

Perspektiv på EU- och internationell straffrätt

Av rådmannen MARI-ANN ROOS

Utan att göra anspråk på något hundraårsperspektiv görs i denna artikel vissa reflektioner kring samspelet mellan den nationella och den internationella straffrätten med särskild betoning på det materiellt straffrättsliga (alltså frågan om vad som utgör ett brott och vilket straff som ska följa på detta) samarbetet inom Europeiska unionen (EU). Mervärdet av en tillnärmning av materiellt straffrättsliga regler utöver vad som krävs för att det praktiska samarbetet ska fungera och för att uttrycka en gemensam politisk ståndpunkt ifrågasätts.

Nationalstaten och straffrätten

Straffrätten har av tradition ansetts utgöra en av nationalstatens grundpelare. Till statens grundläggande uppgifter hör att skydda medborgarna och andra som vistas på statens territorium genom att upprätthålla lag och ordning. Detta sker bl.a. med hjälp av straffhot som utgör en del av statens våldsmonopol. Att staten med hjälp av straffrätten erbjuder skydd för den enskilde innebär emellertid inte att den enskilde kan härleda några rättigheter ur straffrätten. Straffrättens funktion är rent repressiv. Medborgarna har överlåtit "sin rätt" att använda våld för att skydda sig till person och egendom till staten i utbyte mot att staten erbjuder detta skydd.

Ett syfte med straffhotet kan sägas vara att i allmänhet och på individnivå avskräcka medborgare och andra under statens jurisdiktion från att begå brott. Av dessa dubbla funktioner anses allmänpreventionen vara den viktigaste och den i sin tur anses i stor utsträckning vara avhängig trovärdigheten hos straffrättssystemet som sådant. Medborgarna måste helt enkelt ha förtroende för statens sätt att förvalta sitt våldsmonopol. Straffhotet uttrycks i första hand genom nationella straffbud som prövas i nationella domstolar.

Straffrättens möte med omvärlden

Trots den materiella straffrättens utpräglat nationella karaktär har straffrätten i likhet med andra rättsområden varit föremål för internationell påverkan sedan lång tid tillbaka. Det har bl.a. handlat om att med straffrätten som verktyg dels beivra överträdelser av gemensamma spelregler för den internationella våldsanvändningen vid väpnade kon-

flikter (humanitär rätt), dels uttrycka ett gemensamt avståndstagande när det gäller vissa fenomen som bl.a. flygplanskapningar, tortyr, terrorism, narkotikahandel, människohandel, sexuella övergrepp mot barn och organiserad brottslighet. Denna typ av internationellt straffrättsligt samarbete har för Sveriges del tagit sig uttryck i straffrättsliga konventioner utarbetade inom ramen för i första hand Förenta nationerna och Europarådet. Även inom ramen för det rent nationella straffrättsliga lagstiftningsarbetet har man sedan lång tid tillbaka tagit intryck av lagstiftningen i andra länder, framför allt inom Norden men även övriga Europa (se t.ex. prop. 1962:10 med förslag till brottsbalk). Som en följd av detta, liksom av straffrättens grundläggande funktion som skydd för person och egendom, finns en tämligen stor internationell samsyn kring den centrala straffrätten när det gäller vad som bör straffas.

När det gäller den humanitära rätten och internationella brott har ett antal stater i viss utsträckning överlåtit eller delat med sig av sitt straffrättsliga monopol till internationella domstolar som Internationella brottmålsdomstolen och de tillfälliga tribunalerna för forna Jugoslavien, Rwanda och Sierra Leone. För att kunna göra det har staterna enats om såväl brottsdefinitioner och påföljder, som gemensamma processuella regler för de internationella domstolarna.

I den mån straffrättsliga regler som har sitt ursprung i internationella överenskommelser inte endast är avsedda att tillämpas av en internationell domstol, kommer de emellertid att bli en del av den nationella rätten som tillämpas och verkställs på nationell nivå. Reglerna måste i sådana fall passa in i det nationella straffrättsliga systemet på ett sätt som gör att dess trovärdighet och, i förlängningen, effektivitet kan upprätthållas.

Även om de straffrättsliga systemen inte varit immuna mot internationell påverkan, har olika staters straffrättsliga system i många fall vuxit fram under lång tid, ibland hundratals år, i ett specifikt historiskt och kulturellt sammanhang. Som en följd av detta finns det avsevärda skillnader mellan olika staters, i sig välfungerande, straffrättsliga system. Således finns skillnader mellan vad som är straffbart i olika länder, t.ex. när det gäller köp av sexuella tjänster, våld i hemmet, eutanasi, abort, innehav av cannabis, barnpornografiska framställningar, hädelse och nedskräpning. Skillnader finns också i hur straffvärda olika brott anses vara, vilka påföljder som kan följa på olika brott och hur dessa kan kombineras; som exempel kan nämnas påföljden villkorligt fängelse och om fängelse kan kombineras med böter. Vidare kan nämnas skillnader i hur man formulerar straffbud och påföljdsbestämmelser, synen på gärningspersonskap och medverkan, kriminalisering av försök och andra förstadier till brott, olika uppsåtsformer och uppsåtets nedre gräns, ansvar för oaktsamhet, försvarande och förmildrande omständigheter, regler för jurisdiktion och ansvar för juridiska personer.

Så länge det straffrättsliga samarbetet är mellanstatligt och i första hand handlar om att uttrycka ett gemensamt avståndstagande till olika typer av allvarliga brott innebär olikheterna mera sällan några oöverstigliga problem. Detta eftersom en stat kan avstå från att delta i samarbetet och de stater som deltar i förhandlingarna om nya straffrättsliga instrument har stora möjligheter att dels påverka innehållet i ett straffrättsligt instrument, dels anpassa genomförandet till det befintliga systemet. Det internationella straffrättsliga samarbetet bidrar också många gånger till en positiv rättsutveckling i de deltagande staterna, inte minst när det gäller respekten för mänskliga rättigheter och andra grundläggande värden.

EU och straffrätten

Med Lissabonfördragets ikraftträdande har det straffrättsliga samarbetet inom Europeiska unionen (EU) gått från att vara mellanstatligt till att bli överstatligt. Därtill kommer att EU-kommissionens initiativrätt stärkts, att Europaparlamentet blivit medbeslutande och att EU-domstolen fått full behörighet att pröva straffrättsliga instrument. Det innebär bl.a. att en medlemsstat genom beslut med kvalificerad majoritet kan bli bunden mot sin vilja, att en medlemsstat kan bli stämd inför EU-domstolen för bristande genomförande och att EU-domstolen har tolkningsmonopol när det gäller innebörden av en rättsakt. Som noteras i huvudartikeln i detta avsnitt finns skäl att anta att den påverkan som kommer från internationellt håll kommer att göra den svenska straffrätten mindre sammanhållen och därigenom successivt göra den svagare och mindre motståndskraftig.

Det här är en historisk maktförskjutning och för att kunna upprätthålla effektiviteten och de grundläggande principerna när det gäller straffrätten finns anledning att verka för att utvecklingen av EU-straffrätten sker på ett försiktigt och ansvarsfullt sätt som respekterar de rättsliga traditionerna i medlemsstaterna. I enlighet med vad som anförs i huvudartikeln finns också all anledning att arbeta för koherens och sammanhang när det gäller den fortsatta utvecklingen av EU-straffrätten.

Från ingen straffrättslig påverkan till straffrättslig kompetens

EU, eller snarare dess föregångare Europeiska gemenskapen (i det följande används enbart benämningen EU för att beteckna såväl Europeiska unionen som dess föregångare), skapades som ett fredsprojekt som med ekonomin som medel skulle förhindra krig mellan medlemsstaterna. I det projektet ansågs straffrätten under lång tid inte ha någon roll att spela och det ansågs dessutom att EU-reglerna inte skulle ha någon inverkan på den nationella straffrätten. Denna syn kom så småningom att förändras genom att det blev tydligt att det inte finns några vattentäta skott mellan rättsområdena för de fyra friheterna och

straffrätten. Det innebar bl.a. insikt om att straffrätten kan utgöra hinder för den fria rörligheten, att straffrätten kan behöva tolkas i ljuset av EU-rätten och att medlemsstaterna är skyldiga att skydda EU-intressen med straffrätt i den utsträckning som motsvarande nationella intressen skyddas av straffrättsliga regler.

I takt med att EU-rätten ianspråk tog allt större rättsområden, väcktes frågan om inte EU i enlighet med den grundläggande principen om lojalt samarbete också hade befogenhet att inom ramen för förstapelarsamarbetet föreskriva skyldigheter för medlemsstaterna att i vissa fall sanktionera överträdelser av EU-rättsliga regler med straffrättsliga bestämmelser. Att så var fallet bekräftades av EU-domstolen i de s.k. miljöbrotts- och fartygsföreningens målen där kommissionen förde talan mot rådet och argumenterade för att EU hade befogenhet att genom direktiv anta straffrättsliga regler (mål C-176/03 och C-440/05). I domarna uttalade EU-domstolen att även om straffrättslig lagstiftning i princip inte omfattas av gemenskapens befogenhet (förstapelarsamarbetet), kan gemenskapslagstiftaren, när det är absolut nödvändigt för att bekämpa allvarliga hot mot miljön, inte hindras från att förelägga medlemsstaterna att anta straffrättsliga bestämmelser för att säkerställa att gemenskapsrättsliga bestämmelser om miljöskydd får full verkan.

En stor majoritet av medlemsstaterna intervenerade i de båda målen på rådets sida mot kommissionen till stöd för uppfattningen att EU saknade nödvändig straffrättslig kompetens (i miljöbrottsmålet intervenerade 11 av de då 15 medlemsstaterna och i fartygsföreningens målet intervenerade 19 av de då 25 medlemsstaterna). Motståndet bland medlemsstaterna grundade sig bl.a. på det förhållandet att idén om att EU inom ramen för förstapelarsamarbetet skulle ha straffrättslig kompetens på ett flagrant sätt ansågs strida mot den grundläggande principen om tilldelad befogenhet, alltså att EU har kompetens att agera inom de områden där medlemsstaterna uttryckligen har överfört befogenhet till unionen (dom i mål C-176/03 p. 27). Vidare anförde rådet med stöd av de intervenerande medlemsstaterna att EU inom ramen för tredjepelarsamarbetet hade möjlighet att genom rambeslut fastställa minimiregler om brottsrekvisit och påföljder och att sådana straffrättsliga rambeslut också antagits för att komplettera gemenskapsrättsakter bl.a. när det gällde skyddet av euron mot förfalskning (p. 29 och 33).

Full fart, bromsen i botten — utvecklingen av det EU-straffrättsliga samarbetet

Det straffrättsliga samarbetet inom EU tog fart i och med att det i unionsfördraget från 1993 slogs fast att bl.a. straffrättsligt samarbete var ett område av gemensamt intresse. Det skapades också en möjlighet att inom ramen för tredjepelarsamarbetet anta gemensamma åtgärder (artiklarna K.1 och K.3). Formerna för det straffrättsliga samarbetet för-

tydligades genom antagandet av Amsterdamfördraget 1997. Enligt fördraget skulle de gemensamma insatserna i det straffrättsliga samarbetet omfatta bl.a. gradvisa beslut om åtgärder som fastställer minimiregler avseende brottsrekvisit och påföljder på områdena organiserad brottslighet, terrorism och olaglig narkotikahandel och det angavs att formen för tillnärmandet av medlemsstaternas lagstiftning var rambeslut (artiklarna 31.1e och 34.2b). Eftersom samarbetet skedde inom ramen för tredje pelaren rörde det sig om ett mellanstatligt samarbete där beslut fattades med enhällighet. Man skulle kunna beskriva det som att EU tillhandahöll ett ramverk för straffrättsligt samarbete mellan medlemsstaterna.

I miljöbrotts- och fartygsföreningens målen argumenterade de intervenierande medlemsstaterna alltså för att behovet av straffrättsliga sanktioner hade kunnat lösas genom ett rambeslut. Som framgått ovan var emellertid befogenheten att anta rambeslut enligt fördragets lydelse begränsad till områdena organiserad brottslighet, terrorism och olaglig narkotikahandel, medan miljöbrotts- och fartygsföreningens målen handlade om miljön. Fördragets lydelse hindrade dock inte medlemsstaterna från att utöver rambeslut om terrorism, narkotikahandel och organiserad brottslighet, anta rambeslut om så disparata frågor som bekämpande av rasism och främlingsfientlighet, penningförfalskning, förverkande, it-brott, människohandel, korruption och bekämpande av sexuella övergrepp m.m. mot barn.

Å ena sidan motsatte sig alltså en stor majoritet av medlemsstaterna bestämt att EU hade befogenhet att inom ett politikområde som tveklöst omfattades av EU:s kompetens, nämligen miljön, anta straffrättsliga bestämmelser (vilket paradoxalt nog inte hindrade medlemsstaterna från att under de samtidigt pågående förhandlingarna om ett nytt fördrag medverka till en kodifiering av domarna just i miljö- och fartygsföreningens målen). Å andra sidan medverkade medlemsstaterna genom antagandet av de ovan nämnda rambesluten mycket aktivt till att göra den materiella straffrätten till ett självständigt EU-politikområde.

Även om vissa av de nämnda rambesluten med lite god vilja skulle kunna sägas hänföra sig till området organiserad brottslighet framstår det, försiktigt uttryckt, som att fördragets ordalydelse inte var avgörande för antagandet av dessa rambeslut. I stället torde de vara uttryck för en tydlig politisk vilja hos medlemsstaterna att gemensamt vidta åtgärder när det gäller de brottsområden inom vilka rambeslut antagits. En bidragande orsak till den positiva inställningen kan också ha varit att samarbetet inom tredje pelaren var mellanstatligt, att Europaparlamentet inte var medbeslutande och att EU-domstolen hade begränsad befogenhet. Så även om ett rambeslut enligt artikel 34 i Amsterdamfördraget är bindande när det gäller de resultat som ska uppnås, överlåter det åt de nationella myndigheterna att bestämma form och tillvägagångssätt [för

genomförandet]. Därmed hade medlemsstaterna goda möjligheter att dels i kraft av sin vetorätt påverka innehållet, dels tolka lydelsen i enlighet med nationell rätt utan att riskera att bli föremål för överträdelsestalan för bristande genomförande.

Slut på det roliga — Lissabonfördraget

Lite drygt två år efter domen i fartygsföreningens målet trädde Lissabonfördraget i kraft den 1 december 2009. Därmed avskaffades tredjepelsamarbetet och det straffrättsliga samarbetet övergick från att vara mellanstatligt till att bli överstatligt med EU-domstolen som enväldig uttolkare av innebörden av medlemsstaternas EU-straffrättsliga åtaganden.

Resultatet av de två utvecklingslinjerna som beskrivits ovan när det gäller EU-straffrätten kommer till uttryck i artikel 83 i fördraget om EU:s funktionssätt. Enligt bestämmelsen får EU genom det ordinarie lagstiftningsförfarandet, där beslut fattas med kvalificerad majoritet och Europaparlamentet är medbeslutande, anta straffrättsliga direktiv som är bindande till det resultat som ska uppnås men överläter formen för genomförandet till medlemsstaterna. Direktiven får fastställa minimiregler om brottsrekvisit och påföljder och får enligt *första punkten* antas inom vissa uppräknade områden med särskilt allvarlig brottslighet med gränsöverskridande inslag till följd av brottens karaktär eller effekter eller av ett särskilt behov av att bekämpa dem på gemensamma grunder (det tidigare mellanstatliga samarbetet). Enligt den *andra punkten* får direktiv antas när det är nödvändigt för att effektivt genomföra unionens politik på ett harmoniserat område (bestämmelsen är en kodifiering av domarna i miljöbrotts- och fartygsföreningens målen). De uppräknade brottsområdena enligt den första punkten, terrorism, människohandel och sexuellt utnyttjande av kvinnor och barn, olaglig narkotikahandel, olaglig handel med vapen, penningtvätt, korruption, förfalskning av betalningsmedel, it-brottslighet och organiserad brottslighet, sammanfaller i stor utsträckning med de tidigare antagna rambesluten.

Den straffrättsliga kompetensen omgärdas av ett antal begränsningar som syftar till att säkerställa att åtgärderna respekterar de olika rättssystemen och rättstraditionerna i medlemsstaterna. Straffrättsliga åtgärder får endast antas i direktivform och det som får föreskrivas är minimiregler om brottsrekvisit och påföljder. Det har också inrättats en möjlighet för en medlemsstat att utnyttja den s.k. nödbromsen om ett direktivutkast bedöms negativt påverka grundläggande aspekter av medlemsstatens straffrättsliga system, vilket innebär en möjlighet att inte bli bunden av ett sådant direktiv (möjligheten har hittills inte utnyttjats). Slutligen har Danmark, Irland och Förenade kungariket undantag när det gäller det straffrättsliga samarbetet.

Sedan Lissabonfördraget trädde i kraft har materiellt straffrättsliga direktiv enligt artikel 83 första punkten antagits om människohandel,

sexuella övergrepp m.m. mot barn, it-brott, förverkande samt förfalskning av euron och andra valutor. Förhandlingar pågår också om ett direktiv om ändring av narkotikarambeslutet. Enligt den andra punkten har antagits ett direktiv om straffrättsliga påföljder för marknadsmissbruk och vid tidpunkten för denna boks färdigställande (november 2015) pågår förhandlingar om ett direktiv om skydd av EU:s finansiella intressen genom straffrättsliga bestämmelser (under behandlingen i rådet ändrades den rättsliga grunden till artikel 83.1). Direktivförslagen präglas av en uttalad ambition om en ökad tillnärmning på det materiellt straffrättsliga området. Tydligast är detta när det gäller förslagen om påföljdsbestämmelser som gått från att endast ange att påföljderna ska vara effektiva, proportionella och avskräckande, till förslag som anger lägsta maximistraff för olika typer av brott och ibland också lägsta minimistraff. Vidare föreslås regler om försvarande och förmildrande omständigheter, liksom regler om preskriptionstider. Liksom tidigare omfattar förslagen regler om jurisdiktion, anstiftan, medhjälp och försök, samt ansvar och påföljder för juridiska personer.

Den inledningsvis höga lagstiftningstakten inom EU efter Lissabonfördragets ikraftträdande har dock mattats påtagligt och inga nya materiellt straffrättsliga rättsakter är aviserade.

Eftertankens kranke blekhet — åter till ordningen?

Det saknas inte goda skäl att efter en lång period av intensivt lagstiftningsarbete när det gäller materiell EU-straffrätt ta ett steg tillbaka och analysera vad som åstadkommit och hur man bäst går vidare. Att EU fått ökad makt genom att kompetensen på det straffrättsliga området blivit överstatlig är uppenbart. Det finns dock tecken som tyder på att överstatligheten med allt vad den innebär fått till följd att medlemsstaternas intresse av materiellt straffrättsliga EU-instrument minskat. I rådets senaste femårsprogram för området för frihet, säkerhet och rättvisa sägs t.ex. endast att ”den övergripande prioriteringen är att konsekvent införliva och effektivt genomföra och konsolidera befintliga rättsliga instrument och politiska åtgärder” (Strategiska riktlinjer fastställda av Europeiska rådet den 26–27 juni 2014).

Man kan också fråga sig — vad, utöver det politiska signalvärdet som förvisso inte ska underskattas, är till syvende og sidst mervärdet av det materiellt straffrättsliga samarbetet inom EU och i andra internationella sammanhang.

Att det finns ett behov av gränsöverskridande samarbete när det gäller brottslighet med gränsöverskridande inslag är uppenbart. Det kan t.ex. röra sig om samarbete mellan olika staters brottsbekämpande myndigheter för att gripa och lagföra misstänkta personer, för att identifiera och säkerställa bevisning, för att beslagta och förverka egendom eller för att verkställa påföljder. Sådant samarbete sker sedan lång tid tillbaka ge-

nom bilaterala och multilaterala överenskommelser om internationell rättslig hjälp. Inom EU sker sådant samarbete dels enligt artikel 82 i fördraget om EU:s funktionssätt och bygger på principen om ömsesidigt erkännande av domar och rättsliga avgöranden, dels enligt artikel 87 som rör polissamarbete. För att detta samarbete ska fungera krävs ett visst mått av förtroende mellan de samarbetande staterna. Förutsättningar för ett sådant förtroende kan skapas på olika sätt, t.ex. genom att i överenskommelserna stadga om rättssäkerhetsgarantier, vägransgrunder eller möjligheter att förena samarbetet med villkor av olika slag. Förtroendet kan också, som fallet ofta är när det gäller samarbetet inom Norden, bygga på liknande rättstraditioner och lagstiftning.

En viss samsyn kring den brottslighet som samarbetet rör torde också vara en nödvändig förutsättning för ett fungerande samarbete. För att samarbeta kring t.ex. terrorism, människohandel eller narkotikahandel behöver man vara — i vart fall någorlunda — överens om vad som utgör terrorism, människohandel och narkotikahandel. Detta innebär dock inte att man kan eller bör använda behovet av samarbete som ett argument för kriminalisering som sådan, utan endast att det kan utgöra ett skäl för att vidta åtgärder på EU-nivå. Detta ligger också i linje med en möjlig läsning av Lissabonfördragets artikel 83.1 enligt vilken en förutsättning för tillnärmning av materiellt straffrättsliga regler är att ”det finns ett särskilt behov att bekämpa [brotten] på gemensamma grunder”¹. Detta skulle i och för sig kunna tolkas som något som kommer i konflikt med principen om att straffrätten inte ska vara tjänande. Men en lösning på den konflikten kanske finns i begreppet ”tillnärmning” (se art. 82.1 med hänvisning till art. 83 i Lissabonfördraget), som ger en fingervisning om att det inte i första hand handlar om nykriminalisering utan om tillse att de straffrättsliga bestämmelserna inom de områden där EU ianspråktagit sin straffrättsliga kompetens är så likartade att det går att — just det — samarbeta kring dem?

Utöver en viss samsyn kring den brottslighet man ska samarbeta om är det tveksamt i vilken utsträckning man behöver vara överens om sådant som straffskalor, straffvärdefaktorer eller straffmätning eller regler om preskription eller jurisdiktion. Under överskådlig tid kommer straffhotet trots allt att i första hand fortsätta att uttryckas genom nationella straffbud som prövas i nationella domstolar. Och, som inledningsvis påpekats, fungerar allmänpreventionen bäst när straffrättssystemet är trovärdigt. Individualpreventionen å sin sida torde fungera bäst där risken för upptäckt är som störst och inte där straffet är som strängast.

Det kan alltså ifrågasättas om en mera långt gående tillnärmning av de straffrättsliga regelverken inom EU:s medlemsstater har någon faktisk betydelse för det praktiska straffrättsliga samarbetet eller i övrigt

¹ Se Petter Asp; *The Substantive Criminal Law Competence of the EU* (2012), s. 85 ff.

ger något egentligt mervärde. Krav på stora ingrepp i medlemsstaternas straffrättsliga system när det gäller t.ex. synen på straffvärde, påföljder och preskription riskerar att bidra till en ökad fragmentisering av de straffrättsliga systemen i medlemsstaterna och, med Petter Asps ord, göra dem mindre motståndskraftiga. Om detta inte uppvägs av ett påtagligt mervärde kan det förklara medlemsstaternas till synes minskande intresse av materiellt straffrättsliga instrument.

Kanske är det dags att ta ett steg tillbaka och erinra om att respekten för medlemsstaternas olika rättssystem och rättsliga traditioner också utgör en viktig förutsättning för ett välfungerande område för frihet säkerhet och rättvisa (artikel 67.1 fördraget om EU:s funktionssätt). Kanske är det dags att låta EU:s materiella straffrätt bidra där den verkligen behövs, alltså som ett uttryck för en gemensam politisk vilja att bekämpa vissa typer av brott och när det är nödvändigt för att underlätta det praktiska samarbetet. Och i det vidare internationella sammanhanget torde det finnas goda skäl att hålla sig på den inslagna vägen och använda straffrättsliga instrument som ett uttryck för en gemensam ambition att bekämpa brottslighet som på olika sätt berör det internationella samfundet.