

Rätt i tiden

Av riksåklagaren ANDERS PERKLEV

I en tid av snabb rättsutveckling ställs vi allt oftare inför frågan hur ett nytt rättsläge inom straffrättens och straffprocessrättens område ska förhålla sig till redan begångna gärningar och redan meddelade domar. Olika principer ställs mot varandra när man ska fastställa i vilken mån ett förändrat rättsläge ska ges retroaktiv verkan. En viktig omständighet är om det nya rättsläget är till fördel eller till nackdel för den tilltalade. Men det har också betydelse om rättsutvecklingen sker genom lagstiftning eller ny praxis. Europarättens ökade inflytande i Sverige har skapat nya frågeställningar rörande den tillbakaverkande effekten av ny praxis, bland annat när det gäller att slå fast vid vilken tidpunkt ett nytt rättsläge egentligen har inträtt.

Inledning

Gällande rätt förändras. Såsom Petter Asp har beskrivit i sin artikel finner vi oss i en ständigt pågående rättsutveckling där såväl lagstiftning som rättspraxis hela tiden förnyas.

All rättsutveckling är resultatet av mänskliga beslut som får antas vara rationella. En förändring av rättsläget inträder endast om lagstiftare eller rättstillämpare anser att det finns en ordning som är bättre eller mer förenlig med överordnade principer än den som redan råder. Således brukar en lite större lagändring benämnas reform. Av detta följer motsatsvis att den tidigare ordningen har bedömts vara mindre bra eller till och med felaktig. Det sistnämnda får antas gälla när rättsutvecklingen har gått från en ståndpunkt till den diametralt motsatta.

Att överge ett visst rättsläge kan ta olika lång tid. Ofta sker det i små steg varvid det nya synsättet aldrig ställs i kontrast mot det gamla. Det finns emellertid situationer där en förändring sker hastigt och motsättningen mellan ett nytt och ett tidigare rättsläge blir väldigt tydlig. I sådana fall får det stor betydelse från vilken tidpunkt den nya ordningen ska gälla. Likaså blir det viktigt att fastställa hur den nya ordningen förhåller sig till redan inträffade händelser och redan fattade beslut.

Avsikten med denna artikel är att översiktligt beskriva och i någon mån reflektera över hur övergången till ett nytt rättsläge inom straffrätten och straffprocessrätten förhåller sig till förfluten tid.

Nytt rättsläge genom lagstiftning

Ny lagstiftning som innebär utvidgning av det kriminaliserade området eller skärpta påföljder får endast tillämpas på gärningar som har begåtts efter ikraftträdandet. För annan lagstiftning inom straffrättens

och straffprocessrättens område gäller som huvudregel att den nya lagstiftningen omfattar även redan begångna brott. Begränsningen av den retroaktiva effekten hos skärpt lagstiftning följer av legalitetsprincipen; ingen får dömas till strängare straff för en gärning än vad som var stadgat när gärningen begicks. Legalitetsprincipen finns fastslagen både i regeringsformen och i Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna. Motsvarande regel kommer också till uttryck i 5 § brottsbalkens promulgationslag. Denna gäller generellt som övergångsbestämmelse för all straffrättslig lagstiftning, om inte annat har föreskrivits.

Legalitetsprincipen omfattar enbart den materiella straffrätten. Straffprocessuella bestämmelser och regler om verkställighet av straff kan ändras på ett sätt som är till nackdel för gärningsmannen också med avseende på redan begångna brott. Sådana lagändringar får som regel fullt genomslag den dag de träder i kraft, om inte lagstiftaren bestämt annorlunda i övergångsbestämmelser. Det enda undantaget från det nu sagda torde vara förbudet i regeringsformen mot att inrätta en särskild domstol för redan begångna brott.

Ett specialfall utgörs av reglerna om preskription av straffrättsligt ansvar. Dessa är visserligen att hänföra till den materiella straffrätten — åtalet ska ogillas om preskription har inträtt — men legalitetsprincipen hindrar inte att preskriptionstider förlängs med avseende på redan begångna brott. Så länge straffrättsligt ansvar var föreskrivet vid tidpunkten för gärningen är det möjligt att döma till det straff som då var föreskrivet, även om den preskriptionstid som gällde vid gärningstillfället har löpt till ända. Således är det tillåtet att med retroaktiv verkan ändra bestämmelser om preskription också till nackdel för gärningsmannen, åtminstone såvitt avser brott för vilka preskription ännu inte har inträtt.

Här kan man se ett över tiden förändrat synsätt. Vid brottsbalkens ikraftträdande 1965 gällde som huvudregel att nya längre preskriptionstider inte skulle tillämpas med retroaktiv verkan (se 12 § brottsbalkens promulgationslag). Från mitten av 1990-talet har emellertid vid förlängning av lagstadgade preskriptionstider föreskrivits att de längre tiderna ska gälla också redan begångna brott, förutsatt påföljd inte redan bortfallit enligt tidigare regler.

Nytt rättsläge genom praxis

Förändringar av rättsläget som sker genom ny praxis träder ikraft omedelbart även om förändringen innebär en skärpt reaktion mot brott. Legalitetsprincipen innebär inte något hinder mot detta så länge den skärpta reaktionen har stöd i straffbudets ordalydelse och ryms inom den gällande straffskalan. De lagliga förutsättningarna för den nya praxisen måste således ha förelegat vid tidpunkten för brottet, även om straffbestämmelsen då tillämpades på ett annat sätt. Att det kriminaliserade området inte kan utvidgas utöver vad ordalydelsen medger följer

av förbudet mot analogisk tillämpning av straffbud, som är ett utflöde av legalitetsprincipen.

Att ändrad praxis har retroaktiv verkan kan sägas vara en nödvändighet. Domstolspraxis förändras genom avgöranden av konkreta fall och dessa avser alltid redan begångna brott. Ett förbud mot en skärpt tillämpning av strafflagstiftning med avseende på redan begångna brott skulle således innebära att praxis bara kunde utvecklas i mildrande riktning. Eftersom de flesta straffskalor är förhållandevis vida och många straffbud har ett betydande utrymme för olika tolkningar kan en förändrad praxis få stora konsekvenser för den enskilde. Ett exempel på detta är den omläggning av praxis för straffmätning av narkotikabrott som inleddes genom NJA 2011 s. 357. I det aktuella fallet satte Högsta domstolen ned påföljden för två av de tilltalade, från 14 till fyra års fängelse. Även bland de följande rättsfallen som avsåg olika narkotiska preparat finns exempel på att förändringen av praxis kan få mycket stor betydelse för straffmätningen i det enskilda fallet.

Kraftiga och snabba omsvängningar av påföljdspraxis är problematiska i åtminstone två hänseenden. Dels minskar förutsebarheten övergångsvis, dels leder sådana förändringar oundvikligen till att lika fall behandlas olika beroende på tidpunkten för lagföringen.

Från den enskildes perspektiv utgör minskad förutsebarhet kanske inte ett så stort problem så länge förändringen av praxis går i mildrande riktning. Om emellertid praxisbildningen går i skärpande riktning kan samma skäl som ligger till grund för legalitetsprincipen anföras mot att ny praxis ska träffa redan begångna gärningar; den enskilde har inte kunnat veta vad han hade att förhålla sig till. Högsta domstolen uttalar också i rättsfallet NJA 1999 s. 102 att ”retroaktiva inslag bör undvikas vid tillämpning av strafflag”.

Oavsett i vilken riktning praxis förändras, kan den situation uppstå att två gärningsmän som ungefär samtidigt har begått identiska brott behandlas helt olika vid bedömningen av ansvarsfrågan eller vid straffmätningen om den ene döms före och den andre efter att praxis ändrats. Detta väcker givetvis frågor från ett rättviseperspektiv.

Ny praxis som grund för resning?

Högsta domstolen prövade 2011 även en ansökan om resning med anledning av den förändrade straffmättingspraxisen i narkotikamål (mål nr Ö 3071-11). Domstolen konstaterade att ny praxis inte utgör en sådan ny omständighet eller nytt bevis som kan utgöra grund för resning enligt 58 kap. 2 § 4 rättegångsbalken. Inte heller innebär det förhållandet att Högsta domstolen ändrat praxis att tidigare rättstillämpning som utgått från då gällande praxis kan anses uppenbart strida mot lag på sätt som avses i femte punkten i lagrummet. Högsta domstolen avslag därför resningsansökan.

Den tillbakaverkande effekten av ny lagstiftning och förändrad rättspraxis sträcker sig alltså i normalfallet som längst till att omfatta mål och ärenden där det ännu inte finns något lagakraftägande avgörande. Detta ligger i linje med den orubblighetsprincip som brukar åberopas för att ställa kraven för resning högt. Såväl parter som samhället i övrigt ska kunna förlita sig på att ett lagakraftägande avgörande står fast och kunna inrätta sig därefter.

Det förekommer att flera dömda personer överklagar sina respektive domar till Högsta domstolen med avseende på samma rättsfråga. Om Högsta domstolen tar upp ett av dessa och förändrar praxis till den dömdes förmån beviljar domstolen normalt prövningstillstånd även beträffande övriga klagande, så kallat häng-pt. På så vis är det möjligt att minska den orättvisa som kan bli följderna av att ny praxis inte har tillbakaverkande effekt med avseende på redan lagakraftägande domar.

Praxisbildning vid tillämpning av extraordinära rättsmedel

Ett undantag från regeln att ny praxis inte träffar lagakraftägande avgöranden är om Högsta domstolen skapar ny praxis i ett ärende som avser extraordinära rättsmedel. Sådana rättsmedel tar ju definitionsmässigt sikte på domar och beslut som har vunnit laga kraft. Om Högsta domstolen beviljar resning av en dom genom att frångå ett tidigare rättsläge som hade lett till motsatt slut, bör detta leda till att också andra domar kan resas där omständigheterna är desamma. I sådana fall kan åtminstone teoretiskt sett den retroaktiva verkan av avgörandet sträcka sig mycket långt tillbaka i tiden.

I rättsfallet NJA 2014 s. 482 slog Högsta domstolen fast att en adjungerad ledamot av en hovrätt var att betrakta som jävig vid handläggning av brottmål i det att ledamoten samtidigt var tjänstledig från anställning vid Åklagarmyndigheten. Av 58 kap 2 § 2 rättegångsbalken följer att det förhållandet att en ledamot av rätten varit jävig utgör grund för resning av en dom, om det inte är uppenbart att jävet inte påverkat utgången i målet.

Att åklagare för begränsad tid adjungeras i hovrätt har varit en etablerad ordning under lång tid och har syftat bland annat till att bredda rekryteringen till domarbanan. Högsta domstolens beslut måste därför anses grunda ny praxis med tillbakaverkande effekt. Det innebär att ett mycket stort antal domar skulle kunna bli föremål för resning i och för sig.

Högsta domstolen kom emellertid fram till att det var uppenbart att jävet inte hade påverkat målets utgång och avslag därför resningsansökan. Därigenom mildrade domstolen påtagligt konsekvenserna av sitt ställningstagande i jävsfrågan. Om samtliga avgöranden med en adjungerad ledamot som var tjänstledig från Åklagarmyndigheten blev potentiella resningsärenden skulle detta kunna leda till att ett stort antal rätte-

gångar behövde tas om med en ny sammansättning av rätten. Eftersom bevisläget försämrades över tiden skulle detta sannolikt leda till att många av åtalen ogillades. En sådan retroaktiv verkan av Högsta domstolens praxisbildning hade alltså kunnat få mycket långtgående följder.

Ny straffmätning av tidigare domar

En annan situation då en lagakraftäggande dom kan komma att prövas mot ny praxis är då en sådan dom ska läggas till grund för ett nytt beslut i domstol. Fråga är om domstolen i ett sådant fall ska ta hänsyn till att den tidigare domen har tagit sin utgångspunkt i en praxis som inte längre gäller. Hovrätten för Västra Sverige har i en dom om grovt narkotikabrott (mål B 1780-15) prövat om tidigare villkorligt medgiven frihet ska förverkas på grund av återfall under prövotid. Hovrätten skriver i sina domskäl:

”Om hovrätten nu, och med ledning av senare års påföljdspraxis, hade bestämt påföljd för de brott NN dömdes för år 2005 hade den blivit ett flera år kortare fängelsestraff än vad som blev fallet. Som en konsekvens av det hade prövotiden redan gått ut när NN begick de nya brotten. Därmed hade det saknats förutsättningar att förverka villkorligt medgiven frihet. Med hänsyn till detta framstår det som oskäligt att nu ens till någon del förverka villkorligt medgiven frihet.”

Hovrätten satte alltså den tidigare straffmätningen i relation till senare praxis för att bedöma om det kunde anses oskäligt att förverka villkorligt medgiven frihet. Ett motsvarande resonemang finns i en dom från Svea hovrätt (mål B11658-14). Prövningen kommer inte i konflikt med orubblighetsprincipen i och för sig eftersom den tidigare domen inte påverkas som sådan. De båda domarna kan dock anföras som exempel på att ny praxis kan få återverkningar också med avseende på redan lagkraftvunna avgöranden. (Hovrättens för Västra Sverige dom har överklagats till Högsta domstolen, som har beviljat prövningstillstånd men ännu inte avgjort målet.)

En situation som liknar den nu beskrivna uppkommer när ett livstidsstraff ska tidsbestämmas enligt lagen (2006:45) om omvandling av fängelse på livstid. Enligt 4 § ska domstolen vid omvandlingen bland annat beakta vad som av domen framgår om de omständigheter som har legat till grund för att bestämma straffet till livstids fängelse. I praktiken måste domstolen då göra en ny straffmätning för att kunna fastställa längden av det tidsbestämda fängelsestraffet. Det är ofrånkomligt att detta kommer att ske med utgångspunkt från den praxis som råder vid tidpunkten för omvandlingen som alltid ligger mer än tio år senare än gärningen. I de fall tidsbestämningen sker huvudsakligen utifrån straffvärdet kan en förändrad straffmätningsspraxis på så sätt få en mycket påtaglig retroaktiv effekt.

Nytt rättsläge genom förändrad praxis i Europadomstolen

Europarättens ökade inflytande på rättstillämpningen i Sverige har lagt en ny dimension till frågan om den retroaktiva verkan av ett förändrat rättsläge. Av regeringsformen följer att innehållet i Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna — vid en normkonflikt — har företräde framför bestämmelser i vanlig lag. Europakonventionen är liksom många andra internationella traktat förhållandevis allmänt hållen och får sitt närmare innehåll genom Europadomstolens uttolkning. I princip samma sak kan sägas om EU:s rättighetsstadga och EU-domstolen, såvitt avser tillämpning av unionsrätten.

De mål som tas upp till prövning av Europadomstolen avser i princip alltid ett lagakraftgäande avgörande i någon medlemsstat; alla inhemska rättsmedel måste vara uttömda. Medlemsstaten som sådan är motpart till den klagande. Domstolen kan inte formellt upphäva en dom eller ett beslut i en medlemsstat. Prövningen avser frågan om medlemsstatens agerande, eller underlåtenhet, har kränkt den klagandes rättigheter enligt konventionen. Om så anses vara fallet ska medlemsstaten kompensera klagande på sätt som domstolen bestämmer, vanligen genom att betala skadestånd.

Konsekvensen av ett avgörande i Europadomstolen kan emellertid bli att en ordning som tidigare har ansetts utgöra gällande rätt i Sverige anses stå i strid med konventionen och därför inte ska tillämpas. Om Sverige är part följer detta direkt av konventionen (se artikel 46). Men även i andra fall kan en dom från Europadomstolen få denna effekt, om den innebär att domstolen etablerar ny praxis. Eftersom konventionen har införlivats i svensk lag kan den också fylla ut svensk rätt. Europadomstolen kan således vid sidan av den svenske lagstiftaren och Högsta domstolen med direkt bindande verkan förändra innehållet i svensk rätt. Frågan är hur en sådan förändring förhåller sig till förfluten tid.

När man ska besvara denna fråga måste man hålla i minnet att Europadomstolens praxisbildning inte enbart syftar till att precisera hur konventionen ska tolkas utan även till att utveckla dess innehåll. Detta innebär att konventionen är ett levande dokument vars bestämmelser över tiden kan ges en ny innebörd utan att dess lydelse behöver förändras. Europadomstolen kan på detta sätt sägas ha rollen som både lagstiftare och rättstillämpare.

Högsta domstolen i plenum slog i rättsfallet NJA 2013 s. 502 fast att den i Sverige tillämpade ordningen att genom olika förfaranden både påföra skattetillägg och döma ut straff för samma gärning strider mot förbuden mot dubbel lagföring (*ne bis in idem*) i artikel 4 i Europakonventionens sjunde tilläggsprotokoll samt artikel 50 i EU:s rättighetsstadga. Avgörandet hade föregåtts av en längre tids diskussion om hur Europadomstolens praxis skulle uppfattas. Europadomstolen hade visserligen i ett avgörande 2004 (Rosenquist mot Sverige) kommit fram

till att den svenska regleringen var förenlig med förbudet, men därefter i ett senare avgörande förändrat sin tolkning av artikel 4. Det senare avgörandet (Zolotukhin mot Ryssland) avsåg disciplinpåföljd respektive straff för en förseelse på en militärförläggning i Ryssland och tog alltså inte direkt sikte på svenska förhållanden. Högsta domstolen gjorde i NJA 2010 s. 168 bedömningen att Zolotukhindomen inte skulle anses innebära att det svenska systemet med skattetillägg och straff för skattebrott kunde anses oförenligt med Europarätten. Denna linje höll alltså Högsta domstolen fast vid fram till 2013.

Normalt sett skulle Högsta domstolens nya tolkning endast komma att få betydelse för framtida fall och vid avgörande av pågående mål som ännu inte vunnit laga kraft. Högsta domstolen konstaterade emellertid i ett senare avgörande (NJA 2013 s. 746) att den som för samma gärning både påförts skattetillägg och dömts för skattebrott hade utsatts för en kränkning av sina rättigheter enligt konventionen. Frågan var hur sådana, i många fall pågående, kränkningar skulle hanteras. Högsta domstolen fann att rättegångsbalkens regler inte innehöll tillräckligt stöd för att bevilja resning av domarna. Istället ansåg man att artikel 13 i Europakonventionen, som föreskriver att den vars rättigheter har kränkts ska ha tillgång till effektiva rättsmedel, kunde läggas till grund för att undanröja ådömt ansvar för skattebrott i ett resningsförfarande. Resonemanget byggde på att undanröjande av ett felaktigt avgörande i vissa fall kan utgöra en ändamålsenlig form av kompensation enligt Europarätten. Man kan säga att Högsta domstolen på detta sätt tillskapade en ny resningsgrund i svensk rätt. Högsta domstolen fastslog samtidigt att brytdatum för det nya rättsläge som fastställts i det tidigare pleniavgörandet skulle vara den 10 februari 2009 det vill säga dagen för Europadomstolens dom i Zolotukhin-fallet. Motsvarande praxis har utvecklats av Högsta förvaltningsdomstolen med avseende på de fall där det är beslutet om skattetillägg som ska anses angripbart enligt principen om *ne bis in idem*.

Högsta domstolens avgöranden i fråga om förbudet mot dubbel lagföring för samma gärning har hittills lett fram till att Högsta domstolen eller hovrätter har beviljat resning av omkring 300 domar avseende skattebrott. I de flesta fall har det ursprungliga åtalet omfattat också andra brott vilka inte har ansetts grunda sig på samma gärning som skattetillägget, exempelvis bokföringsbrott eller försvärande av skattekontroll. Högsta domstolen har i dessa fall återförvisat målet till hovrätten för ny påföljdsbestämning och prövning av särskild rättsverkan av brott.

När Högsta domstolen klaggjorde hur artikel 4 i tilläggsprotokollet skulle tillämpas i svensk rätt tog man sin utgångspunkt i rättegångsbalkens regler om lis pendens. Man ansåg att svenska rättstraditioner skulle vara styrande för tillämpningen och slog därför fast att som huvudregel ska det senast inledda av två parallellt pågående förfaranden anses som

rättsstridigt. På motsvarande sätt ska det sist inledda förfarandet bli föremål för resning om det har resulterat i ett avgörande som har vunnit laga kraft.

Europadomstolen har därefter i avgörandet *Lucky Dev* mot Sverige bekräftat Högsta domstolens uppfattning att det svenska systemet med både skattetillägg och ansvar för skattebrott som påförs i skilda förfaranden strider mot konventionen. I samma avgörande har emellertid domstolen även klargjort att konventionen inte innehåller något förbud mot parallella förfaranden, så länge det andra förfarandet avbryts när endera av dem avslutas. Detta skulle kunna tala för att det är det sist avslutande förfarandet som bör vara angripbart även om det var det förfarandet som inleddes först. Om praxis skulle förändras i detta hänseende skulle förändringen få retroaktiv effekt också med avseende på lagakraftägande domar. Det finns emellertid knappast något som pekar i annan riktning än att Högsta domstolen kommer att hålla fast vid den princip som etablerades genom NJA 2013 s. 502.

I avgörandet *Lucky Dev* mot Sverige behandlar Europadomstolen även frågor om retroaktivitet. Sverige hade inför domstolen gjort invändningen att det straffrättsliga förfarandet (som var det sist inledda förfarandet) hade avslutats en månad före Europadomstolens dom i *Zolotukhin* mot Ryssland och att den nya tolkningen av artikel 4 i tilläggsprotokollet därför inte var tillämplig. Europadomstolen fann emellertid att domstolen har att använda den tolkning som är förhärskande vid tidpunkten när målet prövas av domstolen, oavsett när den påstådda rättighetskränkningen ägt rum. Här öppnar alltså domstolen för en retroaktiv verkan av ny praxis långt tillbaka i tiden. Domstolen tillade dock, att oavsett detta hade förfarandet för påförande av skattetillägg varit pågående en tid efter *Zolotukhin*-domen (beslutet om skattetillägg vann laga kraft först i oktober 2009), varför det hade varit möjligt för svensk domstol att ta den nya praxisen i beaktande. Frågan om retroaktivitet blev därför inte avgörande för målets utgång.

Domstolens minoritet instämde i att en kränkning av konventionen hade ägt rum, men kritiserade majoritetens resonemang om retroaktivitet. Man menade att ny praxis bör få genomslag först i och med ett denna manifesterats i ett vägledande beslut; en nationell domstol ska inte behöva föregripa ett sådant avgörande från Europadomstolen. I de fall en nationell domstol anpassar sin rättspraxis genom att tolka avgöranden från Europadomstolen avseende andra länder, kan den själv besluta vilken tillbakaverkande effekt den nya nationella praxisen ska ha.

Det kan lätt konstateras att frågan om retroaktivitet är problematisk sett i ett Europarättsperspektiv. Nu anförda exempel visar att tolkningen av konventionen kan förändras på ett sätt som innebär att det inte alltid står klart när ett nytt rättsläge har inträtt. När det inte finns något avgörande som tar direkt sikte på Sverige måste praxisutvecklingen ofta

bli föremål för tolkning av Högsta domstolen för att dess betydelse för svenska förhållanden ska stå klar. Detta har blivit tydligt genom NJA 2013 s. 502. Även den som dessförinnan hade dragit korrekta slutsatser av Zolotukhindomen hade knappast med säkerhet kunnat förutse att förbudet mot dubbla förfaranden skulle komma att tillämpas i enlighet med rättegångsbalkens regler om lis pendens, särskilt inte som det står klart att en sådan tillämpning sträcker sig längre än vad som följer av Europarätten.

Eftersom Europadomstolens prövningar alltid tar sikte på redan lagakraftvunna domar finns inte heller den naturliga begränsning av den retroaktiva effekten till pågående ärenden, vilken (normalt) gäller när rättsläget förändras genom lagstiftning eller genom ny praxis från Högsta domstolen. När väl praxis förändrats kan fler klaganden från det land vars rättsordning ansetts inte svara mot konventionens krav få sina klagomål prövade beträffande samma sak. Något krav på prövnings-tillstånd föreligger inte. Den enda begränsning som gäller är att klagomålet ska ha anhängiggjorts inom sex månader från det att samtliga inhemska rättsmedel har uttömts. Den av Högsta domstolen tillskapade möjligheten till resning sträcker sig i detta hänseende längre, i detta fall tillbaka till domar som har vunnit laga kraft från och med februari 2009. Sammantaget kan alltså en förändring av Europadomstolens praxis få en mycket påtaglig retroaktiv effekt. Till detta kommer att Europadomstolens handläggningstider är mycket långa, vilket ytterligare bidrar till att sträcka ut tidsperspektivet.

En bidragande orsak till Högsta domstolens nya resningspraxis kan nog ha varit att domstolen redan i NJA 2010 s. 168 ganska tydligt hade indikerat att lagstiftaren, med hänsyn till utvecklingen av Europadomstolens praxis, borde avskaffa systemet med dubbla förfaranden vid misstanke om skattebrott. Om så hade skett kan man utgå från att den nya lagstiftningen skulle komma att omfatta fall som vid tidpunkten för ikraftträdandet ännu inte är avgjorda, och således inte träffa redan lagakraftvunna domar. Man kan därför anta att om lagstiftningen hade ändrats inom rimlig tid efter Högsta domstolens avgörande 2010 hade frågan om retroaktivitet inte ställts på sin spets på sätt som nu skedde.

Sammanfattningsvis innebär den nu beskrivna relationen mellan Europadomstolen och Högsta domstolen att vi måste vara beredda att acceptera att det övergångsvis kan föreligga en form av parallella rättslägen, dels ett rättsläge som framgår av vanlig lagstiftning och Högsta domstolens praxis och ett annat som kan uttolkas ur Europadomstolens praxis. Först i efterhand går det att slå fast vilket av de båda rättslägena som var det korrekta. Under en sådan övergångsperiod kan en under rätt ställas inför valet att antingen döma i strid med uttrycklig lag eller att riskera att göra sig skyldig till en kränkning av en enskilds rättigheter enligt Europakonventionen, varvid domen i efterhand kan komma att

rivas upp. Detta är naturligtvis inte någon tillfredställande ordning. Det framstår som uppenbart att samspelet mellan Europadomstolen, lagstiftaren och Högsta domstolen måste bli föremål för fortsatt rättsutveckling.

Avslutande reflektioner

Rättsutvecklingen på straffrättens och straffprocessrättens område går allt snabbare. Ett ökat inflytande från Europarätten bidrar till detta. Frågan om hur vi ska förhålla oss till ett tidigare rättsläge som nyligen har övergetts aktualiseras därför oftare än förut.

Som framgår av de lämnade exemplen är ett antal olika lösningar tänkbara. Legalitetsprincipen utgör ett hinder mot att låta utvidgningar av det kriminaliserade området och höjda straffskalor få retroaktiv verkan. I övrigt är det möjligt att låta ett nytt rättsläge få tillbakaverkande effekt.

För en långtgående retroaktivitet talar praktiska och humanitära aspekter. Det är naturligtvis enklare att all rättslig prövning vid en viss tidpunkt utgår från det rättsläge som gäller då, oavsett hur långt tillbaka i tiden den brottsliga gärningen ägt rum. Efter att rättsläget har förändrats i mildrande riktning kan man också argumentera för att ännu inte verkställda straff ska omprövas; om en tidigare strängare syn inte längre har stöd i samhällets värderingar fyller ju inte straffet någon funktion i den del det går utöver vad som följer av den nya ordningen. En retroaktiv tillämpning av ny rätt kan således fylla en reparerande funktion i förhållande till ett tidigare rättsläge som utifrån nya värderingar har befunnits vara felaktigt.

Mot detta kan anföras att stabilitet, förutsebarhet och enhetlighet i rättsskipningen är i sig viktiga värden som kan äventyras av snabba omsvängningar i rättsläget med retroaktiv effekt. I synnerhet gäller detta med avseende på redan lagakraftvunna domar och beslut för vilka orubblighetsprincipen är tillämplig. Om man vill betona rättsordningens handlingsdirigerande funktion bör det dessutom vara tillräckligt att låta ett nytt rättsläge omfatta framtida fall. De enda skeenden i samhället som går att påverka är ju de som ännu inte har ägt rum.

Innehållet i 5 § brottsbalkens promulgationslag utgör, som jag ser det, en rimlig lösning på frågan om retroaktiv tillämpning av ny strafflagstiftning i pågående mål. Sådan lagstiftning som går i mildrande riktning tillämpas som huvudregel även på redan begångna gärningar, samtidigt som det råder förbud mot att låta utvidgade kriminaliseringar eller straffskärpningar få retroaktiv verkan. Det framstår också som rimligt att förändrad praxis inom ramen för gällande lagstiftning tillämpas retroaktivt, oavsett i vilken riktning ändringen går. Så länge det handlar om mål som ännu inte slutligt prövats får den tillbakaverkande effekten ändå en naturlig avgränsning.

När det däremot gäller domar som har vunnit laga kraft finns enligt min mening anledning att vara mer försiktig med att låta ett nytt rättsläge få retroaktiv verkan, även om detta skulle vara till fördel för den dömde. Hur goda skälen än är för den nya ordningen kan dessa knappast ges obegränsad giltighet bakåt i tiden. Den lagstiftare eller rättstillämpare som dikterade det tidigare rättsläget var sannolikt inte mindre juridiskt skicklig eller mindre human än den som skapat det nya. Vad som ändras är våra värderingar. I en tid av snabb rättsutveckling måste vi räkna med att det rättsläge som vi uppfattar som rimligt idag snart kan ersättas av ett annat synsätt. Därför måste den som bejaktar behovet av förändring och anpassning till nya värderingar också kunna respektera tidigare ställningstaganden såsom ett utflöde av den tid som varit. Det förhållandet att ny rätt har skapats behöver kanske inte alltid betyda att tidigare rätt var fel.