Tvekamp eller inkvisition?

Reflektioner om straffprocessens samhällsfunktion och grundstruktur

Av professor PER HENRIK LINDBLOM

I en ovanligt spännande ny norsk doktorsavhandling betraktas brottmålsprocessens grundstruktur ur målsägandens perspektiv. Det är en givande infallsvinkel som ger anledning att diskutera fundamentala frågor om straffprocessens samhällsfunktion och uppbyggnad, sanningsbegreppet, inkvisition contra ackusation, rättssäkerhet m. m. Paradoxalt nog sker detta i avhandlingen i stor utsträckning genom en radikal men atavistisk återanvändning av vad man trodde var sedan länge övergivna ståndpunkter.

1. Svenskt och norskt

För jämt ett sekel sedan föddes en av de riktigt stora författarna i Norden under 1900-talet: Axel Sandemose. Han fick en gång i norsk direktsänd radio den något provokativa[1] frågan: ”Vem är Norges störste nu levande författare?” Sandemose svarade utan att tveka: ”Eyvind Johnson!” Radioreportern protesterade: ”Men han är ju inte norsk!” Sandemose: ”Det ger jag fullständigt fa’n i!!!”

Om någon i nästa millennium ber mig nämna en intressant svensk straffprocessuell doktorsavhandling från slutet av det förra årtusendet kommer jag att säga: ”Anne Robberstads avhandling ‘Mellom tvekamp og inkvisition’, 1999.”[2] Och om någon då invänder att den ju inte är svensk kommer jag att säga att det struntar jag i — liksom jag inte bryr mig om att hon i denna avhandling på sidan 208 i not 47 påstår att Ivar Agge var finsk. Det bjuder vi på!

Men varför då nämna just Robberstads avhandling och varför här lyfta fram de frågor och idéer den innehåller för svenska läsare? Är den felfri? Nej, tack och lov inte. Är den övertygande i alla delar? Nej alls icke! I viktiga avseenden har jag även efter läsningen åsikter rakt motsatta Robberstads.

Boken är inte sista ordet i en gammal debatt som nästan tystnat i Norden, den är en nystart på en absolut nödvändig diskussion, där Robberstad säkert kommer att få möta fler invändningar än

[1] Sandemose föddes som bekant i Danmark men tillbringade en stor del av sitt författarliv i Norge och även en viss tid i Sverige.

[2] Anne Robberstad, *Mellom tvekamp og inkvisisjon. Straffeprosessens grunnstruktur belyst ved fornaermedes stilling*, Universitetsforlaget Oslo 1999 (438 s.). Det följande grundar sig i huvudsak på vad jag anförde som opponent vid disputationen i Oslo den 10 april 1999.

instämmanden, men där vi alla tvingas tänka till och kanske (bitvis) tänka om. Därmed är avhandlingen också resultatet av en viktig forskningsinsats som bör uppmärksammas även utanför Norges gränser. Nog har jag läst mer fullständiga, vederhäftiga, balanserade, invändningsfria och därmed okontroversiella avhandlingar. Det gäller då ofta ett ängsligt avgränsat mindre ämne och en följsam tillämpning av rådande teorier, tendenser och tankar, möjligen kompletterade med några korta helgarderade frontframflyttningar på flankerna. Men det är sällan böcker av det slaget blir ihågkomna in i nästa millennium,[3] även om chanserna just nu är ovanligt goda eftersom det bara återstår några månader dit. Robberstads bok är däremot definitivt säkrad för att klara nyårsnatten 1999 och det gäller inte bara på digitala datamedier.

Det är alltså fråga om en avhandling som är fängslande och omskakande, kanske delvis på grund av sin partiella ofullkomlighet.[4] Ämnet är stort och svårt men ämnesvalet är just därför en fullträff: straffprocessens grundstruktur — särskilt myterna (?) om den onda inkvisitionen och den goda (??) ackusationen (tvekampen) — konfronteras och konkretiseras med synen på (särskilt de kvinnliga) brottsoffrens ställning i processen, allt i ett idéhistoriskt och komparativt perspektiv som dock även inrymmer en del ingående analyser av läget de lege lata och några djärva förslag de lege ferenda. Boken är en riktig braständare: självständig, orädd — ja bitvis nästan skamlöst tendentiös — balanserar Robberstad på den slaka linan över ovetenskaplighetens bråddjup. Men enligt min mening kommer hon fram till andra sidan med hedern i behåll — om än ganska ensam. För hur många vill och vågar följa efter?

2. En progressiv process men en radikal regress

Det är ingen tillfällighet att författtaren (s. 171 ff.) i stort sett avfärdar förarbetena till båda de senaste större norska straffprocessreformerna — straffeprosessloven1981 (strpl) och to-instansloven

[3] Se B. Bengtsson i SvJT 1999 s. 99.

[4] Formellt är avhandlingen närmast mönstergill. Språkbehandlingen är ovanligt elegant och funktionell; det är inte ofta man läser så bra "svenska" i akademiska sammanhang; sällan är det så frestande och lekande lätt att fortsätta läsningen några sidor till. Notapparaten, källanvändningen (om än enligt min mening alltför selektiv) och de omfattande registren (utom stickordsregistret) håller hög standard. Det enda jag saknar är hänvisningar till de sidor i avhandlingen där de i en särskild förteckning upptagna domarna från Europadomstolen i Strasbourg redovisas. Å andra sidan får man i en bilaga något som är ovanligt i doktorsavhandlingar: en kronologisk förteckning över samtliga norska böcker (av vikt) om straffprocessen i Norge. Tack för den! Och i en annan bilaga ges en värdefull, starkt komprimerad men ändå ingående, redogörelse för de sällsynt omfattande, svåråtkomliga och viktiga förarbetena till straffeprosessloven av år 1887. Enligt Robberstad är dessa förarbeten fortfarande av grundläggande betydelse och såväl kvalitativt som kvantitativt klart överlägsna de förarbeten som efter tio års arbete ledde fram till 1981 års nu gällande straffeprosesslov (strpl). Den värderingen är, som jag strax skall återkomma till ovan i brödtexten, typisk för författarens förhållningssätt.

1993 — som perspektivlösa och präglade av återupprepning; efter den senaste ”reformen” har ”krisen i rettsvesenet bare forverret seg” (s. 179). Hon kastar desto mer uppskattande blickar på de omfattande[5] förarbetena till straffeprosessloven 1887 (”juryloven”), trots att de sistnämnda fortfarande utgör själva fundamentet för den i praxis gällande[6] straffprocess Robberstad vill angripa och reformera; det var ju där och då för drygt ett sekel sedan målsäganden — den *fornaermede* — började osynliggöras i processen (”fra synlig till osynlig part”[7]). Boken innehåller en rad paradoxer av det här slaget och tillsammans bildar de en linje: trots att avhandlingen är starkt framtidsinriktad och i hög grad anknyter till och argumenterar för den processuella återupprättelse målsäganden just nu upplever världen över[8] är den nära nog nostalgiskt tillbakablickande i mycket av sin argumentation och sina värderingar.

När författaren tar avstånd från dagens gängse syn på de processuella postulaten så sker det alltså inte genom att krossa de gamla fundamenten och bygga upp moderna eller helt nya strukturer, begrepp och principer. Den radikala revolutionen genomförs i stället med hjälp av en nära nog kritiklös återanvändning av gamla, som jag trodde för alltid övergivna, straffprocessuella tankar och grundidéer. Och det är inte fråga om en hegeliansk dialektik enligt mönstret tes–antites–*syntes*;[9] det är snarare en reaktionär reaktion enligt pendelprincipen tes–antites–*tes*. Författaren suger sin argumentativa näring genom processrättshistoriens rötter, som tydligen varit levande begravda på minst 100 års djup. Vill man vara provokativ, och det vill nog Robberstad, kan man säga att hennes bok är radikal genom att vara reaktionär, det är i avgörande hänseenden fråga om en atavistisk regress, någon vill kanske säga respektfull retardation, ner i ytligt sett primitiva och passerade men egentligen djupt belägna geologiska skikt. Som en bergvärmepump hämtar hon energin långt nere i urberget.

Också vetenskapsteoretiskt är författaren snarare omodern än postmodern. I och för sig har det väl vid det här laget hunnit bli omodernt också att vara postmodern och snart är det kanske rent av modernt att vara omodern.[10] Hur som helst: postmodern är hon

[5] Cirka 10 000 sidor (se Robberstad s. 381)!
[6] Beträffande författarens distinktion mellan ”gällande” och ”riktig” rätt se nedan vid not 14.
[7] S. 183 ff. Det förvånar mig att R inte gjort en poäng av att den svenska termen är måls*ägande* (jfr även ”sak*ägare”).*
[8] Se R s. 19 ff.
[9] Jfr däremot Lindblom i SvJT 1984 s. 785 ff.
[10] Som påpekas av H. P. Graver i en synnerligen läs- och tänkvärd uppsats i Lov og Rett 1998 s. 579 ff. (”Nyere utviklingslinjer i norsk rettsvitenskap”) kan några av de tendenser man ser i senare rättsvetenskap tyda på en jakt efter den tid som flytt, som ”en søkning tilbake till sporene fra før rettsrealismen — den konstruktives skoles vekt på å søke de generelle begreper og prinsipper som de enkelte positive rettskilder er uttryck for” (a. a. s. 596). Robberstad är alltså kanske så omodern att hon just därför är modern!

inte. Hon tror *visst* på en enda stora berättelse ("the grand narrative") — inkvisitionen! — som kan förklara och ombesörja allt; hon tror fortfarande på sökandet efter den enda sanningen (den materiella!) som straffprocessens primära, ja kanske enda, samhällsfunktion.[11] Processuell pluralism och polycentri ligger inte för henne. Hon dekonstruerar inte i Derridas anda, åtminstone inte i detaljdestruktivt syfte; hon rekonstruerar, återupprättar och återanvänder på ett sätt som borde få miljömystiker och kretsloppskamrater att bli gröna av avund.

Man kommer följaktligen inte, som stundom när det gäller den postmoderna utstyrseln, att tänka på sagan om kejsarens nya kläder;[12] nu är det plötsligt kejsarens *gamla* kläder som blivit à la mode och plockas upp ur historiens dammiga klädkoffert, hängs ut på vädring över 400 sidor och efter några mindre justeringar påstås passa perfekt på samhällskroppen — åtminstone görs det gällande att dessa 1800-talskläder har den rätta processuella passformen och ett snitt som är det bästa tänkbara inte bara för dagens utan även för morgondagens straffprocess. Det gäller både lagförarbeten[13] och doktrin, dagens rättsvetenskapsmän hamnar i skuggan av gårdagens, de levande piskas med de döda, "härskande uppfattning" och aktuell rättspraxis, också från högsta instans, avfärdas vänligt men bestämt som "juristers meninger" (s. 49). Författaren drar sig inte för att skilja mellan faktiskt "gällande" rätt och den "riktiga" rätt hon själv anser vara gällande (!).[14] Det är fråga om en protest mot prognosteorin och en deklaration om det nödvändiga i att resonera de sententia ferenda, men framför allt en medryckande rättspolitisk omprövning.

Så här på det yttersta året återuppväcks alltså skendöda principer och begreppsinnebörder, i flera fall från 1800-talet eller ännu längre tillbaka, rörande t. ex. straffprocessens samhällsfunktion, den materiella sanningen, inkvisitionen och rättssäkerheten. Visst är det på tiden att de får lufta sig igen och visa att de liksom Robberstad kan klara av en svår uppgift. Men jag betvivlar starkt att det kommer att blir fråga om ett evigt liv och jag har svårt att tro på det processuella evangeliet enligt Robberstad i alla kapitel eller ens i något avseende — förutom möjligen vad gäller målsägandens redan påbörjade återuppståndelse. Det blir strax anledning att återkomma till det under särskilda rubriker nedan. Men först bör läsaren få en kort "kronologisk" redogörelse för avhandlingens innehåll.

[11] Se vidare nedan avsnitt 4, jfr däremot Lindblom i SvJT 1999 s. 500.
[12] Se Lindblom i SvJT 1999 s. 467 ff.
[13] Ovan vid not 5.
[14] Se t. ex. s. 30. Jfr H. P. Graver 1998 (not 10) s. 601: "Men gjeldende rett som noen selvstendig kategori finnes ikke i den forstand at det er mulig å gi noen objektiv beskrivelse av den. Dermed finnes den heller ikke som noen objektiv målestokk for bedømmelse av handlinger eller utsagn."

3. Innehållsöversikt

R:s bok består av fyra delar. I *Del I* behandlas metodfrågor, bl. a. rörande begreppet ”gjeldende rett” och författarens syn på förhållandet mellan ”loven” och ändamålssynpunkter (”reelle hensyn”) vid rättstillämpningen. Det framgår att R — kanske utmanande för någon men väl i överensstämmelse med den uppfattning som numera företräds av de flesta i den häpnadsväckande rika norska rättskällelitteraturen — inte anser rättspraxis vara bindande; den högsta instansens avgöranden bör liksom uttalanden i doktrinen inte tillmätas större vikt ”enn deres godhet tilsier” (s. 49).

R:s ämnesval kan ses som ett resultat av hennes egna mångåriga erfarenheter som ”bistandsadvokat” (målsägandebiträde) med särskild inriktning på kvinnliga brottsoffer. Att debatten om brottsoffrens ställning varit jämförelsevis underutvecklad i Norge har naturligtvis också bidragit. Avsikten har vidare varit att knyta an till Tove Stang Dahls analyser av kvinnors ställning inom ”kriminalretten” och hennes program för fortsatt kvinnorättslig forskning.[15] Det märks tydligt i avhandlingen — inte bara på att målsäganden genomgående kallas hon — att det främst är målsägande vid t. ex. sedlighetsbrott som R haft i tankarna. Hennes förslag de lege ferenda är dock generella (s. 358) och alltså inte inskränkta till att gälla enbart kvinnliga brottsoffer.

Författarens kvinnorättsliga infallsvinkel har på intet sätt begränsat avhandlingens värde utan tvärt om berikat undersökningen och sannolikt bidragit till att fullfölja utvecklingen mot en mera tillämpad och utvecklad kvinnorättslig forskning som söker sig utom ramen för det traditionella området för dylik verksamhet (diskriminering, arbetsrätt, socialrätt etc.). Det är givetvis mycker välkommet för alla som sysslar med processrätt. Kanske är det sant, som Ulla Jacobsson för ett antal år sedan uttryckte saken vid ett seminarium, att straffprocessen hittills ”tillhört” männen. I avhandlingens inledande kapitel skriver R (s. 26) att hon har ”en følelse av att straffesaker er menns arena, sivile saker er kvinners”. Jag är mer benägen att instämma med det förra än det senare; även civilprocessen förefaller mig manspräglad, kanske till följd av den ackusatoriska processens historiska bakgrund och kulturella paralleller. Inom civilprocessen har ju den ackusatoriska principen en särskilt stark ställning.

Just denna samhällsbakgrund diskuteras — men enbart ur straffprocessuellt perspektiv — i nästa kapitel (2), där ”the sporting theory of justice — rettssaken som spill” tas upp till något som skulle kunna kallas historisk och kultursocial textgranskning. Brottmålsprocessen kan och har uppfattats, eller kanske snarare beskri-

[15] Den kvinnorättsliga anknytningen framkommer direkt å t. ex. s. 18, 20, 23, 26, 353 f. och 356 ff. och präglar indirekt stora delar av verket.

vits, som ett drama eller en ”show” men också som ett slags tvekamp eller ”slag” av den sort som förekommer i krig och i sportens värld (boxning, brottning, fotboll etc.). Framställningen i den här delen är medvetet fragmentarisk men åtskilliga träffande citat återges, ibland hämtade från överraskande håll. Exemplifieringarna är inte bara högst underhållande utan ger också visst stöd åt R:s påstående att arkaiska föreställningar om straffprocessen som tvekamp fortfarande är levande och kanske bidrar till att målsäganden skjuts åt sidan i enlighet med maximen ”två mot en är fegt”. R använder alltså inte själv metaforer av det här slaget utan vill tvärt om varna för ”the sporting theory of justice” som premiss för juridiska argument och för språkbruket som en oreflekterad bakgrund till vad många uppfattar som en nästan självklar straffprocessuell tvåpartsstruktur.[16]

I den omfattande *Del II* (kapitel 4–9) fördjupas så, hela tiden med målsäganden som utgångspunkt, den historiska redogörelsen för utvecklingen från tvekamp till inkvisitionsprocess i Europa, bl. a. i form av övergången från privat till allmän åtalsrätt och till domarens ansvar för sanningens utletande. Vi får träffa både Aiskylos´ Orestes och Sir Walter Scotts Ivanhoe innan författaren kastar sig över i tid och rum mer närliggande personer och processformer. R vill ersätta tvekamps- och ackusationsterminologin med termen ”partsprocess” som ställs i kontrast till inkvisitionen och analyserar dessa två processmodellers betydelse för målsägandens ställning. Efter en noggrann genomgång av de utförliga förarbetena till 1887 års lag — och med avfärdande av 1981 års lag och de magra förarbetena till denna som en ”gjentagelse” av de förstnämnda — ställs frågan om dagens norska process är en partsprocess eller en inkvisitionsprocess. Svaret blir överraskande nog det senare; författaren vill inte ens medge att det är fråga om en blandform och anser att det är först om man erkänner att straffprocessen egentligen är inkvisitorisk de lege lata — och bör vara det även de lege ferenda — som målsäganden kan återges sin rättmätiga position. Jag återkommer till det i avsnitt 5 nedan. I ett särskilt kapitel (8) ställs sedan resultaten av olika uppfattningar om målsägandens befogenheter mot kravet på ”equality of arms” såsom det uppfattas i den europeiska konventionen om mänskliga rättigheter (EKMR) och i debatten om ”Waffengleichheit” i tysk

[16] Jfr U. Lundkvist, Bevisförbud. En undersökning av möjligheterna att avvisa oegentligt åtkommen bevisning i brottmålsrättegång, 1998, s. 155, som tar häftigt avstånd från förklaringsmodeller av det här slaget (”... den för svenska förhållanden minst sagt främmande och otänkbara uppfattningen att jämställa brottmålsrättegången med en fotbollsmatch ...”). Liksom R anser jag att man bör vara medveten om att kamp-, sport-, spel- och dramaparalleller av det här slaget kan ha ett inte obetydligt förklaringsvärde från rättshistorisk sypunkt och vad gäller lösningar de lege lata. Insikten om det kan bidra till ett mer förutsättningslöst resonemang både de lege lata och de lege ferenda.

doktrin. Författaren håller hela tiden intresset på toppunkten och läsaren har bitvis svårt att lägga boken ifrån sig.

Något mindre rafflande för en svensk läsare är det norska filigransarbete som presenteras i *Del III* (kapitel 10–18) om ”Fornaermede — den skjulte part”, ett uttryck som är svårt att översätta men närmast betyder att målsäganden bara innehar enstaka partsrättigheter, eller snarare utlöser vissa ”partsvirkninger”, att hon i betydande grad är dold eller osynliggörs både i lagtexten och i rättssalen (s. 183). Här diskuteras, huvudsakligen de lege lata, målsägandebegreppet i lagtext, praxis och doktrin, målsägandens möjligheter att vara närvarande och verksam i processen, rätten att ta del av handlingarna i målet, rätten att använda advokat, att förhöra vittnen och att plädera samt just frågan om målsäganden ”är” part eller inte. Det finns inte plats att gå närmare in på dessa frågor här men upprepas bör att framställningen får ett särskilt intresse av att R i mer än femton år arbetat som advokat och då särskilt som målsägandebiträde i mål om sexualbrott och kvinnomisshandel, en erfarenhet som föranledde henne att för några år sedan ge ut en initierad och praktiskt inriktad bok om brottsoffrens ställning i straffprocessen samt ”bistandsadvokatens” uppgifter, rättigheter och plikter.[17] Debatten om brottsoffrens ställning och målsägandebiträden är ju högst aktuell också i vårt land.[18] Det kvinnorättsliga perspektiv R — bitvis öppet, bitvis outtalat men ändå högst påtagligt[19] — lägger på ämnet är fruktbart och förefaller mig innebära en vidareutveckling även från kvinnorättslig synpunkt.

Avhandlingen avslutas med den jämförelsevis kortfattade *Del IV* (kapitel 19). Där diskuteras rättspolitiska hänsyn, olika innebörder av rättssäkerhetsbegreppet,[20] kravet på en värdig behandling av målsäganden samt internationella normer på området. Till sist skisseras möjligheterna att förstärka målsägandens ställning i olika avseenden och på olika sätt, bl. a. genom att ge henne större inflytande inte bara vid huvudförhandlingen utan även under polisutredningen och i förhållande till åklagarmyndigheten. Enligt R bör målsäganden, liksom i Sverige, kunna ansluta sig till ett allmänt åtal i betydligt högre grad än som för närvarande är fallet enligt norsk rätt; de lege lata är det där i stort sett bara möjligt vid ärekränkningsbrott och i samband med talan om enskilt anspråk. De lege ferenda skulle man rent av kunna tänka sig att polismyndigheten ställs till målsägandens disposition — dock med bibehållna

[17] A. Robberstad, Bistandsadvokaten. Ofrenes stilling i straffesaker, Oslo 1994 (280 s.) Boken innehåller även embryon till den idéhistoriska och rättspolitiska forskning författaren genomför i avhandlingen, men det är främst fråga om en praktiskt inriktad framställning.

[18] Se senast brottsofferutredningens betänkande (SOU 1998:40) ”Brottsoffer. Vad har gjorts? Vad bör göras?”

[19] Se ovan vid not 15.

[20] Se nedan avsnitt 6.

objektivitetskrav — och att åklagaren trängs ut ur processen (s. 373). Konsekvensen tycks bli att åklagarna (och då inte bara de kvinnliga) osynliggörs på ungefär samma sätt som hittills skett med målsäganden — fast tvärt om.[21]

Som synes erbjuder R:s avhandling ett rikt underlag för diskussioner i en rad både teoretiskt och praktiskt betydelsefulla frågor som det skulle föra för långt att penetrera här. I det följande kommer jag att inskränka mig till de radikala men atavistiska åsikter författaren för fram rörande straffprocessens funktion och sanningsbegreppet samt beträffande inkvisition contra ackusation och rättssäkerheten. Det är inga småsaker men jag skall ändå försöka fatta mig kort.

4. Straffprocessens samhällsfunktion(-er?) och den materiella sanningen

Avgörande för hur straffprocessen utformas och hur regelsystemet tillämpas, t. ex. vad gäller målsägandens ställning i olika hänseenden, bör givetvis vara vilken eller vilka samhällsfunktioner domstolarna avses ha i brottmålen; man kan inte tillverka eller modifiera en ändamålsenlig maskin eller ens förse den med rätt råmaterial eller operatör om man inte vet vad det är den skall producera.

Vilken är då straffprocessens funktion? Det finns inget evigt svar på denna grundläggande fråga; samhällsuppgiften(-erna) kan mycket väl växla i tid och rum. Så var ju t. ex. (straff-)processens[22] primära uppgift i början av detta millennium att motverka blodshämnden och åstadkomma konfliktlösning i ordnade former, medan man alltsedan dess först uppfattat sökandet efter den materiella sanningen som målet eller i vart fall utgångspunkten[23] och sedermera i större eller mindre grad velat se processens funktion som handlingsdirigerande, som ett sätt att genom tillämpning av strafflagarna medelst hot (avskräckning) eller frivillighet (pliktkänsla, moralbildning) åstadkomma följsamhet till de normer som lagts ner i strafflagen för att de ansetts erforderliga för att män-

[21] Därmed blir åter både den formella sanningen och ackusationsprincipen (i R:s tappning tvåpartsmodellen) rumsrena i R:s ögon, se nedan i not 25 och efter not 91.

[22] Vid den tiden skilde man inte mellan straff- och civilprocess på det sätt som nu sker, se Grenander (not 70 nedan) s. 1 ff., Processkommissionen i SOU 1926:32 s. 5 f. och P. O. Ekelöf i SvJT 1981 s. 113.

[23] Se beträffande förarbetena till RB och Gärdes uppfattning, Lindblom i SvJT 1999 s. 500 f. med not 9, jfr däremot P. O. Ekelöf (Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper, 1956, s. 239) som för nästan ett halvsekel sedan kallade den formella sanningen för ett monstruöst uttryckssätt som föreföll vara på avskrivning och lade till att "man får hoppas att så blir fallet även med den materiella sanningens princip inom straffprocessen". Liksom Lindell (nedan i not 26 först a. a. s. 361) delar jag inte Ekelöfs uppfattning att man bör avstå från dessa begrepp. Se beträffande straffprocessens funktion och den materiella sanningen även M. Hatakka, Das Risiko der Fehlerhaften Entscheidungen, diss. Uppsala 1995, s. 46 ff.

niskor skall kunna leva tillsammans i ett ordnat samhälle. Till det kommer flera andra samhällsuppgifter, bl. a. skyddet av den tilltalades rättssäkerhet, som jag återkommer till nedan.

Tyvärr anges förvånansvärt sällan dessa funktionella utgångspunkter och prioriteringen mellan dem i lagtext, lagförarbeten och doktrin. I praxis sker det så gott som aldrig.[24] Därmed blir det också svårt att kontrollera hållbarheten och konsekvenserna av de förslag, åsikter och tillämpningar som framförs i straffprocessuella frågor: effekterna av en lösning kan ju inte stämmas av mot det önskade helhetsresultatet om man inte vet vad som åstundas. Av R:s avhandling framgår dock klart att författaren har (minst) en bestämd uppfattning i denna avgörande fråga. Längst upp på en sida (17) i början av avhandlingen postuleras att ”formålet med straffeprosessen ... er å håndheve straffelovene”. Men längst ner på samma sida sägs att ”moderne straffesaker allikevel skiller seg fra de arkaiske på et avgjørende punkt: sakens formål er nå å oppklare sannheten.”[25] Man får det bestämda intrycket att detta är det primära. Med sanningen menar R då ”den materiella, objektiva, sanningen” i betydelsen vad som skett i verkligheten, inte ”den formella, subjektiva, sanningen” i betydelsen vad som är sant utifrån processmaterialet och endast detta.[26]

[24] Jfr Högsta domstolens nuvarande ordförande T. Gregow som (i SvJT 1993 s. 525) — beträffande tvistemål — skriver: ”Parentetiskt kan dock nämnas att, såvitt jag förstår, frågan om att domstolens förfarande eller bedömning skulle kunna påverka människors handlingssätt över huvud inte aktualiseras i de flesta tvistemål samt att det i andra fall torde vara mera sällan som en domstol i praktiken låter sitt handlande bestämmas av ett syfte att utöva sådan påverkan.” Jag hoppas och tror att denna bedömning inte är helt rättvisande, åtminstone inte vad gäller Högsta domstolen. Då Gregow (s. 526) beskriver vad han kallar ”sedvanlig lagtolkning” förefaller det också finnas visst utrymme för att beakta eventuella handlingsdirigerande konsekvenser av olika lösningar, men det beror givetvis på vad G. menar med ”syfte” och ”konsekvenser” i sammanhanget: ”Denna (dvs. sedvanlig lagtolkning, min anm.) sker med utgångspunkt i den aktuella bestämmelsens lydelse, varvid bestämmelsen sätts in i sitt sammanhang, dess syfte ... beaktas, konsekvenserna av olika lösningar övervägs etc.”.

[25] Se även s. 47 där det sägs att alla moderna processystem är inkvisitoriska ”i den forstand att målet for saken er å utforske sannheten” och s. 107: ” ... rettssakens overordnede mål, som er å finne sannheten”. Jfr dock s. 373, där R förefaller helt införstådd med att — åtminstone de lege ferenda — acceptera straffprocessens försoningsfunktion och därmed även den ”formella sanningen”, förutsatt att processen inte förs mellan åklagaren och den tilltalade utan mellan målsäganden och den tilltalade. Man är då nära en ackusatorisk process (tvåpartsprocess); R förefaller vilja med hjälp av målsäganden osynliggöra åklagaren på samma sätt som man via åklagaren hittills osynliggjort målsäganden. I tysk doktrin sägs målet med förfarandet i brottmål vara att ”nå ett materiellt riktigt, i laga ordning tillkommet, rättsfridsskapande avgörande”, Lundkvist (not 15) s. 94 med i not 124 angivna arbeten.

[26] Se t. ex. ovan not 23. Beträffande begreppen formell och materiell sanning samt formellt och materiellt riktig dom, se B. Lindell, Sakfrågor och rättsfrågor, 1987, s. 360 f. och densamme, Civilprocessen, 1998, s. 25 ff. Jfr Ekelöfs förvånande uttalande ovan i not 23. Se beträffande sanningssökandet även Lindblom i SvJT 1999 s. 500.

Dessa båda uttalanden är väl inte helt oförenliga, men liksom rumpnissarna i Astrid Lindgrens Ronja Rövardotter frågar man sig ”Voffor, voffor, voffor är det på detta viset”? *Varför* skall den materiella sanningen uppdagas i processen, *varför* och *hur* skall strafflagarna tillämpas av domstolarna?

Närmast ett svar i dessa hänseenden kommer författaren kanske när hon (s. 95 f.) citerar en norsk förordning från 1796 (!), där det faktiskt uttalas i lagtexten att syftet med en snabb och säker behandling är att skyldiga inte skall undgå sitt välförtjänta straff ”og Uskyldighet tillige vaere betrygget imod fare, for att miskiendes”. Här kommer man nära vad Herbert Packer konstaterade i två berömda — men tydligen för R okända — verk från 1960-talet: att straffprocessen aktualiserar en avvägning mellan två polära modeller, ”the crime control model” (brottsbekämpnings- eller effektivitetsmodellen) och ”the due process model” (legalitets- eller rättssäkerhetsmodellen).[27] Är syftet i första hand att via moralbildning och/eller avskräckning upprätthålla strafflagens normer i samhället för att detta inte skall rasa samman eller är det att skydda oskyldigt misstänkta från statlig repression på felaktiga eller otillräckliga grunder?

Eftersom Packers modeller i stor utsträckning är polära ställs lagstiftaren och rättstillämparen inför frågan om processens primära funktion är att minimera antalet felaktiga *friande* eller antalet felaktiga *fällande* domar. Det är nog inte ovanligt, särskilt inte i kontinentala rättsystem men inte heller i t. ex. Sverige och Kanada,[28] att som en utgångspunkt prioritera brottsbekämpningen i det läget — åtminstone till en viss gräns — medan man i den anglo-amerikanska traditionen tycker sig se primärt till rättssäkerhetsintressena och med stolthet navigerar med ”due process” som ledstjärna. Denna skillnad i utgångspunkter verkar dock inte stå i något samband med graden av ”liberalism” i brottsbekämpningen; USA befinner sig ju som bekant långt ute på repressionens högerkant i detta hänseende och tävlar med f. d. Sovjetunionen och nuvarande Ryssland om att hålla flest medborgare (även proportionellt sett) inom lås och bom. I praxis är det amerikanska processystemet en-

[27] Se härom H. Packer i 113 University of Pennsylvania Law Review (1964) s. 1–68, densamme ”The limits of the criminal sanction,” London 1969, H. Klette, Brottmålsprocessen ur den tilltalades perspektiv, 1976, s. 39 ff. och Lindblom i Festskrift till Thornstedt, 1983, s. 474 ff. (även tryckt i Studier i processrätt, 1993, s. 351 f.). Såvitt jag vet var det i svensk doktrin Klette, i direkt anslutning till Packer, som först begagnade dikotomin och terminologin brottsbekämpningsmodellen–effektivitetsmodellen contra legalitets–rättssäkerhetsmodellen. Beträffande innebörden av termen rättssäkerhet se vidare nedan avsnitt 6.

[28] Se W. A. Bogart, Courts and Country. The Limits of Litigation and the Social and Political Life of Canada, 1994, s. 190 ff., där han anknyter till Packers modeller och gör gällande att Canada (liksom Sverige?) rört sig i riktning mot ”the due process model” — och därmed mot USA — genom att ”civil rights” fått (ökad) plats i författningen.

ligt R (s. 17) knappast mer ”liberalt” än det europeiska. Och trots den yviga anglo-amerikanska rättssäkerhetsretoriken är det mycket som talar för att oroväckande många av de inspärrade är oskyldiga även i USA och England; en och annan av oss är nog beredda att hålla en slant på att det är fler än i t. ex. Kanada och Sverige.

Nu kan man med skäl hävda att Packers modeller alls inte alltid är polära och tvingar fram svåra val eller avvägningar; så är t. ex. maximala förutsättningar för bevisföring och bevisvärdering gynnsamma då det gäller att förhindra felaktiga domar av båda slagen.[29] Det kan av några också uppfattas som riskabelt eller i vart fall oegentligt att betrakta straffprocessens samhällsfunktion som ett led i brottsbekämpningen. Innan det slutliga avgörandet i skuldfrågan kommit vet man ju inte om den tilltalade är skyldig eller ej.[30] Och utsätts oskyldiga för lagföring och straff blir processen kontraproduktiv även i brottsbekämpningshänseende; allmänhetens förtroende för både strafflagarna och domstolarna minskar och därmed troligen även laglydnaden.

En nyanserad diskussion om straffprocessens samhällsroll förutsätter också att man mer än vad som kan ske här skiljer mellan kriminaliseringens och straffbestämningens syften (allmänprevention respektive vedergällning?) och mellan hot om straff, ådömande av straff och verkställighet av straff.[31] Men även sistnämnda triad förefaller präglad mer av straffrättsligt än straffprocessuellt tänkande och behöver splittras upp ytterligare om man skall komma åt straffprocessens funktioner. Vilken uppgift har polisutredningen, förundersökningen, själva huvudförhandlingen i dess olika delar och överläggningen till dom; dessa led som ligger *mellan* hotet och ådömandet? Och är funktionen (-erna) densamma under hela huvudförhandlingen, dvs. både när det prövas om förutsättningar för ådömande av ansvar föreligger (ansvarsfrågan) och vid utredningen och bedömningen av påföljdsfrågan?

Om man betänker att det övergripande syftet med straffprocessen — liksom med civilprocessen och bevisbörderegleringen — är att bidra till att förverkliga ändamålen bakom den materiella lag-

[29] H. Fridén, Beneficium vid löneexekution, diss. Uppsala 1992, s. 21 f. och Lindblom i Festskrift till Strömholm, 1997, s. 606 f.

[30] T. Bylund, Tvångsmedel I, 1993, s. 39. På ett allmänt plan kan dock givetvis straffprocessen ha en handlingsdirigerande effekt genom sin blotta existens utan att man behöver anknyta till hur långt man kommit i prövningen. Jag anser att processen kan vara ett led i brotttsbekämpningen även i de fall då rättegången leder fram till en ogillande dom. Det är sanktionsmekanismens existens i sig, inte den aktuella rättegången, som har betydelse. Jfr Jareborgs (se nästa not), som jag tycker alltför tillspetsade, uttalande (s. 138): ” ... varje enskild dom drunknar i mängden av tusentals andra: den har helt enkelt ingen allmänpreventiv effekt ... (d)en enskilda domen är allmänpreventivt ointressant ...”. Är det så säkert?

[31] N. Jareborg, Straffrättsideologiska fragment, 1992, s. 135 ff.

stiftningen[32] bör man kanske hellre säga att det är strafflagarna, straffprocessen och straffverkställigheten som *tillsammans*[33] har den brottsbekämpande uppgiften via den moralbildning och avskräckning som (?) följer av en väl avvägd utformning och tillämpning av straffbuden. Men ”väl avvägd” innebär inte att det är sanningsmaximeringen som bör vara ensam styrande, åtminstone inte under alla straffprocessens led; kanske bör sanningsmålet inte alls tillerkännas så stor betydelse som R vill tillmäta det ens vid ådömandet av ansvar. Skulle man försöka att maximalt minimera antalet felaktiga friande domar, t. ex. genom att sänka beviskraven för att kunna fälla fler av de skyldiga, riskerar man ju, som nyss påpekats, att allmänheten tappar tilltron till lagstiftningen och rättskipningen.[34] För att respekten för strafflagen och domstolarna skall upprätthållas och den (profylaktiska) brottsbekämpningen fungera effektivt är det lika (?) viktigt att oskyldiga frikänns som att skyldiga fälls. En effektiv brottsbekämpning står därför inte i motsättning till ”rättssäkerhetsintressen” (se nedan avsnitt 6) i betydelsen att oskyldiga skall frikännas på det sätt Packers modeller kan implicera. Ibland får vi sätta sanningen i andra rummet.

Det är mer klargörande att hålla fast vid att inte bara civilprocessens[35] utan även straffprocessens övergripande funktion är att bidra till att ge maximalt genomslag för ändamålen bakom den materiella lagstiftningen än att sikta in sig direkt på brottsbekämpningen och sanningssökandet. Detta kanske kan uttryckas som att samhällsuppgiften är att ”håndheve straffelovene”, som ju är R:s ena definition på processens funktion, men det behöver alls inte innebära att man bäst når detta resultat genom att låta det andra av R:s mål, den som jag trodde omoderna inkvisitoriska målsättningen att ”oppklare sannheten”, vara ensamt styrande i alla lägen. Glädjande nog är det ingen kungsväg till ett bättre genomslag för strafflagarna att sänka beviskravet så lågt — kanske ända ner till en tilllämpning av överviktsprincipen[36] — att man minimerar antalet materiellt felaktiga domar totalt sett.

[32] P. O. Ekelöf i ”de lege”, Juridiska fakulteten i Uppsala årsbok 1991 s. 11 f., 15 f. och 61 f., Fridén (ovan not 29) s. 21 samt beträffande bevisbördan P. O. Ekelöf & R. Boman, Rättegång IV , 6 uppl. 1992, s. 86.

[33] Se K. Olivecrona, Rättegången i brottmål enligt RB, 1968, s. 16 f., jfr Häktningsutredningen i SOU 1977:50 s. 60. Se även P. O. Träskman i JFT 1998 s. 352 f.: ” Kriminaliseringen av en gärning, brottmålsrättegången, det straff som bestäms i domen och domens verkställighet påverkar vår uppfattning om vad som är rätt och fel. Straffen har en moralförstärkande och kanske också en viss moralskapande funktion ...” (a. a. s. 353).

[34] Se Bylund (not 30) s. 36–39 och Ellen Aule, Straffprocessens funktioner, examensarbete i processrätt vid Uppsala universitet, höstterminen 1998, s. 23 f. I sistnämnda arbete förs ett ”differentierat” funktionsresonemang (se även nedan not 41 och vid not 66).

[35] Beträffande civilprocessens funktioner se Lindblom (not 29) s. 603 ff.

[36] Det är en vanlig uppfattning vad gäller civilprocessen att man har den största chansen att nå sanningen på det sättet, jfr dock Ekelöf & Boman (not 32) s. 105 f.

Möjligheterna att nå den materiella (objektiva) sanningen är också inskränkta genom en rad processuella bestämmelser, t. ex. att rätten är bunden till åklagarens gärningspåståenden enligt RB 30:3[37] och att bevisföringen i praktiken åvilar parterna.[38] Den jämförelsevis passiva materiella processledningen i brottmål talar i samma riktning. Vidare innebär reglerna om brottmålsdomens rättskraft och begränsningarna i möjligheterna att få till stånd resning (särskilt vid friande dom) att de ”terminatoriska” intressena tillåts breda ut sig på bekostnad av de inkvisitoriska; man prioriterar (till resningsgränsen) önskvärdheten av ett definitivt avgörande, även — ja kanske särskilt — vid felaktig dom.[39] Den inkvisitoriska ambitionen att till varje pris utröna sanningen får i betydande mån stå tillbaka för den terminatoriska, åtminstone vid felaktig friande dom.[40]

Jag kan alltså inte hålla med R då hon hävdar (s. 365) att det är ”absurt” att straffprocessens mål skulle vara att hindra att oskyldiga döms och att ”høyest” bland grundprinciperna står ”hensynet till den materiella sannhet, fordi det overordnede mål for straffeprocessen er å oppnå et riktig svar på spørsmålet skyldig/icke–skyldig” (s. 47). Jag hoppas — och därvidlag bekräftade R mina förhoppningar vid disputationen — att författaren inte vill minska på åklagarens bevisbörda eller avskaffa rättskraften vid ogillande dom. Men hennes bok ger ändå det bestämda intrycket att sökandet efter den materiella sanningen är det primära och lämnar inget svar på *varför* det skulle vara det.

Kanske skulle man kunna hålla med R om man säger att uppgiften *under processen* (förundersökningen och huvudförhandlingen) visserligen är att söka den materiella sanningen men att man måste släppa den ambitionen, eller i vart fall inte låta den komma till konsekvent uttryck, när man kommer fram till överläggningen och det gäller att *bestämma innehållet i domen* (ådömandet eller frikännandet). Detsamma gäller lagakraftvunnen doms orubblighet; här får sanningen i viss mån stå tillbaka för andra hänsyn, av främst

[37] Den norska motsvarigheten finns i strpl § 38 som förefaller ge rätten något större svängrum än RB 30:3.

[38] Att processen enligt RB har en avsevärd inkvisitorisk *potential* är en annan sak, se nedan vid not 82.

[39] Se Ekelöf i yttrande i NJA 1963 s. 612 enligt T. Andersson, Dispositionsprincipen och EG:s konkurrensregler, 1999, s. 299, där diskussionen dock gäller tvistemål. Dikotomin terminatorisk–inkvisitorisk hämtad från a. a. s. 345. I äldre svensk straffprocess kunde rätten lämna frågan om den tilltalades skuld oavgjord så att frågan när som helst kunde återupptas, se Westring (not 70 nedan) s. 230 och äldre rättegångsbalken 17:32.

[40] Se även P. O. Ekelöf & R. Boman & T. Bylund, Rättegång III, 6 uppl. 1994, s. 104 f. Det är svårare att hävda samma synsätt efter fällande dom i brottmål. Då är ju också följdriktigt möjligheterna till resning särskilt goda, a. a. s. 156. Jfr dock a. a. s. 157: resning vid *friande* dom kan motiveras med att allmänhetens respekt för domstolarna är en förutsättning för rättskipningens förmåga att verka upprätthållande på folkmoralen och att denna respekt skulle gå förlorad om vissa brottslingar går fria av ”formella” skäl.

handlingsdirigerande och trygghetsskapande slag. Jag skall snart återkomma till möjligheterna av en ännu längre gående ”kronologisk” funktionsuppdelning.[41] Men här bör sägas att man kan tyvärr inte helt frigöra sig från den obehagliga misstanken att bakom R:s ståndpunkt om straffprocessens funktion att uppklara sanningen ligger en oreflekterad eller omedveten presumtion för att de tilltalade i brottmål oftast är skyldiga,[42] en presumtion som säkert har god täckning i verkligheten men givetvis inte kan få bestämma frågan om processens funktion och därmed utformningen och tillämpningen av det straffprocessuella regelsystemet.[43]

Att författaren i traditionell inkvisitorisk 1800-talsanda[44] i så hög grad nöjer sig med sanningssökandet som ett mål i sig medför givetvis att andra straffprocessuella funktioner kommer i bakgrunden och sällan ges något rejält tillfälle att påverka hennes ståndpunkter i vissa frågor de lege lata eller ens de lege ferenda. Om man som R tycker om att leta sig bakåt i historien för att söka avstamp och ta sats inför det stora språnget framåt hade det kanske varit befogat att även i funktionellt hänseende se ännu längre tillbaka än till inkvisitionen och ta upp den ursprungliga samhällsuppgiften, den oblodiga *konfliktlösningen*, till en lika radikal omvärdering och nylansering. Det gäller särskilt i en avhandling med det perspektiv R vill anlägga; det är ju med målsägandens ögon processen beskådas. Men det blir med något undantag inte mer än antydningar i den riktningen.[45]

Av intresse i sammanhanget är att den inom civilprocessen (alltför?) högt värderade konfliktlösningen på senare år fått förnyad aktualitet också inom straffprocessen. I sin klassiska uppsats ”Konflikt som eiendom”[46] pekade R:s landsman Niels Christie redan för mer än tjugo år sedan på det samhällsskadliga i att staten ”bestulit” målsäganden och den tilltalade på deras konflikt.[47] Numera (men i vissa asiatiska länder sedan århundraden) är en av de centrala riktningarna inom kriminalpolitiken tanken om *förlikning och försoning* — både mellan parterna och mellan den tillta-

[41] Nedan vid not 83. Tanken på en uppdelning av funktionerna till olika led och frågor lanseras av Aule i ovan not 34 nämnda examensarbete.

[42] Enligt E. Aubert (1849) bygger inkvisitionsprincipen på en presumtion att den tilltalade är skyldig (se även Westring nedan i not 88), medan N. H. Jaeger (1854) och Robberstad instämmande menar att det kännetecknande är att man vill finna ”den egentlige sannhet”, dvs. om den tilltalade är skyldig eller oskyldig (Robberstad s. 120).

[43] Se nedan vid not 138.

[44] ”Alle moderne systemer hvor det offentlige driver straffesakene, er inkvisitoriske i den forstand att målet for saken er å utforske sannheten”, Robberstad s. 104.

[45] Se dock s. 373 beträffande konfliktlösning och försoning.

[46] TfR 1977 s. 113 ff.

[47] En starkt bidragande orsak till att staten begick detta förmögenhetsbrott torde ha varit att ”boten” för många brott uppgick till så häpnadsväckande höga belopp att det var fråga om en mycket väsentlig förstärkning av statskassan, se R s. 55.

lade och samhället. Målsäganden har då en rättighet och en skyldighet att delta aktivt i biläggandet av den samhällskonflikt som brottet manifesterar men också att aktivt medverka i brottmålsrättegången, som alltså (även) fyller en försoningsfunktion.[48] Ett sådant aktivt deltagande kan endast ske som part.[49]

Robberstad är väl medveten om denna diskussion och ger flera hänvisningar till den[50] men ställer ändå inte frågan om försoningstanken bör tillåtas ta över eller i vart fall bromsa hennes kompromisslösa sanningssökande i den förmenta brottsbekämpningens tjänst.[51] Argumentet att målsäganden bäst kan bidra till försoningen om hon är part borde ju passa R som hand i handske eftersom hon i mer än ett avseende för målsägandens talan och vill tillerkänna henne partsställning så långt som möjligt. Men det är inte oproblematiskt att förena den ståndpunkten med tanken på brottsbekämpning och sanningssökande som enda funktion(-er) i alla lägen. Så kan t. ex. svaret på frågan om hur målsäganden bör höras — som part eller som vittne — i hög grad påverkas av om man vill prioritera sanningssökandet eller försoningsaspekten.[52] I Finland och Sverige kan målsäganden aldrig höras som vittne; det är fråga om ett formlöst förhör utan straffansvar och därmed får också försoningsfunktionen ökat utrymme samtidigt som chansen att tvinga fram sanningen kanske minskar.[53] I Danmark och Norge hörs däremot målsäganden under straffansvar i mål under allmänt åtal. Därmed borde — möjligen — förutsättningarna att nå sanningen vara något bättre och R vara nöjd. Men R strävar efter att målsäganden skall erkännas som part i ökad utsträckning, åtminstone så länge man fortfarande arbetar med partsbegreppet inom straffprocessen.[54] Därmed kommer hon också i en som det synes omedveten konflikt med sin egen funktionsprioritering. R anser dock (s. 366 f.) att möjligheterna att nå den objektiva sanningen ökar om målsäganden ges större befogenheter. Och någon skillnad i straffansvar behöver det kanske inte bli fråga om i norsk rätt.

[48] Jfr (beträffande förlikning utanför processens ram) den svenska försöksverksamheten med medling vid brott. Se därom C. Nehlin i Advokaten nr 4, 1999, s. 14 och Dir. 1998:30 samt C. Nehlin, P. Lindström och K. Svanberg, Medling vid brott. Om mötet mellan unga gärningsmän och brottsoffer, 1998. Beträffande utländska förhållanden se H. Zehn, Changing lenses: A New Focus for Criminal Justice, 1990, och Galaway/Hudsom: Restorative Justice: International Perspectives, 1996. Se även Träskman nedan i nästa not a. a. s. 410.

[49] Se P. O. Träskman i Festskrift till Bolding, 1992, s. 410.

[50] Se R s. 15, 81, 91, 369 och 373.

[51] Se dock s. 373 där försoningsfunktionen tas upp, men utan att man får klart för sig i vilken mån R är beredd att släppa på sina inkvisitoriska ambitioner.

[52] Se Träskman a. st.

[53] Träskman a. a. s. 402.

[54] Jfr dock R s. 379; man bör enligt R avskaffa partsbegreppet i brottmål de lege ferenda.

Författarens sanningslidelse gör alltså att vissa straffprocessuella funktioner, som t. ex. försoningstanken, kommer i bakgrunden. När de väl tränger sig på visar det sig också att hennes fördömande av såväl den ”formella” sanningen som tvåpartsprocessen måste förses med kraftiga reservationer; då passar plötsligt galoscherna.[55]

Åter andra av brottmålsprocessens samhällsuppgifter lyser helt med sin frånvaro i R:s bok, så t. ex. den *politiska kontrollfunktionen*.[56] Genom de inte bara i Norge utan numera även i Sverige helt accepterade skyldigheterna till lagprövning har domstolen att ex officio pröva den materiella lagstiftningens — i det här fallet strafflagens — förenlighet med grundlag och andra överordnade normer, t. ex. EKMR; i Sverige tillkommer dessutom EU-rätten som ett väldigt filter och då utan det krav på ”uppenbarhet” som fortfarande finns kvar i RF 11:14. Det hade varit intressant att läsa hur R anser att denna i Norge så uppmärksammade verksamhet[57] går att förena med straffprocessens grundstruktur och vilka konsekvenser den kan få för målsägandens ställning. Vad gäller europakonventionen finns dock en del att hämta i kapitel 8.

Även domstolarnas *rättsskapande funktion* torde kunna aktualiseras i brottmål med de konsekvenser det kan ha att man även här möjligen har att göra med ett revirintrång på lagstiftarens område.[58] Bör domstolarna kunna gå rakt mot klar strafflag och frikänna, t. ex. genom ett reduktionsslut, i en situation då samhällsutvecklingen har sprungit ifrån kriminaliseringen? Hur skall man se på målsägandens intressen i en sådan situation? Frågan borde vara brännande ur R:s målsägandeperspektiv och med det ensidiga sanningssökande som styr hennes enligt min uppfattning något astigmatiska funktionsseende.

Det finns även andra funktionsaspekter som hade förtjänat att tas upp i sammanhanget, särskilt i ett komparativt perspektiv. R förefaller visserligen ha missat Packer[59] men hon verkar ändå väl bevandrad i den ofta mycket givande amerikanska processrättsliga litteraturen. Så har författaren tydligen haft stort utbyte av t. ex. Mirjam Damaskas komparativa studier rörande inkvisitionsprincipens tillämpning i Europa och USA.[60] Inte så uppmärksammad internationellt, och också betydligt mindre anspråksfull i anslaget, är Frank I. Michelmans i sin uppsats från 1973[61] där han mer i för-

[55] Se t. ex. s. 373 beträffande försoningsfunktionen; i detta sammanhang kan R tänka sig en partsprocess där målsäganden ersätter åklagaren och att man accepterar den formella sanningen.
[56] Se därom Lindblom (not 29) s. 621 ff.
[57] Se E. Smith, Høyesterett og folkestyret, 1993.
[58] Se Lindblom (not 29) s. 615 ff.
[59] Se ovan vid not 27.
[60] M. Damaska, Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: a Comparative Study. I: 121 Pennsylvania Law Review, 1973. s. 506–589.
[61] F. I. Michelman, The Supreme Court and Litigation Access Fees: The Right to Protect One’s Rights, 1973 Duke Law Review s. 1153 ff., i här aktuell del

bigående[62] kommer in på de skäl eller ”värden” (*values*) som motiverar samhällsmedborgarnas möjligheter till processuell aktivitet (inte bara i brottmål). Ingen kan begära att R skulle ha spårat upp det arbetet. Michelman har säkert inte heller haft målsäganden i åtanke i första hand, om ens över huvud taget; målsägandens möjligheter att tränga sig (tillbaka) in i den straffprocessuella tvekampen är ju ännu mindre på andra sidan Atlanten än här i Skandinavien och på kontinenten trots att åtskilligt gjorts ”over there” för brottsoffren på senare tid. Men det skulle vara spännande att höra i vilken mån R anser att Michelmans ”values” — *dignity, participation, deterrence* och *effectuation* — är möjliga att applicera på målsäganden och hennes processuella position. Mera mänskliga tankar om vedergällning och upprättelse hade kanske också varit förtjänta av ökat utrymme[63] — om hela sanningen om målsäganden skall fram. Jag har väldigt svårt att förstå att förnekandet av behovet av upprättelse som straffprocessuell funktion från målsägandens synpunkt skulle kunna vara något annat än intellektuellt hyckleri. Inte heller något så mänskligt som hämndbegär (vedergällning) är mig helt främmande.[64] En annan sak är om det finns skäl att låta känslor av det här slaget kanaliseras i och påverka utformningen av brottmålsprocessen. Det bör man kanske, men bara kanske, akta sig för.

R återvänder alltså genomgående till sökandet efter den ”objektive sannhet”[65] som en axiomatisk straffprocessuell funktion och verkar obenägen att annat än i förbigående anlägga andra, mer ”moderna” och pluralistiska funktionsaspekter på straffprocessens struktur och målsägandens position. Hon prövar heller inte tanken att funktionen(-erna) möjligen varierar under straffprocessens olika skeden, från förundersökningsstadiet då ett inkvisitoriskt utredande och sanningsletande dominerar — åklagaren är ju i våra länder både förundersökningsledare och den som beslutar om åtal — till något som skulle kunna kallas funktionernas interaktion[66] under huvudförhandlingen så länge det gäller prövningen av ansvarsfrågan. Därefter vidtar åter en nära nog renodlad tillämpning av inkvisitionsprincipen beträffande utredningen av påföljdsfrågan. Rättssäkerhetsaspekterna får så åter ökad vikt och sanningskravet viker i motsvarande mån efter huvudförhandlingen vid överläggningen då domen skall beslutas. När till sist lagakraftvunnen

(s. 1172–1177), även intagen i Cover–Fiss, The Structure of Procedure, 1979 s. 3 ff.

[62] S. 1172 ff.

[63] Som jag nämnt flera gånger ovan finns dock ett kort resonemang om försoningsfunktionen på s. 373.

[64] Se R s. 54 ff. (hämnd) och Jareborg (not 31) s. 138 (vedergällning).

[65] Jfr dock R s. 373.

[66] Lindblom (not 29) s. 603 f. med hänvisning till E. Aule (ovan not 34), som också lanserat tanken på en funktionsuppdelning till olika led och frågor (differentierat funktionstänkande).

dom föreligger upphör sanningssökandet nästan helt; det terminatoriska tar över det inkvisitoriska.[67] Men för R är sanningssökandet genomgående det primära, om inte rent av det enda relevanta, och därför är det kanske inte så överraskande att hon mitt på dagen i vår upplysta och postmoderna tid ”återfaller” till att hylla den nattsvarta inkvisitionsprincipen som den enda stora berättelsen och som mönsterbildande i straffprocessuellt hänseende.[68] Eller är det inkvisitionsprincipen som är hönan och sanningen som är ägget? Och är det självfallet att inkvisitionsprincipen är överlägsen (ens) då det gäller att nå fram till sanningen?

5. Inkvisition eller ackusation eller både ock eller varken eller?

Robberstad anbefaller sig alltså i hög grad till inkvisitionsprincipen och anser att den bör vara styrande i bl. a. strukturellt hänseende. På så sätt kan man flytta fram brottsoffrens positioner; man riskerar inte att målsäganden marginaliseras eller rent av pressas ut ur processen enligt den i den ackusatoriska (och maskulina) duelltraditionen rådande regeln att ”två mot en är fegt”. Inkvisitionsprincipen möjliggör att man överger partsbegreppet och i stället (liksom i tysk rätt) talar om straffprocessens ”deltagare” och då inte i en tvekamp utan snarare i något som kan liknas vid ett sammanträde mellan de närmast berörda.[69]

Eftersom R driver denna grundtes om inkvisitionsprincipens existens och excellens är det givetvis utomordentligt viktigt hur hon menar att principen skall definieras. Och för att bedöma om R har rätt då hon hävdar (s. 16) att norsk process ”otvilsomt” är inkvisitorisk måste man ju veta vad R själv anser vara utmärkande för principen i fråga.

Det har förvisso inte saknats definitioner på inkvisitionsprincipen under århundradenas gång[70] och det finns åtskilliga förslag på

[67] Beträffande terminologin se ovan not 39.

[68] Se vidare nedan i avsnitt 5. Beträffande sanningssökandet se även Hatakka (ovan not 23) s. 46 ff. och Lindblom i SvJT 1999 s. 500.

[69] Se nedan i slutet av detta avsnitt.

[70] Se Processkommissionen i SOU 1926:32 s. 6–15, en framställning som borde ha varit av stort intresse för R. Enligt processkommissionen består det ”utmärkande för den inkvisitoriska processen i dess renhet däri, att hela den uppgift, som skall fyllas i rättegången, lägges på domstolen”. Vidare konstateras (s. 8) att ”nästan alla nutida rättegångsordningar” utgör blandformer mellan inkvisitorisk och ackusatorisk process. Man pekar också på att förekomsten av en särskild förundersökning, ledd av annan än domaren, är utmärkande för ackusatorisk process. Jfr t. ex. Ekelöf (not 23) som endast ser till *frånvaron av åklagare*, beträffande Ekelöf se även nedan vid not 74 och not 76. I en uppsats om ackusationsprincipen tar N. Gärde bl. a. upp *förekomsten av en försvararinstitution* som karaktäristikum på ackusatorisk process; det avgörande är dock enligt Gärde inte själva existensen av en sådan institution utan försvarets effektivitet och självständighet (N. Gärde, Den ackusatoriska principen enligt nya RB. I: Festskrift till Schlyter, Svensk Juristtidning 1949, s. 138). Se beträffande inkvisitionsprincipen i svensk rätt även B. Kr. Grenander, Om inquisitionsprinciens tillämpning i nu gällande svenska rättegångsordning i brottmål, Naumans Tidskrift 1883 s. 1 ff., Hj. Westring,

kännetecken också i R:s bok.[71] Bortåt ett dussin karaktäristika presenteras, så de flesta av följande särdrag: att det finns en särskild åklagare i målet,[72] att det saknas en försvararinstititution, att det finns ett kyrkligt eller statligt ansvar för sanningens utletande, graden av domaraktivitet och domaransvar för utredningen, möjligheterna att överklaga domen, graden av skriftlighet, möjligheterna till häktning och insättande på bekännelse, användning av tortyr, brist på offentlighet, avsaknad av rätt för den tilltalade att få ta del av processmaterialet eller ens få veta vad han anklagas för etc. Man kan tillägga bl. a. att det enligt vissa bedömare inte förekommer en förundersökning ledd av annat organ än domstolen i en inkvisitorisk process i den mening man åtminstone tidigare använde termen och att domstolen således har att sörja för att brott blir åtalade och bestraffade.[73]

Givetvis menar R inte att alla dessa särdrag är nödvändiga inslag för att en inkvisitorisk process skall anses vara för handen och, trodde jag länge, hon hävdar inte heller att något av dem är ensamt tillräckligt. Hon anser (s. 129) följande tre — delvis överlappande — särdrag karaktäristiska: att parterna inte kan bestämma över sakens utgång, att ingen kan underkasta sig straff genom samtycke och att parterna inte bestämmer över vilka bevis som skall förebringas. Därtill lanserar hon också en annan förvånansvärt ensidig definition (se nedan) som i ännu högre grad än den nyss nämnda tycks sopa in nära nog alla existerande statliga straffprocessformer under inkvisitionens lapptäcke. Därmed är det kanske inte heller så konstigt att den gällande norska processen kan betecknas som inkvisitorisk; även den svenska straffprocessen tycks utan vidare passa in under både trepunktsdefinitionen ovan och den ännu vidare definition som strax skall presenteras nedan. Märkligare är att medan R menar att ”tvekamp- eller duellmodellen” radikalt har ändrat innehåll under historiens gång har enligt hennes uppfattning inkvisitionsmodellen hållit sig oförändrad ”med statlig (eller kirkelig) ansvar for sakens opklaring och gjennomføring som det dominerende trekk” (s. 17). Det låter sig kanske sägas — men det beror ju också på vad man menar med oförändrad och med ”dominerande trekk”.

R framför även (s. 128) reservationslöst en annan inkvisitionsdefinition som förvisso passar hennes egen uppfattning men ligger på, eller över gränsen till, det intetsägande:

Straffprocesssens ledande grundsatser och deras tillämplighet å den svenska processsen enligt gällande rätt, SvJT 1922 s. 225 ff.

[71] Se t. ex. s. 63, 64–70, 95, 98, 115, 117, 120, 122, 126, 128, 129, 137, 141, 142 och 250.

[72] Nämnas kan att vid en norsk doktorsdisputation ingår förste och andre opponenten bland de tre ledamöterna i betygsnämnden; de är alltså både domare och parter (åklagare). Tredje opponenten har till uppgift att hålla ett trevligt middagstal och fungerar därför de facto ofta som försvarsadvokat.

[73] Se ovan not 70 och Westring s. 229.

”Selv vill jeg bruke ‘inkvisitorisk’ ikke på fravaeret av en anklager, men på rettens ansvar for å *medvirke* (min kursivering) till å finne sannheten.”

Definitionen förefaller mig intressant endast på så sätt att den visar sambandet mellan inkvisitionsprincipen — i R:s tappning — och sanningssökandet som processuell primärfunktion. För övrigt kan preciseringen knappast verka särskiljande. I vilket land och om vilken straffprocess kan man säga att domstolen (domaren, ”rätten”) inte ens *medverkar* till att få fram sanningen, om inte annat så åtminstone genom att upplåta en lokal och hålla ordning och reda under förhandlingen? Rättens *självständiga* ansvar för sanningens utletande (dvs. bl. a. frånvaron av den typ av regler vi har i RB 30:3) är väl däremot en nödvändig men kanske inte en tillräcklig betingelse. Nog är väl *graden* av domaraktivitet och frånvaron av bundenhet till parternas dispositioner över gärningsmoment, bevisning och rättsfrågor och påföljdsval en bättre indikator än att domaren blott ”medverkar”? Måste man inte acceptera att skillnaden mellan ackusatorisk och inkvisitorisk process — liksom nästan alla andra skillnader här i världen — mera är en fråga (eller flera) om gradskillnad än artskillnad, om man nu inte som Ekelöf[74] gör det lätt för sig genom att antingen avvisa användningen av dikotomin ackusatorisk/inkvisitorisk eller använda termen inkvisition endast när det inte finns någon åklagare i målet?

Är då norsk och svensk straffprocess inkvisitoriska eller ackusatoriska? Det har redan framgått att R anser norsk straffprocess vara inkvisitorisk — även om hon inte är riktigt konsekvent i sammanhanget. Redan i början av avhandling (s. 16) slår hon fast:

”Jeg vil vise att Norge på dette område ikke står et sted ‘midt imellom’ USA og Tyskland, slik noen ville si. Vi hører *otvilsomt* till gruppen av land som har en inkvisitorisk straffeprosess. Det er på tide å erkjenne og skape selvtillit for dette faktum, i en tid hvor vi oversvømmes av amerikanske underholdningsfilmer fra og om rettssaker.”

Om det är ”otvilsomt” att processen är inkvisitorisk förefaller det en aning ”overdone” att använda en stor del av bokens drygt 400 sidor åt att slå in denna öppna dörr. Intresset ökar inte heller av att man med R:s vida definitioner som nyss framgått kan klämma in nästan all straffprocess i världen under inkvisitionsprincipen. Men det går knappast att hålla fast vid en sådan begreppsbestämning och R lyckas inte heller med det. På ett annat ställe (s. 53) skriver hon att ”dagens prosess er en krysning av to ulike modeller, som

[74] Ekelöf (not 23) s. 260 f. och nedan i not 76.

jeg har valgt å kalle tvekamp og inkvisisjon." Här är jag beredd att instämma[75] — även för svenskt vidkommande.

Jag håller också med R (s. 36 och 353) om att den *kontradiktoriska* principen i och för sig går att förena med båda processmodellerna, även om den inte tillämpades t. ex. i den typ av inkvisitorisk process som drabbade Josef K i Kafkas roman Processen. Enligt R (s. 111 not 36) är dock *alla* moderna inkvisitoriska system kontradiktoriska. Det må vara men nog hör väl den kontradiktoriska principen främst samman med det ackusatoriska förfarandet?[76] Eller är det så att vi är benägna att alltför snabbt förknippa vad vi anser vara gott, t. ex. rätten att yttra sig över vad motparten anfört, med ackusationsprincipen och det som är ont (t. ex. tortyr och religiös förföljelse) med inkvisition? Det är möjligt att förutfattade meningar av det slaget ibland leder oss till att slänga ut barnet — t. ex. målsäganden — med badvattnet, dvs. inkvisitionen.

Nu vill emellertid R inte använda termen ackusatorisk i motsats till inkvisitorisk. Hon föredrar att ställa begreppet "partsprocess" mot inkvisition och menar (s. 106 och 108), den här gången med gott fog, att den norska brottmålsrättegången — i motsats till civilprocessen — inte har något av vad hon kallar partsprocessens två kännetecken: att det skall råda "partiskhet" på båda sidor och att parterna skall ha rådighet över saken. Liksom i Sverige har ju åklagaren att tillvarata även den tilltalades intressen (objektivitetsprincipen) och parterna kan endast i begränsad mån[77] hindra rätten att ex officio verka för en utökning av processmaterialet, erkännanden och medgivanden är inte bindande etc. Hon medger däremot att den enligt henne "otvilsomt" inkvisitoriska straffprocessen har fått "partsprosessens *form*"(min kursivering) och att det finns två förklaringar: den kulturella "kamp- og spill-tradisjonen" och myten om den onda inkvisitionen (s. 106 och 108). Det ligger säkert något i det. Visst har inkvisition blivit något av ett fult ord som man vill undvika att förknippas med, men nog går resonemanget på skruvar i åtminstone terminologiskt hänseende: är inte inkvisition en princip för förfarandet och är inte förfarandet just *formen* och hur kan i så fall en viss processform (den inkvisitoriska processformen) ha den motsatta processformens (ackusations- eller tvåparts-

[75] Se även Processkommissionen ovan i not 70.

[76] Se P. O. Ekelöf & R. Boman, Rättegång I, 1990 s. 62 och P. Westberg, Domstols officialprövning, 1988, s. 29; Ekelöf föredrar ju att använda termerna inkvisitorisk och kontradiktorisk som motsatspar (jfr ovan vid not 74), se även R s. 111 not 36 och beträffande Europadomstolens domar densamma s. 114 (finstilt). Bergholtz anser att även en inkvisitorisk rättegång historiskt vanligen följt en kontradiktorisk förfarandeprincip ("audiatur et altera pars"), G. Bergholtz, Åtal och kontradiktion. Marginalanteckningar till några nyare rättsfall. I: Festskrift till Bolding, 1992, s. 1 ff. (s. 2). Graver (nedan not 135 s. 28 f.) pekar på sambandet mellan kontradiktion och "rättssäkerhet" redan i det gamla Atén.

[77] Sprl § 38, RB 30:3.

processens) form?[78] R tvingas vrida nacken av begreppen[79] så att de inte längre fyller någon annan funktion än möjligen att tjäna som ett led i författarens privata bevisföring till stöd för att man i Norge ”egentligen” redan har en inkvisitorisk process. Men det skall inte bestridas att R:s resonemang ändå ger en nyttig tankeställare.

Enligt min mening innehåller både norsk och svensk straffprocess *såväl* inkvisitoriska som ackusatoriska drag.[80] Liksom vid en analys av rättighetsbegreppet ger det mer att se till rättsföljdssidan än att försöka krysta fram gemensamma rättsfakta och en kategorisk begreppsbestämning på ett begreppsjuridiskt sätt. Det är bara en smaksak om man sammanfattningsvis vill tala om inkvisitorisk process med ackusatoriska drag eller tvärt om. Processkommissionen beskrev i sitt betänkande 1926 den typ av straffprocess både Norge och Sverige har idag för ”en i viss mån modifierad ackusatorisk process”.[81] R medger också att den norska straffprocessen har ett drag av ”ekte partsprocess”, nämligen att rätten är bunden av åklagarens gärningsbeskrivning (s. 146). Hur går det ihop med att processen ”otvilsomt” är inkvisitorisk; nog är väl, som ju R också hävdar (s. 53) även den norska straffprocessen snarare att beskriva som en ”krysning”?

Hos oss vill nog de flesta beteckna brottmålsprocessen som ackusatorisk med vissa inkvisitoriska drag eller inslag.[82] Men jag ger i så måtto R rätt att även den svenska straffprocessen har en avsevärd — för många kanske förvånansvärt stor — inbyggd, men i prakti-

[78] Det är dock vanligt att tala om inkvisitorisk process i ackusatoriska former och vice versa, se Processkommissionen i SOU 1926:32 s. 8 och nedan vid och i not 80–81.

[79] Man påminns om den ruggiga historien om den frusne motorcyklisten som vände sin jacka bak och fram för att slippa vinddraget genom knapphålen. Så körde han i diket och svimmade. En bilförare kom strax bakom och förde honom till sjukhus där han uppgav för läkaren: ”Han levde när jag kom fram till olycksplatsen men dog när jag vred huvudet rätt igen”.

[80] Så också t. ex. Westring (not 70) s. 232 f. och Processkommissionen i SOU 1926:32 s. 8.

[81] ”Andra mellanformer mellan den ackusatoriska och inkvisitoriska straffprocessen fasthålla vid den senares grundtankar, men giva domstolen en viss i förhållande till parterna kontrollerande och supplerande uppgift. Visserligen är parterna i främsta rummet ansvariga för utredningen i målet, men domstolen har att tillse, att deras verksamhet i sådant syfte är tillfredsställande, och att i motsatt fall själv sörja för att utredningen blir fullständig. En sådan rättegång är en i viss mån modifierad ackusatorisk straffprocess” (Processkommissionen i a. a. s. 8, se även Westring s. 233). Beträffande norsk samtida straffprocess påpekar kommissionen (s. 11) att man i viss mån har att räkna med en förundersökning ledd av domstol (vilket ju är ett inkvisitoriskt drag) men att huvudförhandlingen är ackusatoriskt ordnad. Enligt Lundqvist (not 16) är den engelska processen klart mer ackusatorisk än de tyska, som han anser vara ”inkvisitoriskt orienterad” men förfarandet ”i stort ... ackusatoriskt” (s. 129, beträffande England se s. 76). Se även Lundqvist s. 235, där den ackusatoriska processen ses som en ”gemensam nämnare” för engelsk, svensk och tysk straffprocess, en åsikt som säkerligen är helt främmande för både R och Damaska (not 60).

[82] Se ovan vid not 78–81.

ken nästan outnyttjad, *potential*. Såvitt jag förstår är denna potential större än den motsvarande norska och vår process är alltså åtminstone på papperet (RB) minst lika inkvisitorisk som den är i vårt västra grannland, åtminstone såvitt gäller rättens ansvar för utredningen, parternas bristande rådighet över saken och målsägandens ställning. Jag erinrar om rättens möjlighet att ta över förundersökningen enligt RB 22:19, rättens möjlighet (skyldighet) att begära att förundersökning genomförs eller kompletteras enligt 45:11, den materiella processledningen vid huvudförhandlingen enligt 46:4 st. 2 ("...se till att målet blir utrett efter vad dess beskaffenhet kräver, ... avhjälpa otydligheter och ofullständigheter ..."), möjligheterna att ex officio utse sakkunnig enligt 40:1, rätten att avvisa bevisning enligt 35:7, rätten att självmant häkta åtalad enligt 24:17 st. 1 och rättens möjlighet enligt 20:1 p. 2 att uppta fråga om ansvar för förseelse i rättegången utan åtal. Till det kommer t. ex. möjligheterna att förordna om utvisning ur riket utan att någon av parterna andats om den saken. Ja, hela utredningen och bedömningen av påföljdsfrågan är ju — liksom förundersökningen — något av en excess i inkvisitionsprocess i R:s mening.[83]

Ytterligare uttryck för den inkvisitoriska potentialen är att objektivitetsprincipen gäller för åklagaren (och polisen) även hos oss. Och den som liksom R ser inkvisitionsprincipen som en möjlighet att hävda målsägandens perspektiv på straffprocessen och därmed som en väg att stärka brottsoffrens straffprocessuella ställning kan också notera att målsäganden i konsekvens härmed har en mer framskjuten position hos oss än i Norge i en rad hänseenden, t. ex. vad gäller möjligheterna att ansluta sig till åtalet och därmed bli part i målet. Vår straffprocess är nog åtminstone potentiellt ännu mer inkvisitorisk än den norska.

Men även om man nu accepterar — vilket inte jag gör — R:s utgångspunkt att *straffprocessens överordnade mål är att nå fram till den materiella sanningen* (avsnitt 4 ovan) är då verkligen inkvisitionsprincipen att föredra i alla avseenden? Och hur förhåller den sig till övriga tänkbara straffprocessuella funktioner? Finns det bara fördelar? Knappast! Det är inte svårt att nämna en rad nackdelar av vilka vissa gäller generellt och andra är beroende av vilken funktion man anser vara den primära.[84] Låt mig ge åtminstone några antydningar om det. Även för den som liksom R "endast" är *ute efter sanningen* måste det framstå som en nackdel att domaren i en

[83] Liksom vad gäller processens samhällsfunktion (ovan vid not 66) hade det kanske funnits anledning för R att anlägga ett mer differentierat ("kronologiskt") synsätt genom att anknyta till straffprocessens olika stadier, dvs. förundersökningen (vilket hon beaktar s. 118, 140, 171 och 173), huvudförhandlingen med dess olika skeden (utredandet av ansvarsfrågan, påföljdsfrågan, hanteringen av enskilda anspråk) samt överläggningen till dom och straffverkställigheten.

[84] Se även Processkommissionen i SOU 1926:32 s. 13 ff.

inkvisitorisk process med ansvar för utredningen blir så upptagen av sin ordföranderoll att hon inte kan koncentrera sig på innehållet i allt som sker under förhandlingen; den mera tillbakalutade position ordföranden intar i den ackusatoriska processen kan åtminstone ibland vara att föredra i detta hänseende. Vidare kan parter och ombud passiviseras i inkvisitionsprocessen i förlitan på att domaren sköter allt; i så fall kommer de att bidra sämre i utredningshänseende än de skulle göra om de själva var ensamt ansvariga för utredningen i en maximalt partisk ackusationsprocess.[85]

Anser man att "*håndheve strafflagarna*", *handlingsdirigeringen (brottsbekämpningen)* är det viktigaste har man skäl erinra sig att särskilt eventuell *moralbildning* och, möjligen, *avskräckning* sannolikt är beroende av allmänhetens respekt och tilltro till domarens opartiskhet. Man kan därför få ett sämre genomslag för värderingarna bakom strafflagstiftningen om domaren framstår som partisk, en risk som torde vara betydligt större i inkvisitionsprocessen jämfört med i partsprocessen.[86] Då det gäller den tilltalades rättssäkerhet i betydelsen skydd mot illegal repression från statsmakternas sida ("*rättssäkerhetsmodellen*"[87]) anses allmänt en ackusatorisk process vara förenad med bättre garantier mot felaktigt använda tvångsmedel och felaktig fällande dom. Den misstänktes rätt gentemot staten gynnas knappast av känslan av eller risken för att domaren kanske omedvetet uppfattar det som sin uppgift att "sätta fast" den tilltalade.[88]

Från *samhälls- och processekonomiska synpunkter* är inkvisitionsprincipen förenad med avsevärda nackdelar; processmaterialet kan lätt svälla ut i onödan om parterna inte tillåts begränsa det med bindande verkan och rätten de facto — och inte bara i teorin — anses skyldig att så att säga överpröva såväl åklagarens som den tilltalades och hennes försvarares bevisföring. Sannolikheten är stor för avbrutna huvudförhandlingar, uppskov och onödiga utredningar. Flera domare behövs i landet (men kanske färre poliser och åklagare) om ordföranden i förväg skall vara så väl insatt i målet som en renodlad tillämpning av inkvisitionsprincipen medför.

Både den tilltalades och målsägandens (ja kanske rent av åklagarens) känsla av "*dignity*" och "*participation*"[89] kan minska i ett så paternalistiskt system som en extrem tillämpning av inkvisitionsprocessen leder till; de närmast berörda blir redan innan skuldfrågan är avgjord så att säga omyndigförklarade och

[85] Självfallet är total dispositionsfrihet för parterna förenad med risken att viktiga bevis inte kommer fram vid rättegången, R s. 107.
[86] Så Westring (not 70) s. 230.
[87] Se ovan vid not 27, beträffande rättssäkerhet se nedan avsnitt 6.
[88] Se Westring (not 70) s. 230 som menar att den inkvisitoriska processen gärna utgår från att den tilltalade är skyldig (se även ovan not 44 och nedan vid not 138) och att rättegången därför får till uppgift att bl. a. med hjälp av stark press mot den tilltalade frambringa bevis för hans skuld.
[89] Ovan vid not 61.

försatta i en förhörssituation av den kommande beslutsfattaren på ett sätt som strider mot grundläggande demokratiska principer om självbestämmande och delaktighet i de beslutsprocesser som rör den egna personen. Och även om man ser till processens *politiska kontrollfunktion* (lagprövning etc.)[90] är det knappast helt problemfritt att låta en representant för det allmänna — domaren — ta hand om hela kontrollarbetet på egen hand. Däremot är (även) partsprocessen uppenbarligen förenad med nackdelar då det gäller processens *rättsskapande funktion*: ges parterna för stor dispositionsrätt går man kanske miste om möjligheterna att få tillräckligt faktaunderlag för att ge ett vägledande eller nydanande avgörande bästa möjliga utformning för framtiden.

Vad nu sagts innefattar inte något ställningstagande totalt sett för eller emot ackusations- eller inkvisitionsprincipen som ledstjärna vid utformningen av straffprocessens grundstruktur. Jag har bara velat illustrera det för alla utom fundamentalisterna självklara förhållandet att det finns en rad för- och nackdelar med båda principerna. Jag vill heller inte hävda att R är helt enögd eller omedveten om denna den processuella verklighetens komplexitet. Hon berör t. ex. (s. 107) partsprocessens ovan antydda eventuella fördelar för sanningssökandet. Men med ackusationsprincipen inskränker man sig till att söka den ”formella sanningen”[91] och det är ju inte den R primärt är ute efter när hon maniskt mumlar inkvisitionens mantra. Det hade varit klädsamt om även inkvisitionsprincipens baksida hade blivit någorlunda allsidigt belyst. Någon sammanvägning av för- och nackdelar finns inte med — kanske helt enkelt av det skälet att R inte funnit några svagheter med den princip hon vill återupprätta till målsägandens fördel.

Nu gäller ju processen inte endast målsäganden och det är, som sagt, inte enbart sökandet efter den materiella sanningen som är en relevant straffprocessuell funktion — om den nu är det över huvud taget. En av de få gånger R vidgar sina snäva perspektiv i dessa hänseenden är i det avslutande rättspolitiska kapitlet. Där får man (s. 373) något överraskande veta att R:s fördömande av den formella sanningen inte gäller i en tänkt situation (jfr enskilt åtal) då det är målsäganden — inte åklagaren — och den tilltalade som är parter i processen. Lyckas man tränga ut åklagaren blir alltså det formella sanningsbegreppet rumsrent och en acceptans av det kan bidra till *konfliktlösning* och till att *försona* parterna. Medan R de lege lata går minst ett *århundrade* tillbaka i tiden för att få stöd för inkvisitionsprincipen kan hon alltså de lege ferenda tänka sig att gå ett *årtusende* bakåt och svärma för ”järnåldersprocessen” med dess uppbrutna gränser mellan straff- och civilprocess och dess beto-

[90] Ovan vid not 56.
[91] Ovan vid not 26 f.

ning på processens konfliktlösande försoningsfunktion (eller vice versa)!

Som ett mer närliggande och kanske realistiskt delmål siktar dock R i första hand på ett omedelbart erkännande av inkvisitionsprincipens primat och målsäganden som part. När så väl allt detta accepterats kan man kanske gå över i ett system där processubjekten inte längre behöver ses som parter — vilket onekligen ger ackusatoriska associationer till processen som kamp — utan snarare som ”deltagare” i ett sammanträde (jfr det tyska straffprocessuella synsättet med målsäganden och den tilltalade som ”Verfahrensbeteiligte”). Att det troligen blir glesare på åskådarläktaren med det spelupplägget får vi väl leva med.

Det torde ha framgått ovan att R alls inte ömmar för de tilltalade på samma sätt som för målsägandena. I den meningen är hon partisk, vilket inte är riskfritt (se nedan i slutat av avsnitt 6), men det är inte givet att det alltid behöver bli fråga om ett nollsummespel när sympatierna skall fördelas. Det har redan framgått i avsnitt 4 ovan och det kommer åter att visa sig nedan vid diskussionen om rättssäkerhetsbegreppet.

6. Rättsskyddet och rättssäkerheten — allt eller intet?

R vill alltså förnya genom att återanvända vad man trodde var övergivna begreppsinnebörder och principer rörande såväl processens samhällsfunktion och sanningsbegreppet som själva förfarandemodellen, inkvisitionsprocessen. Det är därför inte överraskande att ett liknande ”reaktionärt” synsätt präglar även det intressanta avsnitt i avhandlingens sista parti (”Løsninger — rettspolitisk del”) där *rättssäkerheten* diskuteras.[92] R förordar att vi skall återgå till ”den klassiska betydelsen” av detta problematiska begrepp. Vad det innebär skall jag snart återkomma till. Men det krävs först en elementär repetitionskurs för att R:s ”nygamla” åsikter om rättssäkerhet skall kunna ses i sitt rätta sammanhang.

När man närmar sig ordet rättssäkerhet sker det ibland via begreppen rättsskydd och rättstrygghet.[93] Alla dessa tre termer är ytterst problematiska, bland annat i så måtto att de används i en rad olika betydelser (och ibland tyvärr som synonymer). Man har anledning att först fråga sig om den gemensamma stavelsen ”rätt” i dessa ord avser det (de rättigheter) som åtnjuter säkerhet, trygghet och skydd, dvs. *vad* som skall säkras, tryggas, skyddas. Eller menar man *hur* säkerhet uppnås, trygghet skapas och skydd meddelas, dvs. att de sker på ”rättslig” väg? Eller är det alltid eller ibland fråga om både ock? Man undrar också *mot vem* säkerheten, tryggheten och skyddet skall gälla — mot staten och/eller mot andra

[92] R s. 358–370.
[93] Så t. ex. Jareborg (not 31) s. 80.

medborgare — och om det finns några skillnader mellan begreppen i dessa hänseenden.

Låt oss börja med *rättsskydd*, en term som är särskilt belastad av begreppsförbistring i just processuella sammanhang.[94] Säg ”Wachs teori om rättsskyddsanspråket” och många proffsprocessualister drabbas av rysningar och dåligt samvete — hur var det egentligen han menade, vilken variant är det som de facto styr tysk doktrin idag och varför köpte inte Kallenberg och Olivecrona hela paketet?[95] Eller påstå att ”civilprocessens samhällsfunktion är att meddela rättsskydd” och många drabbas av ett lätt illamående, medan andra fortfarande tycker att visst är det så — men kanske på ett annat sätt än man ursprungligen menade.[96] Och hur förhåller sig ordet rättsskydd till debatten om ”access to justice” (AtJ) och ”access to court” (AtC)? Kan vi enas om att med ”access to court” menas rättsskydd i betydelsen rätten till domstolsprövning i sig, t. ex. enligt artikel 6 EKMR? Men är detta detsamma som eller bara en grundförutsättning för ”access to justice”? Sistnämnda i den komparativa processrättsdebatten så omhuldade begrepp är enligt min uppfattning betydligt vidare, men används i sin tur *dels* i en snäv betydelse — faktisk[97] tillgång till *rättsskipning, processuellt* rättsskydd[98] — *dels* med en bredare innebörd som även innefattar *utomprocessuella, alternativa,* tvistlösningsmekanismer som t. ex. skiljeförfarande, nämnder och medling (”den tredje vågen i rättsskyddsdebatten”). Ordet ”rätt” i rättsskydd avser då inte längre (enbart) att skyddet meddelas på rättslig väg; organet som meddelar rättsskydd behöver inte vara statligt eller kommunalt och även icke-rättsliga faktorer kan påverka bedömningen. Det tycks vara skyddet *av* rättigheter som betonas. Och säkert avses skydd mot kränkningar både från privata rättssubjekt (andra medborgare, organisationer, företag) och från offentliga organ (statliga och kommunala myndigheter och företag etc.).[99]

Lämnar man den processuella sandlådan och ger sig ut i den stora lekparken menar man nog i allmänhet att rättsskydd implicerar *både* att det gäller skydd av rättigheter — till liv, hälsa, ära, egendom osv. — *och* att detta skydd meddelas av offentliga organ (polis, domstolar etc.) Däremot tycks det inte gå att uppnå enighet i doktrinen om vem eller vad skyddet skall gälla *mot*, om det skall gälla bara i förhållande till andra privata fysiska och juridiska per-

[94] Se även Lindblom (not 29) s. 608–611 och T. Andersson, Rättsskyddsprincipen, 1997, s. 150 ff. och 207 ff.
[95] Se Andersson a. st.
[96] Andersson a. st., jfr B. Lindell, Civilprocessen, 1998, s. 87 f.
[97] Man skiljer mellan formell och reell (faktisk, jämlik) AtJ, se Lindblom, Grupptalan, 1989, s. 3 ff.
[98] Med access to justice (i snäv mening) avses faktiska ekonomiska, kunskapsmässiga, psykologiska osv. möjligheter att utnyttja domstolsapparaten för att genomdriva sin rätt.
[99] Så Lindblom (not 29) s. 610 ff. och Andersson (not 94) s. 207 ff.

soner eller enbart mot övergrepp från staten själv i dess olika uppenbarelseformer (t. ex. domstolarna, polisen, skolmyndigheterna, skattemyndigheterna osv.) eller mot kränkningar från båda håll.[100] Som strax skall framgå lider både rättstrygghets- och rättssäkerhetsbegreppet av samma dubbeltydighet och samma splittring.

Ett sätt att försöka undfly de nämnda begreppens dubbeltydighet är att ta till termen *rättstrygghet*. Det skulle, trodde jag en gång i tiden, möjligen kunna förbättra chanserna att bereda egen plats för rättssäkerhetsbegreppet om man reserverar ordet rättstrygghet för just skyddet medborgarna emellan, t. ex. skydd mot lägenhetsinbrott och lugn i tunnelbanan ("lag och ordning").[101] Kanske är man benägen att dra in statsmakterna på så sätt att man i rättstrygghet inkluderar att det är samhället (polisen, inte privata torpeder) som har att göra allvarliga försök att få medborgarna att fullgöra sina skyldigheter. Det gäller då inte bara att förhindra brott utan även att klara upp begångna lagstridigheter och att hålla farliga brottslingar bakom lås och bom och därmed möjligen skapa trygghet för oss andra. Men fortfarande gäller rättstryggheten tryggheten i förhållandet mellan medborgarna inbördes. En sådan "privatisering" av begreppet är dock knappast längre möjlig eftersom det numera i Frändbergs efterföljd är minst lika vanligt att se rättstryggheten som ett av de fyra elementen i *rättsstatsideologin*[102] och därmed helt eller delvis reservera termen för trygghet mot våld och övergrepp från statens sida.[103] Rättsstatsbegreppet omfattar ju inte lugn på gator och torg.[104]

Rättssäkerhetsbegreppet är drabbat av samma mångtydigheter som vidlåder orden rättsskydd och rättstrygghet — och ytterligare ett antal. Det råder inte enighet om vad som skall säkras och inte heller om termen skall avse säkerhet mot staten eller mot medborgarna eller bådadera. I Sverige, liksom i många andra länder, har de flesta av oss jurister på senare tid vant oss vid att det är enbart skydd mot våld, övergrepp, misstag, inkonsekvens etc. från statsmakten som avses. En rad garantier för att rättssäkerhet uppnås —

[100] Se R s. 361 ff. med hänvisningar.

[101] Så har jag aningslöst skrivit i upplaga efter upplaga i inledningen till Norstedts juridiska handbok (senast 16 uppl. s. 11). Uttrycket "lag och ordning" används ofta i nedsättande betydelse, R s. 360 not 30.

[102] Frändberg (se Jareborg s. 80 i not 1 a. st.) arbetar med fyra krav för att något skall få betraktas som en rättsstat: rättssäkerhet, rättslikhet, rättstrygghet, rättstillgänglighet. O. Peterson, Rättsstaten, 1996, använder begreppen frihet, rättssäkerhet och maktdelning.

[103] Se t. ex. Jareborg (not 31) s. 81: "Det är kränkande att utsättas för våld och övergrepp från statens/överhetens sida. Enligt min mening innebär *rättstrygghet*, om den skall kunna skiljas från *rättssäkerhet*, för det första, att staten har att skapa *rättsskydd* mot illegal maktutövning." (mina kursiveringar).

[104] Jfr dock Peczenik nedan vid not 105; han verkar anse rättstrygghet omfatta även "lag och ordning".

t. ex. självständiga domstolar och krav på förfarandet vid legal statlig maktutövning av den typ straffprocessen representerar — aktualiseras i sammanhanget (så t. ex. när man översätter ”due process” med rättssäkerhetsgarantier).[105]

Men sedan splittras åsiktsgruppen upp. Jareborg, som menar att ”rättssäkerhet är rimligt rättsskydd mot statens legala maktutövning”[106] (vilket tycks föra oss långt ut över straffprocessens gränser), pekar på att rättssäkerhet skiljer sig från rättstrygghet genom att man endast avser beslut som är *rättsliga* (all rättstrygghet är alltså inte rättssäkerhet).[107] Han erinrar vidare om att rättssäkerhet ”traditionellt har definierats som förutsebarhet i rättsliga angelägenheter”[108] och tycks gilla den avgränsningen. Rättsosäkerhet i Jareborgs mening kan uppkomma till följd av överhetens godtycke med avseende på rätten, med Frändbergs terminologi till följd av rättsbrist, rättspervertering och rättsmanipulering.[109] Förutsebarheten är det centrala, ja kanske *det enda*, innehållet i detta *formella* rättssäkerhetsbegrepp, som även kallas det *traditionella*. Rättssäkerhetsgarantierna, det som krävs för att uppnå och bibehålla förutsebarheten, är däremot många.[110]

Så långt är väl det mesta relativt gott och väl. Men bilden kompliceras av att detta snäva, formella, ”traditionella” rättssäkerhetsbegrepp under senare år har utvidgats på (åtminstone) två sätt: via lansering av olika teorier om ”materiell rättssäkerhet” och genom att man — som Robberstad — återvänder till det ”klassiska” rättssäkerhetsbegreppet. Dessa åsiktsriktningar överlappar varandra .

Termen *materiell rättssäkerhet* täcker åtminstone tre olika fenomen, varav två skall nämnas här.[111] I Sverige är det väl främst teorin om ”materiell rättssäkerhet” i Peczeniks tappning — med Jareborgs terminologi *rättsteoretisk materiell rättssäkerhet* — som vunnit uppmärksamhet och betydande erkännande bland juristerna. Med materiell rättssäkerhet menar Peczenik att utöver det formella kra-

[105] Som A. Peczenik påpekar (”Vad är rätt”, 1995, s. 90) kallas ibland sådana rättssäkerhets*garantier* (även förbud mot retroaktiv lag, krav på full bevisning, fria och oavhängiga domstolar etc) ”materiell rättssäkerhet”, men detta uttryck reserveras numera vanligen för andra innebörder. Som Axberger anfört (se Peczenik a. st.) används stundom ”rättssäkerhet” som ett samlingsbegrepp för ett antal framför allt straffprocessuella principer, jfr översättningen av ”the due process model” till rättssäkerhetsmodellen (ovan vid not 27), se däremot nedan vid not 136 beträffande R:s användning av begreppet i snäv straffprocessuell mening.

[106] Jareborg s. 81.

[107] Så Peczenik s. 95.

[108] Jareborg a. st. På ett annat ställe (s. 92) sägs dock att ”... försvagad rättssäkerhet, *dvs.* (min kurs) ökad repression som kan övergå i förtryck”.

[109] Frändberg i Jareborg s. 82 not 4 a. st.

[110] Se t. ex. Jareborg s. 82 och Peczenik s. 90, som båda refererar till prop. 1984/85:32 om riktlinjer för det framtida arbetet mot ekonomisk brottslighet m. m. s. 36 ff.

[111] Den tredje framgår ovan i not 105.

vet på förutsebarhet skall rättsliga avgöranden även motsvara vissa (andra)[112] etiska krav:

> ”Kort sagt: Formell rättssäkerhet (förutsebarhet) är visserligen ett viktigt värde, men det måste vägas samman med andra etiska värden. Materiell rättssäkerhet är avvägningens resultat.”[113]

Alla inser lätt att det medför problem att koppla på ospecificerade krav på en viss etisk minimistandard (utöver förutsebarheten) och att oenighet lätt kan uppstå om vad som kan och bör komma ifråga i det sammanhanget. Men de flesta[114] menar nog att fördelarna med ett i denna mening ”materiellt” rättssäkerhetsbegrepp överväger; det positivt laddade ordet rättssäkerhet blir groteskt och inkommunikabelt om man låter det omfatta även vidriga, men förutsebara, rättsliga beslut (”Hitlerargumentet”).[115] Och eftersom även förutsebarhet kan uppfattas som ett etiskt krav är gärdet mot värderingarna redan upprivet; Peczeniks utvidgning är alltså bara kvantitativ, inte kvalitativ.

Peczeniks materiella rättssäkerhetsbegrepp — liksom distinktionen mellan formell och materiell rättssäkerhet över huvud taget — har förkastats reservationslöst av Jareborg.[116] Är det vettigt? Ytterligare två uppfattningar om rättssäkerhet skall beröras nedan innan jag ger min syn på den frågan.

Så här långt har de diskuterade rättssäkerhetsbegreppen (det formella och det *rättsteoretiskt* materiella) inriktat sig på rättslig reglering av förhållandet mellan den enskilde och statsmakten (staten, samhället, kommunerna etc.), dvs. mellan medborgarna och stat och kommun i deras olika uppenbarelseformer. Men det finns även ett annat slags rättssäkerhet som Jareborg avvisande kallar *rättspolitisk* materiell rättssäkerhet medan Peczenik, även han kritisk, talar om en ”felaktig” användning av det materiella rättssäkerhetsbegreppet i sammanhanget.[117] Det låter drabbande men påståendet att användningen är felaktig säger ju ingenting annat än att den inte stämmer med Peczeniks egen definition på

[112] Till en början förefaller Peczenik inte ha räknat förutsebarheten som ett etiskt krav men därvidlag har han ändrat sig, se Peczenik s. 94.

[113] Peczenik s. 95, se även s. 98: ”... dvs. att beslut som innebär rättskipning eller myndighetsutövning bör vara rimligt förutsebara med stöd av lagen och *förenliga med ett hänsynstagande till andra etiska värden.*”

[114] Jfr dock Jareborg s. 90, nedan not 116.

[115] Därom Peczenik s. 97 f.

[116] ”Min slutsats blir således, att man i klarhetens intresse bör avstå från allt tal om ‘formell’ och ‘materiell’ rättssäkerhet”, Jareborg s. 90. På ett annat ställe (s. 88) skriver han: ”Motsatsställningen formellt–materiellt leder tanken till skillnaden mellan formell och materiell rättvisa ... och därmed till att det är det ”materiella” som måste vara det viktiga”, jfr däremot s. 77: ” ... *Procedurer* för bestämmande av vad som är rättvist kan vara lika viktiga som vilka kriterier som används. Stuart Hampshire hävdar att rättvisetanken i sin kärna är processuell ...”. Se även Lindblom i JFT 1998 s. 300 f.

[117] Jareborg s. 83 ff., Peczenik s. 95.

materiell rättssäkerhet. Jareborg kallar detta materiella rättssäkerhetsbegrepp för rättspolitiskt helt enkelt av den anledningen att det använts i rättspolitiska sammanhang, framför allt i socialdemokratiska kretsar under första hälften av 1980-talet. (Märkligt nog tycks samtliga de av Jareborg åberopade uttalandena ha framförts under det i litterära sammanhang ödesmättade året 1984). Och Jareborgs fördömande är skoningslöst: han påstår att det rättspolitiskt materiella rättssäkerhetsbegreppet var en ”uppumpad begreppsballong” som ”punkterats” och nu (1992) ”är historia”, en ”avslutad diskussion” som inrymde ”ett lätt överskådligt praktexempel på osaklig argumentation”, att begreppet har ”likheter med en övertalningsdefinition” (dvs. ”stipulativa definitioner som propagandistiskt utnyttjas under sken av att de är lexikala”) och medför ”en exempellös nedvärdering av den ‘traditionella’ rättssäkerheten ... genom argument som kännetecknas av *insinuant språk* och *vilseledande mosatsställningar*”.[118]

Det låter ruggigt. Var verkligen socialdemokraterna först och ensamma om detta vidriga missbruk av det heliga rättssäkerhetsbegreppet och har någon någonsin vågat återvända till något så skamligt efter den här salvan? Vad menas, vad var det som var så i grunden fel?

Jo, enligt det ”felaktiga” rättspolitiska materiella rättssäkerhetsbegreppet likställs rättssäkerhet med ”det skydd lagen ger individer, grupper, samhället, staten osv. mot bl. a. varjehanda brott”.[119] Man inkluderar inte bara brott och övergrepp från staten mot den enskilde medborgaren utan även brott medborgarna emellan. Några citat[120] kan illustrera vad som avses:

”Rättssäkerheten är för oss *dessutom* (min kursivering) frihet från godtycke, fruktan och övergrepp — oavsett från vem det kommer.” (LO)

”I den för alla eftersträvade rättssäkerheten måste *också* (min kursivering) ingå ett skydd för människor mot att bli utsatta för brott.” (Motion till socialdemokraternas partikongress)

”Med ‘rättssäkerhet’ menar man att icke behöva utsättas för brott dvs. rättsskydd.” (Eko-kommissionen)

”Medborgarna skall kunna utgå från att de inte drabbas av brottsliga handlingar. För att den materiella rättssäkerheten skall vara tillfredsställande måste brottsnivån hållas nere och de brott som

[118] Jareborg s. 86 f., J:s kursiveringar.
[119] Peczenik s. 95 med hänvisning till Jareborg som skriver: ”att hävda att rättssäkerhet ‘egentligen’ är rättsskydd mot brott har likheter med en övertalningsdefinition” (s. 87). Här tycks termen ”rättsskydd” gälla skyddet medborgarna emellan, jfr däremot citatet ovan vid not 106.
[120] Exemplen hämtade från Jareborg s. 83 ff. där vidare hänvisningar finns.

ändå begås måste bli föremål för sanktioner./Man kan inte bortse från att formell och materiell rättssäkerhet kan komma i motsättning till varandra." (Vice statsminister Ingvar Carlsson)

"Men att människor och samhället bereds skydd mot att utsättas för brott kan *också* (min kursivering) ses som en fråga om rättssäkerhet." (Justitieminister Sten Wickbom)

Alla dessa citat som åberopats vid slakten på det rättspolitiskt materiella rättssäkerhetsbegreppet är alltså från samma år, 1984. Men det var inte då det började; det går att spåra antydningar till den "nya" socialdemokratiska synen på rättssäkerhet redan i Carl Lidboms anförande vid Nordiska Juristmötet 1981 och kanske ännu längre tillbaka. Lidbom framhöll då bl. a. att "större effektivitet i samhällets verksamhet ... kan vara en nödvändig förutsättning för att bevara eller återvinna respekten för lagarna och därmed ytterst också för att garantera rättssäkerheten."[121] Man erinrar sig här att Klette inte bara använde termerna brottsbekämpning och rättssäkerhet utan även *effektivitet* contra *legalitet* för att beskriva Packers polära modeller.[122] Men som Lidbom påpekar och som det fortfarande hävdas — åtminstone i politiska sammanhang, t. ex. i den senaste statsverkspropositionen[123] — är det möjligen fråga om en oäkta dikotomi när man sätter effektivitet mot rättssäkerhet. Och det tycks gälla inte endast om man avser det rättspolitiska materiella rättssäkerhetsbegreppet utan även om man håller fast vid den "traditionella" snäva betydelsen, dvs. enbart förutsebarhet.[124]

De som förfasade sig över de socialdemokratiska extraturerna i den rättspolitiska debatten under 1984 blev dock snabbt lugnade; justitieutskottet tog redan i sitt betänkande 1984/85:28 om riktlinjer för arbetet mot ekonomisk brottslighet m. m. avstånd från resonemangen om materiell rättssäkerhet och man återvände snällt och mangrant till det traditionella rättssäkerhetsbegreppet; enligt vad utskottets kanslichef uttalade ett år senare "hade sålunda (utskottet) undanröjt den oklarhet som skapats bl. a. av den s. k. Ekokommissionen".[125] Rättning mittåt!

[121] Lidbom Nordiska Juristmötet 1981 Del II s. 274, se härom Lindblom i Festskrift till Thornstedt 1983 s. 467 ff. och i SvJT 1999 s. 504 f. Beträffande den danska och norska debatten om förhållandet mellan rättssäkerhet och effektivitet se hänvisningar hos Graver (not 135 nedan) s. 26 f.
[122] Ovan not 27.
[123] Se Lindblom i SvJT 1999 s. 504.
[124] Se även Jareborg s. 92: "Motsättningen mellan rättssäkerhet och effektivitet är ofta missvisande. Ökad rättssäkerhet låter positivt. Men det är inte givet att det tillstånd som uppnås är ett önskvärt mål. Effektivitetsvinsten vid försvagad rättssäkerhet behöver inte bestå i annat är just försvagad rättssäkerhet, dvs. ökad repression, som kan övergå i förtryck ...". Jag är inte säker på att jag fullt ut förstår vad J menar. Möjligen (?) kan bilden klarna om man erinrar sig att rättssäkerhet enligt J:s uppfattning endast betyder förutsebarhet.
[125] B. Edqvist i SvJT 1986 s. 375.

Det *rättspolitiska* materiella rättssäkerhetsbegreppet städades alltså undan i en hast och har sedan varit i stort sett försvunnet i juristkretsar. Det *rättsteoretiska* materiella rättssäkerhetsbegreppet i Peczeniks tappning har däremot såvitt jag förstår snarare vunnit terräng under det senaste decenniet. Ett antal bedömare håller dock ståndaktigt fast vid den ”traditionella” puristiska betydelsen; förutsebarhet och ingenting annat.

Är då det rättspolitiskt materiella rättssäkerhetsbegreppet förpassat till historien för alltid? Var det bara en pinsam 1980-talsparentes i den s. k. utvecklingen? Jag tror att båda frågorna bör med ett klart nej besvaras.

För det första är det sannolikt helt fel att se den ”vidlyftighet” Lidbom och hans efterföljare gjorde sig skyldiga till under 1980-talet enbart som en tillfällig förlöpning; det var knappast fråga om något man hittade på själv i ett lufttomt rum i Rosenbad. För det andra är säkerligen just detta rättssäkerhetsbegrepp fortfarande vanligast bland ”folk i allmänhet”, liksom i massmedia och kanske även bland politiker och vissa praktiskt verksamma jurister. Exempel på att man i ordet rättssäkerhet lägger in inte bara skydd mot staten och etiska minimikrav av det slag Peczenik vill ha med i sammanhanget utan även skydd och trygghet mot andra medborgare, dvs. skydd mot brott, ett krav på ”lag och ordning”, stöter man på nästan dagligen i det privata umgänget. Det är säkert inte heller svårt att finna åtskilliga exempel på detsamma i massmedia; endast min slöhet har hindrat mig från att här ta med några slående exempel på det. Och det är knappast realistiskt att hoppas på att Svensson, massmedia eller politikerna skall ansluta sig till en stringent begränsning av begreppet till att avse enbart förutsebarhet.

Därmed har det uppstått ett beklagligt glapp mellan juristernas och (de övriga) medborgarnas språkbruk på ett område av central rättspolitisk betydelse. Givetvis medför detta skadeverkningar i samhället. Det är illa nog, men kanske ofrånkomligt, att det juridiskt- tekniska språket kan leda till begreppsförvirring och missuppfattningar på vissa specialområden. Men särskilt allvarligt är det när det gäller ett ord som så ofta används i dagligt tal och som gäller så väsentliga ting som rättssäkerhetsbegreppet anknyter till. Skall man minimera de skadeverkningarna är det nog juristerna som får anpassa sig till omgivningen; berget kan inte förväntas komma till Muhammed den här gången.

För det andra framstår den s. k. traditionella betydelsen av rättssäkerhetsbegreppet (förutsebarhet) som ”traditionell” endast i ett mycket begränsat tidsperspektiv. Det visar Robberstads på ett intresseväckande sätt i sin avhandling. R redogör för den norska diskussionen på området och det finns starka skäl att tro på klara paralleller till vad som hänt i Sverige. R talar (s. 362) om en mono-

polisering av ordet i modern tid i Norge — där man tydligen inte haft någon Lidbom eller Carlsson som ställt till det för de renläriga — och vill återvända till vad hon kallar *det klassiska rättssäkerhetsbegreppet.*[126] Många kommer säkert att känna igen sig. R menar nämligen med den ”klassiska” innebörden den betydelse som dominerade förarbeten, rättspraxis och doktrin i Norge redan under 1700- och 1800-talet och fortsatte att göra sig gällande långt in på 1900-talet, dvs.:

”*sikkerhet for sine rettigheter*, till aere, liv og till eiendom” (s. 360).

Enligt R (s. 361) var det under hela 1800-talet en allmän uppfattning att rättssäkerhet uppnåddes genom att lagarna, särskilt strafflagarna, tillämpades:

” ... rettssikkerheten fremmes gjennom håndheving av lover, saerlig straffelover ...”

”Handhavandet” skulle alltså ske så att liv, ära och egendom skyddades. Denna åsikt dominerade doktrinen under betydligt längre tid än det s. k. traditionella rättssäkerhetsbegreppet existerat och låg också till grund för 1887 års förarbeten till straffeprosessloven, vars förarbeten ju fortfarande enligt R är av avgörande betydelse de lege lata trots den reformverksamhet som bl. a. resulterat i 1981 års lag.[127] Uppfattningen levde sedan vidare till långt in på 1900-talet, så t. ex. i Skeies och Augdahls klassiska läroböcker i processrätt från 1937 respektive 1961:

”Staten kan — av hensyn till rettssikkerheten — ikke la forbrytere gå løse og ustraffede omkring”.[128]

Även om Augdahl framåt 70-talet började bli rätt ensam med sin begreppsanvändning i det här avseendet bland norska jurister var det fortfarande fullt av liknande uttalanden i t. ex. massmedia. Där dominerar de nog fortfarande trots att Johs. Andenaes redan 1945 hade avgränsat rättssäkerhet till att avse övergrepp och godtyckligheit (”vilkårlighet”) från statsmakten själv,[129] en uppfattning som därefter förefaller ha dominerat länge också i den norska doktrinen.

[126] Med ”klassisk” menar R då (s. 360 not 28) ”mønstergyldig, av varig verdi” men också, antar jag, att det är fråga om en uppfattning som inte är ny, som hunnit bli ”klassisk”.
[127] Ovan vid not 5.
[128] R s. 361 med hänvisningar och exempel., P. Augdahl, Norsk civilprosess, 3 uppl. 1961, s. 2.
[129] Johs. Andenaes, Grunnlov og retssikkerhet. Sag og samfunn nr 1, Bergen 1945 s. 5.

Men R gräver alltså ännu en gång fram myllan vid historiens rötter, den här gången kring det ”klassiska” rättssäkerhetsbegreppet, för att få stöd och näring för sin framtidsinriktade uppfattning om straffprocessens struktur och i sina försök att stärka målsägandens ställning.[130] Jag skall strax återkomma till hur hon avgränsar ”sitt” begrepp och vidareutvecklar det för straffprocessens del. Men först bör ytterligare något diskuteras hur det ”klassiska” rättssäkerhetsbegreppet förhåller sig till de tre skilda svenska rättssäkerhetsbegrepp som diskuterats ovan.

Klart är att R genom att hävda det klassiska begreppet tar avstånd från det som i Sverige påstås vara det ”traditionella”, dvs. då man definierar rättssäkerhet som endast förutsebarhet och som, då det gäller garantier för dess upprätthållande i straffprocessuella sammanhang, innebär att man enbart ser till den tilltalades intressen i rättegången. Mindre klart är i vilken mån hon inkluderar (andra) etiska värden av det slag Peczenik vill ha med i bilden.[131]

Däremot ligger som alla kan se vad R kallar ”den klassiska betydelsen” mycket nära det som ovan betecknats som det rättspolitiska materiella rättssäkerhetsbegrepp som (felaktigt) uppfattats som en svensk socialdemokratisk årsslända, kläckt 1984. I båda fallen tonar skyddet mot övriga medborgare fram som det primära. Det gäller då ett betydelseinnehåll som säkert har en lång historia och som fortfarande torde vara den dominerande utanför juristkretsarna och kanske även bland vissa jurister.[132]

Enligt R finns alltså goda skäl för en renässans för det klassiska rättssäkerhetsbegreppet som enligt henne för straffprocessens del betyder att det skall finnas strafflagar och att dessa skall ”håndheves” men också att ingen skall utsättas för myndighetsövergrepp till följd av detta.[133] Liksom Lidbom[134] påpekar hon vidare att det i stor utsträckning är en politisk fråga vilka grupper som skall gynnas

[130] Jfr R s. 363 not 47 där hon påpekar att Grothe Nielsen hävdat (1991) att offrets rättssäkerhet inte ingår i det straffprocessuella rättssäkerhetsbegreppet.

[131] Se dock R s. 359: ”en samlebetegnelse for en serie olike verdier og alle slags saksbehandlingsregler.”

[132] Jfr det omfattande (18 s.) rättssäkerhetsprogram som utarbetats av Sveriges Advokatsamfund och publicerades 1988. Rättssäkerhetsbegreppet ges där en betydligt vidare innebörd än *enbart* förutsebarhet. Se t. ex. programmet s. 6 där begreppet sammanfattas på ett extensivt och intresseväckande sätt (” ... avser skyddet för de grundläggande mänskliga rättigheterna sådana dessa berörs i grundlagar och konventioner. Den berör enskildas rätt mot riksdag, regering och myndigheter ...” etc.). Det förefaller dock klart att rättstrygghet i betydelsen skydd mot andra medborgares brottslighet inte omfattas. Samfundets definition sammanfaller alltså varken med den ”klassiska” eller med den ”traditionella” betydelsen (även om förutsebarhet tas upp som en viktig faktor). Det är mycket möjligt att ”juristkretsarna” i sin tur bör delas in i undergrupper där begreppsanvändningen säkert skiljer sig mellan t. ex. rättsvetenskapsmän, åklagare och advokater.

[133] R s. 365.

[134] Lidbom a. st.

av rättssäkerheten: ”Hvilke grupper som saerlig skal nyte godt av dette, er i høy grad et politisk spørsmål. Det foregår en stadig dragkamp om dette i samfundet.”[135] Både det ”traditionella” och det ”rättsteoretiskt materiella” rättssäkerhetsbegreppet siktar ju i straffprocessuella sammanhang in sig på *den tilltalades* rättssäkerhet och målsäganden kommer inte att omfattas i tillnärmelsevis samma grad. Men R vill (s. 365), liksom anhängarna av det rättspolitiskt materiella begreppet, inkludera *både* ett skydd för samhället som helhet (dvs. mellan medborgarna inbördes, *inklusive* målsäganden) *och* för den tilltalade.

R går sedan vidare från den bredare ”klassiska” definitionen på rättssäkerhet till vad hon kallar en snäv (”snever”) straffprocessuell innebörd som innebär att ”straffesakene må bli *riktig* bedømt” och med detta krav avses ”riktig juss anvendt på riktig faktum”.[136] Alla förfaranderegler som har till syfte att säkra ett korrekt avgörande kan därför enligt R med rätta sägas vara grundade på rättssäkerheten. Det innebär att vissa regler om ”due process” (t. ex. det höga beviskravet för åklagaren och principen in dubio pro reo) faller utanför rättssäkerhetsbegreppet eftersom de ibland innebär en medvetet ökad risk för felaktig friande dom.[137]

Såvitt jag förstår grundar sig alltså R:s uppfattning även om rättssäkerheten på en strävan efter den materiella sanningen, som i sin tur omhuldas för att den kanske i högre grad än andra funktions- och förfarandeteorier gynnar den marginaliserade målsäganden. Ibland sker detta gynnande på den tilltalades bekostnad. R förefaller vara beredd att betala det priset och sällar sig till dem som anser att hävdandet av rättssäkerhet i straffprocessen ofta i alltför hög grad handlat om hänsyn till enbart den tilltalade.

Men i sin iver att återupprätta målsäganden gör sig R tyvärr vid ett par tillfällen skyldig till en argumentationsmiss som är oförlåtlig i straffprocessuella sammanhang; hon tycks utgå från att den tilltalade är skyldig:

”Denne kampen (se ovan vid not 135) har i liten grad blitt analysert av jurister i nyere tid. Deres ordbruk har snarere bidratt till å tilsløre forholdene. Den nyere akademiske forståelse av begrepet har i liten grad rommet kamp–mellom–motstridende–interesser–perspektivet. Resultet har blitt att rettssikkerhet brukes for å fremme visse gruppers interesser, på bekostning av andres. Typisk

[135] Robberstad s. 364, jfr H. P. Graver, Forvaltningsprosessen, 2 uppl. 1997, s. 20 ff., skriver om ”(s)ammenheng og konflikt mellom de forskjellige grupper av hensyn”.

[136] Robberstad s. 356; jfr Westring (not 70) s. 229 som skriver att även domaren i den inkvisitoriska processen har att tillse ”både att ingen brottsling undgår sitt straff och att ingen oskyldig straffas”.

[137] Ovan vid not 34. Graver (not 135 s. 27 f.) menar med ”*prosessuell* rettssikkerhet ... regler som skal sikre en rettferdig, hensynsfull og korrekt behandling”. Han förefaller vidare ge begreppet rättssäkerhet en vidare innebörd än enbart förutsebarhet (se nedan not 146).

ved att *lovbryteres interesser prioriteres* foran dem som rammes av lovbruddene. Det fremstilles gjerne som om dete var den eneste mulige måten å fremme rettssikkerhet på."[138]

Redan i början av avhandlingen (s. 23) framhåller R att hennes undersökning går "på tvers av den gjengse lovbryterorienteringen". Och riktigt otäckt blir det då hon i en not i anslutning till citatet ovan, utan avståndstagande, citerar polischefen i Oslo Willy Haugli som 1995 skrev:

"I dag er alle rettssikkerhetskriterier stort sett till beskyttelse av *de kriminelle*" (min kursivering).[139]

Robberstad är naturligtvis inte omedveten om den fara som ligger i att blanda ihop begreppen på de här viset.[140] Men det sker flera gånger[141] och man kan inte värja sig mot misstanken att det kan ha påverkat hennes starka prioritering av målsäganden. Det är kanske ingen tillfällighet att samma livsfarliga slirningar i rättssäkerhetsdiskussionen även återfinns i vissa bidrag i den rättspolitiska debatten under 1984, då det i mycket handlade om att lyfta fram de brottsutsatta medborgarnas intressen, kanske till viss del för att mota i grind de politiska meningsmotståndarnas krav på "lag och ordning".

Straffprocessens viktigaste fråga är huruvida den tilltalade är skyldig eller ej (annorlunda formulerat: huruvida målsäganden verkligen är ett brottsoffer). Man kan inte tillåta sig att presumera att den tilltalade är skyldig. Så fort man glömmer det är det lätt att bli frikostig och spendera ökad rättssäkerhet till målsäganden på den tilltalades bekostnad. Robberstad befinner sig visserligen i fint sällskap när hon ibland tycks argumentera på sådana otillåtna premisser.[142] Men vad rättssäkerhet till sist bör handla om i straffprocessuella sammanhang är inte enbart förutsebarhet, etiska grundkrav, lag och ordning etc. utan även skydd mot statsmakten i så måtto att ingen skall betraktas som skyldig förrän lagakraftvun-

[138] R s. 364 f., min kursivering.
[139] W. Haugli, Tøffe år, Oslo 1995. Det upplystes vid disputationen att Haugli innehar (innehade?) nämnda befattning. Jag har inte haft tillfälle att kontrollera den uppgiften. Beträffande motsvarande förkastliga uttalanden i den svenska debatten om "rättspolitiskt materiell rättssäkerhet" se Jareborg s. 88 och nedan i not 142.
[140] Se t. ex. s. 366: " ... forutsatt att forbrytelsen virkelig er begått."
[141] Jfr dock föregående not.
[142] Så finns t. ex. liknande formuleringar i anslutning till flera av de ovan vid not 120 återgivna citaten — däremot inte hos Lidbom i not 121 ovan a. a. — vilket med rätta kritiseras skarpt av Jareborg s. 88. Se beträffande detta förrädiska språkbruk även t. ex. Träskman (ovan not 49 s. 392), som dock givetvis är medveten om det riskabla då han anknyter till "dagligt tal" på det här området: "Med den *misstänkte* eller den *åtalade* menar jag åter den person som .... senare under rättegången är den svarande mot vilken straffanspråk riktas. Fråga är alltså om den person som i dagligt tal kallas *brottslingen*.

nen dom föreligger. Förhoppningsvis är vi fortfarande en stor majoritet som anser att risken för felaktig fällande dom måste tillmätas avsevärt större betydelse i rättssäkerhetshänseende än risken för en felaktig friande dom.

I vissa avseenden har R inte fört debatten framåt utan snarare bakåt, vilket dock givetvis inte behöver vara något negativt i sig. Debatten om innebörden av rättssäkerhetsbegreppet har vunnit på det greppet men den är säkert inte avslutad. Det verkar hopplöst att komma överens. Jag håller fullständigt med R då hon (s. 358) pekar på att ordet rättssäkerhet idag används på ett sätt — jag skulle vilja säga på så många sätt — som gör att det inte har något precist språkligt innehåll; det innehåller allt och därför ingenting. R har själv i hög grad bidragit till den pluralismen. Det skulle väl kanske inte göra så mycket om alla inkluderade allt; risken för förvirring och feltolkningar skulle då nedbringas i väsentlig mån. Men det som medför att ordet rättssäkerhet numera snarare sprider förvirring än klarhet är väl att ytterst få, om ens några, använder det i samma betydelse. Det gäller såväl i förhållandet mellan grupper (folk i allmänhet–politiker–journalister–jurister) som inom var och en av dessa kategorier. Medan de tre förstnämnda kollektiven verkar benägna att ta till rättssäkerheten som ett positivt laddat ord för allt som över huvudtaget kan förknippas med rätt och säkerhet — och mer därtill — tenderar juristerna, särskilt rättsvetenskaps*männen*, att avgränsa begreppet betydligt snävare, ibland på gränsen till självutplåning. Ordet är därför inte ägnat som analysredskap i en juridisk diskussion.[143]

Är det alltså kört med rättssäkerheten? Skall vi avskaffa den helt (som begrepp) eller börja om diskussionen från början eller skall vi ansluta oss till allmänt språkbruk? Åtminstone vi jurister kan säkert klara oss ordet förutan; det är nog ingen tillfällighet att det saknas en motsvarande term i utomnordisk doktrin.[144] Eller är rättssäkerhet något som endast finns i Danmark, Norge och Sverige?

Skall vi jurister kunna tala om rättssäkerhet med några andra — utom möjligen med (några av) oss själva på mindre nordiska kollokvier i allmän rättslära — är det knappast realistiskt att klamra sig fast vid den s. k. traditionella (formella) betydelsen av ordet, dvs. förutsebarhet (lika fall lika)[145] och inget annat. Det vore då bättre att begagna en särskild term för denna förutsebarhet — jag tillåter mig föreslå ordet ”förutsebarhet”. Men många av oss vill nog liksom Peczenik även inkorporera vissa andra etiska grundkrav och är inte beredda att direkt såga försöken att åter närma juristspråket

[143] Graver (not 135) s. 29 f; begreppets olika innebörder är alltför abstrakta och politiskt laddade.
[144] Se R s. 359, jfr dock not 25 samma sida.
[145] Lidbom (ovan not 121 a. st.) är närmast ute efter ”likhet inför lagen”, vilket inte behöver vara samma sak.

till det ”klassiska” (rättspolitiskt materiella) rättssäkerhetsbegreppet, om inte annat så för att kunna delta i och påverka den allmänna rättspolitiska debatten. I juridiska sammanhang är det dock, som Graver anfört för förvaltningsprocessens del, ett mer fruktbart angreppssätt att se till vilka slags intressen som påverkas av straffprocessens grundstruktur och undersöka vilka typer av förfaranden och regler som tillmötesgår eller motverkar dessa intressen.[146]

Till sist kanske någon undrar om man blir klokare och gladare av att läsa Robberstads avhandling. Javisst, det är en mycket bra bok och man har förskräckligt trevligt i hennes sällskap. Men ingetdera betyder att hon lyckas övertyga i alla delar, för det gör hon alls inte. Och givetvis kommer de flesta att vägra att ge upp de positioner de en gång intagit i någon av de ovan diskuterade frågorna. Vi teoretiker tenderar att besätta alla tomma nischer på begreppsbildningens fågelberg och sedan klamra oss fast där i ur och skur. Rättssäkerhetsbegreppet — liksom t. ex. straffprocessens grundstruktur och samhällsfunktion — erbjuder ett oräkneligt antal häckningsplatser. Anne Robberstad bidrar med en välkommen nygammal stämma i den polyfona fågelkören från förklaringsberget.

[146] Graver (not 135) s. 30. I ett annat sammanhang (1998, ovan not 10 a. a. s. 597) använder Graver flera gånger uttrycket ”forutberegnelighet *og* (min kursivering) rettssikkerhet”; för honom är det tydligen inte fråga om synonymer.