum; "Take it or leave it", bara med det undantaget att man – framförallt som ett litet land – inte har så stort val. Det förefaller svårt att helt undvika något av dessa problem.

Vad man däremot har anledning att resonera kring är hur man – särskilt som ett litet medlemsland – ska förhålla sig till denna utveckling. Utvecklingen tydliggör för det första att inte heller EU är en organisation där de egentliga besluten tas där reglerna säger att de ska tas. Besluten fattas ibland i helt andra rum, och betydligt mycket tidigare än vad det formella beslutet kan ge intryck av. Om man har en formaliserad syn på EU, då riskerar man samtidigt att hamna utanför det egentliga beslutsfattandet. Vi kommer nu under det närmaste året att höra en hel del kring Prümkonventionen, medan vi, när den arbetades fram, inte hörde någonting. Det internationella samarbetet blir genom att Prümkonventionen så småningom får verkan inom hela EU ordentligt fördjupat. Den har konsekvenser för såväl Europasamarbetet som utvecklingen nationellt. Vad man då måste fråga sig är varför Sverige i detta fall inte varit mer på hugget. Är det ett strukturellt fel som gör att vi saknar nationella mekanismer som kan aktiveras i lägen som dessa?

Återigen tycks förhållandet mellan juridik och politik ha spelat oss i Sverige ett spratt. Med en restriktiv syn på hur medlemskapet ska användas, företrädesvis grundat på vad som får sägas vara politiska uppfattningar – visserligen fullt legitima sådana – hamnar man just i det läge man helst ville undkomma; det läge där någon annan kan sägas vara den som bestämmer över en själv. En annan approach måste vara att föredra. För juridikens vidkommande är det naturligtvis märkligt att ett regelverk som kommer att gälla som svensk rätt inom fem år, skapat av EU-medlemmar under den tid vi varit medlemmar i EU, har tillkommit utan att vi varit med och kommenterat ett enda kommatecken. Frågan om vem som egentligen är lagstiftare kan uppenbarligen ges de mest skiftande svar. För svenskt vidkommande handlar det nu inte om mer än att anta konventionen, och följdförändra i vår egen lagstiftning.

3.5.3 Fungerar det med ett Europa i två hastigheter?

Det är tydligt att vissa – vad man kan kalla EU:s kärnländer – har så infläta samhällssystem att de inte ser problemen med att också den offentliga rätten flätas samman alltmer, de ser problemen med att den inte gör det. Det finns andra stater som måhända inte befinner sig i samma läge. Det

kan i detta sammanhang konstateras att bland annat de ovan relaterade G6 mötena, liksom Prümkonventionen visar på en sak. De stater som menar att de har ett behov av sammanjämkning kommer att jämka sig samman. De kommer att ha ett allt större utbyte, samarbete och en alltmer harmoniserad lagstiftning. Man menar allmänt att de är de "trögaste" EU-staterna som styr utvecklingen, genom att exempelvis kunna lägga in veton i det allmänt existerande EU-samarbetet. Detta kan i själva verket visa sig vara en fundamental felsyn. De stater som upplever sig ha problem som behöver åtgärdas, kommer också att åtgärda dem. Vilka risker respektive möjligheter som denna utveckling för med sig har vi i själva verket knappt ens börjat reflektera kring. Hur ska Sverige som enskilt land agera; ska vi söka efter att vara med i så mycket som möjligt så tidigt som möjligt och därigenom också rimligen framstå som förhållandevis stora tillskyndare av fördjupat samarbete överhuvudtaget, eller ska vi vara med så lite som det bara går, för att därigenom visa att vi ser på utvecklingen med lätt skeptisk blick? Hur ska vi som EU-medlem kunna tackla denna problematik; skall vi söka få in så mycket av utvecklingen så snabbt som möjligt inom en enhetlig EU-rättslig reglering, eller ska vi mer aktivt arbeta för att EU som sådant ska kunna inrymma denna nya typ av diversitet?

För EU-kommissionen måste utvecklingen i viss mån vara oroväckande. Ett EU där vissa medlemsstater helt enkelt går före är visserligen antytt i det vilande fördraget,⁵⁵ men att denna utveckling skulle bli närmast regelmässig har nog inte varit tanken. Att den tycks vara högst reell innebär rimligen att kommissionen kommer att lägga ned än större energi på att söka efter gemensamma lösningar på EU-nivå. Det finns skäl för att mena att den fortsatta utvecklingen i huvudsak bör ske inom ramarna för EU. Det är ju enbart där samtliga medlemsstater på ett självklart sätt finns representerade. Det kan dock konstateras att om man vill vara med om att understödja denna utveckling, då understödjer man i samma andetag en utveckling som i sig leder till att allt fler frågor hamnar hos EU.

3.6 Individens ställning

Detta avsnitt beträffande den enskilde individens ställning i den pågående utvecklingen behandlar ett grundläggande strukturellt problem och visar på olika former av handlingsförlamning. Man kan dessvärre ställa frågan om de problem de nu är fråga om överhuvudtaget tagits på allvar. I slutändan – om inget görs – kan dessvärre till och med frågan om problematiken

⁵⁵ Se artiklarna I-44.2 och III-419.1.

varit avsedd, att dyka upp. Vi borde dock inte behöva hamna i den typen av diskussion.

Den offentliga rätten, och då i synnerhet straffrätt och straffprocessrätt, utför hela tiden en balansakt. Det får varken finnas för lite regler eller för mycket regler. Detta samtidigt som ingen – allra minst på förhand – egentligen kan säga var balansen finns. Vi i Sverige har sålunda att fortlöpande bedöma om nivåerna av än det ena, än det andra, är godtagbara. Den fortlöpande diskussionen och de ständiga förändringarna i vårt påföljdssystem visar på problematiken.

Det sägs ofta att ”utvecklingen inom EU avser att minska utrymmet för brottsligheten”. När man säger detta, och har ovanstående resonemang framför ögonen bör en liten klocka ringa. Om det ska bli ett minskat utrymme för att begå brott, så blir det ett utökad utrymme för det offentliga att agera. Detta brukar innebära att balansen mellan det allmänna och den enskilde ruckats på. I det här fallet har den klockan inte ringt. Förklaringen är enkel. Man har inte tänkt sig annat än att de personer de allmänna ska få utökade möjligheter att undersöka, verkligen är ”riktigt fula fiskar som gjort hemska saker och förtjänar ett straff”. Tanken har då varit att det är dessa personer som har skapat obalansen ifråga – för mycket brottslighet – och att myndigheterna nu arbetar för att rätta till detta problem. Därmed tycks resonemanget ha avstannat. Frågan om vad effekterna av de nya regelverken i sin tur kan bli har lämnats åt sitt öde. Om man fullföljer resonemanget och något begrundar frågan om förhållandet mellan å ena sidan den pågående internationaliseringen och å andra sidan den enskilde medborgarens rättssäkerhet, integritetsskydd och möjlighet att orientera sig i det rättsliga landskapet, så kan dock en rad nya slutsatser dras.

3.6.1 Systemfel eller förbiseende?

Myndigheternas utökade möjligheter att samarbeta förändrar i själva verket förutsättningarna för den enskilde på ett fundamentalt sätt. Det är inte bara så att det är de verkliga skurkarna som drabbas. Det är istället så att ingripanden av olika slag drabbar personer som inte borde ha blivit utsatta för någonting. De utökade möjligheterna att agera från myndighetshåll träffar – såsom det alltid är på utredningsstadiet – helt enkelt lite blint. Men om dessa personer, som inte borde ha blivit utsatta för något, samtidigt får försämrade möjligheter att agera i förhållande till de åtgärder som riktas mot dem, har vi sannolikt att göra med ett systemfel.

En medborgare i ett land kan huvudsakligen enbart vända sig till myndigheter i sitt eget land. Det utökade polissamarbetet, det utökade åklagarsamarbetet och de utökade möjligheterna till informationsutbyte innebär dock

att andra myndigheter än det egna landets kan ingripa på olika sätt. Frågan är då hur man ska kunna justera systemet så att det fungerar även i förhållande till frågor om medborgerligt skydd. Det kan snabbt konstateras att enskilda medborgare verkligen kan komma att behöva hjälp på ett sätt som aldrig förr.

Vad som är särskilt oroväckande i detta sammanhang är att det förslag till rambeslut som har varit framlagt sedan länge, och som avser att få till stånd minimiregler inom EU beträffande bland annat rättsligt skydd inte tycks kunna ledas fram till mål.⁵⁶ Förslaget i sig måste sägas ge ett ganska beskedligt intryck, varför problemen med dess genomförande är så mycket mer förvånande. Det handlar i stort sett inte om mer än följande: möjligheter att få juridisk rådgivning, både före och efter en rättegång, tillgång till kostnadsfri tolkning och översättning, garantier för att personer som inte är kapabla att förstå eller följa ärendets gång får nödvändigt stöd, rätt för utländska misstänkta att meddela sig med bland annat konsulära myndigheter och information till misstänkta om deras rättigheter.

Det tyska ordförandeskapet avser att söka leda förhandlingarna framåt, och har presenterat ett nytt ändrat förslag. Att detta är en viktig fråga framgår inte minst av det uttalande EU-kommissionär Frattini gjorde i Berlin den 20 februari 2007.⁵⁷ Han sade bland annat följande:

The Commission firmly believes that a Framework Decision should be adopted unanimously by all 27 Member States so as to offer complete protection to citizens throughout the whole of the European Union territory. However, if one or two Member States will not accept a Framework Decision, whatever the content, and however hard others try to achieve a compromise, the only solution may be to do so without them. The Commission urges Member States that see a Framework Decision as essential for consolidating mutual recognition and promoting the necessary trust between judicial systems to work together towards finding a solution.

In conclusion the best answer to criticism that the European Union is only focusing on security measures is to get quick agreement on this proposal in the European Union. Because one thing is clear in my views there is no contradiction in safe-

⁵⁶ Förslag till Rådets rambeslut om vissa rättssäkerhetsgarantier i brottmål i Europeiska unionen. KOM(2004) 328 slutlig.

⁵⁷ www.europa.eu/rapid/ press Reference: SPEECH/07/91 Date: 20/02/2007.

guarding security whilst at the same time safeguarding Fundamental Rights and freedoms. This is the balance message which EU citizens expect us to give and I think rightly.

Detta är delvis starka ord, men jag uppfattar dem som befogade. Det faktum att den enskilde medborgaren för sin del knappast kan hantera principen om ömsesidigt erkännande väcker farhågor. De botemedel som finns är av huvudsakligen två slag. Det ena är att genomharmonisera så mycket av straffprocessrätten och straffrätten som möjligt så att medborgarna och myndigheterna enbart har en uppsättning regler att hålla sig till. Det andra är att genom konkreta åtgärder, företrädesvis genom att utökade resurser, ge stöd åt misstänkta, i form av kompetent biträdes hjälp och dylikt. Det är inte någon lyckad lösning om de enda som kommer att ha råd med ordentlig advokathjälp är de som är verksamma just inom de kriminella organisationer man avser att komma åt.

Man kan förvisso konstatera att samtliga EU:s medlemsstater är bundna av Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna, liksom man kan peka på att det även inom EU byggs upp en organisation som avser att se närmare på dessa frågor. Detta är visserligen vällovligt och bra, och kommer säkert att förhindra en rad övertramp. Men detta kan enbart komplettera, inte ersätta, de möjligheter en medborgare, i vart fall enligt svenskt mönster, haft för att själv kunna sätta sig in i frågan om varför han eller hon är utsatt för granskning och därtill skaffa sig kompetent hjälp.

3.6.2 Det nya integritetskyddet.

Det är inte enbart inom underhållningsindustrin man tvingats inse att de allt större möjligheterna till digitalisering av information, lagring och elektronisk överföring totalt förändrat förutsättningarna för verksamheten. Också brottsutredande myndigheter, liksom medborgarna själva, är i högsta grad involverade i denna utveckling. I den digitaliserade tidsåldern befinner vi oss i ett läge där vi, om vi inte tar särskilda mått och steg, hela tiden lämnar olika slags digitala avtryck efter oss, av ett eller annat slag. Till detta skall läggas de avtryck som finns i form av DNA, och där diskussionen av upprättande av olika mer eller mindre heltäckande DNA register förs. Även digital lagring av fingeravtryck, passbilder, sjukdomar och utdrag ur kriminalregister kan läggas till listan. Vill man kan ju också släktband och andra relationer registreras, liksom utbildningar och yrkesverksamhet. I stort sett allt i våra liv kan digitaliseras och därmed överföras och mångfaldigas i det oändliga. För brottsutredande myndigheter är denna information om den enskilda människan idag högprioriterat byte.

En ganska stor del av det växande internationella samarbetet när det gäller brottslighet handlar om tillgång till information och informationsutbyte av olika slag. I sammanhanget kan nämnas det ursprungliga Schengensamarbetet, den utbyggnad som benämns SIS II, Prümkonventionen, direktivet beträffande lagring av trafikdata, förslaget till rambeslut beträffande principen om fri tillgänglighet liksom förslaget till rambeslut beträffande skydd för uppgifter. Frågan är nu om inte denna utveckling till stora delar gör nationella överväganden på dessa områden alltmer vanskliga. Och frågan är om det inte i själva verket är så att det är en internationell approach som verkligen behövs.

I förslaget till rambeslut beträffande fri tillgänglighet konstateras att behovet av enhetliga regler när det gäller frågan om att kunna använda information är mycket viktig:

Medlemsstaternas verksamhet på detta område har inte varit på en tillfredsställande nivå. Det finns fortfarande alltför många rättsliga och administrativa hinder för uppgifters tillgänglighet, bland annat därför att nationella myndigheter inte lämnar ut information på grund av konkurrens myndigheterna emellan. Skillnader i de nationella regeluppsättningarna gör också uppgiftsutbytet långsamt. Då det inte finns några klara rättsliga regler måste en myndighet i vissa fall lita till den goda viljan hos motsvarande myndighet i den andra medlemsstaten.

Allvarlig och organiserad brottslighet, inklusive terrorism, är internationella företeelser som ingen medlemsstat effektivt kan hantera isolerat. De gemensamma reglerna och mekanismerna som syftar till att underlätta uppgiftsutbytet på EU-nivå måste vara effektiva.

Genom att gemenskapen vidtar åtgärder kommer det att bli lättare att uppnå målen för förslaget och detta av följande skäl:

Om reglerna fastställs på EU-nivå behövs färre resurser för uppgiftsutbytet, eftersom man inte längre behöver ha en mängd bilaterala kontakter och multilaterala nätverk. Det är dyrare att hålla igång ett mellanstatligt samarbete från gång till gång med 25 uppsättningar regler om överföring av information. Europeiska unionen är den lämpliga nivån också av det skälet att de brottsbekämpande myndigheternas informationsbehov till stor del avgörs av integrationsnivån länderna emellan. Eftersom EU är väl integrerat finns större delen av den information en medlemsstat behöver hos de övriga medlemsstaterna.

En enda uppsättning regler kommer att göra 25 högst olikartade regeluppsättningar om överföring av information onödiga.

Det som särskilt bekymrar i denna utveckling, och som tyvärr gör att man kan känna sig nödsakad att konstatera att det tycks finnas ett mönster, är att det förslag till rambeslut som skulle syfta till att få till stånd ett mer enhetligt synsätt på dataskydds/integritetsskyddsfrågor inom EU, på samma sätt som det ovan nämnda förslaget beträffande minimirättigheter under processen, tycks ha svårt att samla ett enhetligt gillande. När det gäller det här förslaget kan den njudda inställningen kanske till och med kännas än mer besvärande. Information är idag inte bara förhållandevis lätt att samla in, den är också lätt att sprida vidare, mångfaldiga och också manipulera. De enda begränsningar som finns är egentligen de gränser som sätts upp genom lagstiftning. Några särskilda fysiska gränser finns egentligen inte längre. Att man öppnar upp för ett allt större utbyte av information må vara befogat, men bör i särskilt hög grad omfattas av någon form av enhetlig kontroll. Det är ju här fråga om förhållanden som av förklarliga skäl är svåra för en enskild att överhuvudtaget få grepp om. Man vet ibland överhuvudtaget inte om att vissa fotspår lagrats, än mindre att de är föremål för någon form av behandling, allra minst i ett annat land än det egna. Detta borde rimligen vara en högprioriterad fråga att lösa på EU-nivå, inte på nationell.

4 MÖJLIGHETER ATT PÅVERKA

Det finns många sätt att närma sig frågan om straff- och straffprocessrättens internationalisering. Den här rapporten har sökt visa några av dem. Man kan sålunda diskutera frågan utifrån bland annat nationella traditioner, effektivitetsaspekter, rättssäkerhetsaspekter och mer rättspolitiska aspekter. Det finns vidare utrymme för att anlägga såväl ett konstitutionellt synsätt som ett renodlat överstatligt perspektiv. Beroende på vilken utgångspunkten är, framträder frågan i olika ljus.

Det är naturligtvis så att nationell tradition, i vart fall i Sverige, och i vart fall under cirka femhundra år, pekar i riktning mot att nationen som sådan förmått hantera kriminalitet. Om denna tradition ska frångås, borde det rimligen krävas att något ganska dramatiskt inträffat. Jag menar att medlemskapet i EU innefattar en såpass dramatisk förändring vad gäller nationell förmåga att tillfredställande hantera kriminalitet, att en hänvisning till nationell tradition inte kan räcka som svar vid bedömandet av om det finns ett behov av vidgade ramar idag. Begrepp som nationell särart, kultur och liknande förtjänar inte att spela någon avgörande roll. De historiskt betingade skillnaderna har överhuvudtaget inte någonting att göra med att en viss yta av Europa, på grund av invånare, väder, topografi eller något annat, egentligen kräver en viss form av utformning av sin rätt. Därtill kommer att man vid bruket av historien ska vara synnerligen försiktig. Frågan om hur det egentligen var – på riktigt – kan sällan ges något riktigt tydligt svar.

Sett ur ett effektivitetsperspektiv är det uppenbart att en förändring varit och är nödvändig. Nedrivandet av nationella gränser innebär att brottsligheten kan verka på andra sätt än om dessa konkreta gränser finns kvar. Efterföljande poliser från ett land till ett annat, ett nära åklagarsamarbete – inte minst genom Eurojust, en vidsträckt tillämpning av principen om ömsesidigt erkännande, listan kan göras lång på de åtgärder som satts in för att förbättra rättsordningens effektivitet. Jag har svårt att peka på någon punkt i det utökade samarbetet som, sett till frågan om effektivitet, helt skulle sakna fog.

När det gäller rättssäkerhetsaspekter och frågor om enskildas integritet, är utvecklingen mer svårhanterlig. Om man för enkelhets skull använder traditionell – pre EU – rätt som exempel kanske bilden kan fås att framträda. Det har under en lång rad av år varit en självklarhet att personer som begår brott visserligen ska kunna ställas till ansvar, och, om bevisningen räcker, fällas till ansvar, men att denna hantering måste omgärdas av såväl rättssäkerhetsgarantier som ett fungerande integritetsskydd. Dessa två begrepp betyder i praktiken att det måste finnas möjligheter för en misstänkt att

försvara sig mot misstankar och anklagelser, liksom att rättsvårdande myndigheter måste ha en viss grad av misstanke för att överhuvudtaget ingripa, samt att vissa typer av ”möjliga” ingripanden, helt enkelt är förbjudna.

En grundläggande tanke bakom den pågående utvecklingen är att komma ikapp, där nationell rätt tappat i effektivitet. Detta behöver dock intet innebära detsamma som att man ändrar i den balans man kan tycka har funnits mellan å ena sidan samhällets möjligheter till ingripanden mot en person, och den personens skydd mot ingripanden. Ändå, och jag är på inte vis övertygad om att detta varit en medveten del av någon handlingsplan, har den enskildes ställning förändrats på ett ganska dramatiskt vis.

Sett ur ett svenskt konstitutionellt perspektiv är det tydligt att regeringsformen (RF) tillåts tolkas ganska vidsträckt – för att inte sägas vidlyftigt. Lagtexten har i princip inte alls påverkats av vare sig EU-medlemskap eller den nu pågående utvecklingen inom straff- och straffprocessrätten. Den helt centrala frågan om hur man egentligen ska betrakta poliser från andra medlemsstater som är här på uppdrag, har inte på allvar knutits till frågan om vad det är för slags myndighetsutövning och vilket skydd man som medborgare har mot detta. Inte heller frågan om hur ett förstapelarsarbete, varvid Europaparlamentet och Ministerrådet måste sägas vara nya lagstiftare, tycks kunna kopplas till regleringen i RF 2:a och 8:e kapitel, vari tydligt utsägs att det bara är riksdagen som kan besluta om lag. Inte heller RF:s 10:e kapitel, som föreskriver att Sverige först ska ha överlåtitt beslutanderätt, innan förstapelarrätt överhuvudtaget ska kunna aktualiseras, har kommit i fokus.⁵⁸

Det överstatliga perspektivet är svårhanterligt. Det är tydligt att EU-kommissionen ser det som en viktig uppgift att dels – på ren svenska – avnationalisera straff- och straffprocessrätten, dels bygga upp nya myndigheter och institutioner. Detta i överensstämmelse med vad EU skall vara bra för och vad kommissionen har att bevaka och bejaka. För EU-kommissionen har nationell rätt ett begränsat värde. Inget egenvärde alls, om man vill hårdra det hela lite grand. Man har ju kanske tidigare, i vart fall under 1990-talet, kunnat säga att kommissionens perspektiv inte har någon större bäring. Men såväl den vilande fördragstexten som EG-domstolens dom i mål C-176/03 talar sitt tydliga språk. Kommissionens förtydligande om

⁵⁸ Se Konstitutionsutskottets betänkande 2006/07:KU14 där det helt saknas något resonemang beträffande någon av dessa frågor. KU:s ställningstagande i detta betänkande innefattar bland annat att avslå motioner om en riksdagsdebatt beträffande det vilande EU-fördraget. Viljan att idag föra någon form av diskussion i det svenska parlamentet beträffande EU-frågan är uppenbarligen starkt begränsad.

målet liksom förslagen till direktiv om miljöstraffrätt och straffrätt inom immaterialrätten samt direktivet om lagring av trafikdata gör det hela extra tydligt. Det finns idag ett starkt mått av överstatligt tänkande beträffande dessa frågor.

Det finns skäl för att överväga vad som bäst fungerar för att förhindra och klara upp allvarlig brottslighet. Liksom vad dessa lösningar egentligen innebär för medborgarna. Om man i detta sammanhang tillåter sig att bortse ifrån de historiska och ibland påstått historiska förklaringarna till att olika nationalstater har kommit fram till olika lösningar på en lång rad frågor, måste ju frågan till slut ställas om det inte är mer positivt att samtliga stater har samma regler än att 27 stater har olika rätt. Med tanke på att det är själva grundtanken med EU att närma medlemsstaterna till varandra måste det finnas en poäng med tillnärmning, även på dessa områden.

Nu kan man även i detta sammanhang konstatera att olika länder kan uppleva sig ha olika behov. Detta innebär att man på nationell nivå lätt kan falla in i resonemang om att det av olika skäl inte behövs någon närmare tillnärmning för sitt eget vidkommande. Det kan alltså konstateras att det finns sakligt grundade skäl för varför man ska vara försiktig med att göra några större förändringar. Problemet är dock att man utefter detta spår lätt hamnar i det resonemang som landar i att man enbart kan tänka sig förändringar där förändringar är ”nödvändiga”. Resonemanget blir dessvärre väldigt relativistiskt eftersom egentligen ingenting inom straffrätten och straffprocessrätten är nödvändigt.

Utgångspunkten idag borde rimligen istället vara att arbeta för harmonisering, därför att det i slutändan kan bli enkelt och bra. Det är olyckligt att denna målsättning inte tydliggörs. Inte minst för att man därigenom inte heller tydliggör de följdproblem som denna i stort positiva utveckling för med sig.

När frågeställningarna bedöms ur ett systematiskt perspektiv kan man tydligt konstatera att såväl företrädare för EU som företrädare för medlemsstaterna har begått misstag. Med tanke på hur politiskt känslig frågan om straff- och straffprocessrätten i Europa är – framförallt om den kopplas ihop med frågor om nationell självbestämmanderätt – har man lite grand försökt mörka på dessa frågor. Istället för att tydligt tala om att tänkta lösningsförslag också innebär problem och därvid också presentera lösningar på dem har såväl effekter som risker nedtonats. Det kanske tydligaste exemplet på detta allvarliga systemfel är det strandade förslaget till rambeslut om miniminivåer beträffande rättssäkerhet. Först infördes regler om ömsesidigt erkännande beträffande straffprocessuella tvångsmedel, därefter

började man fundera på vilka konsekvenser dessa rambeslut kan tänkas ha, och hur man ska bemästra vissa negativa verkningar. Detta kan omöjligt vara rätt tågorning.

4.1 Utvecklingen måste tas på allvar

Det är hög tid att börja diskutera utvecklingen utifrån dagens problem och möjliga lösningar. Det borde finnas en vilja till att tydliggöra vilken inriktning man ska ha i det fortsatta arbetet – man kan till och med tänka sig en av regeringen upprättad handlingsplan. Den skulle kunna tydliggöra regeringens arbete och också ha bäring på våra myndigheter. Denna plan skulle vidare mycket tydligt kunna betona att det i slutändan är frågeställningarna sedda ur ett medborgarperspektiv som ska fälla avgörandet.

Utgångspunkten för denna tänkta plan borde rimligen vara att internationellt samarbete är såväl eftersträvansvärt som oundvikligt. Detta måste tydligt redovisas. Den borde grundas på analyser av problemställningar, utifrån dels vad effekten blir för svenska förhållanden, dels för EU som sådant. Dessa analyser kan med fördel ta stor hänsyn till vilka de systematiska konsekvenserna egentligen blir. Alltså: vad händer med faktor X om man gör så här med faktor Y.

Även om man inte vill gå så långt som till att upprätta någon form av handlingsplan, eller ens diskutera i termer av en sådan finns det naturligtvis andra – mer traditionella – sätt att arbeta på. Om man tar de sex frågor jag ovan översiktligt sökt diskutera – straffrättslig kompetens under första pelaren, en europeisk åklagarmyndighet, ett Europa i två hastigheter, principen om ömsesidigt erkännande, rättsliga grunder för myndighetsutövning och rättssäkerhet och jämför med hur dessa hade hanterats om det hade varit förändringar enbart på det nationella planet, blir bilden dramatisk. Hade det enbart rört svenska förhållanden, då hade rimligen det svenska utredningsväsendet varit strängt upptaget med att få ett grepp om utvecklingen och redovisa densamma. (Sanningen att säga så finns det utredningar som tittar på vissa av dessa frågor, fast då just ur ett betydligt mer nationellt perspektiv, och det är alltså inte det som här efterfrågas.) När utvecklingen istället sker på EU-nivå så är det som om vare sig begreppsapparat, systematik eller arbetsordningar kan inrymma vad som sker. Min tanke med denna rapport har varit att både tydliggöra och hantera detta problem. Det är fullt möjligt att diskutera dessa frågor, även på svenska.

Vi befinner oss i en omvälvande tid när det gäller straffrätt och straffprocessrätt. Det finns därför särskild anledning att beskriva och analysera istället för att söka skjuta utvecklingen ifrån sig. Vi har i Sverige alltjämt

ett fungerande utredningsväsende. Jag har pekat på några möjliga ingångar. Det finns fler än så. Det kan idag inte vara rimligt att låta gamla rent partipolitiska låsningar ligga hindrande i vägen för en fördjupad kunskap och en breddad debatt. Att politiken i Sverige fått en form av överhöghet över juridiken – och iklätt sig rollen av lagstiftare – innebär inte att riksdag och regering är fria att göra ingenting. Det innebär raka motsatsen; nämligen att riksdag och regering har ett övergripande ansvar. Man kan naturligtvis diskutera hur detta ansvar egentligen ser ut. Just när det gäller frågorna om hur vi i Sverige ska lära oss mer och om hur vi ska förhålla oss till utvecklingen inom EU, då måste jag säga att ett kraftfullt igångsättande och användande av det gamla hederliga svenska utredningssystemet kan vara ett riktigt bra sätt att ta ansvar på.

4.2 Medborgarnas Europa

Det sägs bara alltför ofta att EU har hamnat i ett dilemma. Att medborgarna inte ser vitsen med EU och därför antingen inte intresserar sig eller visar sig direkt avståndstagande. En tanke är då att om EU tydligare visar vad som åstadkommes till medborgarnas fromma, då kommer också ett tydligare folkligt stöd att manifesteras. Det finns egentligen ingen anledning att betvivla vare sig det ena eller det andra av det ovan sagda. Folkomröstningsresultaten i Frankrike och Holland – två av EU:s kärnländer – talar i vart fall sitt tydliga språk vad gäller bristande förtroende. Det kan vidare konstateras att det på det nationella planet förefaller vara mer effektivt att som politiker ha som grundläggande förhållningssätt att vara avståndstagande till ”vissa tokigheter” inom EU än att verkligen omfamna samarbetet. I Sverige odlar vi en myt om att EU-samarbetet egentligen inte betyder så mycket. I grund och botten ges alltså intryck av att vi löser våra problem själva. I ett sådant klimat är det naturligtvis inte särskilt lätt att entusiasmera medborgarna för en omfattande utveckling på EU-nivå.

Det märkliga är att vi kommit så långt i denna negativa spiral att det tycks vara svårt att lyckas presentera de konkreta frågor som kan vända utvecklingen. Men problemet ligger inte i avsaknad av konkreta frågeställningar. Det bottnar istället i oviljan mot att tydliggöra att EU verkligen betyder något; att lösningen på ett problem verkligen ligger på EU-nivå och inte på det nationella planet. Frågan om straff- och straffprocessrätten är synnerligen illustrativ. Marknadsföringen av detta utvecklingsområde förtjänar knappast något guldägg. Det finns som framgått av denna rapport dock en rad skäl för att man hittills varit så försiktig. Det kanske främsta skälet är att de lösningar som enbart kan erbjudas inom ramarna för EU, är lösningar på problem som i sig själva uppkommit genom EU. Ett annat tungt skäl

är att frågorna om straffrätt och straffprocessrätt skär rätt in i nationalstatens innersta liv.

Listan på skäl till varför det hela tiden förefallit som om inget hänt, kan alltså göras lång. Men man kan också börja i den andra änden. Det finns i grund och botten anledning att vara bekymrad över ett Europa med en alltför nationell approach till straffrätt och straffprocessrätt. Det finns vidare skäl för att tro att medborgarna verkligen tycker att frågor om brott och straff är viktiga frågor, också vad avser samarbetet inom EU. Det är därför hög tid att EU-kommissionen och de enskilda staternas regeringar och parlament börjar göra klart för sig vad man egentligen har att presentera för medborgarna och sedan ärligt och rättvisande presentera det. Jag menar att man i sak egentligen inte har något att skämmas för och att man borde kunna räkna med ett förhållandevis brett folkligt stöd.

ENGLISH SUMMARY

The EU Member States are not able to solve the problem of cross-border crime on their own. On the other hand the European Commission has for a number of years now given three reasons for the harmonisation of criminal law: the problem of cross-border crime, the problem of crime aimed at financial interests within the EU and thirdly, the problem of the traditional first pillar law taking precedence over national criminal law while there at the same time has been no room for first pillar criminal law.

In the autumn of 2005 the ECJ issued its judgement on case C-176/03. In a landmark decision the Court stated that there is actually room for first pillar criminal law within the existing treaties. The Commission has interpreted this judgement in a far-reaching way. Today, criminal law can be directly attached to traditional first pillar law. Therefore, the relationship between national criminal law and the EU has to be redefined.

When it comes to the question of how to fight cross-border crime, there are important steps left to be taken; harmonized criminal law, a closer cooperation between national police forces and prosecutors across national barriers, centralized trials and judgements that encompass the whole of the EU. The European Commission is taking firm action to ensure that these changes take place.

Due to the traditional separation between law and politics in Sweden, it is difficult to identify this dynamic development and even harder to recognize the effects it has on national law. Having to change the perspective of criminal law and leave the pattern of thinking that places this field of law close to the core of national sovereignty, is not an easy task. There is a natural tendency to hold on to the old familiar perspective, especially if it is not possible to see what lies ahead.

The importance of the Commission can from this perspective hardly be overemphasized. It clearly stands for a supranational view on these matters, while it quite naturally lacks any clear ties to national traditions and national law. It can be added that the Commission has a strong “hands on” approach to criminal law.

This combination of increased rights for the Commission, with its positive view towards centralized law-making, to initiate matters regarding criminal law and a centralized wielding of power may prove to be a strong and fast-working brew.

You might basically question why the EU Member States should continue to have their own criminal law. The EU firmly supports the idea of the

peoples of Europe being brought closer to each other. From this perspective a common European criminal law can be seen as an important tool. It may – to put it simply – be a good thing.

On the other hand, there are a number of problems connected to this development that must be identified, described, discussed and solved.

In the long run it is not possible to have two different law-making structures within the EU. The third pillar structure has to be left out, which leads to the question of how a functioning first pillar mechanism should work. Should the provisions in the proposed Constitution enter into force, or is the future to be founded on a continuing development, seemingly driven by the Commission and the ECJ together, within the framework of the existing treaties?

The Commission has been in favour of the creation of a European prosecutor, a supra-national authority, for over ten years. If this were to become a reality, it would lead to the harmonisation of criminal law. The concept of criminal law as primarily a national concern would then become history.

The principle of mutual recognition is actually – especially in the field of criminal law – more radical than what is usually upheld. This principle works in two ways. It provides every Member State the possibility of keeping its own law while at the same time making it possible to use the law of other Member States on its own soil. It seems clear that the acceptance of the use of the law of 26 Member States must pave the way to real harmonisation. It cannot be that far away.

The ever-increasing cooperation between the police in cross-border operations puts the following question into focus: who should scrutinize the police. In Sweden things seem to have deteriorated. The traditional mechanism for inquiries – “Justitieombudsmannen” – does not apply to foreign policemen on duty in Sweden. It is hard to find a valid explanation for this lack of national control over what is actually – and most often very physically – happening within national borders.

The Prüm Convention (Schengen III) has an interesting history. Seven Member States by themselves agreed on a treaty that concerns matters that are already regulated within the EU. They subsequently invited the other Member States and the EU to participate. Several questions arise. How should a small country act? What are the effects of a “two-speed Europe” in the context of criminal law?

The rights of the individual – questions of privacy, data information and rights in relation to criminal matters – have through current developments been subjected to a new kind of pressure. The ever-increasing use of the principle of mutual recognition places the citizen of one Member State in a tricky situation when the authorities in another Member State demand, for instance, that this citizen should be extradited from the first Member State to the second Member State. Where is help to be found? Not even the modest proposals of the proposed framework decision on certain procedural rights in criminal proceedings throughout the European Union from 2004 has been successfully negotiated and put into order. Personal information is shared, stored and used by authorities across the EU. At the same time the proposed framework decision on the protection of personal data processed in the framework of police and judicial cooperation in criminal matters from 2005, seems to be having a hard time gaining general acceptance.

This report tries to cover a great deal of ground. It both explains why the present developments are to a varying extent both necessary and natural, and initiates a discussion regarding the problems it entails. The report ends by trying to point out a few steps worth taking at the national level in Sweden. A good start is to begin taking developments seriously and stop viewing developments that take place at the European level as something quite apart from national developments in this field of law. It is time to accept that international and national criminal law are merging at a ludicrous speed, and to solve the problems that these developments entail.

SIEPS PUBLIKATIONER

Rapportserien

2007:3

Does a family-friendly policy raise fertility levels?

Författare: Anders Björklund

2007:2

The Euro – What's in it for me?

An Economic Analysis of the Swedish Euro Referendum 2003

Författare: Lars Jonung och Jonas Vlachos

2007:1

Bargaining Power in the European Council

Författare: Jonas Tallberg

2006:12

The Legal Basis Game and European Governance

Författare: Joseph Jupille

2006:11

Budget Allocation in an Expanding EU

Författare: Mika Widgrén

2006:10

International agreements in EU neighbourhood policy

Författare: Marius Vahl

2006:9

Företagens sociala ansvar och den svenska modellen

Författare: Magnus Frostenson och Tommy Borglund

2006:8

Skatterna och den fria rörligheten inom EU

– svensk skatterätt i förändring?

Författare: Kristina Ståhl

2006:7

Unionsmedborgarskapet och dess inverkan på den fria rörligheten för personer

Författare: Hedvig Lokrantz Bernitz

2006:6

Vad hände(r) med den konstitutionella krisen i EU!

Författare: Carl Fredrik Bergström, Jörgen Hettne, Josefin Almer och Maria Bergström

2006:5

Freedom of Movement for Workers from Central and Eastern Europe: Experiences in Ireland and Sweden

Författare: Nicola Doyle, Gerard Hughes och Eskil Wadensjö

2006:4

The Dynamics of Enlargement:

The Role of the EU in Candidate Countries' Domestic Policy Processes

Författare: Andreas Bågenholm

2006:3

Sverige inför rätta: Kontrollen av medlemsstaterna i Europeiska unionen

Författare: Maria Fritz och Jörgen Hettne

2006:2

Armed and Ready?

The EU Battlegroup Concept and the Nordic Battlegroup

Författare: Jan Joel Andersson

2006:1

Leader or Foot-Dragger?

Perceptions of the European Union in Multilateral International

Negotiations

Författare: Ole Elgström

2005:11

Den europeiska tillväxtdebatten

Författare: Anne D. Boschini och Rickard Eriksson

2005:10

The Role of the National Courts in the European Union:

A Future Perspective

Författare: Xavier Groussot

2005:9

Is the Commission the Small Member States' Best Friend?

Författare: Simone Bunse, Paul Magnette och Kalypso Nicolaïdis

2005:8

What Remains of the Stability Pact and What Next?

Författare: Lars Calmfors

2005:7

European Integration and Trade Diversion: Yeats revisited

Författare: Ari Kokko, Thomas Mathä och Patrik Gustavsson Tingvall

2005:6

EU och svenska monopol – teori, verklighet och framtid

Författare: Anna Meyrowitsch, Emanuel Allroth och Jörgen Hettne

2005:5

From Policy Takers to Policy Makers:

Adapting EU Cohesion Policy to the Needs of the New Member States

Redaktörer: Jonas Eriksson, Bengt O. Karlsson och Daniel Tarschys

- 2005:4
*The Enigma of European Added Value:
Setting Priorities for the European Union*
Författare: Daniel Tarschys
- 2005:3
*Folkomröstning eller parlamentsratificering
– hur besluta om förslaget till konstitutionellt fördrag?*
Författare: Ann-Catrine Jungar och Christer Karlsson
- 2005:2
Gamla och nya lagstiftare – om EU och straffrätt
Författare: Gunnar Persson
- 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

2007:1u
New Criminal Law Developments in the Community Legal Order
Författare: Hanna Goeters

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

2007:1op

The 2007 German EU Presidency: A Midterm Report

Författare: Sebastian Kurpas och Henning Riecke

2006:1op

The Austrian EU Presidency: A Midterm Report

Författare: Paul Luif

2005:2op

The 2005 UK Presidency: Beyond the British Question?

Författare: Edward Best

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