Om betydelsen av komparativa studier för rättstillämpningen och framväxten av en global rättsordning

Av docent Ulf Lundqvist

> For a comparative lawyer there is always a clear and present danger of being ambushed and speared by the natives.
>
> Okänd

Artikeln behandlar översiktligt vad komparativa studier är och hur sådana analyser och jämförelser får betydelse för rättstillämpningen och framväxten av en global rättsordning. Med betoning på straffprocessen uppmärksammas hur komparativ rätt ger en ökad kunskap, fler alternativ och bättre underlag för konsekvensanalyser i det enskilda målet, men även på det övergripande planet t.ex. när en konvention ska arbetas fram eller införlivas med svensk rätt. Analyser av andra staters regler och internationella konventioner är viktiga också för att utveckla rättigheter och rättstillämpningen kring dessa. Det handlar då ofta om situationer där det är ett gemensamt intresse för staterna i världssamfundet att agera samfällt eller vid grova eller upprepade kränkningar av mänskliga rättigheter och internationella brott.

1 Inledning

Erasmus av Rotterdam var som säkert många känner till en ovanligt kreativ och produktiv person som levde i Europa under andra halvan av 1400-talet och början av 1500-talet. Han var vetgirig och översatte svårfunna och nästan bortglömda texter och andra verk till latin, och med Gutenbergs boktryckarkonst i ryggen spred sig hans texter runt om i Europa. Det sägs att han stod för 20 procent av alla nya böcker vid den tiden, och att han var tillika en intensiv brevskrivare med omfattande kontaktnät och en virtuos med pennan.[1]

En medaljong med hans profil hade på baksidan guden Terminus och mottot *Concedo nulli* (jag viker inte för någon), vilket antyder något om hans envishet att hålla fast vid sin övertygelse om var och ens rätt att kritisera även auktoriteter och att ha en egen åsikt och ge skäl för och emot den. Runt Erasmus fanns kanske inte helt oväntat mäktiga vänner och fiender som ömsom tävlade om hans gunst och

[1] En läsvärd bok är Nina Burton, Gutenberggalaxens nova. En essäberättelse om Erasmus av Rotterdam, humanismen och 1500-talets medierevolution samt om Albrecht Dürer, Hans Holbein d.y., Paracelsus, Martin Luther, Thomas More, Michael de Montaigne, diverse pedagoger, anatomer, encyklopeder, påvar och rebeller, Albert Bonniers Förlag 2016.

ömsom motverkade hans strävan efter samtal och dialog över gränser. Europa vid den tiden var inte utan stora och svåra konflikter.

Hans utsträckta anslag över ämnesgränser, tidsepoker, länder och politiska sfärer skedde i huvudsak för att åstadkomma öppna sinnen och förståelse för alternativ och erfara möjligheter till folkens gemenskap, och drog i det sammanhanget nytta av den kraft till förändring som fanns i renässansens Europa. Ersamusbron står idag symbol för det inkluderande perspektiv och brobygge som är så karakteristiskt för Erasmus och hans arbete. Det är enligt min mening tydligt att Erasmus av Rotterdam är *den komparativa rättens urfader.*

Vi som i modern tid arbetar med komparativ rätt och då studerar olika rättskulturer och rättsordningar gör det nämligen för att finna argument som överbryggar skillnader och ger lösningar på problem som är av ett gemensamt intresse — och ibland en skyldighet — för staterna att lösa. Olika källor analyseras och jämförs för att finna bevis för en gemensam nämnare. I regel handlar det om en rättighet eller rättsgrundsats och hur den upprätthålls i rättsordningen. Liksom för Erasmus är det viktigt för den som sysslar med komparativ rätt att tänka fritt och oberoende utan att särskild hänsyn tas till en eller annan nationell utgångspunkt, och att självständigt formulera frågor (temat), ge svar och leda samtalet vidare mot förhållanden kring vilka många kan samlas. Som en följd av språkförbistringen är översättningar viktiga även idag för att kunna genomföra arbetet på ett godtagbart sätt och leda en rättighet eller rättsskydd i bevis.

Min erfarenhet efter mer än två decenniers arbete med uppgifter som haft inslag av komparativa studier är emellertid den att sådana analyser och jämförelser är ovanliga i Sverige, både i lagstiftningen, rättstillämpningen och vid universiteten. I andra länder och på den internationella nivån däremot förutsätts ofta grundläggande kunskaper kring källor, metod och teori avseende jämförelser av rättsordningar bl.a. för att relatera det egna rättssystemet i sidled och få argument för och emot en viss rättsutveckling, även rörelseriktningar inom den internationella rätten.

Tanken med denna artikel är därför att i Erasmus anda öka intresset för det komparativa arbetssättet genom att förenklat förklara vad komparativ rätt är och hur sådana analyser och jämförelser kan få betydelse för rättstillämpningen och en global rättsordning, här med särskilt fokus på brottmålsområdet.

Efter en allmän introduktion följer ett avsnitt om källor m.m., domstolarnas betydelse i sammanhanget, internationella brott och situationer där samhället har kollapsat efter en konflikt och behov finns av *transitional justice* för att skapa och vidmakthålla principerna för rättsstaten (*the rule of law*) och upprätthålla mänskliga rättigheter. Som en avslutning noteras några utvecklingstendenser.

2 Komparativa studier — varför då?

Komparativa studier är inriktade på att kartlägga rättigheter och värden och de normer och principer som de ger uttryck för och formar. Forskningen avser i första hand rättskällor inom nationella rättsordningar, men rättigheter och normer på regional och internationell nivå ingår också. En slags *atlas* framträder vid analyser och jämförelser där likheter och skillnader mellan normsystem och rättigheter är mer eller mindre distinkta och får sin betydelse bl.a. i kontexten av gränsöverskridande aktivitet och internationell samfärdsel.

När lantmätaren mäter, väger in och bestämmer gränser som sedan fastslås på kartan och på så sätt sörjer för god grannsämja avser den komparativa juristen snarare att etablera likheter och det som förenar i stället för att nyttja differenserna som skäl för distans och hinder för en samverkan kring viktiga förhållanden i samhället. Argumentet att komparativa studier och dess slutsatser för en möjlig rättsutveckling i realiteten har *kolonisering* som drivkraft kan visserligen inte helt avvisas, men det ska förstås i kontexten av den skyldighet som världssamfundets stater har att *respektera och tillse respekt för rättigheter och värden* som är av ett gemensamt intresse att upprätthållas. Ursprunget till det *åtagandet* står bl.a. att finna i skriven internationell rätt och rättspraxis tillsammans med sedvanerätt på området och finner mandat i ett stort antal regionala och internationella organisationer, bl.a. FN, AU, Europarådet, EU, OAS, OSCE, OECD och ICRC.

Som exempel på sådana rättigheter och värden kan nämnas envars likhet inför lagen, rätten till icke-diskriminering, legalitetsprincipen som skydd mot godtycklighet (*the rule of law*) och mänskliga rättigheter generellt. Staters självbestämmande och suveränitet är mycket starka rättigheter enligt internationell rätt, men de kan påverkas och begränsas t.ex. genom en rättslig-humanitär intervention som ibland uppträder efter en konflikt för att möta ett behov av *transitional justice*. Vanligen finns då ett mandat från FN att åberopa, som utgör bevis för en regel *erga omnes* om rätt och skyldighet för staterna i världssamfundet att ingripa i situationen och bringa den till ett slut och tillse att nya situationer inte uppkommer i framtiden.

Ett *övergripande mål* med komparativa studier är således fred, rättvisa och säkerhet genom lag och med beaktandet av grundläggande rättigheter och värden.

Mera specifikt och betraktat ur *staters perspektiv* är studierna fruktbara vid mötet mellan den nationella rättsordningen och redan gjorda åtaganden enligt ett internationellt avtal, t.ex. den grad och omfattning som bör väljas av tolerans, approximering, acceptans och harmonisering på det aktuella rättsområdet. Sådan kunskap är värdefull även vid införandet av ny lagstiftning som sker trots frånvaron av åtaganden under en konvention, men där andra länder har valt att driva en policy under paraplyet av *soft law* som på sikt materialiseras som bindande rättsnormer på internationell nivå.

Ett exempel gemensamt för båda fallen är att regler för att åtkomma respektive att uppta bevis skiljer sig åt i olika jurisdiktioner, som vid en internationell, gränsöverskridande kriminalitet kan skapa hinder mot en snabb, grundlig och objektiv utredning, lagföring och bestraffning av den eller de personer som har begått brott. Rättigheter och värden som skyddas av rättsordningen riskerar att inte kunna upprätthållas på ett effektivt och praktiskt sätt, och på sikt äventyras bevarandet av rättsstaten och demokratiska institutioner.

När staters regelverk har olika formella och materiella villkor och därtill skilda nivåer rörande beviskraven för intrång i rättigheter bör *den misstänkte* ha ett skydd mot *forum shopping*. Han kan annars helt eller delvis berövas rätten till en laga och rättvis rättegång, t.ex. att tidigt få biträde av en försvarare vid förhör och att vid rättegången uppgifter i förhörsprotokoll från förhör med medmisstänkta som skett under förundersökningen tillåts i en större utsträckning än i staten där förhöret genomfördes. Andra exempel är villkoren för att använda uppgifter från kronvittnen som lämnas i anledning av ett processuellt avtal, anonyma vittnen och information och bevis som privatpersoner har åtkommit och sedan överlämnat till myndighet[2], och bevisanvändarförbud[3].

När *domstolar* nyttjar komparativa argument och slutsatser sker det vanligen som stöd vid tillämpningen av en redan befintlig rättsnorm eller rättsgrundsats,[4] och studien tillför bevis som möjliggör en utgång i målet utan att åsidosatta legalitetsprincipen. En rättsutveckling i praxis är både nödvändig och önskvärd, men den bör ske kontrollerat och successivt för att tillämpningen inte ska överraska parterna. Risken är annars att förbudet mot retroaktiv lag kränks i följd varav domstolen saknar jurisdiktion i sak och därför inte är inrättad enligt lag. Därmed skulle en mycket allvarlig kränkning av mänskliga rättigheter föreligga, och sannolikt föranleda straffansvar. Praxis bidrar för övrigt

[2] I Case of Jalloh v. Germany, Judgment, Strasbourg 11 July 2006 analyserar och jämför Europadomstolen regler för att framkalla kräkning i syfte att åtkomma svald narkotika, rätten för den misstänkte att vara passiv och bevisanvändarförbud vid kränkningar av hans rättigheter.

[3] För många år sedan var jag expert i en EU-arbetsgrupp (DG XX) vars uppgift var att arbeta fram grunderna för en EU-lagstiftning till skydd för EU:s finansiella intressen. Numera finns en särskild åklagarmyndighet för det ändamålet (EPPO). En viktig fråga var den om rättsverkan av att bevis åtkommits eller upptagits i strid med en rättsregel eller rättsgrundsats eller annars en rättighet då blivit kränkt, en annan avsåg indicier och hur de kan få betydelse i skilda sammanhang. Mötena präglades av ett konstruktivt utbyte av erfarenheter och argument och berikade framväxten av en regional standard på området och gav mycket lärdom. Senare har som bekant tillkommit både försvarardirektivet och direktivet om en förstärkt oskyldighetspresumtion med följdverkningar in i kärnan av den svenska straffprocessen. — Saknas gemensamma normer finns ibland att falla tillbaka på metanormer t.ex. lagen (2000:562) om internationell rättslig hjälp i brottmål och stadgan för Internationella brottmålsdomstolen i Haag.

[4] I Case of van der Heijden v. The Netherlands, Judgment, Strasbourg 3 April 2012 undersöker Europadomstolen lagstiftningen i stater under Europarådet rörande rätten för närstående till den misstänkte att vägra yttra sig, vartill Lundqvist, Laga och rättvis rättegång i praxis, Bokbyrån 2017, s. 396–398.

till framväxten av en internationell sedvanerätt, vilken är bindande för samtliga stater i världssamfundet med undantag för stater som åberopar och hävdar *persistent-objector-rule*.

Ur ett *partsperspektiv* kan komparativa argument nyttjas för att skapa likheter eller skillnader mellan normer eller rättigheter, vilket beroende på partsställningen är till parts för- eller nackdel. Strategier som formas av en princip om att destabilisera normsystemet genom analysen accentuerar ställningstaganden från domstolens sida i rättsfrågan, och en kränkt rättighet att den ska återvinnas och kompensation utgå till den skadelidande. Studierna kan med andra ord få betydelse både som svärd och sköld, allt efter omständigheterna, och ger parterna en möjlighet att kontrollera domstolen och utgången i målet — studien fungerar som en hävstång och konsoliderar parternas inflytande över förfarandet.[5]

3 Genomförandet

Komparativa studier med efterföljande analyser och slutsatser är inte något exakt som matematiska beräkningar eller lika lätta att mäta som ett längdhopp. Vad som granskas är dels förekomsten av en rättsnorm eller rättsgrundsats och dess relation till en rättighet eller värde (rättsverkan), och dels om staten menar att den är bindande (*usus* respektive *opinio juris*). Kriterierna kan förstås delvis som överlappande med varandra. Återfinns denna regel eller princip i andra rättsordningar ska under vissa villkor slutsatsen dras att den existerar i den internationella rätten, och är generellt tillämplig som sedvanerätt.

Betydelsen av komparativa studier är att sedvanerätt erkänns som en *rättskälla*, och kan åberopas i rättsliga sammanhang.[6] Men hur kan dessa båda krav på sedvanerätt ledas i bevis?

Urvalet av material är centralt. Det är viktigt att många rättsordningar, om inte alla, finns representerade och att olika rättskulturer får komma till tals. Tyvärr hör man ibland att stridslinjen står mellan *civil law*- och *common law*-traditioner, men det är en förenklad och vilseledande bild. I båda fallen finns inslag av *common law* respektive *civil law* invävda och inom respektive rättsfamilj finns det dessutom gradskillnader och dialekter. Vid en närmare undersökning visar det sig i regel att samma rättighet eller värde får rättsskydd, men utifrån delvis

[5] Under min tid som rådgivare vid Jugoslavientribunalen genomförde jag flera komparativa analyser och jämförelser för att nyttjas i planerade eller pågående mål. Ett större projekt med 25 medarbetare avsåg gränsdragningen och balansen mellan parternas inflytande över processmaterialet och förfarandet och domstolen, och fokuserade bl.a. på tidsbegränsningar för att presentera och uppta bevis, domstolens mandat att stryka åtalspunkter eller begränsa dessa, begränsa antalet vittnen som part får åberopa och den tid part har till förfogande för att presentera sin bevisning. I grunden handlade det om en skyndsam process utan att eftersätta kraven på rättssäkerhet och skydd för mänskliga rättigheter, och var nära sammanvävt med regler om ändring av talan och processuella avtal. Komparativa argument och slutsatser förekom ofta i parts inlagor, och i avgöranden från domstolen.

[6] Artikel 38 i stadgan för Internationella domstolen i Haag (ICJ). Se även artikel 21 i stadgan för Internationella brottmålsdomstolen i Haag (ICC).

olika utgångspunkter. Det beror av landets historia i ett politiskt, ekonomiskt, socialt och religiöst hänseende. Viktigt är också att underlaget omfattar rättssystem som för prövningen i högsta instans representerar principer för revision, kassation och appellation.

Statspraxis och bundenhet bevisas bl.a. genom lagstiftning och uttalanden i förarbeten, rättspraxis och uttalanden i skrift eller muntligen av personer som innehar en statsfunktion, typiskt sett statsministern, utrikesministern och justitieministern. Sammanställningar i vetenskapliga arbeten kan ge ett visst understöd för slutsatser genom destillering av fakta och systematisering.

Språkliga barriärer reser krav på översättningar, som är mycket dyra vid auktoriserade uppdrag. En annan utmaning är att det krävs mycket tålamod och ihärdighet att studera detaljer och ändå placera materialet i en kontext. Därtill kommer en *varierande terminologi*.

Vad som i en stat benämns som handläggning av ett åtalsbeslut kan i en annan splittras i olika prövningar och beslut under förfarandets olika delmoment med varierande begrepp. Bevisrätten lever emellanåt olika liv beroende på om förfarandet har ett jurysystem eller lekmän deltar vid förhandlingen och överläggningen till dom, och om förfarandet är uppdelat i en ansvarsdel och en senare påföljdsdel eller om det är en sammanhållen rättegång i båda dessa avseenden. Ett exempel är tillåtligheten av bevis genom hörsägen respektive bevis om karaktär hos en person som deltar i rättegången (tilltalad, målsägare och vittne). Frågor om relevans, trovärdighet och tillförlitlighet vävs därtill ofta samman med rätten för den misstänkte till en skyndsam rättegång och att anses oskyldig till dess att hans skuld lagligen blivit fastställd.

Variationer finns även mellan den *grad av inflytande* som part respektive domaren har att direkt eller indirekt påverka sammansättningen av underlaget till dom eller beslut och därmed kontrollera utgången i målet. Förutom vissa skillnader inom bevisrätten återkommer på motsvarande sätt ofta nyanser rörande gärningsbeskrivningen och i vad mån ändringar får ske i den när rättegången väl har inletts, vad part måste avslöja för motpart innan förhandlingen samt tillåtligheten av nytt bevis och vittnesattester som substitut för direkta förhör inför domstolen.

Därför är det viktigt att fokusera på regelns eller principens betydelse för en *rättighet eller värde*, som är en gemensam nämnare för alla stater bl.a. genom FN:s konvention om skydd för medborgerliga och politiska rättigheter. Detsamma gäller för krigets lagar eller 1949 års Genèvekonventioner, som är bindande sedvanerätt för alla stater i världssamfundet.

Även om det finns en hel del litteratur om komparativ rätt och trots ett förslag på riktlinjer framtagna av FN för hur villkoren för existensen av sedvanerätt bör prövas, kvarstår faktum att domstolarnas metod- och teorimedvetenhet är avgörande i det avseendet. Praxis

från regionala och internationella domstolar som prövar mål och ärenden om kränkningar av mänskliga rättigheter är därför av särskilt intresse i sammanhanget,[7] liksom uttalanden från FN:s säkerhetsråd som är bindande för alla dess medlemsstater. Av vikt är även besked och ställningstaganden från FN:s generalsekreterare och ordföranden för FN:s generalförsamling som emellanåt ventilerar en blandning av *soft law* och signalpolitik, och detsamma kan vara fallet rörande andra sådana organisationer. Närmast kan uppgifter av det slaget betraktas som indicium för en tendens, och utgör knappast i sig själv ett direkt bevis som orsakats av t.ex. en utveckling i rättspraxis eller etablerats genom skriven rätt.

4 Drivkrafter

Min erfarenhet är att det finns drivkrafter för rättsutveckling på ett *enskilt respektive allmänt plan*. Förstnämnda innefattar ett planerat eller pågående mål eller ärende vid domstol där part vill skapa bättre förutsättningar för framgång med sin talan, och relaterar med andra ord direkt till hans eller hennes rättigheter och att dessa blir effektiva och praktiska. Indirekt får slutsatserna av studien betydelse att stabilisera normsystemet.

I motsats till lagstiftaren eller en förhandlare vid en konferens om att anta en internationell konvention, som båda verkar på ett övergripande och allmänt plan, har domstolen båda dessa roller: dels ska den döma rätt och riktigt i det enskilda målet, och dels bör domstolen inte försitta möjligheten att förfina och utveckla rättsläget. Vid dispensprövningen i Högsta domstolen ges som bekant företräde åt det sistnämnda förhållandet framför parts intresse av att få en prövning i högsta instans.[8]

Internationella domstolar däremot lyder mera strängt under dilemmat att antingen upprätthålla rättssäkerhet i meningen av förutsebarhet (*the rule of law*) eller att tillgodose ett större behov av rättsutveckling jämfört med vad som normalt föreligger på nationell nivå. De nationella rättsordningarna är mera finmaskiga och detaljrika jämfört med den globala, som är tämligen grovmaskig men har exempel på tydliga och utvecklade mekanismer för att upprätthålla den enskildes rättigheter och bevara en gemensam kultur av värden.

Här är värt att notera att avgöranden från nationella domstolar utgör bidrag till underlaget för ett ställningstagande på det internationella planet om existensen av en sedvanerätt (det ena benet), och även till skriven internationell rätt och dess tillämpning (det andra benet). Det senare exemplet kan antingen avse ett avtal som ska förhandlas fram och slutas parterna emellan eller en redan ingången överenskommelse, vars betydelse är oklar i något avseende och behöver tolkas

[7] Även praxis från internationella brottmålsdomstolar. Se vidare tabellen i avsnitt 5.

[8] Jämför emellertid artikel 1 i Europakonventionen och rättsfallet NJA 2013 s. 746 om skyldigheten att avbryta en pågående rättighetskränkning.

och fyllas ut.[9] Hur överenskommelsen har förståtts av domstolar och lagstiftare i andra stater blir då relevanta bevis och argument för tillämpningen i det enskilda fallet, och bidrar liksom det aktuella avgörandet till att en regel i sedvanerätten blir etablerad.

5 Internationell straffrätt och global rättsordning

En anledning till att stater samarbetar på det rättsliga området generellt sett — inte minst rörande straffprocessrätt och straffrätt — är att underlätta handel och den internationella samfärdseln i stort[10] och att förebygga allvarliga kränkningar av rättigheter eller värden och i förekommande fall att lagföra och bestraffa den skyldige.

Därför skrivs avtal och staterna åtar sig att följa det och att vidta nödvändiga och tillräckliga ändringar i nationell rätt för att dra sitt strå till stacken och åstadkomma en fungerande regim. Som exempel kan nämnas konventioner rörande penningtvätt, terrorism, former av gränsöverskridande organiserad kriminalitet, folkmord, tortyr, brott mot mänskligheten och krigsförbrytelser.

Av särskilt intresse är här att det efter en längre tids arbete med start efter Nürnbergrättegången numera finns en internationell brottmålsdomstol i Haag med mandat att pröva allvarliga eller upprepade kränkningar av mänskliga rättigheter. Domstolen har stora likheter med regelverket för Jugoslavientribunalen (ICTY) och Rwandatribunalen (ICTR), men när de båda senare inrättats under kapitel VII i FN-stadgan vilar ICC på ett avtal (Romkonventionen).

Nya normer och strukturer träder således fram för att underlätta och gynna fred, rättvisa och säkerhet för den enskilde, företag och stater, och det sker på staternas eget initiativ och är frivilligt. I det sammanhanget bör nämnas FN:s 17 långsiktiga mål om utveckling (SDG) som avser en rad olika områden, bl.a. att utrota fattigdom, att främja hälsa och utbildning, infrastruktur och innovation och en hållbar samhällsutveckling. Motsvarande strategier finns antagna av andra organisationer, och gemensamt formar de en ordning av politiska och moraliska imperativ och åtaganden för stater och folkens välfärd.

Rättigheter som då berörs finns vanligen redan i konventioner, och åtminstone på sikt kan det förmodas att det sker en prövning inför domstol av ett anspråk. Därmed lämnas ett bidrag till en nationell rättsutveckling eller konsolidering, och indirekt initieras det en rättsutveckling inom den internationella rätten där det nationella avgörandet är ett komparativt bevis till stöd för existensen av en sedvanerätt på rättsområdet. Tillämpning av nationell rätt står således i en relation till internationell rätt och *vice versa* — det finns ett samband häremellan.

[9] Om tolkning av traktat, se artikel 31 i 1969 års Wienkonvention.
[10] World Trade Organisation (WTO).

En annan situation är förpliktande åtaganden som har skett under internationella konventioner. Vid en omvärldsanalys framkommer att samtliga världsdelar har konventioner om skydd för mänskliga rättigheter, och globalt finns bl.a. FN:s konvention om skydd för medborgerliga och politiska rättigheter.

Såvitt avser den senare föreskriver artikel 2, liksom artikel 1 i Europakonventionen, en skyldighet för staten att sanktionera kränkningar av de rättigheter som där upptas, t.ex. rätten till liv och en laga och rättvis rättegång och förbudet mot tortyr. Saknas ett sådant straffbud eller är nationell straffrätt otillräcklig ska en regel av det slaget införas eller modifieras för att tillgodose skyldigheten att upprätthålla effektiva och praktiska rättigheter. I annat fall är konventionsåtagandet åsidosatt genom passivitet och rättighetsskyddet i realiteten teoretiskt och illusoriskt.

Om vi vänder oss specifikt till brottmål och förfarandet, vilka rättigheter kan då vara gemensamma globalt sett och oberoende av om det råder fred eller väpnad konflikt?

Följande tabell är en god sammanfattning där rättigheterna lyfter fram att den misstänkte har ett människovärde och är ett subjekt med rätt att vara passiv i förfarandet och principen om maktdelning (en protektiv princip under legalitetsprincipen):[11]

att få en lagenlig och rättvis rättegång inför en domstol som är kompetent, opartisk och oberoende	att skyndsamt bli informerad om varuti brottsmisstanken består	att skyndsamt få en prövning av anklagelsen för brott inför domstol
att betraktas oskyldig till dess skuld har blivit lagligen fastställd	att inte vara tvingad att berika utredningen och rätt bl.a. att vara tyst	att få biträde av försvarare för att förbereda och utföra talan
att få förhöra vittnen m.fl. som åberopas mot den misstänkte och att själv få presentera bevis på villkor likvärdiga med vad som gäller för motparten	att bevisförbud finns som part kan åberopa mot att använda och uppta otillåtet åtkommet eller upptaget bevis som ska gallras bort från förfarandet och avvisas	att få överklaga domen till en högre rättsinstans
att förbud finns mot retroaktiv strafflag	att straffansvaret är personligt och individuellt och inte kollektivt	att förbud finns mot dubbelbestraffning

Konventioner om mänskliga rättigheter upphör inte att vara giltiga och tillämpliga vid en väpnad konflikt och stat som deltar under den ska så långt som möjligt på olika sätt aktivt verka för att upprätthålla konventionsskyddet för personer inom dess jurisdiktion, som inte

[11] Ulf Lundqvist, Laga och rättvis rättegång i praxis, s. 180–187.

nödvändigtvis sammanfaller med territoriet.[12] Vid sidan av konventionerna ska även krigets lagar beaktas. Tabellen visar rättigheter som är gemensamma och ska upprätthållas i både fredstid och väpnad konflikt.

Sett ur den misstänktes ställning som part med rättigheter återkommer i rättspraxis vissa uttryck för allvarliga eller upprepade kränkningar av hans rättigheter vid genomförandet av förfarandet mot honom, t.ex. *flagrant denial of justice, blatant rejection of the essential principles* och *gross violations of human rights*. Hans rättighet ska då återvinnas och en ny rättegång genomföras för att upprätthålla rätten till laga och rättvis rättegång. Ett exempel är vid godtycklig eller uppenbart oriktig bevisvärdering.

Rätten till rättvis rättegång är en regel i den *internationella sedvanerätten*.[13]

Den straffrättsliga sidan vid en kränkning av den gemensamma basen av rättigheter och värden eller åsidosättandet av regler eller principer för förfarandet är fristående och oberoende av den nyss nämnda om den misstänktes rättigheter. Men hur vet man att det finns ett straffbud i den internationella rätten vid allvarliga eller upprepade kränkningar av t.ex. rätten till laga och rättvis rättegång?

Det finns straffstadganden t.ex. rörande tortyr[14] och folkmord[15], som är internationella brott. Brottsbegreppet i internationell rätt är hittills tämligen öppet till sin konstruktion, men har gängse objektiva rekvisit (*actus reus*) och subjektiva villkor (*mens rea*). Mera utvecklade är reglerna kring straffansvaret då brott har förövats av flera gärningsmän, och något mindre det straffrättsliga påföljdssystemet och grunderna för ansvarsfrihet.[16] Vidare har regelverket för de internationella brottmålsdomstolarna inom sin jurisdiktion ingående definierat det kriminaliserade området vid allvarliga eller upprepade kränkningar av mänskliga rättigheter.

Man kommer långt med att etablera en sedvanerättslig norm om straffansvar för kränkningar av rätten till laga och rättvis rättegång vid en samlad studie av regionala och internationella konventioner på området. Adderas rättspraxis från internationella brottsmålsdomstolar ökar bevismassan för en sådan regel, och beaktas därtill nationella rättsordningar och övrig statspraxis står det klart att det finns ett straffansvar vid grova kränkningar av den rättigheten eller andra

[12] T.ex. Case of Ilaşco and Others v. Moldavia and Russia, Judgment, Strasbourg, 8 July 2004, vartill Lundqvist, a.a.s. 594–603 med hänvisningar.
[13] Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, Case No.: IT-95-14/1-A, Judgment, 24 March 2000 (ICTY).
[14] Prosecutor v. Anto Furundžija, Case No.: IT-95-17/1 T, Judgment, 10 December 1998 (ICTY).
[15] Croatia v. Serbia, Application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide, Judgment, 3 February 2015 (ICJ).
[16] Framförallt behövs mer vägledning i praxis från de internationella brottmålsdomstolarna innan konturerna framträder mera tydligt, men det kommer över tiden att bli klarlagt.

mänskliga rättigheter eller vid ett grovt åsidosättande av vad som gäller för att i laga ordning genomföra förfarandet mot en misstänkt.

De komparativa analyserna och jämförelserna blir det avgörande beviset för straffstadgandet, och ger därmed substans åt de uttalanden som FN:s säkerhetsråd och FN:s generalförsamling så ofta upprepat och betonat: allvarliga eller upprepade kränkningar av mänskliga rättigheter får inte förbli obestraffade utan den eller de skyldiga ska ställas inför rätta och svara för sina handlingar.[17]

Därmed sanktioneras utomrättsliga, godtyckliga eller summariska ”rättegångar” och ”påföljder”. Skenrättegångar, påtvingade försvinnanden och utomrättsliga eller summariska avrättningar är tyvärr förekommande runt om i världen även innevarande år 2019.[18]

Av reglerna till Internationella brottmålsdomstolen framgår i linje med detta att domstolen får överta mål från nationella myndigheter och domstolar när staten saknar vilja eller förmåga att sörja för ett effektivt förfarande i brottmål (förbud mot *shielding procedures*).[19]

6 Transitional justice

I en mera väglös terräng av rättsstat och mänskliga rättigheter, som ofta uppträder efter en avslutad konflikt, finns det ett behov av både konsolidering och förflyttning av en värdebas och rättigheter i riktningen mot fred, rättvisa och säkerhet genom lag. Det sistnämnda förutsätter uppfyllandet av vissa kvalitetskrav på lagstiftningen, och innan en ny regering har bildats eller annars omständigheterna är sådana att en procedur för normgivning som vi känner den fungerar, kan det vara en konstruktiv lösning att ha preliminära överenskommelser genom rundabordssamtal och konferenser som inkluderar aktörerna.[20]

Det är långt ifrån en snabb och enkel väg att gå där någon anser att fred bör ges företräde framför rättvisa och amnesti därför bör beviljas den som har begått krigsbrott, eller omvänt att rättvisan alltid ska ha sin gång även om den tar lång tid och drar väldiga kostnader och leder till ständigt uppblossande konflikthärdar.[21] Betydelsen av rättvisa som moment i en fredsprocess och på sikt institutioner som är stabila

[17] Lundqvist, a.a.s. 784–844 med hänvisningar.
[18] Se allmänt, UN Special rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, www.ohchr.org. Om utkast till nya regler rörande straff för brott mot mänskligheten, se International Law Commission (ILC), UNGA, A/CN.4/L.892, 26 May 2017.
[19] Artikel 17 i stadgan för ICC.
[20] FN:s särskilda mål för utveckling (SDG) kan förstås som ett ständigt pågående rundabordssamtal.
[21] Se t.ex. Report of the Secretary-General, The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies, Security Council, S/2004/616, 23 August 2004 och Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development. Protect, respect and remedy: a framework for business and human rights. Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie. Human rights council, A/HRC/8/5, 7 April 2008.

och har kapacitet och kompetens är en ganska besvärlig balansgång. Acceptansen av rättsliga ”nymodigheter” beror i viss mån av om ändringar i lagstiftning och internationella åtaganden kan förenas med det gamla rättssystemet och dess rötter. Om t.ex. fråga är om straffansvar kan det vara av värde att se om den nya regeln hade varit förutsebar i belysningen av äldre lagstiftning.[22] Detsamma gäller för påföljdsfrågor som bör förstås i kontexten av rättspraxis från det aktuella landet.[23]

Emellanåt aktualiseras överväganden huruvida en särskild tribunal bör inrättas som med internationella ledamöter ska pröva ansvaret för de personer som har begått grova brott mot mänskliga rättigheter, vilket då särskilt omsluter det politiska och militära ledarskapet. Ett exempel är staters intresse för en sådan domstol avseende personer som har tagits till fånga i Syrien med påstående om terrorism och andra allvarliga brott.

7 Inte nu, inte dit

Samarbetet på brottmålsområdet innefattar bl.a. regler och konventioner om utlämning för lagföring av brott och verkställighet av straff. Som bekant gäller då förutom ett krav på dubbel straffbarhet att rättegången i mottagande stat blir, respektive har varit, korrekt och rättvis. Exempel finns i praxis där utlämning har vägrats med hänvisning till att den bakomliggande domen inte tillkommit korrekt och inte är pålitlig.[24] Vid den bedömningen är det liksom vid humanitära skäl angeläget att få information från olika säkra källor. Komparativa argument kan komma i fråga rörande t.ex. tillämpningen av rätten till en rättvis rättegång, men de humanitära skälen är i regel svårbedömda i områden eller stater där förhållandena är oklara eller ändras snabbt. Utfallet av prövningen kan därmed bero av tid och plats för åtgärden. Det principiella alternativet för staten är att själv lagföra och bestraffa för att möta åtaganden under internationell rätt (*aut dedere aut judicare).* Begränsningar följer av specialitetsprincipen och t.ex. villkor för bevisanvändning i ett omedelbart, medelbart och efterföljande led.

8 Om framtiden

Över århundraden har en kulturell ”migration” successivt ägt rum där en global rättsordning växt fram i regi bl.a. av organisationer som AU, EU, FN och OAS, som har långsiktiga mål (SDG). Fram träder en gemensam värdegrund och rättigheter som den enskilde kan åberopa

[22] Prosecutor v. Milan Milutinović, Nikola Šainović and Dragoljub Ojdanić, Case No.: IT-99-37-AR 72, Decision on Dragoljub Ojdanić´s motion challenging jurisdiction — *Joint Criminal Enterprise,* Decision 21 May 2003, para. 40. Avgörandet är ett bra exempel på betydelsen av komparativ rätt rörande straffansvar när brott har förövats av flera gärningsmän, och se även Prosecutor v. Duško Tadić, Case No.: IT-94-1-A, Judgment, 15 July 1999 (ICTY Appeals Chamber).

[23] Artikel 24 i stadgan för ICTY.

[24] NJA 2014 s. 413.

inför domstol och på så sätt få ett effektivt och praktiskt rättsskydd. Även när det inte finns en global skriven rätt etableras på sikt en regel i internationell sedvanerätt. Beroende på omständigheterna är det en regel *erga omnes* med rätt och skyldighet för varje stat i världssamfundet att ingripa rättsligt för att avbryta en pågående rättighetskränkning, och tillse att situationen inte återkommer i framtiden.

I närtid ser vi ett komplext mönster av regler och rättigheter avseende internationellt samarbete på brottmålsområdet. FN:s bekräftelse av Nürnbergstadgan strax efter slutet av andra världskriget utgjorde den startsignal av arbete som idag resulterat i en fungerande internationell domstol på brottmålsområdet (ICC). Dess uppgift är att utreda, lagföra och bestraffa allvarliga och upprepade kränkningar av mänskliga rättigheter. Komparativa studier blir här värdefulla, eftersom domstolens stadga och andra regler utgör en kompromiss mellan olika rättskulturer. Hur motsvarande regler på nationell nivå fungerar, vilka de rättigheter är som skyddas och vilka principer som då vägleder tillämpningen blir angeläget och spännande att få kunskap om.

Omvänt gäller att 2014 års lag om straff för folkmord, brott mot mänskligheten och krigsförbrytelser bör förstås och tillämpas med ledning av ICC-stadgan och artikel 17 om förbud mot *shielding procedures*.[25] Nationell rätt bör inte tillämpas för att urholka straffrätten enligt stadgan eller rätten för den misstänkte till en laga och rättvis rättegång.

Kanske får vi i framtiden se nya brott t.ex. *ecocide* (ungefär synnerligen omfattande miljöskada) som en parallell till folkmord (*genocide*). Ett sådant brott finns i regelverket för flera stater,[26] men är inte ett internationellt brott. Internationell handel, växande ekonomier och innovationer som skapar eller bidrar till redan befintliga stora tek-

[25] Det är olyckligt att 2014 års lag om straff för folkmord, brott mot mänskligheten och krigsförbrytelser saknar regler om straffansvar när brott har förövats av flera gärningsmän (jfr artikel 25 i stadgan för ICC). De brottstyper lagen avser måste rimligen knytas till former för ett straffansvar så att det är möjligt att döma den eller de personer som har begått ett sådant allvarligt brott. Dagens praxis från Högsta domstolen rörande flera gärningsmän avser ju främst grova våldsbrott och bankrån med typiskt sett två eller tre förövare, vilket rimmar illa med de situationer som 2014 års lag avser. Bristen på ett klart och tydligt lagstöd med prövbara kriterier för att undvika godtycklighet i tillämpningen utmanar Europakonventionens krav på kvalitet i lagstiftningen för att lagligen kunna beröva någon hans rättigheter. Det finns här ett antal FN-konventioner att nyttja som en förlaga, t.ex. 2000 års konvention om straff för gränsöverskridande kriminalitet som för övrigt kriminaliserar deltagandet i en kriminell organisation (se prop. 2002/03:146 Sveriges tillträde till Förenta nationernas konvention mot gränsöverskridande organiserad kriminalitet). Om straffansvar för flera gärningsmän, se Ulf Lundqvist, Om prövningen av åtal för brott förövat av flera gärningsmän, Iustus Förlag 2010 och densamme, Laga och rättvis rättegång i praxis, s. 633–642 där även betydelsen av Artificiell Intelligens uppmärksammas. Där finns hänvisningar till viktiga avgöranden från internationella brottmålsdomstolar och betydelsen av komparativa analyser och jämförelser om straffansvar för flera gärningsmän och gränsdragningen mot deltagande i en kriminell grupp respektive konspiration.

[26] Bl.a. Kazachstan och Kirgizistan.

niska system väcker ständigt nya frågor om rättsskydd, sanktioner och marknadens förmåga till självsanering. WTO:s roll i sammanhanget är viktig där företagets rättigheter och ansvar påverkar en hållbar samhällsutveckling.

Tydlig är den ”klimatförändring” och de ”väderfenomen” som nu uppträder avseende rättigheter och värden vid genomförandet av förfarandet mot den misstänkte. Tidens lösen svänger i riktningen mot en ökad övervakning av enskilda och företag, privata initiativ till statliga funktioner mognar och tyvärr även känslor *en masse* att ta lagen i egna händer. Hur rättsstaten tar sig an denna utveckling är viktigt för upprätthållandet av de demokratiska institutionerna och ett effektivt och praktiskt skydd för mänskliga rättigheter och en fungerande internationell samfärdsel. Nära ansluter ett gott klimat för investeringar och företagande och därmed en hållbar samhällsutveckling.

Jag vågar påstå att sällan har det varit så angeläget som idag med samverkan stater emellan för att lösa trängande problem. Där har vi som sysslar med komparativ rätt i likhet med Erasmus en viktig uppgift att fylla genom att erbjuda kunskap, alternativ och konsekvensanalyser. Det är inte alltid utan komplikationer, och det kan vara lätt hänt att man möter både vänner och fiender på vägen, men arbetet bidrar till förståelse och tolerans.[27]

[27] I maj månad 2019 visades i regi av European Union National Institutes for Culture (EUNIC) och Goethe-Institut Schweden en utställning på Europahuset i Stockholm om de europeiska värderingarnas födelse, som bl.a. betonade betydelsen de tidiga humanisterna och renässansen för det moderna Europa och dess värderingar.