



GÖTEBORGS UNIVERSITET
HANDELSHÖGSKOLAN

EU-RÄTTENS NÖDBROMSAR FÖR HARMONISERING AV STRAFFRÄTTEN

En uppsats om nödbromsarnas betydelse som undantagsregler i det straffrättsliga EU-samarbetets förändrade beslutsstruktur

Joel Pollnow Janbell

Uppsats för tillämpade studier, 30 hp

Juristprogrammet

Juridiska institutionen

Handelshögskolan vid Göteborgs universitet

Handledare: Per Cramér

HT 2011

EU-rättens nödbromsar för harmonisering av straffrätten

En uppsats om nödbromsarnas betydelse som undantagsregler i det straffrättsliga EU-samarbetets förändrade beslutsstruktur

Oktober 2011

Joel Pollnow Janbell

tfn: 0736 – 50 50 80

e-post: joeljanbell@student.gu.se

Förkortningar

Amsterdamfördraget	Amsterdamfördraget av den 2 oktober 1997 om ändring av fördraget om Europeiska unionen, fördragen om upprättandet av Europeiska gemenskaperna och vissa akter som hör samman med dem
EG	Europeiska gemenskapen
EG-domstolen	Europeiska gemenskapernas domstol (nu EU-domstolen)
EGF	Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen (EG-fördraget)
EKMR	Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.
EP	Europaparlamentet
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol (tidigare EG-domstolen)
FEU	Fördraget om Europeiska unionen (EU-fördraget, Maastrichtfördraget)
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (funktionsfördraget, EUF-fördraget)
FEU <i>Nice</i>	Fördraget om Europeiska unionen (EU-fördraget) i dess lydelse senast före Lissabonfördragets ikraftträdande
Lissabonfördraget	Lissabonfördraget av den 13 december 2007 om ändring av fördraget om Europeiska unionen och fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen
Nicefördraget	Nicefördraget av den 26 februari 2001 om ändring av fördraget om Europeiska unionen, fördragen om upprättandet av Europeiska gemenskaperna och vissa akter som hör samman med dem
RF	Regeringsformen (1974:152)
RIF	Rättsliga och inrikes frågor

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

I. Inledning	6
II. Problembeskrivning	7
III. Syfte och frågeställning	8
IV. Metod	8
V. Avgränsningar	9
VI. Disposition	9
1 Bakgrund	10
1.1 EU-straffrättens generella utvecklingstendenser pre-Lissabon	10
1.2 EU-straffrättens ställning före Lissabonfördragets ikraftträdande	11
1.2.1 Det straffrättsliga samarbetet i den tredje pelaren (post-Amsterdam, pre-Lissabon)	11
1.2.2 EU-straffrättens utveckling i den första pelaren (pre-Lissabon)	13
1.3 Kritiken mot EU-straffrättens positionering pre-Lissabon	15
1.3.1 Frågan om tredjepelarsamarbetets demokratiska legitimitet	16
1.3.2 Kritik med avseende på bristande rättssäkerhet och rättighetsskydd för individen	16
1.3.3 Frågan om tredjepelarsamarbetets bristande effektivitet	17
1.4 Översiktligt om dagens straffrättsliga EU-samarbete	18
1.4.1 Allmänna bestämmelser med anknytning till EU-straffrätten	18
1.4.2 EU:s befogenheter under det straffrättsliga samarbetet	19
1.4.3 Kort om polissamarbetet och Europol	21
1.4.4 Den förändrade beslutsstrukturen. Kvalificerad majoritet och nödbromsar	21
2. EU:s kompetens att harmonisera straffrätten	23
2.1 Harmonisering av straffprocessen (art 82.2 FEUF)	24
2.1.1 Begreppet ”minimiregler” och kravet på direktivform	24
2.1.2 Kravet på hänsyn till olikheter mellan medlemsstaterna	25
2.1.3 Nödvändighetsrekvisitet och begreppet ”gränsöverskridande dimension”	25
2.2 Harmonisering av den materiella straffrätten (art 83 FEUF)	26
2.2.1 Minimiregler om brottsrekvisit och påföljder inom områden med särskilt allvarlig gränsöverskridande brottslighet	26
2.2.2 Minimiregler om brottsrekvisit och påföljder på områden som omfattas av harmoniseringsåtgärder	29
2.2.3 Förhållandet mellan art 83.2 och 83.1	30
2.2.4 Gränsdragningen mellan befogenheterna i art 83 och andra lagstiftningsbefogenheter	32
2.3 Inga bromsar för ömsesidigt erkännande (?)	33
2.3.1 Åtgärder för att säkerställa ömsesidigt erkännande	34
2.3.2 Gränsdragningen mellan art 82.1 och 82.2 FEUF	36

3. Nödbromsar i en förändrad beslutsstruktur	37
3.1 Det ordinarie lagstiftningsförfarandet, kvalificerad majoritet och passareller	38
3.1.1 Den närmare innebörden av kvalificerad majoritet i rådet	38
3.1.2 Från enhällighet till kvalificerad majoritet via passarellerna	39
3.2 Formella och materiella aspekter av nödbromsreglerna	39
3.2.1 Förenklad väg till ett fördjupat straffrättsligt samarbete	40
3.2.2 Den rättsliga grunden för användning av nödbromsarna	40
3.2.3 Förfarandet i Europeiska rådet vid användning av nödbromsarna	43
3.3 Nödbromsarnas politiska kontext	44
3.3.1 Syftet med nödbromsarna ur ett svenskt perspektiv	44
3.3.2 Den svenska synen i perspektiv – diskrepansen i medlemsstaternas förhållningssätt till det straffrättsliga samarbetet	46
4. Avslutning	49
4.1 Sammanfattning	49
4.2 Avslutande reflektioner kring frågan om nödbromsarnas betydelse för det fortsatta straffrättsliga samarbetet	50
4.2.1 Allmän ingång till diskussionen om nödbromsarnas betydelse	51
4.2.2 En alternativ ingång till diskussionen. Nödbromsarna och risken för uppsplittring av EU-straffrätten	52
4.2.3 Nödbromsarnas betydelse ur effektivitetssynpunkt	53
4.2.4 Nödbromsarna, harmoniseringskompetensen och principen om ömsesidigt erkännande. Förhållandet till individens rättssäkerhet och rättighetsskydd	54
4.2.5 Nödbromsarna – ett av flera verktyg för att försvara nationella intressen	55
Källförteckning	57
Lagstiftning och offentligt tryck	57
Fördrag	57
Svenska författningar	57
Rådets rambeslut	57
Övriga EU-rättsakter, EU-tryck m.m.	58
Svenska förarbeten	59
Rättsfall från EU-domstolen m.m.	59
Litteratur	59
Internet	60

I. INLEDNING

År 2007 undertecknades Lissabonfördraget av samtliga 27 medlemsstater i EU. Fördraget trädde ikraft den 1 december år 2009. Lissabonfördraget är likt de tidigare Maastricht-, Amsterdam- och Nicefördragen ett *ändringsfördrag*. Fördraget som sådant förklarar endast hur grundfördraget ska förändras och kan betraktas som ett slags kompromisslösning i spillrorna av det havererade Konstitutionsfördraget. Målsättningarna med Lissabonfördraget var bland att öka EU-samarbetets effektivitet och samtidigt bemöta förebräelserna om EU-samarbetets demokratiska underskott.¹ Efter Lissabonfördragets ikraftträdande samlas det som tidigare utgjorde den första pelaren (EG) och den tredje pelaren (polisiärt och straffrättsligt samarbete) i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF). Bestämmelser av mer grundläggande konstitutionell karaktär liksom den gemensamma utrikes- och säkerhetspolitikens regelverk återfinns i en ny version av fördraget om Europeiska unionen (FEU).² Upplösningen av trepelarstrukturen medför i terminologiskt hänseende att begreppet EG inte längre används. Den tidigare EG-rätten eller gemenskapsrätten bredvid ett antal nya områden inbegripet det straffrättsliga samarbetet utgör numera ”EU-rätten” eller ”unionsrätten”. EG-domstolen har ändrat beteckning till ”EU-domstolen”.³

Bakgrunden till denna uppsats är de förändringar av det straffrättsliga EU-samarbetet som är en följd av Lissabonfördragets ikraftträdande och som kan sägas innebära att ett ytterligare steg har tagits i EU:s konstitutionaliseringsprocess.⁴ Dessa förändringar innebär bland annat att EU har getts uttryckliga befogenheter att harmonisera medlemsstaternas straffrättsliga lagstiftning genom att införa minimidirektiv om såväl den processuella som den materiella straffrätten. De förmodligen viktigaste förändringarna är emellertid hänförliga till det straffrättsliga samarbetets beslutsstruktur. Det sägs sålunda att det straffrättsliga samarbetet har övergått från ett mellanstatligt till ett överstatligt samarbete. Numera är utgångspunkten att EU kan besluta om straffrättsliga åtgärder med *kvalificerad majoritet* i rådet samtidigt som Europaparlamentet har medbeslutanderätt.⁵ Detta träffar EU:s befogenhet att vidta åtgärder för att uppnå ömsesidigt erkännande på det straffrättsliga området, men även kompetensen att harmonisera medlemsstaternas straffrättsliga lagstiftning.⁶

Förändringarna av det straffrättsliga samarbetet är på flera sätt beaktansvärda. Straffrätten tillskrivs ofta speciella egenskaper som skiljer den från andra rättsområden och kan sägas vara ett särskilt känsligt föremål i såväl nationell som internationell politik. Straffrättsliga frågor och intressen tenderar att vara djupt rotade under de grundmurar som en gång bar upp nationalstaten och kanske är det av den anledningen som EU-straffrättens utveckling har varit kantad med kontroverser. Det officiella straffrättsliga samarbetet under EU:s tredje pelare har utgått från en mellanstatlig beslutsstruktur med vetorätt för medlemsstaterna beträffande de mest centrala besluten (art 34 FEU *Nice*). Delvis bakom kulisserna har emellertid EU-straffrätten under både den första och den tredje pelaren genomgått en successivt alltmer intensiv utveckling.⁷ EU-straffrättens ställning post-Lissabon måste förstås både mot bakgrund av det nya regelverket och mot bakgrund av den utveckling som föregick Lissabonfördraget.

¹ Se exempelvis Bergström m.fl. (2008) s. 15f och 44f

² För svenskt vidkommande har Lissabonfördraget medfört ändringar i den s.k. anslutningslagen, lag (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen. Se även 10 kap 6 § regeringsformen, som anger att riksdagen inom ramen för EU-samarbetet kan överlåta beslutanderätt som inte rör principerna för statskicket, om fri- och rättighetsskyddet inom det samarbetsområde till vilket överlåtelsen sker motsvarar det som ges regeringsformen och i den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

³ Bergström m.fl. (2008) s. 7

⁴ Gröning & Zetterquist (2010) s. 69f

⁵ Art 82-86 FEUF

⁶ Art 82-83 FEUF

⁷ Se t.ex. Asp (2002) s. 22f och 28f och Gröning (2008) s. 7f, 24 och 83f

II. PROBLEMBESKRIVNING

Det straffrättsliga EU-samarbetet regleras numera i funktionsfördragets tredje del som en del av unionens politik och inre åtgärder och närmare bestämt under området med frihet, säkerhet och rättvisa (avdelning V). I art 82 och 83 FEUF regleras bland annat EU:s befogenheter att harmonisera medlemsstaternas straffrättsliga lagstiftning genom införande av minimidirektiv om antingen *det straffrättsliga förfarandet* (straffprocessen) eller *brotsrequisit och påföljder* (den materiella straffrätten). Utgångspunkten är att rådet kan besluta om nämnda åtgärder med kvalificerad majoritet samtidigt som EP har medbeslutanderätt. Allt inom ramen för det så kallade *ordinarie lagstiftningsförfarandet*. På svenskt initiativ har det emellertid införts särskilda undantagsregler i anslutning till bestämmelserna om straffrättslig minimireglering (art 82.3 och 83.3).⁸ Dessa så kallade ”nödbromsar” innebär att en medlemsstat som anser att utkast till straffrättslig minimireglering skulle negativt påverka grundläggande aspekter av medlemsstatens straffrättsliga system, kan begära att direktivutkastet överlämnas till stats- och regeringscheferna i Europeiska rådet för diskussion.⁹ Om en medlemsstat på detta sätt drar i nödbromsen ska det ordinarie lagstiftningsförfarandet avbrytas. Detta kan sedan återupptas endast om Europeiska rådet uppnår konsensus ifråga om direktivförslaget. Om Europeiska rådet inte uppnår konsensus återstår emellertid en möjlighet för de medlemsstater som fortfarande stöder förslaget att inleda ett så kallat fördjupat samarbete i frågan.¹⁰

Införandet av nödbromsar för straffrättslig minimireglering kastar en skugga av tvivel över hur det straffrättsliga samarbetet kommer att utvecklas under Lissabonfördragets premisser. Om nu Lissabonfördragets förändringar av det straffrättsliga samarbetets beslutsstruktur huvudsakligen syftar till att effektivisera EU-straffrätten synes nödbromsarna inte passa in i målbilden.¹¹ Samtidigt har dessa nödbromsar uppenbarligen varit nödvändiga för att få till stånd Lissabonfördragets förändringar av det straffrättsliga samarbetet. Således måste behovet av en effektivare beslutsstruktur på det straffrättsliga samarbetsområdet ofrånkomligen ställas mot medlemsstaternas behov av att behålla någon form skydd för de nationella rättssystemen. Som redan antytts har vägen till dagens straffrättsliga samarbete också varit kantad av allehanda dispyter och utvecklingen har inte förbigått kritikerna. Inte minst har frågan om EU:s straffrättsliga kompetens under den första pelaren varit ett omdiskuterat ämne.¹² Utöver frågan om det straffrättsliga samarbetets effektivitet har kritiken exempelvis även berör verkningarna av den tredje pelarens så kallade rambeslut, vilka föreskriver långtgående skyldigheter för medlemsstaterna att erkänna varandras lagar och beslut på det straffrättsliga området. Detta har ibland ansetts ske på bekostnad av individens rättssäkerhet och rättighetsskydd.¹³ Därtill har många av de åtgärder som har vidtagits under tredjepelarsamarbetet kritiserats för bristen på demokratisk förankring och legitimitet.¹⁴ En intressant aspekt av nödbromsarna är i vilken mån de kan tänkas bidra till att lösa de problem som kan kopplas till den kritik som har riktats mot EU-straffrätten i bland annat ovan nämnda avseenden.

⁸ Se exempelvis prop. 2007/08:168 s. 205

⁹ Jag har inte lyckats spåra från vem begreppet ”nödbromsar” härstammar, men det får anses vara en vedertagen beteckning för undantagsreglerna i art 82.3 och 83.3 FEUF. Benämningen synes emellertid ha sitt ursprung i en metafor avseende nödbromsarna på ett tåg; jfr. Herlin-Karnell (2008) s. 6.

¹⁰ Utformningen av nödbromsarna är starkt influerade av en liknande bestämmelse i EU-fördragets reglering av den gemensamma utrikes- och säkerhetspolitiken, art 31.2 FEU.

¹¹ Angående målet om en ökad effektivitet, se exempelvis Bergström m.fl. (2008) s. 44f, Ladenburger (2008) s. 21f

¹² Se exempelvis Peers (2008:2) och Persson (2007)

¹³ Se exempelvis Gröning (2008), Mitsilegas (2006) och Frände & Suominen (2009)

¹⁴ Gröning (2008) särskilt s. 98ff

III. SYFTE OCH FRÅGESTÄLLNING

Nödbromsarna för straffrättslig minimireglering utgör utgångspunkten för denna uppsats. Med beaktande av vad som framgått i problemformuleringen kan nödbromsarna beskrivas som ett slags undantagsbestämmelser som avviker från EU-straffrättens annars överstatligt präglade beslutsstruktur. Uppsatsens övergripande frågeställning är *vilken betydelse som nödbromsarna kan tänkas få för det fortsatta straffrättsliga EU-samarbetet*. Detta kräver förstås en granskning av nödbromsbestämmelserna som sådana, men lika viktigt är en analys av de bestämmelser till vilka nödbromsarna är kopplade och vars närmare beskaffenhet således är av direkt betydelse för att kunna besvara den övergripande frågeställningen. Nödbromsarna är kopplade till de regler som ger EU kompetens att harmonisera medlemsstaternas straffrättsliga lagstiftning genom att införa minimiregler om särskilda delar av den processuella och materiella straffrätten (art 82.2 och art 83.1 och 2 FEUF). Granskningen av dessa regler kräver i sin tur en utredning om förhållandet till de straffrättsliga befogenheter som *inte* innefattas i nödbromsarnas tillämpningsområde. Detta gäller inte minst EU:s befogenhet att vidta åtgärder för att säkerställa ett *ömsesidigt erkännande* mellan medlemsstaterna på det straffrättsliga området (art 82.1). Därutöver kan som nämnts EU-straffrättens ställning efter Lissabonfördragets ikraftträdande svårigen förstås utan hänsyn tagen till utvecklingen dessförinnan. Därför är det nödvändigt att göra en tillbakablick på EU-straffrättens utveckling dels under tredjepelarsamarbetet, dels under gemenskapssamarbetet. Sålunda är syftet med uppsatsen att med avstamp i EU-straffrättens utveckling pre-Lissabon undersöka den närmare beskaffenheten av nödbromsbestämmelserna och de befogenheter till vilka dessa direkt eller indirekt är kopplade. Avsikten är att i den avslutande delen göra ett mer konkret försök att besvara frågan om vilken betydelse nödbromsarna kan tänkas få för det fortsatta straffrättsliga EU-samarbetet.

IV. METOD

För att kunna undersöka den närmare beskaffenheten av nödbromsarna och EU:s befogenheter under det straffrättsliga samarbetet har jag i huvudsak använt mig av en *rättsdogmatisk metod*. Målet med den rättsdogmatiska metoden kan sägas vara att med hjälp av vissa särskilda rättskällor fastställa ”gällande rätt” på ett givet rättsområde.¹⁵ I Sverige används traditionellt lagstiftning, praxis, förarbeten och doktrin för detta ändamål. Vad beträffar EU-rätten har dock förarbeten inte samma dignitet och de huvudsakliga rättskällorna kan istället beskrivas som den skrivna rätten (primär- och sekundärätten), grundläggande rättsprinciper, EU-domstolens praxis samt doktrin.¹⁶ Syftet med denna uppsats går dock i viss mån längre än att försöka fastställa gällande rätt beträffande EU-rättens nödbromsar då den övergripande frågeställningen är vilken betydelse nödbromsarna kan tänkas få för det fortsatta straffrättsliga samarbetet. Därför kan den tillämpade metoden sägas passera gränserna för en rent rättsdogmatisk analysmetod. Metoden skulle möjligen bäst kunna beskrivas som en rättsvetenskaplig eller kontextuell metod med målet att beskriva den gällande rätten avseende EU-rättens nödbromsar i förhållande till den särskilda EU-politiska kontexten. Särskild vikt kommer därför att fästas vid olika aspekter av den politiska kontext i vilken nödbromsarna förutsätts fungera. För att belysa nödbromsarna från ett medlemsstatsperspektiv med Sverige som utgångspunkt har jag även utnyttjat traditionella svenska rättskällor, i första hand de förarbeten som utarbetats inför Sveriges ratificering av Lissabonfördraget.

¹⁵ För en problematisering av begreppet ”gällande rätt”, se exempelvis Strömholm (1996) s. 67-79

¹⁶ Bernitz m.fl. (2010) s. 29f och 64-69, jfr. Strömholm (1996) s. 322 och Hettne & Otken-Eriksson (2005) s. 24

V. AVGRÄNSNINGAR

Syftet med denna uppsats är att undersöka vilken betydelse EU-rättens nödbromsar kan tänkas få för det fortsatta *straffrättsliga* EU-samarbetet. Nödbromsarna kan endast aktualiseras beträffande förslag till straffrättslig minimireglering enligt art 82.2 och art 83 FEUF. Detta innebär att EU:s övriga befogenheter under det straffrättsliga samarbetet, till den del de inte kan anses ha ett relevant negativt samband med nödbromsarna, kommer att behandlas mycket återhållsamt. Det ska dock understrykas att vissa av EU:s befogenheter som *inte* faller inom nödbromsarnas tillämpningsområde kommer att behandlas mer utförligt av just den anledningen. Detta gäller främst EU:s befogenhet att vidta åtgärder för att säkerställa att ömsesidigt erkännande av domar och rättsliga avgöranden iaktas av EU:s medlemsstater (art 82.1.a). Fokuseringen på just nödbromsarna och de bestämmelser till vilka dessa är kopplade innebär att en rad andra faktorer som också kan tänkas vara mer eller mindre betydelsefulla för det fortsatta straffrättsliga samarbetet kommer att behandlas mycket ytligt eller inte alls. Detta är exempelvis fallet med de speciella undantagsbestämmelser i form av ”*opt in- och opt-outmöjligheter*” som i viktiga avseenden begränsar Storbritannien, Irland och Danmarks deltagande i det straffrättsliga samarbetet.¹⁷¹⁸ Den straffrättsliga kompetens som kan anses följa av EU:s befogenheter under den gemensamma invandringspolitiken och avseende bekämpningen av bedrägerier kommer inte att beröras (jfr. art 79 respektive 325 FEUF).¹⁹

VI. DISPOSITION

Med avstamp i uppsatsens övergripande frågeställning är den resterande delen av uppsatsen disponerad i fyra avsnitt enligt följande översikt:

Avsnitt 1: Bakgrund – Detta avsnitt syftar till att måla upp bakgrunden till de förändringar av EU-straffrätten som följt av Lissabonfördragets ikraftträdande. Avsnittet beskriver EU-straffrättens två utvecklingsvägar under dels tredjepelarsamarbetet, dels gemenskapssamarbetet. Vidare ges en bild av den centrala kritik som riktats mot EU-straffrätten pre-Lissabon. Slutligen följer en översiktlig presentation av dagens straffrättsliga samarbete.

Avsnitt 2: EU:s kompetens att harmonisera straffrätten – I detta avsnitt görs en närmare undersökning framförallt av de regler som kan bli föremål för tillämpning av nödbromsbestämmelserna, nämligen de bestämmelser som avser EU:s befogenhet att införa minimidirektiv avseende straffprocessen och den materiella straffrätten. Avsnittet behandlar också förhållandet mellan dessa befogenheter och de befogenheter som inte faller under nödbromsarnas tillämpningsområde.

Avsnitt 3: Nödbromsar i en förändrad beslutsstruktur – I detta avsnitt undersöks nödbromsbestämmelserna som sådana. Till att börja med behandlas de materiella/juridiska aspekterna av nödbromsarna. Utredningen avslutas med en granskning av och diskussion kring nödbromsarnas politiska kontext. Med utgångspunkt i den svenska regeringens syn berörs sedan medlemsstaternas olika förhållningssätt till det straffrättsliga samarbetet och nödbromskonstruktionen.

Avsnitt 4: Avslutning – Efter en sammanfattning av de övriga avsnitten följer mina reflektioner kring uppsatsens övergripande frågeställning. Uppsatsen avslutas således med att mer konkret behandla frågan om nödbromsarnas tänkbara betydelse för det fortsatta straffrättsliga samarbetet.

¹⁷ Citat från Frände & Suominen (2009) s. 669.

¹⁸ Protokoll (nr. 21) om Förenade kungarikets och Irlands ställning med avseende på området med frihet, säkerhet och rättvisa samt protokoll (nr. 22) om Danmarks ställning, fogat till EU-fördragen

¹⁹ Se t.ex. Asp (2011) s. 139

1 BAKGRUND

De förändringar av EU-straffrätten som följt av Lissabonfördragets ikraftträdande kan på sätt och vis betraktas som kulmen på en utveckling som pågått successivt under drygt ett halvt sekel och som intensifierades genom EU-fördragets ikraftträdande år 1993. När det tidiga ekonomiska samarbetet inleddes i Europa var avsikten knappast att straffrätten skulle innefattas i detta. Snarare har straffrätten historiskt sett varit mycket intimt sammanbunden med nationalstaten och utgångspunkten har varit att straffrättslig maktutövning ska utgå från de nationella parlamenten.²⁰ Idag är situationen en annan. Straffrätten har i allt högre grad mer eller mindre tvingats in i olika delar av EU-samarbetet i takt med den accelererande integrationen och institutionaliseringen. EU-straffrättens utveckling kan också betraktas som ett av uttrycken för en generell internationalisering av straffrätten som pågått sedan andra världskrigets slut.²¹ Redan innan Lissabonfördragets ikraftträdande fanns det anledning att tala om att tredjepelarsamarbetet stegvis närmade sig en överstatlig beslutsstruktur.²² Samtidigt utgör straffrätten fortfarande ett politiskt känsligt ämne och straffrätten beskrivs ofta som ett område med en speciell karaktär.²³ På EU-nivå har detta exempelvis visat sig i djupgående konflikter om förhållandet mellan EU och medlemsstaternas konstitutionella rättordningar.

I detta avsnitt ges till att börja med en sammanfattande bild av EU-straffrättens generella utveckling (1.1). Fokus kommer sedan att ligga på att beskriva EU-straffrättens status vid tiden före Lissabonfördragets ikraftträdande, dels under det straffrättsliga samarbetets officiella hemvist i den tredje pelaren, dels under gemenskapspelaren (1.2). I efterföljande delavsnitt presenteras en del av den kritik som riktats mot utvecklingen av EU-straffrätten (1.3), vilken kommer att följas upp senare i arbetet. Slutligen ges en översiktlig bild av dagens straffrättsliga samarbete (1.4).

1.1 EU-straffrättens generella utvecklingstendenser pre-Lissabon

Före det att EU-fördraget trädde ikraft år 1993 ansågs de straffrättsliga frågorna i princip falla utanför samarbetets ramar. Då inleddes också för första gången ett utpräglat straffrättsligt och polisiärt samarbete genom skapandet av den tredje pelaren i unionen. Anledningen anges ofta vara att den gränsöverskridande brottsligheten hade växt till ett problem som krävde ett närmare samarbete och ett större mått av samordning mellan medlemsstaterna i straffrättsliga frågor. Detta var i mångt och mycket en följd av den intensifierade utvecklingen av EG-samarbetet med allt färre begränsningar av den fria rörligheten över de europeiska nationsgränserna.²⁴ Från början var samarbetet inom den tredje pelaren ett renodlat mellanstatligt samarbete. Amsterdamfördragets ikraftträdande 1999 innebar dock att det polisiära och straffrättsliga samarbetet institutionaliserades i en sådan utsträckning att det åtminstone till viss del förlorade den renodlat mellanstatliga prägel. Samtidigt var tredjepelarsamarbetet inte heller jämförligt med gemenskapen (EG) som redan vid denna tid hade en tydligt överstatlig karaktär.²⁵

EU-straffrättens utveckling från och med 90-talets början kan sägas inbegripa två generella utvecklingstendenser. För det första har tredjepelarsamarbetets fortskridande vid sidan av ett alltmer intensifierat EG-samarbete skapat en ökad fokusering på straffrättsliga frågor. Mer eller mindre som en nödvändig följd av den accelererande integrationen inom ramen för EU-samarbetet har alltså straffrätten kommit att bli alltmer aktuell som föremål för såväl diskussion

²⁰ Asp (2002) s. 26 och Gröning (2008) s. 83f

²¹ Asp (2002) s. 26

²² Gröning (2008) s. 44f

²³ Se exempelvis prop. 2007/08:168 s. 65 eller Herlin-Karnell (2008) s. 2. För en nyansering av ”straffrättens särprägel”, se Gröning (2008) s. 7f

²⁴ Gröning (2008) s. 30

²⁵ Asp (2002) s. 37

som lagstiftningsåtgärder på EU-nivå.²⁶ Åtminstone sedan Amsterdamfördragets ikraftträdande började dessutom, som Gröning uttrycker det, ”en tendens mot *överstatlighet*” att synas på det straffrättsliga området.²⁷ Det som låg bakom denna tendens mot överstatlighet var att EU hade fått en rad lagstiftningsbefogenheter under den tredje pelaren som på fler än ett sätt föll utanför ramarna för traditionellt mellanstatligt samarbete. Därtill framställdes allt fler önskningsområden om ett mer utpräglat överstatligt samarbete på straffrättens område. Ett vanligt motiv för att på detta sätt skjuta fram straffrättens positioner var att det ansågs nödvändigt för att på ett mer effektivt sätt kunna genomföra gemenskapspolitiken. Det kan också hävdas att skillnaden mellan den första och tredje pelaren successivt minskade under åren före Lissabonfördraget genom att EU:s befogenheter under respektive pelare gled allt närmre varandra. Överhuvudtaget bör den straffrättsliga utvecklingen betraktas i ett kontinuum av en europeisk integration som i allt väsentligt rör sig i riktning mot en konstitutionell rättsordning på EU-nivå.²⁸ Oaktat hur tredjepelarsamarbetet post-Amsterdam rätteligen bör karakteriseras i termer av mellanstatlighet eller överstatlighet innebär Lissabonfördraget att det straffrättsliga samarbetet slutligen har införts som en del av det allmänna EU-samarbetet, om än kringgärdat av särskilda regler.²⁹

1.2 EU-straffrättens ställning före Lissabonfördragets ikraftträdande

EU-straffrättens allt intensivare utveckling har framförallt ägt rum under det formaliserade tredjepelarsamarbetet, men straffrättsliga frågor har också i stor utsträckning kommit att hamna i brännpunkten *inom* gränserna för EG-samarbetet under första pelaren. Nedan ämnar jag presentera en sammanfattande bild av de straffrättsliga frågornas ställning vid tiden innan Lissabonfördragets ikraftträdande. EU-straffrättens utveckling kan sägas vara tvädelad i den meningen att den inte endast ägt rum inom ramen för det formaliserade straffrättsliga samarbetet under den tredje pelaren, utan även innanför det tidigare gemenskapssamarbetets gränser under den första pelaren.³⁰

1.2.1 Det straffrättsliga samarbetet i den tredje pelaren (post-Amsterdam, pre-Lissabon)

Innan Lissabonfördraget trädde i kraft i slutet av år 2009 reglerades det formaliserade straffrättsliga samarbetet tillsammans med polissamarbetet i avdelning VI FEU *Nice*, den så kallade tredje pelaren i EU-samarbetet. För att EU skulle kunna vidta de föreskrivna tredjepelaratgärderna krävdes *enbällighet* i rådet och åtminstone i den meningen var det alltså fråga om ett mellanstatligt samarbete (art 34.2 FEU *Nice*). På en medlemsstats eller kommissionens initiativ kunde ett enigt råd till att börja med anta gemensamma ståndpunkter med unionens inställning i en viss fråga eller fatta rambeslut om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning. Rambesluten var förvisso bindande för medlemsstaterna med avseende på det resultat som skulle uppnås, men de hade uttryckligen inte någon direkt effekt (art 34.2.b). Det var med andra ord upp till de nationella myndigheterna att bestämma form och tillvägagångssätt för genomförande av rambesluten på medlemsstatsnivå. Inte förrän rambesluten genomfördes av den nationella lagstiftaren kunde de skapa några rättigheter eller medföra skyldigheter för enskilda i respektive medlemsstat.³¹ Utöver rambeslut och gemensamma ståndpunkter kunde tredjepelaratgärderna också ha formen av konventioner som medlemsstaterna skulle rekommenderas att anta. Rådet kunde också fatta andra beslut med syfte att uppfylla den tredje pelarens målsättningar om de inte innebar någon harmonisering av medlemsstaternas lagstiftning (art 34.2).

²⁶ Asp (2002) s. 26ff

²⁷ Gröning (2008) s. 31

²⁸ Ibid. s. 29-35

²⁹ Bergström m.fl. (2008) s. 50

³⁰ Gröning (2008) s. 32

³¹ Ibid. s. 28

EP:s inflytande på tredjepelansområdet var mycket begränsat och stannade i princip vid en rätt att bli konsulterade innan rådet fattade beslut enligt art 34 (art 39.1). Detta kan visserligen betraktas som ett naturligt resultat av att den tredje pelaren som utgångspunkt var ämnad att reglera ett *mellanstatligt* samarbete. I förhållande till hur EU-straffrätten i praktiken utvecklades under den tredje pelaren, i form av en successivt utvidgad straffrättslig kompetens på EU-nivå och minskad befogenhet för de nationella parlamenten, kom dock frågan om tredjepelarsamarbetets demokratiska legitimitet att hamna i centrum för kritiken mot det straffrättsliga samarbetet. Dessutom var EG-domstolens jurisdiktion på tredjepelansområdet principiellt begränsad till en för medlemsstaterna fakultativ behörighet, vilket aktualiserade frågan om den judiciella kontrollen över tredjepelansområdet var tillräcklig (jfr. art 35).³²

Utan att det skulle påverka EG:s befogenheter var målet med tredjepelarsamarbetet att ge medborgarna ”ett område med frihet säkerhet och rättvisa” genom gemensamma insatser på det straffrättsliga området och genom förebyggande och bekämpning av rasism och främlingsfientlighet (art 29). Insatserna skulle främst vara inriktade på förebyggande och bekämpning av brottslighet, särskilt terrorism, människohandel och brott mot barn, olaglig narkotika- och vapenhandel, korruption och bedrägeri. Först och främst skulle målet uppnås genom ett utökat myndighetssamarbete, exempelvis genom Europol och Eurojust. Det straffrättsrättsliga samarbetet skulle mer specifikt omfatta ett utökat samarbete mellan rättsliga eller likvärdiga myndigheter, underlättande av utlämning, säkerställande av förenlighet mellan tillämpliga regler i medlemsstaterna liksom förebyggande av behörighetskonflikter (art 31.1.a-d). Om det bedömdes vara nödvändigt kunde åtgärder vidtas för att harmonisera medlemsstaternas straffrättsliga lagstiftning (art 29). Det skulle först och främst ske genom gradvisa beslut om minimireglering om brottsrekvisit och påföljder på områdena organiserad brottslighet, terrorism och narkotikahandel (art 31.1.e). Bestämmelse gavs i allmänhet en bred tolkning eftersom den endast angav vad som *skulle* (”skall”) ingå i EU:s straffrättsliga lagstiftningsbefogenheter. Därför ansågs det möjligt att reglera även andra straffrättsliga frågor, exempelvis det straffrättsliga förfarandet. Frågan har dock varit omstridd.³³

En målsättning med tredjepelarsamarbetet var sålunda att åstadkomma en harmonisering av den europeiska straffrätten. I praktiken präglades dock samarbetet framförallt av principen om ömsesidigt erkännande av domar och rättsliga avgöranden, som då ansågs följa implicit av den övergripande målsättningen att skapa ett område med frihet, säkerhet och rättvisa (jfr. art 29). Principen härstammar dock från EG-rätten där den utgjort en av de grundläggande rättsprinciper som möjliggjort upprättandet av en gemensam inre marknad.³⁴ På straffrättens område har principen legat till grund för ett antal kontroversiella åtgärder, exempelvis det uppmärksammade rambeslutet om en europeisk arresteringsorder.³⁵ De rambeslut som antagits under den tredje pelaren innebär bland annat långtgående skyldigheter för medlemsstaterna att erkänna varandras straffrättsliga regler och beslut i olika avseenden. Rambesluten har först och främst baserats på art 31.1.a. Således har ”underlättande och påskyndande av samarbete” mellan rättsliga myndigheter och ministerier ”när det gäller rättsliga förfaranden och verkställighet av beslut” ansetts omfatta en befogenhet att vidta åtgärder för att uppnå ett ömsesidigt erkännande mellan medlemsstaterna på det straffrättsliga området. Vissa av rambesluten baserades emellertid på flera av de grunder som angavs i art 31. Exempelvis var beslutet om den europeiska arresteringsordern grundat både på art 31.1.a och art 31.1.b. Vissa åtgärder antogs med grund i art 31 i sin helhet, exempelvis rambeslutet om en europeisk bevisinhämtningsorder.³⁶

³² Peers (2008) s. 508. Kritiken mot tredjepelarsamarbetet berörs närmare nedan under 1.3

³³ Ibid. s. 510f. Se även avsnitt 2.1 och 2.2 detta arbete

³⁴ Gröning (2008), s. 47ff

³⁵ Rådets rambeslut 2002/584/RIF av den 15 juni 2002 om en europeisk arresteringsorder och om överlämnande mellan medlemsstaterna, ändrat genom Rådets rambeslut 2009/299/RIF av den 26 februari 2009

³⁶ Peers (2008) s. 512, särskilt not 19. Jfr. 2008/978/RIF av den 18 december 2008 om en europeisk bevisinhämtningsorder för att inhämta föremål, handlingar eller uppgifter som ska användas i straffrättsliga förfaranden

Utifrån det faktum att rådet getts befogenhet att anta olika former av lagstiftningsåtgärder under den tredje pelaren kan det påstås att en straffrättslig lagstiftningsmakt har etablerats *på EU-nivå*. I denna bemärkelse kan kompetensen att anta rambeslut med bäring på både den materiella och den processuella straffrätten sägas ha varit den tydligaste markeringen för ett närmande mellan den första respektive tredje pelaren i riktning mot överstatlighet.³⁷ Även om rambesluten inte hade samma rättsverkan som direktiv var de uttryckligen bindande och beskrev ofta i detalj hur den nationella rätten skulle utformas (jfr. art 34.2.b). Skillnaden i praktiken mellan rambeslut och direktiv tenderade därför att framstå som mindre än vad tredjepelaregleringen gav sken av.³⁸ Detta bekräftades inte minst av EG-domstolens avgörande i fallet *Pupino*³⁹ som berörde tolkningen av vissa bestämmelser i rådets rambeslut om brottsoffrets ställning i straffrättsliga förfaranden.⁴⁰ Medan bland annat Sverige officiellt betonade tredjepelarsamarbetets mellanstatliga karaktär uttalade domstolen att ”Rambeslutens tvingande karaktär, som uttrycks i ordalag som är identiska med dem i artikel 249 tredje stycket EG [art 288 tredje stycket FEUF; min anm.], medför en skyldighet för nationella myndigheter, och i synnerhet nationella domstolar, att göra en konform tolkning av nationell rätt”.⁴¹ Domstolens begränsade behörighet på tredjepelareområdet liksom de begränsade möjligheterna att säkerställa tredjepelareåtgärdernas lagenlighet ansågs inte påverka bedömningen i denna del (jfr. art 35 FEU *Nive*).⁴² Genom en sedvanlig teleologisk tolkningsmetod med hänvisning till den allmänt intensifierade integrationsprocessen och särskilt till förutsättningarna för EU-åtgärdernas effektiva genomslag konstaterade domstolen att principen om konform tolkning också gäller för rambeslut under den tredje pelaren, med de begränsningar som följer av allmänna rättsprinciper, exempelvis legalitetsprincipen.⁴³ Den nationella domstolen skulle således i största möjliga utsträckning tolka den nationella rätten mot bakgrund av rambeslutets ordalydelse och syfte.⁴⁴

1.2.2 EU-straffrättens utveckling i den första pelaren (pre-Lissabon)

De straffrättsliga frågornas tilltagande aktualitet inom EU har inte begränsat sig endast till deras egentliga hemvist i tredjepelarsamarbetet. Det tidigare EG-samarbetet (den första pelaren) har på olika sätt fått direkta implikationer på det straffrättsliga området utan att ha tagit vägen via tredjepelarsamarbetet. Likväl har det varit en vanlig och i praktiken betydelsefull uppfattning, inte minst i Sverige, att EG:s kompetens i princip har upphört vid det straffrättsliga områdets utkanter längs nationsgränserna, oavsett hur nära förbundna EG-rättsliga spörsmål har varit med straffrättsliga frågor.⁴⁵ Detta återspeglar också hur straffrätten traditionellt sett har betraktats som nationalstatens exklusiva egendom, intimt sammanbunden med statens våldsmonopol och sprungen ur dess nationella parlament. EG-domstolen slog dock relativt snabbt hål på det synsätt som innebar ett närmast kategoriskt avfärdande av EU:s inflytande på straffrätten. Det konstaterades att ”EG-rättens verkan inte kan upphöra endast på den grunden att den råkar passera en nationellt fastlagd gräns mellan olika juridiska ämnesområden”.⁴⁶

Genom domstolens praxis har fastslagits att unionsrätten (tidigare EG-rätten) innebär såväl negativa som positiva förpliktelser för medlemsstaterna, vilket följer av principen om EU-rättens företräde samt lojalitetsprincipen. Den nationella rätten – inklusive straffrätten – ska inte strida mot EU-rätten, vilket i *negativ* bemärkelse medför en skyldighet för medlemsstaterna att inte införa eller behålla nationell lagstiftning som strider mot EU-rätten. Det har principiellt sett ingen

³⁷ Gröning (2008) s. 51ff

³⁸ Ibid. s. 44-56

³⁹ C-105/03 *Pupino* (2005)

⁴⁰ Rådets rambeslut 2001/220/RIF av den 15 mars 2001 om brottsoffrets ställning i straffrättsliga förfaranden

⁴¹ C-105/03 *Pupino* (2005) nr. 34

⁴² Ibid. nr. 34-35

⁴³ Asp (2002), s. 22

⁴⁴ C-105/03 *Pupino* (2005) nr. 41-44 och 66. Se även exv. C-354/04 & C-355/04 *Segio* samt T 228/02 *OMPI*

⁴⁵ Asp (2002) s. 26f

⁴⁶ Ibid. s. 28f

betydelse om bristen i den nationella rätten i förhållande till EU-rätten visar sig direkt i lagstiftningen eller indirekt genom rättstillämpningen. Principen om direkt effekt aktualiseras i detta sammanhang om en medlemsstat inte har fullgjort sin negativa förpliktelse. Den nationella domstolen ska då tillämpa den aktuella EU-rättsliga bestämmelsen istället för den nationella bestämmelsen. För EU:s del innebär således den negativa effekten ingen direkt lagstiftningsbefogenhet.⁴⁷

Däremot innebär EU-rättens *positiva* effekt ett krav på aktiva lagstiftningsåtgärder från medlemsstaternas sida. På tillämpningsnivå ska den nationella rätten tolkas i ljuset av EU-rätten.⁴⁸ Med grund i den så kallade assimilationsprincipen kan medlemsstaterna tvingas att införa exempelvis straffrättsliga sanktioner för att säkerställa genomslaget på medlemsstatsnivå för EU-rättsliga bestämmelser. Eftersom skyddsnivån i det nationella rättssystemet för unionens intressen ska ligga på motsvarande nivå som skyddet för nationella intressen, kan det således krävas att en medlemsstat inför straffrättsliga skyddsbestämmelser för en rättsregel med ursprung i EU-rätten. Ett krav på straffrättsliga sanktioner kan även följa av att skyddet för unionsrätten på nationell nivå generellt måste vara effektivt, avskräckande och proportionerligt.⁴⁹ Domstolen har också fastslagit att EU i sekundärrättsliga akter kan föreskriva att medlemsstaterna ska införa nationella sanktioner som gäller vid överträdelse av EU-rättsliga bestämmelser och därtill att EU har en generell kompetens att föreskriva om administrativa sanktioner.⁵⁰ Avseende skyddet för EU:s ekonomiska intressen finns en sådan kompetens även uttryckt i fördragstexten (art 325 FEUF, tidigare art 280 EGF).⁵¹

Relativt tidigt fastslogs alltså att EU (då EG) har kompetens att kräva *administrativa* sanktioner till skydd för EU-rätten.⁵² Därefter kom den mycket omstridda frågan om gemenskapen också hade kompetens att föreskriva om *straffrättsliga* sanktioner att bli allt mer aktuell.⁵³ År 2005 konstaterade domstolen att straffrättslig lagstiftning under vissa förutsättningar kunde falla under gemenskapens kompetensområde.⁵⁴ I det aktuella målet ville kommissionen att ett rambeslut⁵⁵ som innefattade straffrättsliga miljöskyddsbestämmelser med grund i art 29, 31.1.e och 34.2.b FEU *Nice* skulle förklaras ogiltigt eftersom de ansåg att EG hade kompetens att föreskriva om sådana straffrättsliga åtgärder under gemenskapspelaren. Domstolen ogiltigförklarade också rambeslutet och framhöll – även om straffrätten som utgångspunkt inte ansågs falla under den första pelaren – att gemenskapen inte var förhindrad att vidta straffrättsliga åtgärder om dessa var ”absolut nödvändiga” för att bekämpa allvarliga miljöhot och därmed för att ge EG-rättsliga miljöskyddsbestämmelser fullt genomslag på nationell nivå.⁵⁶ Domstolen härledde ytterst sina slutsatser ur principen om underförstådda befogenheter som således kom att omfatta även miljöskyddsrelaterade straffrättsliga bestämmelser.⁵⁷ I en senare dom konkretiserades i viss mån gemenskapens straffrättsliga kompetens på förstapelarområdet då ett rambeslut även i detta fall ogiltigförklarades eftersom kompetensen att vidta straffrättsliga åtgärder kopplade till föroreningar från sjöfarten ansågs inrymmas under första pelaren.⁵⁸ Domstolen fastslog dock att kompetensen begränsades till en befogenhet att definiera straffbara handlingar och således inte att närmare fastställa påföljder.⁵⁹ Det rådde emellertid delade

⁴⁷ Gröning (2008) s. 37f, även Asp (2002) s. 29-35

⁴⁸ Gröning (2008) s. 38, även Asp (2002) s. 32

⁴⁹ C-68/88 *Kommissionen mot Grekland* nr. 24 och C-176/03 *Kommissionen mot rådet* nr. 48.

⁵⁰ C-240/90 *Tyskland mot kommissionen* [1992]

⁵¹ Gröning (2008) s. 39

⁵² C-240/90 *Tyskland mot kommissionen* [1992]

⁵³ Asp (2002) s. 54ff samt Gröning (2008) s. 39

⁵⁴ C-176/03 *Kommissionen mot rådet* [2005]

⁵⁵ Rådets rambeslut 2003/80/RIF av den 27 januari 2003 om skydd för miljön genom strafflagstiftning

⁵⁶ C-176/03 *Kommissionen mot rådet* [2005] se särskilt nr. 48

⁵⁷ Gröning (2008) s. 40

⁵⁸ C-440/05 *Kommissionen mot rådet* [2007]. Genom domen ogiltigförklarades rådets rambeslut 2005/667/RIF av den 12 juli 2005 om förstärkning av det straffrättsliga regelverket för bekämpning av föroreningar orsakade av fartyg

⁵⁹ C-440/05 *Kommissionen mot rådet* [2007] nr. 70

meningar om huruvida domstolens resonemang kunde utsträckas även till andra politikområden än miljöområdet. Kommissionen, i motsats till exempelvis EP, förfäktade existensen av en mer generell kompetens att utfärda straffrättsliga bestämmelser under första pelaren, när detta var nödvändigt för att förstärka gemenskapspolitikens genomslag.⁶⁰ Oaktat den mer eller mindre omtvistade kompetensen att vidta straffrättsliga åtgärder under första pelaren, stod det ändå klart att EG-samarbetet successivt fick allt tydligare och mer långtgående implikationer på det straffrättsliga området. Detta kan uttryckas som att domstolen, även om den inte formellt etablerade en genuin straffrättslig kompetens under första pelaren, i vart fall *möjliggjorde* straffrättsliga åtgärder under denna.⁶¹

Även om det alltså rådde en viss ”kompetensförvirring” och stor osäkerhet beträffande hur långt domstolens avgöranden egentligen sträckte sig kan det konstateras att den straffrättsliga utvecklingen på EU-nivå har skett på två fronter; dels under den tredje pelaren och dels under den första pelaren.⁶² Före Lissabonfördragets ikraftträdande kunde EU-straffrätten därför grovt sett delas upp i två områden: straffrätten under den tredje pelaren och straffrätten under den första pelaren. Samtidigt kan det också sägas ha skett ett successivt närmande mellan dessa två pelarna.⁶³ Som nämnts innebar Lissabonfördragets ikraftträdande att det officiella straffrättsliga samarbetet blev en del av det allmänna EU-samarbetet.⁶⁴ De två utvecklingsvägarna kan i stora drag sägas ha sammanförts i ett enhetligt EU-straffrättsligt regelverk på en principiellt överstatlig nivå. Innan detta behandlas närmare följer emellertid en redogörelse för en del av den kritik som riktades mot EU-straffrättens utveckling före det att Lissabonfördraget började gälla.

1.3 Kritiken mot EU-straffrättens positionering pre-Lissabon

Straffrättens utveckling på EU-nivå bör alltså betraktas mot bakgrund av två utvecklingsvägar, en under tredjepelarsamarbetet och en under det tidigare gemenskapsamarbetet. Med bortseende från den allmänna tråtan kring och komplexiteten i frågan om EU:s straffrättsliga kompetens eller icke-kompetens under första pelaren liksom förhållandet mellan de två pelarna, låter sig den centrala kritiken mot EU-straffrätten fördelas under tre huvudkategorier.⁶⁵ Denna kritik kan för övrigt på goda grunder sägas återspegla det straffrättsliga samarbetets grundläggande problem. Då bortser jag emellertid från den problematisering som är relaterad till frågan om vad EU-straffrätten grundar sig på, där synpunkter har framförts om att EU-straffrätten lider brister ifråga om just grundläggande straffrättslig teori, systematik och principer.⁶⁶ De tre huvudproblemen som här ska lyftas fram är följande: För det första kritiserades tredjepelarsamarbetet för brister i demokratiskt hänseende. Detta har främst uttryckts som att samarbetet hade ett demokratiskt underskott och att tredjepelaratgärden saknade demokratisk legitimitet.⁶⁷ För det andra har väsentlig kritik riktats mot flera av de tredjepelaratgärder i form av rambeslut som bygger på principen om ömsesidigt erkännande och som föreskriver att medlemsstaterna ska erkänna varandras straffrättsliga regler och beslut i olika avseenden. Dessa åtgärder har ansetts i förlängningen försämra individens rättssäkerhet och rättighetsskydd och rambesluten har också orsakat konflikter om förhållandet mellan EU-rätten och medlemsstaternas konstitutionella rätt.⁶⁸ För det tredje ansågs de mellanstatliga beslutsformerna skapa ett trögflytande och ineffektivt straffrättsligt samarbete.⁶⁹

⁶⁰ Gröning (2008) s. 41f

⁶¹ Ibid s. 34f

⁶² Citat från Frände & Suominen (2009) s. 659

⁶³ Gröning (2008) s. 32

⁶⁴ Bergström (2008) s. 44

⁶⁵ Se dock exempelvis Ladenburger (2008) s. 21-25 som gör en annan indelning

⁶⁶ Persson (2005) s. 11

⁶⁷ Gröning (2008) s. 96ff

⁶⁸ Gröning (2008) bl.a. s. 51-56, 89 och 95-106, Frände & Suominen (2009) s. 659ff, Herlin-Karnell (2008) s. 2

⁶⁹ Ladenburger (2008) s. 21ff, Peers (2008) 507f

1.3.1 Frågan om tredjepelarsamarbetets demokratiska legitimitet

Även under tredjepelarsamarbetet hade alltså EU relativt långtgående befogenheter att reglera olika delar av straffrätten i första hand genom att ställa krav på ömsesidigt erkännande men också genom harmonisering (jfr. art 31 och 34 FEU *Nice*). Med tanke på straffrättens speciella karaktär och starka anknytning till staten är det kanske inte överraskande att EP:s begränsade inflytande i kombination med bristande öppenhet på tredjepelarsamarbetet kom att bli föremål för debatt. EP:s befogenheter under den tredje pelaren sträckte sig inte längre än till en konsultationsrätt som avsåg vissa av tredjepelarsamarbetets åtgärder (jfr. art 39 FEU *Nice*). Samtidigt som EP saknade medbeslutanderätt hävdades också att de nationella parlamenten åtminstone i praktiken hade ett alltför begränsat inflytande.⁷⁰ Utvecklingen av straffrätten under tredje pelaren kan nämligen sägas ha inneburit en successiv överlämning av straffrättsliga lagstiftningsbefogenheter från de nationella parlamenten till EU:s ministerråd. Ytterst med utgångspunkt i ”det konstitutionella paradigmet” följer samtidigt ett krav på att offentlig maktutövning – inte minst *straffrättslig* maktutövning – ska utgå från folket som representeras i de nationella parlamenten.⁷¹ Ett ytterligare krav är att individens rättigheter ska skyddas genom begränsningar av den offentliga maktutövningen på ett sätt som gör att individens rättigheter kan garanteras. Nämnade krav brukar framhållas som grundläggande kriterier för straffrättens legitimitet.⁷² Om kravet på medborgerlig förankring inte är uppfyllt, vilket kan anses ha varit fallet vad avser EU:s befogenheter under tredje pelaren, följer således att det straffrättsliga samarbetet saknade demokratisk legitimitet. Visserligen skulle rambesluten genomföras på nationell nivå – de hade inte direkt effekt – men detta är inte liktydigt med att genomförandet i praktiken låg helt inom de nationella parlamentens kontroll. Rambesluten var trots allt bindande med avseende på det föreskrivna resultatet (jfr. art 34.2.b FEU *Nice*).

Till den i ovanstående stycke redovisade kritiken kan också fogas det faktum att EG-domstolens jurisdiktion på tredjepelarsamarbetet var ytterst begränsad, ofta uttryckt som en brist på judiciell kontroll. Detta kan påstås ha mer eller mindre förstärkt betydelsen av det demokratiska underskottet. En inte oväsentlig faktor i detta avseende är också att flera av rambesluten har tillkommit under tidspress. Exempelvis kan rambeslutet om en europeisk arresteringsorder betraktas som något utav en nödlösning i efterdyningarna av händelserna den 11 september 2001.⁷³

1.3.2 Kritik med avseende på bristande rättssäkerhet och rättighetsskydd för individen

Kravet på att den straffrättsliga maktutövningen ska vara begränsad på ett sådant sätt att individen garanteras vissa rättigheter kan som ovan nämnts betraktas som en del i tredjepelarsamarbetets legitimitetsproblematik. Den omfattande kritik som riktats mot flera av de rambeslut som baserats på principen om *ömsesidigt erkännande* förtjänar dock en separat behandling här. Kritiken kan sägas böttna i ett ifrågasättande av lämpligheten i att överföra denna klassiska inre marknadsprincip till förhållandet mellan individer och staten på det straffrättsliga området. På goda grunder kan det hävdas att den flexibilitet som ömsesidigt erkännande måhända förmår skapa på en gemensam marknad för varor, tjänster, arbetskraft och kapital, överfört på det straffrättsliga området riskerar att förvandlas till dålig förutsebarhet och därmed bristande rättssäkerhet för individen.⁷⁴ Det mycket omdiskuterade rambeslutet om en europeisk arresteringsorder är bara ett exempel på en åtgärd som stadgar skyldigheter för medlemsstaterna att såväl erkänna som verkställa varandras straffrättsliga beslut, alltså oavsett om det finns rättslig

⁷⁰ Ladenburger (2008) s. 24f

⁷¹ Gröning (2008) s. 89

⁷² Ibid.

⁷³ Ladenburger (2008) s. 24f, Suominen & Frände (2009) s. 658f. Jfr. rådets rambeslut 2002/584/RIF av den 15 juni 2002 om en europeisk arresteringsorder och om överlämnande mellan medlemsstaterna, ändrat genom 2009/299/RIF.

⁷⁴ Mitsilegas (2006) s. 1280

grund för beslutet i den verkställande medlemsstatens straffrättsliga lagstiftning.⁷⁵ Detta har också skapat konflikter om förhållandet mellan EU-rättsliga krav på ömsesidigt erkännande och grundläggande rättsprinciper i de nationella konstitutionerna. Principen om ömsesidigt erkännande applicerad på det straffrättsliga området förutsätter exempelvis att nationella krav på dubbel straffbarhet slopas, vilket i sin tur kan anses strida mot legalitetsprincipen. Denna grundläggande rättsprincip (inget straff utan lag) finns uttryckt i många av medlemsstaternas konstitutionella rättsordningar, däribland Sveriges (jfr. 2 kap 10 § RF).⁷⁶ Det säger egentligen sig självt att problem i detta avseende riskerar att uppstå när en nationell myndighet ska verkställa ett beslut om exempelvis frihetsberövande, beslag eller förverkande som det saknas omedelbar rättslig grund för i det nationella rättssystemet.⁷⁷ Straffrättsligt ömsesidigt erkännande innebär just det att en medlemsstat ska tillämpa en annan medlemsstats – om det dras till sin spets, *alla* medlemsstaters – straffprocessrättsliga bestämmelser inom sitt eget territorium. För den verkställande myndigheten i den aktuella medlemsstaten finns således grunden för ingripande mot individen inte i någon mer eller mindre välgrundad princip i den nationella rättsordningen, utan i det endast i skyldigheten att erkänna en annan medlemsstats beslut.⁷⁸

Principen om ömsesidigt erkännande applicerad på det straffrättsliga området kan alltså sammantaget beskrivas som ytterst problematisk ur ett rättssäkerhets- eller rättighetskyddsperspektiv, särskilt om den inte kombineras med *harmonisering* av medlemsstaternas straffrättsliga lagar och regler. I det avseendet säga att ömsesidigt erkännande egentligen förutsätter ett likaledes ömsesidigt *förtroende* mellan medlemsstaterna. Inte minst det faktum att en långtgående harmonisering på det straffrättsliga området hittills framstått som en politisk omöjlighet kan sägas tyda på att ett sådant förtroende mellan medlemsstaterna inte finns på det straffrättsliga området. Principen om ömsesidigt erkännande ska alltså tillämpas mot bakgrund av en straffrätt som i hög grad varierar beroende på var i EU man befinner sig. Det handlar alltså i princip inte om att erkänna andra medlemsstaters tolkningar av ett grundläggande *EU-gemensamt* straffrättsligt regelverk, utan om att erkänna andra medlemsstaters straffrättsliga system även i fall då dessa i väsentliga avseenden skiljer sig från det egna straffrättsliga systemet.⁷⁹ Samtidigt kan det också hävdas att ömsesidigt erkännande med dess brister är en helt nödvändig lösning i väntan på att en långtgående harmonisering av den europeiska straffrätten ska bli en politisk möjlighet.⁸⁰

1.3.3 Frågan om tredjepelarsamarbetets bristande effektivitet

Som nämnts ovan var det en uttalad ambition att genom Lissabonfördragets ändringar effektivisera beslutsfattandet under området med frihet, säkerhet och rättvisa.⁸¹ Den tredje pelarens mellanstatliga beslutsformer med ett i princip genomgående krav på enhällighet ansågs skapa ett ineffektivt straffrättsligt samarbete med en trög beslutsstruktur (jfr art 34.2 FEU *Nice*). Även tredjepelaratgårdernas huvudsakliga form – *rambesluten* – ansågs bidra till ett ineffektivt straffrättsligt samarbete, eftersom åtgärdernas verkan var helt beroende av en korrekt nationell

⁷⁵ Rådets rambeslut 2002/584/RIF av den 15 juni 2002 om en europeisk arresteringsorder och om överlämnande mellan medlemsstaterna, ändrat genom 2009/299/RIF.

⁷⁶ Legalitetsprincipen uttrycks alltså i 2 kap 10 § RF, som anger följande: ”Ingen får dömas till straff eller annan brottspåföljd för en gärning som inte var belagd med brottspåföljd när den begicks. Inte heller får någon dömas till svårare brottspåföljd för gärningen än den som var föreskriven då. Vad som föreskrivs här om brottspåföljd gäller även förverkande och annan särskild rättsverkan av brott.” Se dock 2 kap 9 § RF som anger följande: ”Om en annan myndighet än en domstol har berövat någon friheten med anledning av brott eller misstanke om brott, ska han eller hon kunna få frihetsberövandet prövat av domstol utan oskäligt dröjsmål. Detta gäller dock inte när det är fråga om att till Sverige flytta över verkställighet av en frihetsberövande påföljd enligt en dom i en annan stat.”

⁷⁷ Mitsilegas (2006) s. 1286f

⁷⁸ Persson (2007) s. 76ff

⁷⁹ Persson (2007) s. 36f, Mitsilegas (2006) s. 1281f

⁸⁰ Persson (2007) s. 79f

⁸¹ Se exempelvis Bergström (2008) s. 44f

implementering.⁸² Behovet av en effektivare beslutsstruktur på det straffrättsliga området kan i sin tur betraktas mot de behov som motiverar ett straffrättsligt samarbete överhuvudtaget. Dels behovet av att kunna utnyttja straffrättsliga åtgärder som verktyg för att säkerställa ett effektivt genomslag för unionens politik på andra områden, dels behovet av samordning för att kunna angripa den gränsöverskridande brottsligheten på ett effektivt sätt.⁸³

1.4 Översiktligt om dagens straffrättsliga EU-samarbete

Efter att Lissabonfördraget trädde ikraft i slutet av år 2009 återfinns regleringen av det straffrättsliga EU-samarbetet i tredje delen avdelning V FEUF, under beteckningen tillika parollen ”Ett område med frihet, säkerhet och rättvisa”. Lissabonfördraget upplöste sålunda trepelarstrukturen i unionssamarbetet genom att det polisiära och straffrättsliga samarbetet fogades samman med det som tidigare utgjorde gemenskapsrätten och som reglerades i det numera ersatta EG-fördraget. Området med frihet, säkerhet och rättvisa omfattar gränskontroll-, asyl- och invandringspolitiken (kap 2), det civilrättsliga samarbetet (kap 3), det straffrättsliga samarbetet (kap 4) och det polisiära samarbetet (kap 5). Första kapitlet innehåller allmänna bestämmelser.

1.4.1 Allmänna bestämmelser med anknytning till EU-straffrätten

Ett av EU:s grundläggande mål är, som det uttrycks i EU-fördraget, att unionen ska erbjuda sina medborgare ett område med frihet, säkerhet och rättvisa utan inre gränser, där den fria rörligheten för personer garanteras samtidigt som lämpliga åtgärder vidtas avseende kontroller vid yttre gränser, asyl, invandring samt förebyggande och bekämpande av brottslighet (art 3.2 FEU). I funktionsfördraget anges vidare att unionen ska utgöra ett område med frihet, säkerhet och rättvisa med respekt för de grundläggande rättigheterna och de olika rättssystemen och rättsliga traditionerna i medlemsstaterna (art 67.1 FEUF). Unionen ska verka för att säkerställa en hög säkerhetsnivå genom förebyggande och bekämpning av brottslighet, rasism och främlingsfientlighet. Detta ska ske genom samordning och samarbete mellan i första hand polismyndigheter och straffrättsliga myndigheter samt genom ömsesidigt erkännande av domar och beslut i brottmål och, vid behov, genom tillnärmning av den straffrättsliga lagstiftningen (art 67.3). De akter som kan antas under det straffrättsliga samarbetet och polissamarbetet, samt de åtgärder som rådet kan vidta för att säkerställa ett administrativt samarbete mellan behöriga myndigheter enligt art 74, ska antas antingen på kommissionens förslag eller på initiativ av minst en fjärdel av medlemsstaterna (art 76). Europeiska rådet är ansvarigt för att fastställa de strategiska riktlinjerna och programplaneringen för lagstiftning på området med frihet, säkerhet och rättvisa (art 68).

I art 74 stadgas en befogenhet att vidta åtgärder för att säkerställa ett administrativt myndighetssamarbete på området med frihet, säkerhet och rättvisa. För att förebygga och bekämpa terrorism och därmed sammanhängande verksamhet finns därtill en allmän bestämmelse som gör det möjligt att genom EU-förordningar fastställa en ram för administrativa åtgärder avseende kapitalrörelser och betalningar, exempelvis frysning av tillgångar eller finansiella medel som tillhör någon fysisk eller juridisk person som inte är en stat (art 75). En förutsättning för detta är att åtgärden är nödvändig för att uppnå målen för området med frihet, säkerhet och rättvisa (jfr. art 67). Det bör observeras att det här är fråga om *administrativa* åtgärder, det vill säga samarbete på tjänstemannanivå mellan olika förvaltningsinstitutioner. Befogenheterna i art 74 och 75 ska således inte blandas ihop med befogenheterna under det *straffrättsliga* eller polisiära samarbetet.⁸⁴

⁸² Peers (2008) s. 508, Ladenburger (2008) s. 21ff

⁸³ Se exempelvis Gröning (2008) s. 30. Att dessa behov i sin tur bygger på kanske inte alltid så väl underbyggda antaganden om verkligheten är en annan sak; se exempelvis Persson (2007) särskilt s. 31f och Suominen & Frände (2009) s. 659f

⁸⁴ Peers (2008) s. 513

De allmänna bestämmelserna innehåller även en särskild hänvisning till *subsidiaritetsprincipen* (art 69 FEUF). Subsidiaritets- och proportionalitetsprinciperna ska styra utövandet av de befogenheter som tilldelats unionen (art 5.1 FEU). Under området med frihet, säkerhet och rättvisa har unionen och medlemsstaterna så kallad *delad kompetens* (art 4 FEUF). Detta betyder att medlemsstaterna endast får utöva sina befogenheter i den utsträckning som inte unionen utövar sina (art 2.2).⁸⁵ Subsidiaritetsprincipens innebörd är dock att unionen på områden med delad kompetens ska vidta en åtgärd endast om och i den mån som målen för den planerade åtgärden inte i tillräcklig utsträckning kan uppnås av medlemsstaterna själva och därför, på grund av den planerade åtgärdens omfattning och verkningar, bättre kan uppnås på unionsnivå (art 5.3). Ytterst styr subsidiaritetsprincipen således på vilken nivå (EU- eller medlemsstatsnivå) som befogenheterna under det straffrättsliga samarbetet ska utövas.⁸⁶ De nationella parlamenten ska beträffande lagstiftning inom ramen för det straffrättsliga samarbetet och polissamarbetet tillse att subsidiaritetsprincipen respekteras i enlighet med protokollet om tillämpning av subsidiaritets- och proportionalitetsprinciperna (art 69).⁸⁷ I protokollet stadgas bland annat att utkast till lagstiftningsakter ska motiveras ingående ifråga subsidiaritets- och proportionalitetsprinciperna. Motiveringen ska exempelvis innehålla en redogörelse för på vilka grunder unionens mål bättre kan uppnås genom åtgärder på EU-nivå.⁸⁸ Motiveringen ska komma de nationella parlamenten till del. Om minst en fjärdel av de nationella parlamentens tilldelade röster stödjer ett motiverat yttrande om att det aktuella utkastet inte är förenligt med subsidiaritetsprincipen, ska utkastet omprövas. Ett utkast ska även omprövas inom ramen för det ordinarie lagstiftningsförfarandet om minst en enkel majoritet av parlamentens tilldelade röster stödjer ett sådant motiverat yttrande. I sista hand kan en omprövning i båda fallen leda till att utkastet dras tillbaka.⁸⁹ För att det senare ska ske krävs emellertid rådet och parlamentets godkännande.⁹⁰ EU-domstolen är behörig att pröva en talan om åsidosättande av subsidiaritetsprincipen som väcks av exempelvis en medlemsstat (art 263).⁹¹

Bland de allmänna bestämmelserna återfinns i övrigt ett allmänt stadgande om att området med frihet, säkerhet och rättvisa inte ska påverka medlemsstaternas ansvar för att upprätthålla lag och ordning och skydda den inre säkerheten (art 72). Medlemsstaterna får också inbördes och på eget ansvar organisera sådana former för samarbete och samordning som de finner lämpliga mellan de behöriga avdelningarna i den nationella administrationen (art 73).

1.4.2 EU:s befogenheter under det straffrättsliga samarbetet

Det straffrättsliga samarbetet regleras närmare i art 82-86 FEUF. Straffrättsarbetet bygger nu explicit på principen om *ömsesidigt erkännande* av domar och rättsliga avgöranden (art 82 FEUF). Det straffrättsliga samarbetet ska dock uttryckligen sträcka sig längre än till ömsesidigt erkännande. Det ska också inbegripa *harmonisering* (tillnärmning) av medlemslänternas processuella och materiella strafflagstiftning. EU:s befogenheter i detta avseende regleras i art 82.2 och 83. Det är således inte tillräckligt att EU endast inför lagstiftning som direkt syftar till att medlemsstaterna ska uppfylla principen om ömsesidigt erkännande som sådan.⁹² EU:s befogenheter att införa minimidirektiv på straffrättens område (art 82.2 och 83) kommer att stå i särskild fokus i denna uppsats eftersom de kan bli föremål för tillämpning av nödbromsarna i egenskap av undantagsregler i förhållande till det ordinarie lagstiftningsförfarandet.

⁸⁵ Bergström (2008) s. 35ff

⁸⁶ Gröning (2008) s. 23

⁸⁷ Se det till fördragen bifogade protokoll (nr. 2) om tillämpning av subsidiaritets- och proportionalitetsprinciperna

⁸⁸ Art 5 protokoll (nr. 2) om tillämpning av subsidiaritets- och proportionalitetsprinciperna

⁸⁹ Art 6 och 7 protokoll (nr. 2) om tillämpning av subsidiaritets- och proportionalitetsprinciperna, jfr. art 76 FEUF

⁹⁰ Asp (2011) s. 139

⁹¹ Art 8 protokoll (nr. 2) om tillämpning av subsidiaritets- och proportionalitetsprinciperna, jfr. art 263 FEUF

⁹² Peers (2008) s. 511

1.4.2.1 Minimireglering av straffprocessen (art 82.2 FEUF)

Om det är nödvändigt för att underlätta principen om ömsesidigt erkännande av domar och rättsliga avgöranden samt polissamarbete och rättsligt samarbete i sådana straffrättsliga frågor som har en gränsöverskridande dimension, får EP och rådet genom direktiv fastställa minimiregler (art 82.2). Minimireglerna ska omfatta ömsesidig tillåtlighet av bevis mellan medlemsstaterna, personers rättigheter vid det straffrättsliga förfarandet, brottsoffers rättigheter eller andra specifika delar av det straffrättsliga förfarandet vilka rådet i förväg har reglerat genom ett beslut (art 82.2.a-d). I minimiregleringen ska skillnaderna mellan medlemsstaternas rättsliga traditioner och rättssystem beaktas (art 82.2 första stycket). Införande av minimireglering enligt denna bestämmelse hindrar inte medlemsstater från att behålla eller införa en högre skyddsnivå för personer (art 82.2 tredje stycket).

1.4.2.2 Minimireglering av den materiella straffrätten (art 83 FEUF)

Utöver befogenheten att införa minimiregler om straffprocessen kan EP och rådet även besluta om minimiregler som fastställer brottsrekvisit och påföljder inom områden med särskilt allvarlig brottslighet som har ett gränsöverskridande inslag till följd av brottens karaktär eller effekter eller till följd av ett särskilt behov av att bekämpa dem på gemensamma grunder (art 83.1). I anslutning till denna bestämmelse finns en uppräkningslista av de områden av brottslighet som avses, nämligen terrorism, människohandel och sexuellt utnyttjande av kvinnor och barn, olaglig narkotika- och vapenhandel, penningtvätt, korruption, förfalskning av betalningsmedel, it-brottslighet samt organiserad brottslighet (art 83.1 st 2). Emellertid får rådet, med hänsyn till brottslighetens utveckling, besluta att även andra områden av brottslighet ska omfattas av möjligheten till minimireglering enligt art 83. Minimireglering om brottsrekvisit och påföljder kan även aktualiseras på den grunden att en tillnärmning av medlemsstaternas straffrättsliga lagstiftning visar sig nödvändig för att säkerställa att unionens politik på ett område som redan omfattas av harmoniseringsåtgärder ska kunna genomföras effektivt (art 83.2).

1.4.2.3 Övriga befogenheter under det straffrättsliga EU-samarbetet

Vid sidan av befogenheterna att införa olika slag av minimireglering på det straffrättsliga området kan EP och rådet besluta om åtgärder för att (a) fastställa regler och förfaranden för att säkerställa att alla former av domar och rättsliga avgöranden erkänns i hela unionen, (b) förebygga och lösa behörighetskonflikter mellan medlemsstaterna, (c) stödja utbildningen av domare och övrig personal inom rättsväsendet samt (d) underlätta samarbetet mellan rättsliga och likvärdiga myndigheter i medlemsstaterna inom ramen för lagföring och verkställighet av beslut (art 82.1 andra stycket FEUF). EU:s befogenhet enligt art 82.1 är av viss betydelse för uppsatsens huvudfrågeställning. Eftersom denna befogenhet inte faller under nödbromsarnas tillämpningsområde kan gränsdragningen mellan å ena sidan art 82.1 och å andra sidan art 82.2 och 83 vara mycket betydelsefull.

Till de övriga åtgärdsalternativen under det straffrättsliga samarbetet hör att EP och rådet kan föreskriva åtgärder för att uppmuntra och stödja medlemsstaternas åtgärder när det gäller att förebygga brottslighet, om dessa åtgärder inte omfattar någon harmonisering (art 84). Vidare ska EP och rådet genom förordningar närmare reglera samarbetsorganet Eurojusts struktur, arbetsätt, verksamhetsområde och uppgifter (art 85). Eurojusts uppgifter kan bland annat avse inledande och samordning av brottsutredningar som genomförs nationellt (jfr. art 85.1.a-c). Dessutom finns möjlighet för rådet att med syfte att bekämpa brott som skadar unionens ekonomiska intressen genom förordningar inrätta en europeisk åklagarmyndighet baserad på Eurojust (art 86.1). Om denna åklagarmyndighet inrättas kommer den att vara behörig att utreda och lagföra gärningsmän och andra medverkande som begått brott mot unionens ekonomiska intressen. Myndigheten för då talan vid medlemsstaternas behöriga domstolar (art 86.2).

1.4.3 Kort om polissamarbetet och Europol

I art 87-89 FEUF regleras polissamarbetet inom EU inklusive samarbetsorganet Europol. I kapitlets inledande bestämmelse anges att unionen ska utveckla ett polissamarbete mellan alla behöriga brottsbekämpande myndigheter i medlemsstaterna (art 87.1). Inom ramen för detta samarbete har EP och rådet befogenhet att föreskriva åtgärder om exempelvis lagring och utbyte av information och gemensam utredningsteknik vid upptäckt av allvarliga former av organiserad brottslighet (art 87.2). Rådet kan också under vissa förutsättningar föreskriva åtgärder om operativt samarbete (art 87.3). Europol har till uppgift att stärka och stödja de nationella brottsbekämpande myndigheternas samarbete för att förebygga och bekämpa allvarlig brottslighet som berör en eller flera medlemsstater, terrorism och brottslighet som skadar ett gemensamt intresse som omfattas av unionens politik (art 88.1). Europol har inga självständiga operativa befogenheter utan genomför insatser tillsammans med nationella myndigheter (art 88.3). Slutligen anges att rådet ska fastställa på vilka villkor och inom vilka gränser som behöriga nationella myndigheter får agera på en annan medlemsstats territorium, givetvis i samverkan och samförstånd med myndigheterna i den aktuella medlemsstaten (art 89).

1.4.4 Den förändrade beslutsstrukturen. Kvalificerad majoritet och nödbromsar

Lissabonfördraget etablerar förvisso en gång för alla en uttrycklig och relativt vidsträckt straffrättslig kompetens för EU. De kanske viktigaste förändringarna jämfört med förhållandena pre-Lissabon hänför sig emellertid till regleringen av den beslutsstruktur som kringgärdar EU:s straffrättsliga lagstiftningsbefogenheter. Denna innebär att de flesta åtgärder inom ramen för det straffrättsliga samarbetet numera ska antas i enlighet med *det ordinarie lagstiftningsförfarandet*. Mycket kortfattat innebär detta beslutsförfarande att rådet beslutar med kvalificerad majoritet samtidigt som EP har medbeslutanderätt (jfr. art 289.1 och 294 FEUF).

Eftersom befogenheterna under det straffrättsliga samarbetet – inbegripet kompetensen att fastställa straffrättslig minimireglering – som en huvudregel kan utövas genom beslut med kvalificerad majoritet i rådet kan det påstås att Lissabonfördragets ändringar inneburit en övergång från en mellanstatlig till en överstatlig beslutsstruktur. Den nya beslutsstrukturen kan karakteriseras som överstatlig framförallt då den inte förutsätter att de åtgärder som vidtas på EU-nivå måste implementeras av medlemsstaterna för att få rättsverkan. Exempelvis befogenheten att införa straffrättsliga minimiregler kan därför beskrivas som en principiellt självständig lagstiftnings- eller maktbefogenhet på EU-nivå. Den tredje pelaren var som utgångspunkt mellanstatlig vilket tydligast manifesterades i kravet på enhällighet i rådet.⁹³ Beskrivningen av Lissabonfördragets förändringar som en övergång från en mellanstatlig till en överstatlig beslutsstruktur riskerar dock att ge en alltför förenklad och kategorisk bild av de förhållanden som rådde före Lissabonfördragets ikraftträdande och kanske även av de förhållanden som råder under det nu gällande regelverket.

Vad som åsyftas med resonemanget i föregående stycke är för det första att tredjepelarsamarbetet redan innan Lissabonfördraget hade förlorat en stor del av de mellanstatliga dragen.⁹⁴ Tredjepelarsamarbetet skulle således bäst beskrivas som någonting mittemellan ett överstatligt och mellanstatligt samarbete, som dessutom alltmer drog åt det överstatliga hållet. För det andra tar det nuvarande straffrättsliga samarbetet visserligen avstamp i en tydligt överstatligt präglad beslutsstruktur, men nödbromsarna innebär också mer eller mindre av en tydlig avvikelse i detta avseende. Nödbromsarna är visserligen inte generellt tillämpliga på EU-befogenheter under det straffrättsliga samarbetet. Emellertid får befogenheterna att harmonisera såväl den materiella som den straffprocessuella straffrätten (art 82.2 och 83) anses tillhöra de för straffrätten allra mest elementära maktbefogenheterna.⁹⁵

⁹³ Gröning (2008) s. 24 och 31

⁹⁴ Se avsnitt 1.3 ovan

⁹⁵ Se exempelvis Gröning (2008) s. 12-16

Nödbromsbestämmelserna, som alltså är kopplade till EU:s befogenheter att införa minimidirektiv om den processuella och materiella straffrätten, föreskriver härvidlag att en rådsmedlem som anser att ett utkast till straffrättslig minimireglering skulle negativt påverka grundläggande aspekter av den aktuella medlemsstatens straffrättsliga system, kan begära att direktivförslaget överlämnas till Europeiska rådet för diskussion (art 82.3 och 83.3). Om en sådan begäran framställs ska det ordinarie lagstiftningsförfarandet tillfälligt upphävas och kan inte återupptas om inte Europeiska rådet når konsensus ifråga om det direktivförslaget. Om ingen enighet uppnås i Europeiska rådet kan en grupp om minst nio medlemsstater emellertid inleda ett fördjupat straffrättsligt samarbete på grundval av direktivutkastet (art 82.3 och 83.3 andra styckena).

Nödbromsarna kan således påstå ytterligare komplicera bilden av Lissabonfördragets omstruktureringar på det straffrättsliga området som en övergång från en mellanstatlig till en överstatlig beslutsstruktur. Oavsett om nödbromsarna problematiseras i termer av mellanstatlighet eller överstatlighet är det intressant att fråga sig vilken betydelse nödbromsarna kan tänkas få för det fortsatta straffrättsliga samarbetet. Som ovan framgått har det tidigare EU-samarbetet utsatts för omfattande kritik i olika avseenden, vilken kan översättas som grundläggande problem med samarbetet. Kanske särskilt intressant är då frågan om eller i vilken mån nödbromsbestämmelserna kan komma att påverka dessa ytterst grundläggande problem med EU-straffrätten pre-Lissabon.

2. EU:S KOMPETENS ATT HARMONISERA STRAFFRÄTTEN

Straffrätten kan i jämförelse med andra rättsområden sägas utmärka sig genom att den innefattar i viss mån karakteristiska åtgärder som kan uppfattas som mer ingripande mot enskilda än vad åtgärder under andra rättsliga discipliner brukar uppfattas som. Till straffrättens särdrag kan också fogas det allmännas intention att förmedla klander och lidande genom bestraffning, för att därigenom manifesteras vilka beteenden som inte är moraliskt godtagbara.⁹⁶ Straffrätten har också historiskt sett utmärkts av den nära förbindelsen med nationalstaten. De olika straffrättsliga regelsystemen tenderar därför att vara i hög grad nationellt inriktade.⁹⁷ Straffrättens generella utveckling på unionsnivå, med en överflyttning av straffrättslig lagstiftningsmakt från medlemsstaterna till EU, är därför enbart som sådan anmärkningsvärd och kan påstås representera något utav ett historiskt skifte. Därtill kan den explicita kompetensen att införa straffrättslig minimireglering enligt art 82.2 och 83 FEUF sägas innebära att EU tränger allt djupare ner i de nationella rättssystemens kärnområden.⁹⁸ Befogenheten att kriminalisera handlingar genom att fastställa brottsrekvisit och påföljder utgör i mångt och mycket själva grunden för straffrättslig maktutövning. Befogenheten att reglera olika delar av straffprocessen är på samma sätt en bärande del av straffrättens grundstruktur. Förändringarna i och med Lissabonfördragets ikraftträdande är därför i många delar kontroversiella, även om positionerna i viss mån redan var framflyttade redan innan fördragsändringarna.⁹⁹ Det ska dock påpekas att EU:s straffrättsliga kompetens på basis av art 82 och 83 är begränsad bland annat genom att den är att den är legislativ och därtill – genom kravet på direktivform – beroende av implementering på nationell nivå.¹⁰⁰

EU:s kompetens att införa straffrättslig minimireglering berör alltså mycket betydelsefulla delar av straffrätten. I den meningen är det kanske inte direkt överraskande att speciella undantagsregler har införts i anslutning till befogenheterna i art 82.2 och 83. Likafullt blir följden att nödbromsarna kan förmodas få stor betydelse för den fortsatta utvecklingen av straffrätten på EU-nivå. En närmare undersökning av befogenheten att införa straffrättslig minimireglering är därför nödvändig för att kunna reflektera kring nödbromsarnas konsekvenser för det framtida straffrättssamarbetet. Eftersom de andra befogenheterna under straffrättssamarbetet inte är föremål för liknande undantagsregler, är det likaså nödvändigt att undersöka hur befogenheterna att införa straffrättslig minimireglering förhåller sig till dessa andra befogenheter.

Innan kompetensen att fastställa straffrättslig minimireglering berörs närmare erinras om det allmänna stadgandet i art 82.1 första stycket FEUF. Av detta framgår att det straffrättsliga samarbetet ”ska bygga på principen om ömsesidigt erkännande av domar och rättsliga avgöranden och inbegripa en tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar på de områden som avses i [art 82] punkt 2 och artikel 83”. Straffrättssamarbetet baseras alltså på ömsesidigt erkännande men ska också inbegripa en harmonisering av medlemsstaterna processuella och materiella straffrätt.

Mot bakgrund av vad som anförts ovan omfattar detta avsnitt en närmare granskning av nödbromsarnas skyddsföremål, nämligen befogenheterna att införa minimireglering avseende dels det straffrättsliga förfarandet (2.1) dels den materiella straffrätten (2.2). Avsnittet avslutas med en utredning om gränsdragningen mellan dessa befogenheter och de befogenheter under det straffrättsliga samarbetet som inte faller under nödbromsarnas tillämpningsområde. Särskilt behandlas distinktionen och förhållandet mellan straffrättslig harmonisering och ömsesidigt erkännande (2.3)

⁹⁶ Se Gröning (2008) s. 5ff som menar att straffrättens speciella karaktär närmast bör förklaras utifrån de sistnämnda karaktärsdragen.

⁹⁷ Asp (2002) s. 26, se vidare Peers (2008) s. 513

⁹⁸ Se exempelvis Peers (2008) s. 513

⁹⁹ Se ovanstående avsnitt med referenser till Asp (2002), Gröning (2008) och Peers (2008) i dessa avseenden.

¹⁰⁰ Asp (2011) s. 129

2.1 Harmonisering av straffprocessen (art 82.2 FEUF)

I art 82.2 FEUF ges EU befogenhet att fastställa minimiregler beträffande olika delar av det straffrättsliga förfarandet. Bestämmelsen är utformad enligt följande:

Om det är nödvändigt för att underlätta det ömsesidiga erkännandet av domar och rättsliga avgöranden samt polissamarbete och rättsligt samarbete i sådana straffrättsliga frågor som har en gränsöverskridande dimension, får Europaparlamentet och rådet genom direktiv i enlighet med det ordinarie lagstiftningsförfarandet fastställa minimiregler. I dessa minimiregler ska skillnaderna mellan medlemsstaternas rättsliga traditioner och rättssystem beaktas.

De ska omfatta

- a) ömsesidig tillåtlighet av bevis mellan medlemsstaterna,
- b) personers rättigheter vid det straffrättsliga förfarandet,
- c) brottsoffers rättigheter,
- d) andra specifika delar av det straffrättsliga förfarandet, vilka rådet i förväg har reglerat genom ett beslut; vid antagandet av detta beslut ska rådet besluta med enhällighet efter Europaparlamentets godkännande.

Antagande av de minimiregler som avses i denna punkt ska inte hindra medlemsstaterna från att behålla eller införa en högre skyddsnivå för personer.

EU:s befogenhet att införa minimireglering av straffprocessen är alltså enligt vad som framgår ovan som utgångspunkt begränsad till särskilt specificerade beståndsdelar av denna. Minimiregleringen ska avse antingen *ömsesidig tillåtlighet av bevis* eller *individens eller brottsoffers rättigheter* vid det straffrättsliga förfarandet. Även om dessa kategorier öppnar upp för en mängd olika åtgärder är det alltså fråga om en uttömmande uppräkningslista av vilka delar av straffprocessen som i första hand kan komma ifråga för minimireglering. Den uttömmande förteckningen till trots kan även andra delar av det straffrättsliga förfarandet bli aktuella för minimireglering om rådet fattar beslut om detta. Då krävs som utgångspunkt enhällighet i rådet (art 82.2 andra stycket).¹⁰¹

2.1.1 Begreppet "minimiregler" och kravet på direktivform

Befogenheten enligt art 82.2 är uttryckligen begränsad till fastställande av just *minimiregler*. Vad som avses med minimiregler framgår av att sådana regler "inte hindra[r] medlemsstaterna från att behålla eller införa en högre skyddsnivå för personer" (art 82.2 tredje stycket). Detta innebär med andra ord att unionen i minimireglerna kan föreskriva att medlemsstaterna ska ha en viss angiven lägstanivå av skydd för brottsoffer och misstänkta liksom en lägstanivå av bevisstillåtlighet i den nationella straffprocessrättsliga lagstiftningen.¹⁰²

Vidare ska minimireglerna ha formen av *direktiv*, vilket exempelvis skiljer dem från de rambeslut som kunde antas under tredjepelarsamarbetet. Rambesluten var och är så länge de inte ersätts visserligen bindande med avseende på det resultat som skulle uppnås, men hade uttryckligen inte direkt effekt (jfr. art 34.1.b FEU *Nice*). Det var upp till varje medlemsstat att bestämma form och tillvägagångssätt för genomförande av beslutet på nationell nivå. Direktiv är på samma sätt bindande "med avseende på det resultat som ska uppnås" och är som utgångspunkt beroende av implementering på nationell nivå (art 288 tredje stycket FEUF). Det som skiljer ett direktiv från ett rambeslut är framförallt direktivets potentiella rättsverkan. Ett direktiv men inte ett rambeslut kan under vissa förutsättningar ha direkt effekt. Doktrinen kring direktivs direkta effekt är invecklad och ska inte behandlas utförligt i denna uppsats.¹⁰³ Vad som ska framhållas är dock att ett direktiv som har direkt effekt kan åberopas av enskilda i nationell domstol. I korthet är förutsättningarna för att ett direktiv ska ha sådan effekt att direktivet inte i rätt tid eller på rätt sätt har implementerats på nationell nivå. Det krävs också att bestämmelserna i direktivet är klara, precisa och ovillkorliga i sådan mån att de kan anses ge upphov till rättigheter

¹⁰¹ Det bör dock anmärkas att de så kallade *passarellerna* i EU-fördraget möjliggör en förenklad övergång från enhällighet till kvalificerad majoritet (jfr. art 48.7 FEU). Dessa bestämmelser behandlas närmare under 3.1.2 detta arbete.

¹⁰² Peers (2008) s. 513

¹⁰³ Se exempelvis Craig & de Búrca (2008) s. 279-282 eller Bernitz (2007) s. 80-86

för enskilda och skyldigheter för staten.¹⁰⁴ I princip går gränsen för direktivs direkta effekt just vid förhållandet mellan enskilda och staten i vid mening, så kallad ”vertikal direkt effekt”.¹⁰⁵ Generellt sett kan dock den praktiska skillnaden mellan direktiv och rambeslut sägas ha minskat genom att såväl rambeslut som direktiv kan ha så kallad *indirekt effekt* mot bakgrund av principen om konform tolkning.¹⁰⁶

2.1.2 Kravet på hänsyn till olikheter mellan medlemsstaterna

Minimireglering av det straffrättsliga förfarandet ska alltså avse någon av de särskilt angivna delarna av det straffprocessen och ska ha formen av minimidirektiv. Utöver de begränsningar av EU:s kompetens som följer i detta avseende anges också att skillnaderna mellan medlemsstaternas rättsliga traditioner och rättssystem ska beaktas i minimiregleringen (art 82.2 första stycket). Jämfört med den allmänna bestämmelsen i art 67.1 FEUF – som anger att unionen ”ska utgöra ett område med frihet, säkerhet och rättvisa *med respekt för* [...] de olika rättssystemen och rättsliga traditionerna i medlemsstaterna” – är det dock svårt att se hur skyldigheten att *beakta* skillnaderna mellan de nationella rättssystemen och traditionerna skulle utgöra en mer långtgående begränsning. ”Beakta” och ”respekt för” bör väl här närmast tolkas som påbud om att olikheterna mellan medlemsstaternas rättssystem och traditioner ska finnas med som bedömningsunderlag i lagstiftningsarbetet. Möjligtvis skulle uppmaningen att *respektera* dessa olikheter kunna uppfattas som den strängare av de två formuleringarna. Det får dock betraktas som oklart i vilken utsträckning denna bestämmelse innebär några verkligt konkreta begränsningar av EU:s lagstiftningsbefogenheter under det straffrättsliga samarbetet. Vad som mer eller mindre kan konstateras är dock att innebörden knappast kan vara att EU måste avhålla sig från varje reglering som riskerar att påverka en medlemsstats rättssystem.¹⁰⁷ Att medlemsstaterna ska beakta och respektera de olika nationella rättssystemen och traditionerna bör därför uppfattas närmast som en allmän uppmaning till lagstiftaren att åtminstone ha dessa olikheter i åtanke, även om frågan ytterst skulle kunna bli föremål för EU-domstolens prövning (se art 263 och 264 FEUF).

2.1.3 Nödvändighetsrequisitet och begreppet ”gränsöverskridande dimension”

Bland de mer specifika kraven på straffprocessuella minimiregler i art 82.2 finner vi för det första kravet på att minimiregleringen ska vara *nödvändig* för att underlätta det ömsesidiga erkännandet av domar och rättsliga avgöranden samt polissamarbete och rättsligt samarbete. Minimireglering av det straffrättsliga förfarandet ska alltså syfta till att *underlätta* antingen ömsesidigt erkännande av domar och rättsliga avgöranden, polissamarbete eller annat rättsligt samarbete. För det andra krävs att regleringen avser straffrättsliga frågor som har en *gränsöverskridande dimension*. Vid en första anblick synes detta kunna medföra ett krav på att minimireglerna endast ska avse förfaranden som de facto rör fler än en medlemsstat. Detta torde emellertid inte vara fallet. Kravet på att minimireglerna ska avse frågor med en gränsöverskridande dimension utesluter således inte minimiregler som har effekt även i andra fall. I förtydligande syfte kan en jämförelse göras med EU:s lagstiftningsbefogenheter på det civilrättsliga området. Beslut om åtgärder på detta område förutsätter att det är fråga om civilrättsliga frågor som har ”gränsöverskridande *följder* [min kurs.]” (art 81.1 FEUF). Peers menar att formuleringen ”gränsöverskridande dimension”¹⁰⁸ ska ges en bred tolkning jämfört med det snävare begreppet ”gränsöverskridande *följder*”¹⁰⁹. Han menar också att befogenheten att införa

¹⁰⁴ Bernitz (2007) s. 80ff

¹⁰⁵ Craig & de Búrca (2008) s. 279-282

¹⁰⁶ Se ovan avsnitt 1.2.1

¹⁰⁷ Peers (2008) s. 513

¹⁰⁸ Eng: ”cross-border dimension”

¹⁰⁹ Eng: ”cross-border implications”

minimireglering om det straffrättsliga förfarandet förefaller meningslös om den endast kan avse faktiskt gränsöverskridande straffrättsliga förfaranden.¹¹⁰

Avseende ömsesidig tillåtlighet av bevis i art 82.2.a bör tilläggas att detta visserligen endast aktualiseras i fall som har gränsöverskridande beröringspunkter. Befogenheten att fastställa minimiregler som avser ömsesidig bevisstillåtlighet måste dock enligt Peers anses förutsätta en viss nivå av *generell* tillnärmning mellan medlemsstaternas regler om bevisstillåtlighet. Befogenheten att fastställa minimiregler om ömsesidig bevisstillåtlighet kommer alltså ofrånkomligen att påverka även andra icke-gränsöverskridande fall. Sammantaget menar Peers att det framstår det som ett rimligt antagande att det för minimireglering av det straffrättsliga förfarandet ska vara åtminstone sannolikt ("a degree of likelihood") att den aktuella regleringen kommer att ha verkan vid gränsöverskridande straffprocesser i framtiden.¹¹¹ Grunden till denna slutsats återfinns i domstolens resonemang i de så kallade tobaksreklammålen¹¹², som berörde omfattningen av EG:s kompetens att harmonisera lagstiftning i syfte att "upprätta den inre marknaden och få den att fungera" (jfr. nuvarande art 114 FEUF, tidigare art 95 EGF).¹¹³

Ett ytterligare spørsmål är om befogenheten att reglera brottsoffers rättigheter i art 82.2.b har bäring på medlemsstaternas skyldighet att i vissa fall betala ut ersättning till brottsoffer. Detta har tidigare reglerats i ett särskilt direktiv om ersättning till brottsoffer som avsåg att komplettera ett rambeslut om brottsoffers möjlighet att yrka om ersättning från gärningsmannen.¹¹⁴ Direktivet antogs med rättslig grund i nuvarande art 352 FEUF (tidigare art 308 EGF) som beskriver unionens så kallade restkompetens.¹¹⁵ Enligt Peers är art 82.2 förmodligen inte tillämplig på harmonisering av lagstiftning om brottsofferersättning från staten, eftersom tillämpningsområdet uttryckligen är begränsat till *rättsligt samarbete*. Åtgärder avseende denna fråga torde därför fortfarande falla under EU:s restkompetens i enlighet med flexibilitetsklausulen i art 352 FEUF.¹¹⁶

2.2 Harmonisering av den materiella straffrätten (art 83 FEUF)

Befogenheten att reglera den materiella straffrätten följer av art 83.1 och 2 och är uppdelad i två olika bestämmelser. Art 83.1 avser minimiregler om brottsrekvisit och påföljder på särskilt angivna områden av brottslighet, medan art 83.2 ger en mer generell befogenhet att fastställa minimiregler om brottsrekvisit och påföljder på harmoniserade områden. Art 83.1 motsvarar i stora delar art 31.1.e FEU *Nice*.¹¹⁷

2.2.1 Minimiregler om brottsrekvisit och påföljder inom områden med särskilt allvarlig gränsöverskridande brottslighet

Art 83.1 FEUF:

Europaparlamentet och rådet får genom direktiv i enlighet med det ordinarie lagstiftningsförfarandet fastställa minimiregler om fastställande av brottsrekvisit och påföljder inom områden med särskilt allvarlig brottslighet med ett gränsöverskridande inslag till följd av brottens karaktär eller effekt eller av ett särskilt behov av att bekämpa dem på gemensamma grunder.

¹¹⁰ Peers (2008) s. 513f

¹¹¹ Ibid s. 514

¹¹² C-376/98 *Tyskland mot Europaparlamentet* [2000] och C-380-03 *Tyskland mot Europaparlamentet* [2006]

¹¹³ Se särskilt C-380/03 *Tyskland mot Europaparlamentet* [2006]

¹¹⁴ Rådets direktiv 2004/80/EG av den 29 april 2004 om ersättning till brottsoffer samt rådets rambeslut 2001/220/RIF av den 15 mars 2001 om brottsoffrets ställning i straffrättsliga förfaranden

¹¹⁵ Art 352.1 FEUF stadgar att om en åtgärd från unionens sida skulle visa sig nödvändig för att, inom ramen för den politik som fastställs i fördragen, nå något av de mål som anges i fördragen och dessa inte föreskriver de nödvändiga befogenheterna för detta, kan rådet med enhällighet och efter EP:s godkännande anta lämpliga bestämmelser.

¹¹⁶ Peers (2008) s. 514

¹¹⁷ Se avsnitt 2.2.1 detta arbete

Detta gäller följande områden av brottslighet: 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.

Med hänsyn till brottslighetens utveckling får rådet anta ett beslut där andra områden av brottslighet anges som uppfyller de kriterier som avses i denna punkt. Rådet ska besluta med enhällighet efter Europaparlamentets godkännande.

EU:s befogenhet enligt art 83.1 avser alltså fastställande av minimiregler om *brottsrekvisit och påföljder*. På liknande sätt som befogenheten att reglera det straffrättsliga förfarandet är begränsad till särskilt angivna delar av straffprocessen är denna befogenhet uttryckligen begränsad till de områden av brottslighet som har specificerats i lagtexten. Rådet har emellertid befogenhet att med hänsyn till *brottslighetens utveckling* utöka listan till att avse även andra områden av brottslighet som uppfyller kriterierna i art 83.1. För att rådet ska kunna utöka listan krävs enhällighet samt EP:s godkännande.¹¹⁸¹¹⁹ Något som kan tyckas märkligt är att art 83, i motsats till art 82.2, inte innehåller någon passus om att skillnaderna mellan medlemsstaternas rättsliga traditioner och rättssystem ska beaktas i minimireglerna. Detta torde dock inte ha någon betydelse eftersom detta anges redan i de allmänna bestämmelserna som ett av grundfundamenten för området med frihet, säkerhet och rättvisa (art 67.1).

Åtgärder för att åstadkomma tillnärmning av den materiella straffrätten ska uttryckligen, liksom vad gäller harmoniseringsåtgärder på det straffprocessuella området, ha formen av minimiregler. En intressant aspekt av detta – kanske särskilt beträffande befogenheten att harmonisera den materiella straffrätten – är vilken betydelse som kravet får för vilken typ av åtgärder som i realiteten blir aktuella för åtgärder på EU-nivå. Att införa minimiregler om påföljder och brottsrekvisit kan som utgångspunkt förmodas leda till en generellt sett strängare straffrätt för EU-medborgaren, eftersom syftet med att vidta sådana åtgärder knappast är att åstadkomma lägre straff eller att definiera handlingar som icke straffbara. Snarare blir inriktningen på EU-straffrätten i grunden *repressiv*, det vill säga den tenderar att leda till att höjda minimistraff och nykriminalisering. Detta förstärks också av att den europeiska kriminalpolitiken även i allmänhet har varit fokuserad på att skapa förutsättningar för att kriminalisera och införa strängare straff snarare än att den har haft individens villkor under straffrättstillämpningen som utgångspunkt.¹²⁰ Den uttryckliga målsättningen är visserligen att skapa ett område med såväl *säkerhet* som *frihet* och *rättvisa* (art 67.1), men frågan är om inte straffrättssamarbetet i första hand är inriktat på att uppfylla den första av dessa tre målsättningar. Ledorden är att ”säkerhetsnivån” ska vara hög, vilket ska säkerställas bland annat genom ”förebyggande och bekämpning av brottslighet”, ”ömsesidigt erkännande av domar och beslut i brottmål” och genom harmonisering av den europeiska straffrätten (art 67.3). Hur målen om frihet och rättvisa närmare bestämt ska uppnås lämnas emellertid, åtminstone i fördragstexten, därhän.

På liknande sätt som befogenheten att reglera det straffrättsliga förfarandet är befogenheten att reglera den materiella straffrätten begränsad till att avse brottslighet som har ett ”gränsöverskridande inslag”. Den lingvistiska åtskillnad som görs i den svenskspråkiga fördragsversionen mellan å ena sidan ”gränsöverskridande dimension” i art 82.2 och å andra sidan ”gränsöverskridande inslag” i art 83.1 är dock inte avsedd att i juridisk eller semantisk mening särskilja dessa uttryckssätt. Någon sådan språklig åtskillnad görs exempelvis inte i någon av de engelska, tyska eller franska versionerna av FEUF. Där används istället samma formuleringar i båda bestämmelserna.¹²¹ Således bör ingen avgörande vikt fästas vid att olika uttryckssätt används i den svenskspråkiga fördragstexten. Enligt Peers råder ingen tvekan om att

¹¹⁸ Peers (2008) s. 515

¹¹⁹ Likväl kan rådet under vissa förutsättningar fatta beslut med kvalificerad majoritet enligt särskilda bestämmelser i EU-fördraget (art 48.7 FEU, jfr. avsnitt 3.1.2 nedan).

¹²⁰ Se exempelvis Asp, Elholm & Frände (2009:2) s. 969 samt Asp (2011) s. 130

¹²¹ I den engelskspråkiga fördragsversionen används begreppet ”cross-border dimension” i såväl art 82.2 som art 83. I den franskspråkiga fördragsversionen används ”dimension transfrontière” och i den tyska ”grenzüberschreitende Dimension” på samma sätt i båda bestämmelserna.

befogenheten att införa regler om den materiella strafflagstiftningen inte är begränsad till att avse brottslighet som rent faktiskt eller i varje enskilt fall är gränsöverskridande.¹²² Av allt att döma bör ett utnyttjande av lagstiftningsbefogenheten bygga på att det i *flera* medlemsstater finns ett problem som därtill med fördel kan regleras genom åtgärder på EU-nivå.

Art 83.1 skiljer sig vid en första anblick inte väsentligt från tredjepelarbestämmelsen om minimireglering avseende brottsrekvisit och påföljder. Under tredjepelarsamarbetet hade EU uttrycklig befogenhet att införa ”gradvisa beslut om åtgärder som fastställer minimiregler avseende brottsrekvisit och påföljder på områdena *organiserad brottslighet, terrorism och olaglig narkotikahandel*” (art 31.1.e FEU *Nice*; min kurs.). Att likna art 83.1 med den tidigare tredjepelarbestämmelsen är dock i viss mån riskabelt. Tredjepelarbestämmelsen ansågs nämligen som icke uttömmande, eftersom den endast angav vad som *skulle* ingå i unionens befogenheter att harmonisera straffrätten (jfr. art 31.1 första meningen). Samtidigt angavs att målet om förebyggande och bekämpning av brottslighet, oavsett om denna var organiserad eller ej, särskilt terrorism, människohandel och brott mot barn, olaglig narkotikahandel och olaglig vapenhandel, korruption och bedrägeri, skulle uppnås genom ”tillnärmning, när det är nödvändigt, av straffrättsliga regler i medlemsstaterna *i enlighet med bestämmelserna i artikel 31e*” (art 29 andra stycket; min kurs.). Därför ansågs EU redan innan Lissabonfördraget ha befogenhet att harmonisera såväl straffprocessen som den materiella straffrätten.¹²³ Det var visserligen möjligt att tolka art 29 andra stycket som att befogenheten ändå var begränsad till de tre brottskategorier som räknades upp i art 31.1.e och dessutom till just *brottsrekvisit och påföljder* och således inte det straffrättsliga förfarandet. Denna tolkning synes dock inte ha fått mycket gehör. I art 34 angavs därtill att rådet, i syfte att uppnå unionens mål, *fick* fatta rambeslut om tillnämning av medlemsstaternas lagar och andra författningar i tredjepelarfrågor, vilket får anses ge stöd för den mer vidsträckta tolkningen.¹²⁴

Hursomhelst besitter art 83.1 FEUF potentialen att tillintetgöra de eventuella oklarheterna i tredjepelarregleringen. Numera finns det knappast stöd för en sådan extensiv tolkning av befogenheten att fastställa minimiregler om brottsrekvisit och påföljder som tidigare gjordes. För det första anger den nya regleringen vad rådet *får* göra. För det andra ska uttrycket ”brottsrekvisit och påföljder” numera avgränsas mot den nu explicit formulerade befogenheten att reglera ”det straffrättsliga förfarandet” (art 82.2).¹²⁵ För det tredje är det tydligt att uppräknningen av de områden av brottslighet som kan bli föremål för minimireglering av brottsrekvisit och påföljder är avsedd att vara uttömmande. Detta följer om inte av ordlydelsen i art 83.3 så av befogenheten att i enlighet med ett särskilt förfarande utöka listan över områden av brottslighet (art 83.1 tredje stycket).¹²⁶ Det ska dock tilläggas att de områden av brottslighet som räknas upp idag, kanske särskilt ifråga om begreppet ”organiserad brottslighet”, knappast utgör någon klar begränsning av EU:s befogenhet. Även begränsningen till ”brottsrekvisit och påföljder” öppnar i viss mån upp för olika möjliga tolkningar.¹²⁷ Det bör påpekas att man redan innan Lissabonfördragets ikraftträdande hade enats om en rad åtgärder som berör de flesta av de områden av brottslighet som idag uttryckligen faller under EU:s befogenhet enligt art 83.1.¹²⁸ Åtminstone utifrån en praktisk synvinkel tillför således art 83.1 FEUF knappast någonting nytt vad avser *omfattningen* av EU:s kompetens på straffrättsområdet, utan snarare tydligare begränsningar.¹²⁹ Av de områden av brottslighet som finns med i art 83.1 idag har i princip samtliga, med undantag från sådan vapenhandel som inte kan anses utgöra organiserad brottslighet, redan blivit föremål för någon

¹²² Peers (2008) s. 514

¹²³ Se ovan avsnitt 1.2.1

¹²⁴ Peers (2008) s. 510f

¹²⁵ Se vidare nedan under avsnitt 3.2.3

¹²⁶ Peers (2008) s. 510f

¹²⁷ Ladenburger (2008) s. 35

¹²⁸ Se Peers (2006) s. 402f som hänvisar till ett kluster av tredjepelaråtgärder som på olika sätt berör de områden av brottslighet som numera uttryckligen faller under EU:s lagstiftningsbefogenhet enligt art 83.1.

¹²⁹ Ladenburger (2008) s. 34f

form reglering på EU-nivå.¹³⁰ Med detta inte sagt att ytterligare reglering av dessa brottsområden är uteslutna. De mest betydelsefulla förändringarna är snarare hänförliga till den förändrade beslutsstrukturen liksom till den nu fördragsfästa befogenheten att införa straffrättsliga minimidirektiv om brottsrekvisit och påföljder på harmoniserade områden som nu ska avhandlas.

2.2.2 Minimiregler om brottsrekvisit och påföljder på områden som omfattas av harmoniseringsåtgärder

Art 83.2 FEUF:

Om en tillnärmning av medlemsstaternas straffrättsliga lagar och andra författningar visar sig nödvändig för att säkerställa att unionens politik på ett område som omfattas av harmoniseringsåtgärder ska kunna genomföras effektivt, får minimiregler för fastställande av brottsrekvisit och påföljder på det berörda området meddelas i direktiv. Dessa direktiv ska antas enligt samma ordinarie eller särskilda lagstiftningsförfarande som använts för beslutet om harmoniseringsåtgärderna ifråga, utan att det påverkar tillämpningen av artikel 76.

Art 83 FEUF innehåller som framgår en ytterligare befogenhet för EU att fastställa minimiregler om brottsrekvisit och påföljder, den så kallade *annexkompetensen*.¹³¹ Om en sådan harmonisering är nödvändig för att säkerställa ett effektivt genomslag för unionens politik på ett område som redan omfattas av harmoniseringsåtgärder, får minimidirektiv om brottsrekvisit och påföljder införas på det berörda området. Dessa direktiv ska antas enligt samma ordinarie eller särskilda lagstiftningsförfarande som använts för beslutet om harmoniseringsåtgärderna på det samarbetsområde som är aktuellt. Detta innebär att på exempelvis skatteområdet, där det för harmonisering av lagstiftning kring indirekta skatter hänvisas till ett särskilt lagstiftningsförfarande, krävs enhällighet i rådet och samråd med EP för att kunna införa minimireglering om brottsrekvisit och påföljder (jfr. art 113).¹³² Hänvisningen till art 76 innebär att den mellan medlemsstaterna och kommissionen delade initiativrätten kvarstår oavsett vilket lagstiftningsförfarande som ska tillämpas.

Art 83.2 är nydanande på ett helt annat vis än art 83.1. Gemenskapens kompetens att vidta straffrättsliga åtgärder inom ramen för EG-samarbetet har varit ett omstritt område. Den nu explicita befogenheten att införa minimiregler om brottsrekvisit och påföljder på harmoniserade områden i art 83.2 kan i princip ses om ett resultat av straffrättens utveckling under den första pelaren.¹³³ Utan att här beröra den tidiga doktrinen kring EG:s kompetens att införa administrativa sanktioner fastslog domstolen år 2005 för första gången att straffrättsliga åtgärder under vissa förutsättningar kunde falla under gemenskapens kompetensområde. Ett rambeslut med krav på straffrättsliga miljöskyddsbestämmelser ogiltigförklarades därför att befogenheten att vidta sådana åtgärder ansågs falla under förstapelarområdet. Ytterst utifrån principen om underförstådda befogenheter konstaterade EG-domstolen att gemenskapen inte var förhindrad att vidta straffrättsliga åtgärder som var ”absolut nödvändiga” för att EG-rättsliga miljöskyddsbestämmelser skulle få fullt genomslag nationellt.¹³⁴ Kommissionens progressiva inställning var emellertid, kort och gott, att ”Straffrättsliga bestämmelser som behövs för ett effektivt genomförande av gemenskapsrätten faller under EG-fördraget”.¹³⁵ Genom en senare dom ogiltigförklarades ytterligare ett rambeslut om straffrättsliga miljöskyddsbestämmelser med en motsvarande motivering i principen om EG-rättens effektivitet.¹³⁶ I sistnämnda dom

¹³⁰ Peers (2008) s. 518

¹³¹ Asp (2011) s. 126

¹³² Peers (2008) s. 516

¹³³ Se närmare avsnitt 1.2.2 detta arbete

¹³⁴ Se C-176/03 *Kommissionen mot rådet* (2005), särskilt punkt 48, samt rådets rambeslut 2003/80/RIF av den 27 januari 2003 om skydd för miljön genom strafflagstiftning [ogiltigförklarad]. Se vidare avsnitt 2.2.2 detta arbete med källhänvisningar

¹³⁵ Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet och rådet om följderna av EG-domstolens dom av den 13 september 2005 (C-176/03, *Kommissionen mot rådet*), KOM/2005/0583, punkt 11

¹³⁶ C-440/05 *Kommissionen mot rådet* (2007). Genom domen ogiltigförklarades rådets rambeslut 2005/667/RIF av den 12 juli 2005 om förstärkning av det straffrättsliga regelverket för bekämpning av föroreningar orsakade av fartyg

konkretiserades delvis gemenskapens straffrättsliga kompetens till en befogenhet att definiera *straffbara handlingar*. Det angavs att ”fastställande av arten och nivån” på påföljder däremot inte omfattades av gemenskapens behörighet.¹³⁷ Huruvida domstolens resonemang kunde utsträckas till andra områden än miljöområdet var dock fortfarande mer eller mindre höljt i dunkel vid Lissabonfördragets ikraftträdande.¹³⁸ Medan kommissionen ansåg att gemenskapen i princip hade en generell straffrättslig befogenhet under första pelaren, så länge åtgärderna kunde anses nödvändiga för EG-rättens genomslag, menade EP och givetvis rådet att det inte fanns någon straffrättslig kompetens med den innebörden.¹³⁹

Oavsett tidigare oklarheter kring omfattningen av EU:s lagstiftningsbefogenhet på förstapelarområdet är nuvarande art 83.2 FEUF uttryckligen inte begränsad till miljöområdet. Dessutom framgår enligt bestämmelsens ordalydelse att EU:s kompetens avser *både* definitionen av brottsrekvisit *och* fastställande av påföljder. Jämfört med art 83.1 är art 83.2 också allmän till sin utformning beträffande vilka områden som kan bli föremål för minimireglering. Art 83.2 innehåller inga explicita begränsningar ifråga om vilka områden av den materiella straffrätten som kan komma ifråga för reglering, utöver att det ska handla om ”ett område som omfattas av harmoniseringsåtgärder”. Vad som däremot känns igen är effektivitetskravet.¹⁴⁰ Det krävs följaktligen att en straffrättslig regelharmonisering är *nödvändig* för att unionens politik på det aktuella harmoniserade området ska kunna genomföras effektivt (art 83.2). Vad detta krav innebär mer konkret måste i princip avgöras genom en abstrakt (teleologisk) bedömning i det enskilda fallet, som det ytterst är upp till domstolen att göra.¹⁴¹

Vidare hänger effektivitetskravet samman med kravet på att minimiregleringen ska avse ett harmoniserat område. Effektivitetskravet förutsätter sålunda att det *redan finns* ett område som omfattas av unionens politik. Även om minimiregler enligt art 83.2 således ska införas med grund i ett behov att säkerställa genomslaget för unionens politik på ett annat EU-område, ska de straffrättsliga åtgärderna förmodligen införas som en separat reglering.¹⁴² Det är dock svårt att se varför det ändå inte skulle vara möjligt att införa de straffrättsliga åtgärderna *tidsmässigt* parallellt med men aldrig innan de harmoniseringsåtgärder vidtas som de straffrättsliga åtgärderna syftar till trygga. Alldeles oavsett finns ju ingen tidsfrist angiven som skulle förhindra antagandet av straffrättsliga minimiregler *omedelbart efter* införandet av harmoniseringsåtgärder på ett nytt samarbetsområde.¹⁴³

2.2.3 Förhållandet mellan art 83.2 och 83.1

Av flera anledningar är det nödvändigt att göra en åtskillnad mellan art 83.1 och art 83.2. Dels ska minimireglering enligt art 83.2 antas enligt det lagstiftningsförfarande till vilket det hänvisas i bestämmelserna på det harmoniserade område som är aktuellt för straffrättsliga minimiregler. Om åtgärderna ska vidtas i enlighet med ett särskilt lagstiftningsförfarande kan nödbromsbestämmelsen inte aktualiseras eftersom den uttryckligen endast medger avsteg från det *ordinarie* lagstiftningsförfarandet (jfr. art 83.3). Dels är de materiella begränsningarna åtminstone vid en första anblick inte tillnärmelsevis lika långtgående vid tillämpning av art 83.2 som vid tillämpning av art 83.1. Medan befogenheten i art 83.1 är uttryckligen begränsad till minimireglering av brottsrekvisit och påföljder inom vissa – specifikt angivna – områden av

¹³⁷ C-440/05 *Kommissionen mot rådet* (2007) punkt 69

¹³⁸ Peers (2008) s. 519, även Peers (2008:2) s. 410

¹³⁹ Gröning (2008) s. 40ff, Peers (2008) s. 519

¹⁴⁰ Jfr. C-440/05 *Kommissionen mot rådet* (2008)

¹⁴¹ Peers (2008) s. 519f

¹⁴² Detta understryks av att art 83.2 förutsätter att minimiregler antas enligt det lagstiftningsförfarande som *använts* för beslutet om harmoniseringsåtgärderna. Dessutom, eftersom nödbromsbestämmelsen (art 83.3), liksom de undantagsklausuler avseende det straffrättsliga samarbetet som gäller för Danmark, Irland och Storbritannien, kan komma att aktualiseras skulle det leda till avsevärda tillämpningssvårigheter om den straffrättsliga regleringen var infogad i regelverket på det harmoniserade området. Se Peers (2008), s. 521

¹⁴³ Peers (2008) s. 519ff

särskilt allvarlig gränsöverskridande brottslighet, anger art 83.2 inga explicita begränsningar utöver att minimireglerna ska avse brottsrekvisit eller påföljder på harmoniserade områden.¹⁴⁴¹⁴⁵

Vad gäller de två bestämmelsernas räckvidd tar den ena bestämmelsen ut den andra. Med andra ord ska art 83.2 betraktas som en specialbestämmelse (*lex specialis*) i förhållande till art 83.1 och vice versa. Detta följer av att det *kan* bli fråga om olika lagstiftningsförfaranden, det ordinarie eller ett särskilt lagstiftningsförfarande, beroende på vilken av bestämmelserna som tillämpas. För det första ska tillämpningsområdet för art 83.1 inte inkräkta på tillämpningsområdet för art 83.2. Detta medför att befogenheten att utöka listan över områden av brottslighet som kan komma ifråga för reglering enligt art 83.1 inte omfattar områden som kan regleras med tillämpning av art 83.2 (jfr. art 83.1.d). Då hade det nämligen varit möjligt att kringgå det enhällighetskrav inom ramen för ett särskilt lagstiftningsförfarande som gäller på vissa av unionens sakområden, exempelvis skatteområdet.¹⁴⁶ En övergång från ett enhällighetskrav till ett krav på kvalificerad majoritet är visserligen möjlig utan fördragsändring. Det ska emellertid ske med *de nationella parlamentens samtycke* enligt de särskilda ”passarellerna” om förenklade ändringsförfaranden i EU-fördraget (art 48.7 FEU).¹⁴⁷ För det andra omfattar befogenheten i 83.2 inte de särskilda områden av brottslighet som idag finns med i uppräkningslistan i art 83.1. Flera av dessa brottskategorier, exempelvis människohandel och förfalskning av betalningsmedel, hade annars sannolikt fallit under EU:s kompetens på något annat harmoniserat område. Om dessa brottskategorier inte hade funnits med i uppräkningslistan i art 83.1 skulle de således ha kunnat omfattas av den mer generella befogenheten att reglera den materiella straffrätten i art 83.2.¹⁴⁸

Medan art 83.1 i princip inte utgör mer än smärre vidareutveckling av tredjepelarestämmelserna om minimireglerna av brottsrekvisit och påföljder är art 83.2 alltså betydligt mer beaktansvärd (jfr. art 31.1.e FEU *Nice*). Mycket tyder på att art 83.2 i själva verket ska uppfattas som en generell befogenhet för EU att införa materiella straffrättsliga minimiregler i den mån dessa är kopplade till något harmoniserat område. Dock med beaktande av effektivitetskravet och de begränsningar som följer av vad som specialregleras i art 82.1. Den nya bestämmelsen går under alla omständigheter längre än vad domstolen gjorde under första pelaren, inte minst genom att befogenheten numera uttryckligen avser även *straffharmonisering*. Bestämmelsen skulle i princip kunna tolkas som ett ”in blancostadgande” eftersom det inte finns några sådana uttryckliga krav på att brottsligheten ska vara ”särskilt allvarlig” eller att den ska ha ett ”gränsöverskridande inslag” som följer av art 83.1.¹⁴⁹ Samtidigt kan det också hävdas att det beträffande omfattningen av art 83.2, som en följd nödvändighetskriteriet, finns underförstådda krav i nämnda avseenden. Detta kan anses följa av att befogenheten att reglera den materiella straffrätten är delad mellan EU och medlemsstaterna (jfr. art 4 FEUF). Huruvida åtgärder ska vidtas på EU-nivå eller inte styrs därför av subsidiaritetsprincipen, vilket innebär att EU ska införa minimiregler enligt art 83.2 endast om och i den mån som målen med minimireglerna inte kan uppnås av medlemsstaterna själva (jfr. art 5.3 samt 2.2 FEU). Målen med minimireglerna ska med andra ord bättre kunna uppnås på unionsnivå, av vilket kan anses följa just ett krav på att minimireglerna ska avse särskilt allvarlig gränsöverskridande brottslighet (jfr. art 83.1).¹⁵⁰

¹⁴⁴ Peers (2008) s. 516

¹⁴⁵ Återigen erinras om undantagsreglerna för Danmark, Storbritannien och Irland beträffande deltagande i åtgärder under avdelning V FEUF. Åtgärder under art 83.1 faller inom undantagsbestämmelsernas tillämpningsområde, medan det råder viss tvekan om åtgärder under art 83.2 gör det. Jfr. protokoll (nr. 21) om Förenade kungarikets och Irlands ställning med avseende på området med frihet, säkerhet och rättvisa samt protokoll (nr. 22) om Danmarks ställning. Se vidare Peers (2008) s. 516 som är av åsikten att undantagsbestämmelserna äger tillämpning även för åtgärder enligt art 83.2.

¹⁴⁶ Peers (2008) s. 516

¹⁴⁷ Bergström m.fl. (2008) s. 46, se vidare 3.1.2 nedan

¹⁴⁸ Peers (2008) s. 516f

¹⁴⁹ Herlin-Karnell (2008) s. 5f

¹⁵⁰ Ibid. Se vidare avsnitt 1.4.1.

I övrigt bör det beaktas att förhållandena inte nödvändigtvis är desamma efter Lissabonfördragets ikraftträdande som under gemenskapssamarbetet. De nya reglerna verkar i viss mån i en ny rättslig och för den delen politisk miljö, varför det inte är otänkbart att den närmare innebörden av EU:s kompetens kan komma att bli föremål för en annorlunda tolkning idag.¹⁵¹ Att straffrätten en gång för alla har erkänts som en del i det allmänna EU-samarbetet och det inte minst på grund av en strävan efter ökad effektivitet kommer med stor förmodan att sätta sina spår i såväl tillämpning som tolkning av det nya straffrättsliga regelverket. Ett underliggande syfte med Lissabonfördragets förändringar var just att effektivisera beslutsstrukturen och stärka EU-åtgärdernas genomslagskraft, inte minst på det straffrättsliga samarbetsområdet.¹⁵²

2.2.4 Gränsdragningen mellan befogenheterna i art 83 och andra lagstiftningsbefogenheter

Befogenheterna enligt art 83 är som framgått ovan i båda fallen begränsade till fastställande av minimiregler om *brottsrekvisit och påföljder*, vilket kan sammanföras under beteckningen den materiella straffrätten. Utanför tillämpningsområdet för art 83 faller således till att börja med frågor som berör det *straffrättsliga förfarandet* (art 82.2) liksom frågor som omfattas av befogenheterna under art 82.1, såsom fastställande av regler och förfaranden för att *säkerställa ett ömsesidigt erkännande* av domar och domstolsbeslut samt åtgärder med syfte att *förebygga och lösa behörighetskonflikter* mellan medlemsstaterna. Befogenheten att definiera brottsrekvisit kan trots det omfatta behörighetsregler, exempelvis regler som påbjuder alternativt förbjuder en medlemsstat att hävda sin jurisdiktion i ett brottsfall. Tredjepelaratgärder som avser den materiella straffrätten innehåller genomgående regler om obligatorisk jurisdiktion för medlemsstater ifråga om brott som begås helt eller delvis inom det egna territoriet.¹⁵³ Det är då varken fråga om att ”förebygga” eller ”lösa” behörighetskonflikter varför sådana regler inte omfattas av art 82.1.b. I övrigt kan tilläggas att frågor som berör *utredningen* av brott regleras specifikt under polissamarbetets regelverk (art 87-89 FEUF).¹⁵⁴

I sammanhanget bör också tilläggas att art 83 i sin helhet måste betraktas som en specialbestämmelse i förhållande till regelverken på andra unionsområden. Det är följaktligen (numera) inte möjligt för EU att reglera brottsrekvisit och påföljder med rättslig grund i regelverket på något annat politikområde. En annan ordning hade inneburit ett kringgående av såväl systemet med nödbromsar som de undantagsregler som avser Danmark, Irland och Storbritanniens deltagande i åtgärder på området med frihet, säkerhet och rättvisa. I den meningen är det ointressant att gemenskapen *före* Lissabonfördragets ikraftträdande ansågs ha en mer eller mindre begränsad straffrättslig kompetens direkt under vissa av den första pelarens samarbetsområden.¹⁵⁵

¹⁵¹ Peers (2008) s. 517

¹⁵² Bergström m.fl. (2008) s. 44

¹⁵³ Peers (2006) s. 456. Se exempelvis rådets rambeslut 2002/475/RIF av den 13 juni 2002 om bekämpande av terrorism eller rådets rambeslut 2004/68/RIF av den 22 december 2003 om bekämpande av sexuellt utnyttjande av barn och barnpornografi

¹⁵⁴ Peers (2008) s. 517

¹⁵⁵ Peers (2008) s. 518

2.3 Inga bromsar för ömsesidigt erkännande (?)

EU:s kompetens att fastställa straffrättslig minimireglering enligt art 82.2 och 83.1 och 2 FEUF har i det ovanstående varit föremål för ingående behandling. Anledningen är framförallt att dessa bestämmelser har ett omedelbart samband med nödbromsarna, vilka utgör utgångspunkten för denna uppsats huvudfrågeställning. Nödbromsarna kan alltså endast aktualiseras vid tillämpning av bestämmelserna om straffrättslig minimireglering i nyss nämnda artiklar. En naturlig följd av detta är att nödbromsarna *inte* kommer att kunna utnyttjas i samband med utövande av de andra befogenheterna under straffrättssamarbetet. Vad gäller dessa bestämmelser ska beslut antas i enligt det ordinarie lagstiftningsförfarandet och således med kvalificerad majoritet i rådet. För inrättande av en europeisk åklagarmyndighet gäller emellertid ett krav på enhällighet med tillämpning av ett särskilt lagstiftningsförfarande (jfr. art 86 FEUF).

Den kanske mest intressanta aspekten av de nyss nämnda förhållandena är att det inte finns någon nödbromsfunktion kopplad till den kompetens som följer av art 82.1 andra stycket FEUF, där följande föreskrivs:

Europaparlamentet och rådet ska i enlighet med det ordinarie lagstiftningsförfarandet besluta om åtgärder för att

- a) fastställa regler och förfaranden för att säkerställa att alla former av domar och rättsliga avgöranden erkänns i hela unionen,
- b) förebygga och lösa behörighetskonflikter mellan medlemsstaterna,
- c) stödja utbildningen av domare och övrig personal inom rättsväsendet,
- d) underlätta samarbetet mellan rättsliga eller likvärdiga myndigheter i medlemsstaterna inom ramen för lagföring och beslutsverkställighet.

Något som inledningsvis är viktigt att understryka är att nyss återgivna bestämmelse ska betraktas som en specialbestämmelse i förhållande till befogenheterna att fastställa straffrättslig minimireglering enligt art 82.2 och 83.¹⁵⁶ Således faller de *explicita* lagstiftningsbefogenheterna under art 82.1 utanför tillämpningsområdet för bestämmelserna om straffrättslig minimireglering även om de i och för sig hade kunnat hänföras till det straffrättsliga förfarandet eller till den materiella straffrätten. Samtidigt omfattar befogenheten i art 82.1 *inte* de befogenheter som uttryckligen anges i art 82.2 och 83. Av denna anledning måste man således göra en åtskillnad mellan exempelvis ömsesidig *tillåtlighet* av bevisning (jfr. art 82.2.a) och frågor som rör överföring eller upptagning av bevis. De senare frågorna torde nämligen falla under befogenheten att fastställa regler och förfaranden för att uppnå ömsesidigt erkännande (art 82.1 andra stycket). Gränsdragningen kan i praktiken bli mycket viktig eftersom de befogenheter som grundas på art 82.1 faller utanför nödbromsarnas tillämpningsområde.¹⁵⁷ Att det finns nödbromsar i anslutning till regleringen av EU:s straffrättsliga harmoniseringskompetens (art 82.2 och 83) samtidigt som sådana undantagsregler saknas i anslutning till kompetensen att vidta ömsesidigt erkännande-åtgärder (art 82.1) kan också tyckas något motsägelsefullt då harmoniseringskompetensen delvis och kanske främst syftar till att ”underlätta” eller optimera tillämpningen av principen om ömsesidigt erkännande.¹⁵⁸ I art 82.1 första stycket framgår också uttryckligen att det straffrättsliga samarbetet ska bygga på principen om ömsesidigt erkännande *och* inbegripa en tillnärmning medlemsstaternas straffrättsliga lagstiftning.

Art 82.1.a inbegriper alltså en befogenhet för EU att vidta åtgärder som avser att *säkerställa* ett ömsesidigt erkännande av domar och andra rättsliga avgöranden i frågor där art 82.2 inte äger tillämpning. Art 82.2 ger EU befogenhet att vidta specificerade *harmoniseringsåtgärder* för att ”underlätta” (inte säkerställa) ett ömsesidigt erkännande i straffrättsliga frågor. Denna befogenhet är emellertid begränsad till frågor som har en gränsöverskridande dimension. Art 82.1 innehåller ingen sådan begränsning.¹⁵⁹ Var den *exakta* gränsen ska dras mellan tillämpningsområdet för art

¹⁵⁶ Se avsnitt 2.2.4

¹⁵⁷ Peers (2011) s. 511f

¹⁵⁸ Asp (2011) s. 126f

¹⁵⁹ Peers (2008) s. 511. Angående innebörden av begreppet ”gränsöverskridande dimension”, se avsnitt 2.1.3 ovan.

82.1 respektive tillämpningsområdet för art 82.2 och 83 är emellertid svårt att fastställa, vilket gör det ännu mer relevant att stifta närmare bekantskap med art 82.1.¹⁶⁰ Beträffande förhållandet till andra befogenheter under området med frihet, säkerhet och rättvisa hänvisas till vad som ovan anförts angående principen om *lex specialis*.¹⁶¹ Det bör dock understrykas att befogenheterna under det straffrättsliga samarbetet ska avgränsas mot specialbestämmelserna om *polisiärt* samarbete, som bland annat innehåller bestämmelser som berör utbyte av information (jfr. art 87.2). Befogenheterna i art 82 och 83 avser således *rättsligt* samarbete utan att det inbegriper polisiärt samarbete. På grund av det allmänna kravet på att EU ska respektera de olika rättssystemen och traditionerna i medlemsstaterna torde det ytterst vara medlemsstaterna som får avgöra om ett samarbete ska bedömas som rättsligt eller ej (jfr. art 67.1).¹⁶²

2.3.1 Åtgärder för att säkerställa ömsesidigt erkännande

Den stora poängen är dock att art 82.1 innefattar en kompetens för EU att ”fastställa regler och förfaranden för att säkerställa att alla former av domar och rättsliga avgöranden erkänns i hela unionen” (art 82.1.a). Märk väl att denna kompetens inte är formellt begränsad till minimireglering i form av direktiv utan kan även avse fastställande av exempelvis förordningar (”regler och förfaranden”) vilka är direkt tillämpliga på nationell nivå.¹⁶³ Rådet kan besluta om dessa åtgärder med kvalificerad majoritet och nödbromsarna kan som nämnts inte aktualiseras. En indirekt konsekvens av att nödbromsarna endast kan förhindra harmonisering av straffrätten skulle därmed kunna bli att ömsesidigt erkännande även fortsättningsvis kommer att framstå som det enda möjliga alternativet eller åtminstone det alternativ som ligger närmast tillhands. Som ovan anförts har appliceringen av principen om ömsesidigt erkännande på det straffrättsliga området utsatts för omfattande kritik.¹⁶⁴ Idag motsvarar framförallt art 82.1.a den rättsliga grunden för många av de ömsesidigt erkännande-åtgärder som mot bakgrund av den kritik de utsatts för kan betraktas som ytterst problematiska. Ömsesidigt erkännande på det straffrättsliga området har inte minst visat sig tänga det mycket känsliga förhållandet mellan de nationella konstitutionerna och EU:s konstitutionalisering.¹⁶⁵ Kanske främst har en rad rambeslut som medför skyldigheter för medlemsstaterna att erkänna varandras straffprocessrättsliga beslut och regler ansetts försämra EU-medborgarens rätts säkerhet och rättighets skydd.¹⁶⁶

Flera av de rambeslut som syftar till att säkerställa ett straffrättsligt ömsesidigt erkännande har bland annat inneburit att kravet på dubbel straffbarhet för utlämning från en medlemsstat till en annan har slopats för en mängd brott. Detta är exempelvis fallet vad beträffar det omdiskuterade rambeslutet om en europeisk arresteringsorder, som knappast är mindre aktuellt idag.¹⁶⁷ Här har skett en övergång från ett system med utlämning till ett system med *överlämnande*.¹⁶⁸ Medlemsstaternas skyldighet att verkställa en europeisk arresteringsorder innebär, med användning av Grönings formulering, att rättsliga myndigheter i de olika medlemsstaterna ”jämföras på samma sätt som myndigheter inom en och samma stat”.¹⁶⁹ Det kan också uttryckas som att samtliga nationella rättsordningar inom EU ytterst kan tillämpas inom en och samma medlemsstat och dessutom att ett myndighetsbeslut i en medlemsstat måste verkställas i en medlemsstat, oavsett om det finns rättslig grund för detta i den medlemsstat där verkställandet

¹⁶⁰ Peers (2008) s. 511f

¹⁶¹ Se avsnitt 2.2.4 ovan

¹⁶² Peers (2008) s. 512f, särskilt s. 512 not 22

¹⁶³ Asp (2011) s. 153

¹⁶⁴ Se avsnitt 1.3.2 ovan

¹⁶⁵ Mitsilegas (2006) s. 1280, Peers (2008) s. 512f,

¹⁶⁶ Se exempelvis Mitsilegas (2006), Persson (2007) s. 77-80

¹⁶⁷ Rådets rambeslut 2002/584/RIF av den 13 juni 2002 om en europeisk arresteringsorder och om överlämnande mellan medlemsstaterna, ändrat genom Rådets rambeslut 2009/299/RIF

¹⁶⁸ Asp (2011) s.

¹⁶⁹ Gröning (2008) s. 49f

sker.¹⁷⁰ Rambeslutet om en europeisk bevisinhämtningsorder liksom en rad rambeslut som föreskriver ömsesidigt erkännande av alltifrån förverkandebeslut till bötesstraff är andra exempel på befintliga åtgärder som är intressanta i dessa avseenden.¹⁷¹ Ifråga om rambeslutet om en europeisk bevisinhämtningsorder kan tilläggas att detta förmodligen inte rör tillåtligheten av bevis, utan snarare överföring av bevis. Av den anledningen skulle den rättsliga grunden för en motsvarande åtgärd under dagens regelverk finnas i art 82.1.a och inte under befogenheten att harmonisera straffprocessuell lagstiftning i art 82.2.¹⁷² I sammanhanget bör för övrigt anmärkas att rambesluten och övriga redan införda tredjepelaråtgärder kommer att fortsätta gälla tills de upphävs eller ersätts av någon åtgärd som antagits i enlighet med den nya regleringen.¹⁷³

Enbart med tanke på karaktären av de lagstiftningsbefogenheter som sannolikt kommer att falla inom tillämpningsområdet för art 82.1 instämmer jag i Peers påstående att det framstår som mycket märkligt att medlemsstaterna har accepterat att nödbromsarna endast ska kunna tillämpas endast beträffande straffrättslig minimireglering enligt art 82.2 och 83.¹⁷⁴ Ömsesidigt erkännande kan visserligen vara (och är) ett alternativ till harmonisering. Likväl kan det förutsättas att ömsesidigt erkännande förutsätter en viss miniminivå av harmonisering för att kunna fungera optimalt. Den kritik som har riktats mot de tredjepelaråtgärder som föreskriver exempelvis erkännande genom verkställelse av en annan medlemsstats beslut om arrestering blir givetvis mindre aktuell om det i bakgrunden finns åtminstone likartade materiella och processuella straffbestämmelser i de olika medlemsstaterna. Härigenom blir det helt enkelt lättare att upprätthålla och förbättra det förtroende mellan medlemsstaterna som underbygger tillämpningen av principen om ömsesidigt erkännande.¹⁷⁵ Samtidigt kan det hävdas att den nuvarande beslutsstrukturen i vart fall potentiellt motverkar just detta, eftersom det endast finns nödbromsar kopplade till EU:s harmoniseringskompetens men inte till åtgärder för att *säkerställa* ett ömsesidigt erkännande mellan medlemsstaterna. Risken är således att den nuvarande beslutsstrukturen banar väg för ett fortsatt ömsesidigt erkännande utan det finns ett förtroendeskapande grundfundament i form av harmoniseringsåtgärder (art 82.1). Därtill, eftersom det föreligger en viss gränsdragningsproblematik avseende de olika straffrättsliga befogenheterna – särskilt mellan art 82.1 och 82.2 – kan det också finnas en risk för att avsevärda tillämpningssvårigheter uppstår i framöver. Intressant nog har den svenska regeringen gjort bedömningen att nödbromsarna utgör ett tillräckligt yttre skydd för vissa särskilda svenska intressen och har inte närmare kommenterat det faktum att befogenheterna under art 82.1 inte innefattas i nödbromsarnas tillämpningsområde.¹⁷⁶

¹⁷⁰ Persson (2007) s. 77f

¹⁷¹ Jfr. rådets olika rambeslut i följande kronologi: 2009/829/RIF av den 23 oktober 2009 om tillämpning mellan Europeiska unionens medlemsstater av principen om ömsesidigt erkännande på beslut om övervakningsåtgärder som ett alternativ till tillfälligt frihetsberövande; 2008/978/RIF av den 18 december 2008 om en europeisk bevisinhämtningsorder för att inhämta föremål, handlingar eller uppgifter som ska användas i straffrättsliga förfaranden; 2008/947/RIF av den 27 november 2008 om tillämpning av principen om ömsesidigt erkännande på domar och övervakningsbeslut i syfte att övervaka alternativa påföljder och övervakningsåtgärder; 2006/783/RIF av den 6 oktober 2006 om tillämpning av principen om ömsesidigt erkännande på beslut om förverkande; 2005/214/RIF av den 24 februari 2005 om tillämpning av principen om ömsesidigt erkännande på bötesstraff; 2005/212/RIF av den 24 februari 2005 om förverkande av vinning, hjälpmedel och egendom som härrör från brott; 2003/577/RIF av den 22 juli 2003 om verkställighet i Europeiska unionen av beslut om frysning av egendom eller bevismaterial.

¹⁷² Peers (2008) s. 512f

¹⁷³ Svenska Riksdagens EU-upplysning, [<http://www.eu-upplysningen.se/Amnesomraden/Straffratt-och-brottsbekampning/Omsesidigt-erkannande/>], senast besökt 2011-07-02

¹⁷⁴ Peers (2008) s. 511

¹⁷⁵ Asp (2011) s. 154-157

¹⁷⁶ Se särskilt prop. 2007/08:168, s. 65-67. Mer om detta i avsnitt 4.3.1 nedan

2.3.2 Gränsdragningen mellan art 82.1 och 82.2 FEUF

Till saken hör också att många av rambesluten under den tredje pelaren baserades på flera av de rättsliga grunder för åtgärder som angavs i art 31.1 FEU *Nice*. Exempelvis rambeslutet om en europeisk arresteringsorder baserades både på art 31.1.a. som ansågs innefatta en befogenhet att vidta åtgärder för att säkerställa ömsesidigt erkännande och art 31.1.b som omfattade underlättande av utlämning. Den europeiska bevisinhämtningsordern baserades på en generell tillämpning av art 31 i sin helhet.¹⁷⁷ En intressant fråga är om åtgärder under det nuvarande regelverket på samma sätt kan antas med rättslig grund i både art 82.1 och 82.2 FEUF, som båda hänvisar till det ordinarie lagstiftningsförfarandet. Om detta är fallet framstår det som potentiellt problematiskt med tanke på att endast minimireglering av straffprocessen (art 82.2) faller under nödbromsarnas tillämpningsområde. Peers menar dock att det skulle vara möjligt att vidta åtgärder med gemensam rättslig grund i exempelvis art 82.2 och art 82.1 just eftersom båda bestämmelserna hänvisar till samma lagstiftningsförfarande samtidigt som nödbromsarna inte utgör en integrerad del av art 82.2 och art 83. Dessutom är nödbromsarna just undantagsregler. Han påpekar dock att endast de delar av lagstiftningsåtgärden som avser just art 82.2 eller art 83.1 eller 83.2 kan bli föremål för nödbromsförfarandet och därmed bemyndigande till påskyndat fördjupat samarbete. Den del av den nya regleringen som bygger på någon annan bestämmelse kommer däremot att kunna antas och tillämpas på alla medlemsstater.¹⁷⁸ Detta skulle kunna vara ett sätt att under normala omständigheter komma runt eventuell gränsdragningsproblematik mellan befogenheterna att fastställa straffrättslig minimireglering och framförallt befogenheten att vidta åtgärder för att säkerställa ett ömsesidigt erkännande. Om frågan emellertid dras till sin spets genom att en medlemsstat drar i nödbromsen skulle ändå gränsdragningsproblematiken kvarstå.¹⁷⁹

¹⁷⁷ Peers (2008) s. 512, särskilt not 19. Se vidare rådets rambeslut 2002/584/RIF av den 13 juni 2002 om en europeisk arresteringsorder och om överlämnande mellan medlemsstaterna, ändrat genom Rådets rambeslut 2009/299/RIF, samt 2008/978/RIF av den 18 december 2008 om en europeisk bevisinhämtningsorder för att inhämta föremål, handlingar eller uppgifter som ska användas i straffrättsliga förfaranden

¹⁷⁸ Peers (2008) s. 525 och Peers (2006) s. 107f

¹⁷⁹ Peers (2008) s. 525

3. NÖDBROMSAR I EN FÖRÄNDRAD BESLUTSSTRUKTUR

Som framgått ovan, möjligen bortsett från den nya bestämmelsen i art 83.2 FEUF, låter det sig sägas att vad avser de materiella beståndsdelarna i EU:s straffrättsliga lagstiftningsbefogenheter *som sådana* innebär Lissabonfördraget i praktiken inga omvälvande förändringar. I det avseendet var de rättsliga positionerna – inte minst genom EG-domstolens försorg, men också genom den rikhaltiga massan av offensiva tredjepelaratgärder – i stor utsträckning redan framflyttade innan Lissabonfördraget trädde ikraft.¹⁸⁰ Även om frågan om det närmare innehållet i EU:s straffrättsliga befogenheter är och kommer att fortsätta vara ett kontroversiellt ämne, vågar jag påstå att de allra viktigaste förändringarna istället är hänförliga till den förändrade beslutsstrukturen.

Det straffrättsliga samarbetet är nu en del av det allmänna EU-samarbetet vid sidan av en rad andra områden, inbegripet det som tidigare utgjorde EG. Den förändrade beslutsstrukturen på det straffrättsliga området ska framförallt förstås mot bakgrund en strävan efter att effektivisera EU-samarbetet, kanske främst genom att förbättra de institutionella förutsättningarna för beslutsfattandet.¹⁸¹ I det förändrade regelverket har man också sökt bemöta kraven på ett tydligare demokratiskt inslag och större öppenhet bland annat genom att öka EP:s inflytande i beslutsprocessen. I konsekvens med detta står rådet officiellt inte längre som ensam lagstiftare.¹⁸² Kraven på ökad effektivitet kan sägas ha lett till att straffrättsliga åtgärder på EU-nivå numera som utgångspunkt ska antas i enlighet med *det ordinarie lagstiftningsförfarandet* (jfr. art 289.1 och 294 FEUF). Detta gäller enligt huvudregeln såväl straffrättsliga minimidirektiv enligt art 82.2 och 83.1 som åtgärder enligt art 82.1, 84 och 85. För inrättande av en europeisk åklagarmyndighet tillämpas dock ett *särskilt lagstiftningsförfarande* med krav på enhällighet (art 86). Vad gäller miniregler om brottsrekvisit och påföljder på harmoniserade områden hänvisas till samma ordinarie *eller* särskilda lagstiftningsförfarande som använts för beslutet om de aktuella harmoniseringsåtgärderna (art 83.2).

Det ordinarie lagstiftningsförfarandet innebär i korthet att rådet kan besluta om åtgärder med kvalificerad majoritet och med parlamentets godkännande. *Ett särskilt lagstiftningsförfarande* ska tillämpas när det finns uttryckliga regler som föreskriver om avvikelse från det ordinarie lagstiftningsförfarandet (art 289.2 FEUF). Detta ska jämföras med förhållandena under den tredje pelaren, där det krävdes enhällighet i rådet samtidigt som EP inte hade någon medbeslutanderätt (jfr. art 34.2 och 39 FEU *Nice*). Lissabonfördragets förändringar av det straffrättsliga samarbetet beskrivs ofta som en övergång från mellanstatlighet till överstatlighet.¹⁸³ Uttrycket kan te sig något förvirrande, om inte missvisande, med tanke på att det straffrättsliga samarbetet redan efter Amsterdamfördragets ikraftträdande knappast var att betrakta som ett gängse mellanstatligt samarbete.¹⁸⁴ Dessutom kan påstås att införandet av nödbromsar kastar en skugga av tvivel över hur det nuvarande straffrättsliga samarbetet kommer att utvecklas i nämnda avseende.

Som en av förutsättningarna för att förstå nödbromsarnas funktion kommer det ordinarie lagstiftningsförfarandet och begreppet kvalificerad majoritet inom ramen för detta förfarande att behandlas i den första delen av detta avsnitt (3.1). Därefter följer en närmare granskning nödbromsbestämmelserna som sådana (3.2) och av den politiska kontext i vilken nödbromsarna förväntas fungera (3.2).

¹⁸⁰ Se avsnitt 1.2 ovan i detta arbete och C-440/05 *Kommissionen mot rådet* [2007], C-176/03 *Kommissionen mot rådet* [2005], C-105/03 *Rättegång mot Maria Pupino* [2005]

¹⁸¹ Bergström m.fl. (2008) s. 44ff

¹⁸² EU officiella webbplats: http://europa.eu/lisbon_treaty/glance/democracy/index_sv.htm [2011-08-02]

¹⁸³ Se exempelvis Riksdagens EU-upplysning: <http://www.eu-upplysningen.se/Amnesomraden/Straffratt-och-brottsbekampning/> [2011-08-02]

¹⁸⁴ Se vidare avsnitt 1.2.1 ovan

3.1 Det ordinarie lagstiftningsförfarandet, kvalificerad majoritet och passareller

Det ordinarie lagstiftningsförfarandet innebär att EP och rådet gemensamt, i första hand på förslag av kommissionen, antar en lagstiftningsakt i form av förordning, direktiv eller beslut (art 289.1 FEUF). När det särskilt anges i fördragen kan lagstiftningsakter också antas på initiativ av bland annat en grupp medlemsstater eller EP vilket exempelvis är fallet beträffande åtgärder under det straffrättsliga samarbetet (art 289.4, jfr. art 76). När detta inträffar faller vissa regler bort som berör kommissionens medverkan i förfarandet (art 294.15, jfr. 294 p. 2, 6 och 9 som).

I art 294 FEUF definieras det ordinarie lagstiftningsförfarandet närmare. I *första behandlingen* av ett åtgärdsförslag ska EP ge sin ståndpunkt (art 294.3). Om rådet godkänner EP:s ståndpunkt blir akten ifråga antagen i den lydelse som motsvarar EP:s ståndpunkt (art 294.4). Om inte annat föreskrivs ska Europaparlamentet besluta med en *majoritet* av de avgivna rösterna (art 231). Om rådet inte godkänner ståndpunkten ska rådet anta sin egen ståndpunkt, uppge skälen för denna och översända denna till EP (art 294.5 och 6). I sistnämnda fall sker en *andra behandling* av åtgärdsförslaget. Lagstiftningsakten kan då antas i enlighet med rådets ståndpunkt i första behandlingen, om EP inom tre månader ger sitt godkännande till åtgärden eller inte har beslutat något. Om EP avvisar rådets ståndpunkt ska den föreslagna akten anses som icke antagen. EP kan också föreslå ändringar som översänds till rådet och kommissionen (art 294.7). Rådet kan sedan inom tre månader, med kvalificerad majoritet, besluta om ändringarna ska godtas eller inte och därmed avgöra om den aktuella lagstiftningsakten ska antas.

Om inte samtliga ändringar godkänns sammankallas den så kallade förlikningskommittén (art 294.8 och 11). Rådet beslutar med enhällighet om sådana ändringar som kommissionen har avstyrkt, om kommissionen också initierat lagstiftningsförslaget (art 294.9). Om förlikningskommittén inom en sexveckorsfrist inte godkänner ett gemensamt utkast anses den föreslagna lagstiftningsåtgärden som icke antagen (art 294.11 och 12). Om kommittén godkänner åtgärden sker istället en *tredje behandling* av lagstiftningsförslaget. EP och rådet har då sex veckor på sig att var för sig anta akten. EP beslutar då med majoritet och rådet beslutar med kvalificerad majoritet (art 294.13).¹⁸⁵

3.1.1 Den närmare innebörden av kvalificerad majoritet i rådet

När rådet är hänvisat till att besluta enligt det ordinarie lagstiftningsförfarandet är utgångspunkten att omröstningen ska ske med *kvalificerad majoritet*, såvida inget annat anges i fördragen (art 16.3 FEU). Reglerna kring vad som utgör en kvalificerad majoritet är tekniskt komplicerade och medlemsstaterna har haft svårt att enas kring hur reglerna ska se ut. Hur kvalificerad majoritet ska definieras skiljer sig dessutom åt bland annat beroende på vem som föreslagit den aktuella åtgärden (jfr. 238.2 och 3 FEUF). Dessutom gäller särskilda regler för tiden mellan den 1 november 2014 till och med den 1 mars 2017 enligt protokollet om övergångsbestämmelser. Utgångspunkten kan dock sägas vara att *från och med* den 1 november 2014 ska kvalificerad majoritet definieras som minst 55 % av rådets medlemmar, dock minst 15 rådsmedlemmar, vilka ska företräda medlemsstater som tillsammans omfattar minst 65 % av unionens befolkning (så kallad ”dubbel majoritet”; art 16.4 FEU).¹⁸⁶ *Till och med* den 1 november 2014 gäller ifråga definitionen av kvalificerad majoritet det till EU-fördraget bifogade protokollet om övergångsbestämmelser. Vissa övergångsbestämmelser gäller som nämnts för tidsperioden *efter* den 1 november 2014 till och med den 1 mars 2017.¹⁸⁷

¹⁸⁵ De angivna tidsfristerna på tre månader respektive sex veckor kan på EP:s eller rådets initiativ förlängas med högst en månad respektive två veckor (art 294.14 FEUF).

¹⁸⁶ Bergström m.fl. (2008) s. 44f

¹⁸⁷ *Till och med* den 31 oktober 2014 (om en rådsmedlem begär det, till och med den 1 mars 2017) krävs för kvalificerad majoritet minst 255 röster från minst två tredjedelar av medlemmarna eller ytterst minst 62 % av unionens totala befolkning. Vid omröstningen tillmäts vardera medlemsstats röst ett visst värde (3-29) enligt en

3.1.2 Från enhällighet till kvalificerad majoritet via passarellerna

I anslutning till ovanstående redogörelse för innebörden av det ordinarie lagstiftningsförfarandet och begreppet kvalificerad majoritet bör de så kallade ”passarellerna” nämnas. Passarellerna ska betraktas mot bakgrund av de ordinarie bestämmelserna om fördragsändring (jfr. 48.1-5). Bestämmelserna tillåter kort och gott en förenklad övergång från ett beslutsförfarande med enhällighet till ett beslutsförfarande med kvalificerad majoritet, alternativt en övergång från ett särskilt lagstiftningsförfarandet till det ordinarie (art 48.7 FEU). För detta krävs emellertid de nationella parlamentens underförstådda samtycke. För antagande av beslut om bemyndigande för rådet att vidta ovan angivna ändringar ska Europeiska rådet besluta med enhällighet efter godkännande av EP, som ska besluta med en majoritet av sina ledamöter (art 48.7).¹⁸⁸

3.2 Formella och materiella aspekter av nödbromsreglerna

Återigen, avseende minimireglerna av det straffrättsliga förfarandet enligt art 82.2 FEUF och minimireglerna om brottsrekvisit och påföljder enligt art 83 finns möjlighet för den enskilda medlemsstaten i rådet att agera för att få det ordinarie lagstiftningsförfarandet tillfälligt upphävt. Nödbromsarna har införts i direkt anslutning till bestämmelserna om straffrättslig minimireglerna och är identiska till sin utformning. Vardera nödbromsbestämmelse kan sägas ha två huvudegenskaper: en möjlighet för den enskilda medlemsstaten att under vissa förutsättningar stoppa ett förslag till straffrättslig minimireglerna, vilket kan utlösa en möjlighet för de medlemsstater som fortfarande stöder förslaget att inleda ett fördjupat straffrättsligt samarbete. I art 82.3 och 83.3 föreskrivs härvidlag följande:

Om en rådsmedlem anser att ett utkast till direktiv enligt [art 82.2, 83.1 eller 83.2] skulle negativt påverka grundläggande aspekter av dennes straffrättsliga system, får den rådsmedlemmen begära att utkastet till direktiv överlämnas till Europeiska rådet. I detta fall ska det ordinarie lagstiftningsförfarandet tillfälligt upphävas. Efter diskussion, och om konsensus uppnås, ska Europeiska rådet inom fyra månader från det tillfälliga upphävandet hänskjuta utkastet till rådet, varvid det tillfälliga upphävandet av det ordinarie lagstiftningsförfarandet avbryts.

Om ingen enighet uppnås och om minst nio medlemsstater önskar upprätta ett fördjupat samarbete på grundval av utkastet till direktiv, ska de inom samma tidsfrist underrätta Europaparlamentet, rådet och kommissionen om detta. I detta fall ska det bemyndigande att inleda ett fördjupat samarbete enligt artikel 20.2 i fördraget om Europeiska unionen och artikel 329.1 i det här fördraget anses vara beviljat och bestämmelserna om fördjupat samarbete tillämpas.

För att förtydliga och nyansera: en medlemsstat som anser att ett förslag till straffrättslig minimireglerna skulle (i) *negativt påverka* (ii) *grundläggande aspekter* av den medlemsstatens (iii) *straffrättsliga* system, kan begära att förslaget överlämnas till Europeiska rådet. Europeiska rådet består av medlemsstaternas stats- och regeringschefer samt kommissionens ordförande vilket innebär att frågan om direktivförslagets antagande i praktiken kan avgöras på den högsta möjliga politiska nivån i Europa (jfr. art 15.2 FEU).¹⁸⁹ Om Europeiska rådet inte uppnår *konsensus* i frågan kommer alltså det föreslagna direktivet inte att kunna antas i formen av en rättsakt som omfattar alla medlemsstater. Emellertid kan minst nio medlemsstater som önskar det inleda ett fördjupat straffrättsligt samarbete på basis av direktivförslaget, utan att de allmänna reglerna om fördjupade samarbeten behöver tillämpas. På detta sätt kan nödbromsarna beskrivas som ett slags opt-out-möjligheter.¹⁹⁰ Genom nödbromsarna kan en medlemsstat alltså ställa sig utanför samarbetet i en specifik straffrättslig fråga men de kan samtidigt *inte* – åtminstone formellt sett – hindra samarbetet från att komma tillstånd, givet att ett tillräckligt antal medlemsstater ställer sig bakom det.

särskild viktningstabell. Om beslutet fattas på kommissionens förslag är kravet begränsat till 255 röster (och minst 62 % av unionens befolkning). Se art 1-4 protokollet om övergångsbestämmelser.

¹⁸⁸ Bergström m.fl. (2008) s. 46

¹⁸⁹ Ibid. s. 45f

¹⁹⁰ Asp (2011) s. 138

Återigen bör understrykas att tillämpningsområdet för nödbromsarna inte omfattar åtgärder under art 82.1. Således faller exempelvis åtgärder för att säkerställa ett ömsesidigt erkännande av domar och rättsliga avgöranden utanför nödbromsarnas räckvidd. Nödbromsarna omfattar heller inte någon av de andra åtgärderna under straffrätts- eller polissamarbetet.¹⁹¹ Det bör också framhållas att ifråga om befogenheten att fastställa straffrättsliga minimiregler på harmoniserade områden (annexkompetensen) är det underförstått att nödbromsen inte kommer att kunna tillämpas när det i konsekvens med reglerna på det harmoniserade området krävs enhällighet i rådet för beslut om minimiregler.¹⁹²

3.2.1 Förenklad väg till ett fördjupat straffrättsligt samarbete

Som ovan framgått kan en medlemsstats utnyttjande av nödbromsen utlösa ett bemyndigande för andra medlemsstater att upprätta ett fördjupat rättsligt samarbete på grundval av utkastet till direktiv (art 82.3 och 83.3 andra styckena). En första förutsättning är att Europeiska rådet inte inom fyra månader lyckats nå konsensus efter att direktivförslaget hänskjutits dit. För det andra krävs att minst nio medlemsstater ställer sig bakom ett fördjupat samarbete i den aktuella frågan. Om nämnda förutsättningar är uppfyllda ska dessa medlemsstater anses bemyndigade att inleda ett fördjupat straffrättsligt samarbete. Denna förenklade väg mot ett bemyndigande av ett fördjupat samarbete ska jämföras med de allmänna reglerna om fördjupade samarbeten (jfr. art 20 FEU och art 326-334 FEUF). Dessa regler stadgar exempelvis att fördjupade samarbeten inte får ”negativt påverka den inre marknaden eller den ekonomiska, sociala och territoriella sammanhållningen” och inte heller ”innebära något hinder eller någon diskriminering i handeln” eller ”leda till snedvridning av konkurrensen” mellan medlemsstaterna (art 326). Dessutom krävs bland annat EP:s godkännande av samarbetet liksom att de aktuella medlemsstaterna ska visa att ett fördjupat samarbete är nödvändigt genom att redogöra för de mål som eftersträvas (art 329). Ett automatiskt bemyndigande av ett fördjupat samarbete kring ett utkast till straffrättsliga minimiregler enligt art 82.3 eller 83.3 innebär att nämnda krav inte behöver vara uppfyllda.¹⁹³ Det enda som krävs rent formellt, utöver att Europeiska rådet inte har nått enighet i frågan, är istället att ett tillräckligt stort antal medlemsstater deltar. Det bör dock noteras att bemyndigandet endast avser fördjupat samarbete kring det aktuella direktivförslaget och således inte i andra frågor.¹⁹⁴

3.2.2 Den rättsliga grunden för användning av nödbromsarna

Av fördragstexten framgår att en rådsmedlem kan begära, med avbrytande av det ordinarie lagstiftningsförfarandet, att ett direktivutkast enligt art 82.2 eller 83 överlämnas till Europeiska rådet för diskussion. Förutsättningarna eller om man så vill den rättsliga grunden för användande av nödbromsarna synes vara att *rådsmedlemmen anser*¹⁹⁵ att *den föreslagna straffrättsliga minimiregleringen skulle negativt påverka grundläggande aspekter av medlemsstatens straffrättsliga system*. Dessa formuleringar ger upphov till flera frågor. Visserligen synes det andra ledet om att direktivutkastet ska ”negativt påverka grundläggande aspekter av [medlemsstatens] straffrättsliga system” ange någorlunda klara kriterier för vad som krävs av den medlemsstat som ämnar utnyttja nödbromsen. Däremot ligger det nära till hands att tolka det första ledet (”Om en rådsmedlem *anser*...”) som att det i princip är upp till den enskilda medlemsstaten att avgöra om nödbromsen kan utnyttjas eller ej. En viktig fråga att utreda är därför om den enskilde medlemsstaten måste motivera sitt beslut att använda nödbromsen, vilket i sin tur väcker frågan om hur ett beslut att använda nödbromsen eventuellt skulle kunna angripas.¹⁹⁶ Kan en medlemsstats begäran enligt art 82.3 eller 83.3 överhuvudtaget

¹⁹¹ Det bör dock påpekas att ett krav på enhällighet gäller för vissa av dessa bestämmelser.

¹⁹² Peers (2008) s. 524

¹⁹³ Herlin-Karnell (2008) s. 7 samt Peers (2008) s. 523f

¹⁹⁴ Peers (2008) s. 523f

¹⁹⁵ Ordet ”anser” i den svenskspråkiga fördragsversionen, kan jämföras med exempelvis ”considers” i den engelskspråkiga fördragsversionen och ”estime” i den franskspråkiga fördragsversionen.

¹⁹⁶ Jfr. Peers (2008) s. 526

bli föremål för juridisk prövning och vilken form av prövning kan i så fall aktualiseras. Ordalydelsen i art 82.3 och 83.3 är i dessa avseenden knappast klagörande. Samtidigt vill jag mena att nämnda spörsmål kan vara av essentiell betydelse för nödbromsarnas inverkan på den nya beslutsstrukturen och således i förlängningen på det fortsatta straffrättsliga EU-samarbetet.

3.2.2.1 Frågan om skyldigheten att motivera användning av nödbromsarna

Ordalydelsen i art 82.3 och 83.3 ger intrycket av att i lägre eller högre grad erbjuda medlemsstaterna ett visst diskretionsutrymme när det kommer till beslutet att använda nödbromsen. Detta stöds inte minst av formuleringen ”Om en rådsmedlem anser” som förled till de övriga rättsliga kriterierna för utnyttjande av nödbromsarna.¹⁹⁷ Detta ger åtminstone en antydning om att det i praktiken är upp till den enskilda medlemsstaten att avgöra om de rättsliga kriterierna är uppfyllda. Samtidigt måste beaktas att det genom Lissabonfördraget skett en övergång från enhällighet som honnörssord för tredjepelsamarbetet till en huvudregel om kvalificerad majoritet inom ramen för det ordinarie lagstiftningsförfarandet. Utifrån målet om ett mer effektivt straffrättsligt samarbete är det knappast tänkt att nödbromsarna är att jämställa med medlemsstaternas vetorätt under tredjepelsamarbetet. Dessutom finns det uttryckliga enhällighetskrav även under *nuvarande* reglering beträffande de frågor där detta har ansetts nödvändigt (exempelvis avseende inrättande av en europeisk åklagarmyndighet, jfr. art 86). Under alla förutsättningar kan nödbromsarna således inte betraktas som en formell vetorätt, vilket i och för sig inte utesluter att nödbromsarna i praktiken kommer att få en innebörd som åtminstone drar åt det hållet.¹⁹⁸ Det finns dock det som talar för att så inte kommer att ske, vilket vi återkommer till senare i detta avsnitt.

Det faktum att nödbromsarna utgör just ett undantag från det ordinarie lagstiftningsförfarandet med kvalificerad majoritet samtidigt som det har uppställts explicita krav på enhällighet i de straffrättsliga frågor där detta har ansetts nödvändigt, får anses tala för att den medlemsstat som ämnar utnyttja nödbromsen måste motivera sitt beslut utifrån fördragstextens kriterier. Med detta inte sagt att det i praktiken måste vara ställt bortom allt rimligt tvivel att det aktuella direktivförslaget verkligen kommer att påverka den opponerande medlemsstatens straffrättsliga system negativt. Snarare torde det kunna förväntas att en någorlunda välgrundad argumentation som tydligt pekar på direktivförslagets *negativa* påverkan på medlemsstatens *straffrättsliga* system i praktiken kommer att godtas. Detta torde särskilt gälla om medlemsstaten i sin motivering lyckas undanröja eventuella misstankar om att dess farhågor i själva verket är hänförliga till någonting annat minimireglernas inverkan på just det straffrättsliga systemet.¹⁹⁹ Åtminstone EP synes ha dragit slutsatsen att en medlemsstat har rätt att dra i nödbromsen om den anser att ett förslag straffrättslig minimireglering ”*sannolikt* kommer att påverka centrala delar av dess interna nationella rättsordning” [min kurs.].²⁰⁰ En försiktig jämförelse kan också göras med den nödbromsliknande undantagsbestämmelsen på det gemensamma utrikes- och säkerhetspolitiska området (art 31.2 FEU). Om en rådsmedlem enligt denna bestämmelse ”förklarar att denne av skäl av vital betydelse som rör nationell politik *och som denne redogör för* avser att motsätta sig antagandet av ett beslut som ska fattas med kvalificerad majoritet, ska omröstning inte ske” [min kurs.]. Därefter kan frågan ytterst hänföras till Europeiska rådet för enhälligt beslut. Bestämmelsen synes innebära ett tydligt krav på att medlemsstaten i vart fall ska motivera sitt beslut utifrån de angivna kriterierna. Det vore något märkligt om det under det

¹⁹⁷ Även i den engelskspråkiga fördragsversionen används ett motsvarande uttryckssätt (“Where a member of the Council *considers*...”).

¹⁹⁸ Peers (2008) s. 526

¹⁹⁹ Ibid.

²⁰⁰ Europaparlamentets resolution av den 25 november 2009 om kommissionens meddelande till Europaparlamentet och rådet om ett område med frihet, säkerhet och rättvisa i allmänhetens tjänst – Stockholmsprogrammet (2010/C 285 E/02), punkt 1

nuvarande straffrättsliga samarbetet i denna mening skulle ställas lägre krav på den medlemsstat som ämnar utnyttja nödbromsen.

Nödbromsarna bör således inte uppfattas som ett fullständigt rättsligt vakuum där medlemsstaterna kan agera helt fritt. Samtidigt kan det inte nog understrykas att införandet av nödbromsar uppenbarligen har varit en helt nödvändig förutsättning för att få till stånd Lissabonfördragets förändringar av det straffrättsliga samarbetets beslutsstruktur. Medlemsstaterna har med andra ord haft ett oundgängligt krav på tillgång till en säkerhetsmekanism som därmed rimligen också måste kunna användas utan att det ställs alltför höga krav på att styrka de rättsliga grunderna för detta. Nödbromsarna utgör i sistnämnda bemärkelse just ett *undantag* från det ordinarie lagstiftningsförfarandets förutsättningar för beslut, om inte annat på grund av det straffrättsliga området ”speciella karaktär”.²⁰¹ Sammantaget får alltså nödbromsarna betraktas som någonting mitt emellan en medlemsstatens vetorätt och ett absolut juridiskt krav på styrkande av faktiska omständigheter i förhållande till de i lagtexten angivna kriterierna. Detta följer om inte annat av ordalydelsen ”Om en rådsmedlem *anser*” som i sig kan förmodas innebära ett relativt stort diskretionärt handlingsutrymme och därtill av att införandet av nödbromsarna var en helt nödvändig premiss för de institutionella positionsförflyttningarna kring unionens straffrättsliga lagstiftningsbefogenheter.²⁰²

3.2.2.2 *Prövningsbarheten av en medlemsstats beslut att dra i nödbromsen*

Utifrån ovanstående resonemang kan det alltså konstateras att en medlemsstat som önskar utnyttja möjligheten att dra i nödbromsen ska eller i vart fall bör motivera sitt beslut utifrån lagtextens kriterier. Motiveringen bör i brist på en mer specifik förklaring visa att det är åtminstone sannolikt att det aktuella utkastet till minimireglering kommer att negativt påverka den aktuella medlemsstatens straffrättsliga system. Principiellt torde det dock i första hand vara upp till den enskilda medlemsstaten att avgöra om de rättsliga förutsättningarna är uppfyllda. Frågan om en medlemsstats utnyttjande av nödbromsen kan bli föremål för juridisk prövning kvarstår emellertid obesvarad. Frågan är särskilt relevant eftersom det straffrättsliga samarbetet, i konsekvens med att det infogats i det allmänna EU-samarbetet, numera faller under EU-domstolens allmänna jurisdiktion.²⁰³

I förevarande fall är det av intresse att domstolen på det straffrättsliga området är behörig att ”granska lagenligheten av lagstiftningsakter” som antas av rådet. Domstolen kan pröva en medlemsstats, EP:s, rådets eller kommissionens talan om ”bristande behörighet, åsidosättande av väsentliga formföreskrifter, åsidosättande av fördragen eller av någon rättsregel som gäller deras tillämpning eller rörande maktmissbruk” (art 263 FEU). Talan kan leda till att domstolen förklarar den ifrågavarande lagstiftningsakten ogiltig (art 264). Av detta följer att *en medlemsstats beslut att dra i nödbromsen* i sig inte kan bli föremål för EU-domstolens prövning, eftersom ett sådant beslut inte är en del av själva *lagstiftningsakten* utan mer än del i beslutsförfarandet (jfr. art 263 första stycket FEUF). Däremot skulle den rättsliga grunden för beslutet att dra i nödbromsen på ett mer indirekt sätt kunna bli föremål för juridisk prövning under förutsättning att beslutsprocessen, trots att nödbromsförfarandet har tillämpats, leder till ett slutligt antagande av den föreslagna minimiregleringen. Även om detta sker i form av att Europeiska rådet lyckas uppnå en lösning eller genom att ett fördjupat samarbetet inleds skulle exempelvis en

²⁰¹ Jfr. prop. 2007/08:168 s. 65

²⁰² Peers (2008) s. 526, även Asp (2011) s. 137f

²⁰³ Under den tredje pelaren hade EG-domstolen endast en fakultativ jurisdiktion, jfr. art 35 FEU *Nice*. En begränsning av EU-domstolens nuvarande jurisdiktion på det straffrättsliga området följer dock av art 276 FEUF enligt vilken domstolen när den ”utövar sina befogenheter” inom ramen för det straffrättsliga samarbetet och polis-samarbetet inte är behörig ”pröva giltigheten eller proportionaliteten av insatser som polis eller andra brottsbekämpande organ gör i en medlemsstat eller av medlemsstaternas utövning av sitt ansvar för att upprätthålla lag och ordning och skydda den inre säkerheten”. Detta har dock inte bäring på den nu aktuella frågeställningen. Se Bergström m.fl. (2008) s. 60f

medlemsstat eller kommissionen kunna väcka ogiltighetstalan med hänvisning till att det har förekommit fel i förfarandet på grund av att nödbromsen har utnyttjats på felaktiga grunder (jfr. art 263 andra stycket). Det bör noteras att det enligt lagtextens ordalydelse förutsätts att en ogiltighetstalan ska avse rättsakter ”som *antas*” av exempelvis rådet (jfr. art 263 första stycket). Om en medlemsstats utnyttjande av nödbromsen leder till att lagförslaget inte antas kan således inte beslutet att använda nödbromsen ens indirekt blir föremål för EU-domstolens prövning.²⁰⁴ Avslutningsvis bör påpekas att skyldigheten eller lämpligheten i att motivera ett utnyttjande av nödbromsen och prövningsbarheten av beslutet att dra i nödbromsen naturligtvis hänger samman. Med tanke på utformningen av nödbromsbestämmelserna kommer domstolen, i de fall den aktuella medlemsstaten har lämnat en någorlunda rimlig motivering, att ha begränsade möjligheter att sätta sig emot medlemsstatens resonemang. Principiellt skulle detta endast kunna komma ifråga i klara fall av missbruk av nödbromsbestämmelserna.²⁰⁵

3.2.3 Förfarandet i Europeiska rådet vid användning av nödbromsarna

Av lagtexten framgår att nödbromsarna mer specifikt utgörs av en rätt för den enskilde medlemsstaten att framställa en begäran om att ett utkast till straffrättslig minimireglering ska överlämnas till Europeiska rådet för diskussion. Om en sådan begäran framställs ska det ordinarie lagstiftningsförfarandet upphävas tillfälligt. Om Europeiska rådet därefter, inom fyra månader, uppnår konsensus hänskjuts direktivförslaget till rådet och det ordinarie lagstiftningsförfarandet återupptas. Om däremot Europeiska rådet inte lyckas nå konsensus inom den angivna tidsfristen återstår två alternativ. Antingen kan minst nio medlemsstater som önskar det inleda ett fördjupat samarbete på basis av den föreslagna minimiregleringen eller så faller det aktuella förslaget varmed beslutsprocessen avbryts helt. Avseende det senare alternativet ska sägas att det inte alltid kan förutsättas att ett tillräckligt stort antal medlemsstater ställer sig bakom ett fördjupat samarbete som inte omfattar alla medlemsstater.²⁰⁶ Det säger sig självt att deltagande av *samtliga* medlemsstater i ett straffrättsligt samarbete kan ha ett högt egenvärde.²⁰⁷

En fråga som hittills inte berörts är vad ett hänskjutande till Europeiska rådet egentligen innebär. Klart är väl att ett hänskjutande av utkastet till medlemsstaternas stats- och regeringschefer i bästa fall förväntas fylla en sorts konfliktlösningsfunktion för att det ordinarie lagstiftningsförfarandet sedermera ska kunna återupptas. Hur förfarandet närmare kommer att gå till får dock betraktas som oklart och det återstår att se huruvida Europeiska rådet kommer att låta formellt reglera detta förfarande.²⁰⁸ Innebörden av konsensuskravet definieras inte heller i fördragen men måste i brist på en närmare definition betraktas som ett krav på fullständig samstämmighet/enighet.²⁰⁹ Dessutom framstår uttrycket ”ingen enighet” i anslutning till bestämmelserna om fördjupat samarbete som en motsats till konsensus (se art 82.3 och 83.3 andra styckena).²¹⁰ Vad beträffar nödbromsarna innebär konsensuskravet således att den eller de medlemsstater som vänt sig emot ett direktivförslag på något sätt måste blidkas under diskussionen i Europeiska rådet för att det ordinarie lagstiftningsförfarandet ska kunna återupptas. Den medlemsstat som har dragit i nödbromsen måste alltså förmås att inta en ny ståndpunkt i frågan genom antingen ren övertalning eller genom förändringar av lagstiftningsförslagets innehåll.²¹¹

²⁰⁴ Peers (2008) s. 526

²⁰⁵ Asp (2011) s. 137f

²⁰⁶ Persson (2005) s. 36, Peers (2008) s. 527

²⁰⁷ Peers (2008) s. 527f

²⁰⁸ Ibid.

²⁰⁹ Persson (2005) s. 36

²¹⁰ Av art 15.4 FEU följer att ”Europeiska rådet ska besluta med konsensus, om inte annat föreskrivs i fördragen”. Konsensusbegreppet definieras dock inte.

²¹¹ Peers (2008) s. 527

Det ska tilläggas att även om Europeiska rådet lyckas uppnå enighet kring ett direktivförslag efter att en medlemsstat har dragit i nödbromsen är det för den sakens skull inte givet att parlamentet slutligen accepterar förslaget (jfr. art 294 FEUF). EP:s medbeslutanderätt upphävs förstås inte av att frågan lyfts upp till Europeiska rådet för diskussion. Om Europeiska rådet inte når konsensus och detta följs av att en grupp medlemsstater bemyndigas att inleda ett fördjupat straffrättsligt samarbete kan EP förvisso inte stoppa själva *bemyndigandet* av detta, eftersom de ordinarie reglerna om fördjupade samarbeten inte ska tillämpas. Däremot kommer EP alltid att kunna stoppa det slutliga *antalet* av den rättsakt som reglerar det fördjupade samarbetet.²¹²

3.3 Nödbromsarnas politiska kontext

Oavsett hur viktiga de materiella aspekterna av nödbromsreglerna och det straffrättsliga samarbetet generellt än må vara får det inte glömmas bort i vilket sammanhang nödbromsreglerna är ägnade att fungera. Även om EU är ett i hög grad institutionaliserat samarbete kan givetvis den politiska dimensionen omkullkasta varenda teori som bygger på de materiella reglerna kring nödbromsförfarandet. Detta gäller kanske inte minst på det straffrättsliga området som kan betraktas som ett särskilt känsligt område för överstatligt beslutsfattande. Om inte annat utgör blotta existensen av nödbromsar i en annars mer överstatligt präglad beslutsstruktur ett yttersta bevis på att i vart fall frågan om *harmonisering* av straffrätten fortfarande är ett mycket känsligt politiskt spörsmål. Oavsett om de juridiska förutsättningarna kan anses vara uppfyllda kan det således i praktiken vara uteslutet för en medlemsstat att använda nödbromsen på grund av fruktan för politiska efterverkningar. Omvänt går det givetvis också att föreställa sig situationer där en medlemsstats utnyttjande av nödbromsen mindre sannolikt skulle ifrågasättas av de andra medlemsstaterna, kanske särskilt eftersom detta under givna förutsättningar även utlöser ett bemyndigande för de sistnämnda att inleda ett fördjupat straffrättsligt samarbete.²¹³

Av allt att döma är nödbromsarna tänkta som någon form av yttersta säkerhetsmekanismer, vilket bland annat bekräftas i de svenska förarbetena (se nedan). Det ska dock betonas att när en rådsmedlem väl använder nödbromsen kommer denne förmodligen att stå ensam mot många andra medlemsstater. Åtminstone kan det förutsättas att inte mer än ett fåtal medlemsstater beträffande samma direktivförslag kommer att använda sig av nödbromsar för att stoppa en föreslagen minimireglering.²¹⁴ Om fler medlemsstater motsätter sig förslaget är det nämligen mer troligt att dessa medlemsstater försöker bilda en blockerande minoritet mot direktivförslaget vid omröstningen i rådet (jfr. 16.4 FEU, 238.2 FEUF samt protokollet om övergångsbestämmelser).²¹⁵ En blockerande minoritet kan för övrigt även hindra ett fördjupat straffrättsligt samarbete mellan de medlemsstater som stöder förslaget.²¹⁶

3.3.1 Syftet med nödbromsarna ur ett svenskt perspektiv

EU-straffrättens beslutsstruktur inkräktar genom den överstatligt präglade beslutsstrukturen på det som traditionellt har tillhört nationalstatens suveränitetssfär. Införandet av nödbromsar i den nya beslutsstrukturen vittnar emellertid om att medlemsstaterna ännu inte är villiga att släppa alltför mycket makt ifrån sig. Nödbromsarna kan knappast sägas ligga i linje med

²¹² Peers (2008) s. 528

²¹³ Jfr. Peers (2008) s. 528f

²¹⁴ Ibid.

²¹⁵ Ifråga om vad som utgör en blockerande minoritet gäller följande: Fr.o.m. den 1 nov 2014 ska enligt huvudregeln en blockerande minoritet utgöras av minst fyra rådsmedlemmar (art 16.4 andra stycket FEU). För det fall inte samtliga medlemsstater deltar i omröstningen ska en blockerande minoritet utgöras av det lägsta antal rådsmedlemmar som företräder mer än 35 procent av befolkningen i de *deltagande* medlemsstaterna, plus en medlem (art 238.3 FEUF). I annat fall ska kvalificerad majoritet anses vara uppnådd. T.o.m. den 1 nov 2014 definieras en blockerande minoritet enligt Nicefördragets bestämmelser, och fram till den 31 mars 2017 gäller särskilda övergångsbestämmelser enligt protokollet om övergångsbestämmelser.

²¹⁶ Peers (2008) s. 528

Lissabonfördragets uttalade syfte att effektivisera beslutsfattandet under det straffrättsliga samarbetet, även om det kanske av denna anledning också är tydligt att nödbromsarna inte är till för att användas annat än i exceptionella fall. Utifrån effektivitetsaspekten framstår nödbromsarna snarast som ett nödvändigt ont som har sitt existensberättigande i det att de politiskt sett utgjorde en nödvändig förutsättning för Lissabonfördragets förändringar av EU-straffrätten. Utifrån ett integrationsperspektiv kommer det förmodligen alltid framstå som mer eller mindre av ett politiskt misslyckande om nödbromsarna överhuvudtaget används. För att kunna identifiera nödbromsarnas egentliga syfte är det därför lämpligare att röra sig på medlemsstatsnivå. Ett exemplifierande medlemsstatsperspektiv kan även användas som indikator för i vilka situationer det kan tänkas att en medlemsstat väljer att utnyttja nödbromsarna. I någon mån är just den svenska synen också särskilt intressant, inte endast ur ett svenskt perspektiv, eftersom Sverige också var initiativtagare till nödbromsbestämmelserna.²¹⁷

I de svenska lagförarbeten som berör tillträdet av Lissabonfördraget nämns genomgående vissa särskilda intressen som skyddsföremål för nödbromsarna, närmare bestämt den grundlagfästa tryck- och yttrandefriheten men också principen om fri bevisprövning.²¹⁸ Den svenska regeringens bedömning var dock först och främst att ”Unionens befogenheter på områden där grundläggande principer i vårt konstitutionella system berörs är [...] utomordentligt begränsade”. Den överlåtelse av beslutanderätt som Lissabonfördraget innebar ansågs ”varken i sak eller i omfattning” och inte heller tillsammans med den tidigare överföringen av beslutanderätt till EG vara av sådant slag att den kunde anses röra ”principerna för statsskicket”. Eftersom Lissabonfördraget inte ansågs röra principerna för statsskicket ansågs det inte heller finnas några ”konstitutionella hinder” för Sverige att tillträda det nya fördraget.²¹⁹ Den sistnämnda formuleringen ska betraktas mot den bestämmelse i den svenska regeringsformen som anger att riksdagen inom ramen för EU-samarbetet endast kan överlåta beslutanderätt som ”inte rör principerna för statsskicket” (numera 10 kap 6 § första stycket RF).²²⁰ I samma bestämmelse anges också att en överlåtelse av beslutanderätt till EU förutsätter att fri- och rättighetskyddet inom det aktuella samarbetsområdet motsvarar det som ges i RF och EKMR.²²¹

De principer eller intressen som i de svenska förarbetena får tjäna som exempel på särskilt skyddsvärda intressen eller principer är som nämnts den grundlagsskyddade tryck- och yttrandefriheten samt principen om fri bevisprövning.²²² Detta är också vad flera av remissinstanserna har lyft fram. Nödbromsarna förutsätts, åtminstone från regeringens synvinkel, utgöra ett ”yttersta skydd” i dessa båda avseenden.²²³ Det är intressant att se att den svenska regeringen i detta hänseende inte kommenterar det faktum att det inte finns någon nödbroms tillgänglig vad avser befogenheterna under art 82.1 FEUF som med tillämpning av det ordinarie lagstiftningsförfarandet bland annat avser fastställande av regler och förfaranden för att säkerställa att alla former av domar och rättsliga avgöranden erkänns i hela unionen. Frågan är om man således har utgått ifrån att ett fullständigt ömsesidigt erkännande av domar och rättsliga avgöranden aldrig skulle kunna hota de nämnda svenska intressena jämfört med vad en EU-centraliserad straffrättslig ordning skulle göra, eller handlar nödbromsarna i själva verket om någonting annat. Detta spørsmål får vi anledning att återkomma till i den avslutande delen av denna uppsats.

²¹⁷ Se exempelvis prop. 2007/08:168, s. 205

²¹⁸ Se exempelvis prop. 2007/08:168, s. 65-67 samt s. 218, Utrikesutskottets betänkande 2008/09:UU8, s. 50ff och 121

²¹⁹ Prop. 2007/08:168, s. 67

²²⁰ Vidare anges numera uttryckligen att riksdagen kan besluta om sådan överlåtelse av beslutanderätt (som inte rör principerna för statsskicket) till EU om minst tre fjärdedelar av de röstande och mer än hälften av riksdagens ledamöter röstar för det; 10 kap 6 § andra stycket RF.

²²¹ Prop. 2007/08:168, s. 65-67

²²² Se exempelvis prop. 2007/08:168, s. 65-67

²²³ Prop. 2007/08:168, s. 218

Vad beträffar synen på nödbromsarna ur ett svenskt perspektiv kan det sammantaget sägas att det officiella syftet med nödbromsarna synes vara att de ska utgöra ett yttersta skydd för framförallt konstitutionella intressen, såsom den grundlagsfästa tryck- och yttrandefriheten. Emellertid omnämns även principen om fri bevisprövning som ett skyddsföremål för nödbromsarna.

3.3.2 Den svenska synen i perspektiv – diskrepansen i medlemsstaternas förhållningssätt till det straffrättsliga samarbetet

Bakom det straffrättsliga samarbetets beslutsstruktur under Lissabonfördragets premisser kan skönjas en diskrepans i medlemsstaternas inställning till det straffrättsliga samarbetet som åtminstone till en del torde kunna föras tillbaka på spänningsförhållandet mellan intergovernmentalism och supranationalism. Även om integrationsprocessen i själva verket är långt mer mångfacetterad handlar det om medlemsstaternas disparata inställning till vad EU-samarbetet är eller bör vara. Är det i första hand ett visserligen djuplodande men i grunden mellanstatligt internationellt samarbete med överstatliga inslag eller är (alternativt *bör*) det istället vara ett mer renodlat och generellt överstatligt samarbete med federalistiska ambitioner.²²⁴ Det brukar framhållas att EU i praktiken befinner sig någonstans mittemellan dessa ytterligheter, måhända i en utveckling mot en alltmer utpräglad överstatlighet. Lissabonfördraget kan visserligen sägas innebära en ytterligare förskjutning mot en starkare supranationalism och ett ytterligare steg i EU:s konstitutionaliseringsprocess.²²⁵ Trots det bör utvecklingen även betraktas mot bakgrund av att förhandlingarna om Konstitutionsfördraget stannade vid en ”pause for reflection”, vilket bär vittnesbörd om att Lissabonfördraget är ämnad att vara någonting annat än just ett *konstitutionellt* fördrag.²²⁶ Någon fullständig politisk uppslutning kring Konstitutionsfördraget var uppenbarligen inte möjlig. Nödbromsbestämmelserna kan lyftas fram som några utav symbolerna för den lösning på problemet som roddes iland under det tyska ordförandeskapet sommaren år 2007, då man markerade att tiden för eftertanke var förbi.²²⁷ Det krävdes inte endast politiska utan även formella garantier för att nationella intressen fortfarande skulle kunna få omedelbart genomslag i det straffrättsliga samarbetet, om än inte på samma sätt som med vetorätten under tredje pelaren. På det sättet kan konflikten mellan intergovernmentalism och supranationalism sägas vara återspeglad direkt i det straffrättsliga samarbetets formella beslutsstruktur, å ena sidan genom nödbromsreglerna, å andra sidan genom det principiellt överstatliga lagstiftningsförfarandet.

Det råder dock knappast någon tvekan om att Lissabonfördragets förändringar i vart fall bekräftar den europeiska integrationens långtgående implikationer på det straffrättsliga området. Även om skildringen av Lissabonfördragets förändringar som en övergång från mellanstatlighet till överstatlighet utgör en förenkling är det tydligt att det även avseende straffrättsliga frågor finns en allmän strävan mot fördjupad integration. Att medlemsstaterna, trots nödbromsarna och de speciella undantagsreglerna för vissa medlemsstater, har gett upp sin vetorätt på det straffrättsliga området är naturligtvis ett mycket betydelsefullt kliv framåt i det avseendet. Samtidigt kan det inte nog understrykas att det inom ramen för denna grundläggande integrationssträvan också finns en uppenbar brist på överensstämmelse i medlemsstaternas syn på vad integrationsprocessen innebär, hur den ska gå till och vad den i slutändan ska få för resultat. Vad beträffar EU:s kompetens på det straffrättsliga området bör i det sammanhanget betonas att den i grunden är begränsad, dels till specifika delar av straffrätten, dels genom kravet på direktivform för harmoniseringsåtgärder. Att det är fråga om att *harmonisera* straffrätten kan också i sig sägas innebära en väsentlig begränsning av EU-straffrättens räckvidd. Det är alltså en tillnärmning mellan de nationella straffrättsliga regelverken som ska uppnås och inte ett

²²⁴ Se t.ex. Craig & De Búrca (2008) s. 2f och 123ff

²²⁵ Gröning & Zetterquist (2010) s. 69f

²²⁶ Herlin-Karnell (2008) s. 1

²²⁷ Europeiska rådet i Bryssel, 21-22 juni 2007, Ordförandeskapets slutsatser, nr. 11177/1/07 s. 3 och 30

inrättande av en helt självständig straffrätt på EU-nivå.²²⁸ Likväl kan hävdas att det förra bara utgör ett steg på vägen mot etableringen av en autonom straffrättsordning på EU-nivå. Vidare kan det med visst fog sägas att EU:s harmoniseringskompetens ändå har tagit ett livgrepp kring den kanske mest fundamentala straffrättsliga befogenheten, nämligen lagstiftningskompetensen. På sätt och vis framstår det då som mindre betydelsefullt vem som i slutändan faktiskt *tillämpar* de straffrättsliga bestämmelserna och att detta i princip sker efter nationell implementering.

3.3.2.1 Från principiellt icke-deltagande till strävan mot en gemensam EU-straffrätt

Den svenska synen på förändringarna av det straffrättsliga samarbetet får anses ligga någonstans mittemellan ytterligheterna. Initieringen av nödbromsbestämmelserna antyder onekligen att det finns en viss restriktivitet eller skepticism i synen på hur det straffrättsliga samarbetet bör gestalta sig, särskilt beträffande harmonisering. Utgångspunkten måste dock anses vara en grundläggande acceptans av en fördjupad integration på det straffrättsliga området, eftersom Sverige trots allt – likt de flesta av medlemsstaterna – ratificerade Lissabonfördraget utan individualiserade specialbestämmelser. Ett villkor var visserligen att få tillgång till en form av yttre skydd för nationella intressen, men den klara utgångspunkten är att Sverige, liksom de andra medlemsstaterna, ska bindas av rådets majoritetsbeslut.²²⁹ Det troliga är, vill jag mena, att Sverige kommer att delta fullt ut i det straffrättsliga samarbetet i den utsträckning det inte finns en tydlig risk för komplikationer i förhållandet mellan direktivförslag och exempelvis den svenska tryck- och yttrandefrihetsrättens speciella ansvarsregler.

Bland de övriga medlemsstaterna finns givetvis en rad olika förhållningssätt representerade, förmodligen lika många som antalet medlemsstater. Med utgångspunkt i det svenska förhållningssättet finns naturligtvis representanter på båda sidor av detta. Till att börja med finns det medlemsstater som uppenbarligen inte är beredda att acceptera Lissabonfördragets omdaningar av det straffrättsliga samarbetet. Här finner vi Storbritannien, Irland och Danmark som principiellt har ställt sig utanför samarbetet under området för frihet, säkerhet och rättvisa. Genom opt-in/opt-out-klausulerna är dessa medlemsstater inte bundna av de överensstämmelser som träffas på området och som de inte själva väljer att delta i. På det formella planet kan de samtidigt inte heller hindra de andra medlemsstaterna från att vidta åtgärder.²³⁰ Det är således inte fråga om någon vetorätt, utan enkelt uttryckt om en möjlighet att välja mellan deltagande och icke-deltagande utan nödbromsbestämmelsernas begränsningar. Det finns dock en rad oklarheter vad beträffar räckvidden av dessa undantagsregler, exempelvis i förhållande till annexkompetensen (art 83.2).²³¹ Oavsett har dessa medlemsstater uppenbarligen tagit principiellt avstånd från den förändrade beslutsstrukturen och har inte accepterat upplyftandet av de straffrättsliga frågarna till en överstatligt präglad beslutsfär.

Av art 82.1 första stycket FEUF framgår att straffrättsarbetet visserligen ska bygga på principen om ömsesidigt erkännande men att det också ska inbegripa harmonisering av medlemsstaternas straff- och straffprocessrätt. Det kan förmodas att den mer eller mindre restriktiva syn som främst intas av Storbritannien, Irland och Danmark, men också i viss mån av bland andra Italien och Sverige, privilegierar ömsesidigt erkännande framför harmonisering. På motsatt sida och måhända med en mer integrationsvänlig grundinställning finns de medlemsstater som i sitt förhållningssätt till det straffrättsliga samarbetet kan sägas betona behovet av harmonisering och fortsatt integration, inte minst ur effektivitetssynpunkt. Här kan Tyskland

²²⁸ Asp (2011) s. 129

²²⁹ Se ovan avsnitt 3.3.1

²³⁰ Se art 1-4 protokoll (nr. 21) om Förenade kungarikets och Irlands ställning med avseende på området för frihet, säkerhet och rättvisa samt art 1-4 protokoll (nr. 22) om Danmarks ställning. Det bör noteras att reglerna för Förenade kungariket och Irland respektive Danmark inte ser exakt likadana ut. Därtill bör påpekas att det även innan Lissabonfördragets ikraftträdande fanns specialregler som berörde dessa medlemsstater. En beskrivning av de nu gällande undantagsreglerna görs av bl.a. Suominen & Frände (2009), s. 669f och Ladenburger (2008) s. 36f

²³¹ Se t.ex. Suominen & Frände (2008) s. 669f och 672 och Peers (2008) s. 521

lyftas fram som exempel, men även Frankrike och Nederländerna som oaktat det negativa resultatet av de nationella folkomröstningarna beträffande Konstitutionsfördraget i princip ställde sig positiva till förändringarna av det straffrättsliga samarbetet.²³² Sålunda kan straffrättsliga harmoniseringsåtgärder bland annat motiveras utifrån behovet av att stävja den gränsöverskridande brottsligheten och behovet av att öka genomslaget för EU:s politik på andra områden.²³³ Därtill kan utvecklingen mot en gemensam straffrätt med användning av Asps uttryckssätt antas ha "ett inte obetydligt symbolvärde" för EU-samarbetet, jämförbart med värdet av exempelvis en gemensam valuta.²³⁴ Eftersom det straffrättsliga områdets beslutsstruktur ur ett EU-perspektiv måste sägas syfta till att lagstiftningsåtgärder ska kunna röstas igenom utan alla medlemsstaters samtycke är nödbromsarna givetvis ett politiskt känsligt ämne. Såsom Herlin-Karnell påpekar framstår det i någon mån som att nödbromsarna betraktade i den EU-politiska kontexten egentligen inte är ämnade att användas överhuvudtaget.²³⁵ Det ligger mycket i påståendet att straffrätten inom EU hittills har använts antingen för att åstadkomma effektivitet i genomslaget för EU:s övriga politik eller för att med hänvisning till exempelvis säkerheten se till att medlemsstaterna ökar straffen eller nykriminaliserar.²³⁶ I det avseendet kan det tänkas att en medlemsstat inte vill hamna blickfånget för att ha motsatt sig en åtgärd som syftar till att öka EU:s effektivitet eller att höja straffet för ett visst brott. Medlemsstaten kanske då väljer att inte dra i nödbromsen även om den hyser verkliga farhågor för att det aktuella förslaget hotat ett fullt legitimt intresse uttryckt i det nationella straffrättsliga systemet.

3.3.2.2 Olika syn på hur integrationen av straffrätten ska gå till. Harmonisering, ömsesidigt erkännande eller båda två?

Vad skillnaderna i medlemsstaternas förhållningssätt beror på är naturligtvis svårt att säga och motiven lär skilja sig åt från fall till fall. Kanske finns det i vissa medlemsstater en starkare relation mellan staten och straffrätten än i andra medlemsstater. Huruvida en medlemsstat i grunden är mer eller mindre välvilligt inställd till en mer djupgående integration och en snabbare integrationstakt kan givetvis förmodas göra avtryck i inställningen till hur det straffrättsliga samarbetet bör gestalta sig. Detta kan i sin tur förmodas påverka en medlemsstats inställning till förhållandet mellan ömsesidigt erkännande och harmonisering. Frågan är om ömsesidigt erkännande i första hand ska användas som ett substitut till harmonisering (eller rentav som en särskild *typ* av harmonisering) eller om upprätthållandet av principen om ömsesidigt erkännande ska ske parallellt med en harmonisering av medlemsstaternas straffrättsliga lagstiftning.²³⁷ Av art 82.1 FEUF framgår förvisso att det straffrättsliga samarbetet *ska* bestå av såväl ömsesidigt erkännande som harmonisering. Det kan dock tänkas att de medlemsstater som vill kunna skydda eller försvara nationella intressen på det straffrättsliga området betraktar ömsesidigt erkännande som ett alternativ framför harmonisering och samtidigt intar en mer restriktiv hållning till EU:s harmoniseringskompetens. Omvänt kan det förmodas att de medlemsstater som inte endast betraktar harmonisering som ett verktyg för att underlätta ömsesidigt erkännande, utan mer som ett redskap för att fördjupa integrationen generellt, också kommer att vara mer positivt inställda till straffrättsliga harmoniseringsåtgärder.²³⁸ Det går också att tänka sig situationer där en viss grad av harmonisering är helt nödvändig för att kunna leva upp till principen om ömsesidigt erkännande på ett specifikt område, kanske särskilt om skyddet för individens rättssäkerhet och rättighet betonas.²³⁹

²³² Ladenburger (2008) s 27f och 35f

²³³ Gröning (2008) s. 30, Asp (2011) s. 121f

²³⁴ Asp (2011) s. 122

²³⁵ Herlin-Karnell (2008) s. 6

²³⁶ Asp, Elholm & Frände (2009) s. 969f

²³⁷ Persson (2005) s. 18f, Asp (2011) s. 155ff

²³⁸ Gröning (2008) s. 97

²³⁹ Asp (2011) s. 155ff

4. AVSLUTNING

4.1 Sammanfattning

Syftet med straffrättsliga lagstiftningsbefogenheter på EU-nivå kan kort sagt sägas ha två aspekter. För det första anses det finnas ett behov av att använda straffrättsliga lagstiftningsbefogenheter som verktyg för att säkra ett *effektivt genomslag för unionens politik* på de olika samarbetsområdena och i synnerhet på de områden som tidigare utgjorde EG. Det är framförallt utifrån den aspekten som den straffrättsliga utvecklingen under den tidigare första pelaren i EU-samarbetet ska beaktas. För det andra har det, inte minst på grund av den fria rörligheten över Europas gränser, uppstått ett behov av att på EU-nivå kunna hantera olika aspekter av den *gränsöverskridande brottsligheten*. Straffrättens utveckling inom ramen för den tredje pelaren kan bland annat betraktas utifrån detta behov.²⁴⁰ En tydlig ambition med Lissabonfördragets förändringar av det straffrättsliga samarbetets beslutsstruktur var att effektivisera beslutsfattandet genom att lyfta in det straffrättsliga samarbetet i det allmänna EU-samarbetets beslutsstruktur och samtidigt utöka och tydliggöra EU:s befogenheter på det straffrättsliga området i en enhetlig EU-straffrätt.²⁴¹

Enligt art 82.2 och 83 FEUF har EU befogenhet att vidta åtgärder för att harmonisera medlemsstaternas straffrättsliga lagstiftning. Befogenheterna att harmonisera medlemsstaternas straffrättsliga lagstiftning avser närmare bestämt fastställande av minimidirektiv avseende olika specifikt angivna delar av straffprocessen och om brottsrekvisit och påföljder (den materiella straffrätten) inom områden med särskilt allvarlig brottslighet som har ett gränsöverskridande inslag. Därtill får EU fastställa minimiregler om brottsrekvisit och påföljder på områden som redan omfattas av harmoniseringsåtgärder, om detta är nödvändigt för att säkerställa att unionens politik på det harmoniserade området ska kunna genomföras effektivt.

Utgångspunkten är att straffrättsliga minimidirektiv ska antas i enlighet med det ordinarie lagstiftningsförfarandet. Detta innebär enkelt uttryckt att rådet beslutar med kvalificerad majoritet samtidigt som EP har medbeslutanderätt. Sålunda kan det påstås att de straffrättsliga frågorna genom Lissabonfördraget har inlemmats i en överstatlig beslutsstruktur. I anslutning till de båda bestämmelserna om straffrättslig minimireglering har emellertid de så kallade nödbromsarna införts (art 82.3 och 83.3 FEUF). Dessa innebär att om en rådsmedlem anser att ett utkast till straffrättslig minimireglering skulle negativt påverka grundläggande aspekter av medlemsstatens straffrättsliga system, kan medlemsstaten begära att direktivutkastet överlämnas till Europeiska rådet för diskussion. Om Europeiska rådet inte når konsensus ifråga om minimireglerna kan dessa inte antas i form av en lagstiftningsakt som gäller för alla medlemsstater. Då återstår alternativet för de medlemsstater som fortfarande stöder förslaget att upprätta ett fördjupat samarbete i den aktuella frågan. Om däremot konsensus uppnås återupptas det ordinarie lagstiftningsförfarandet och minimireglerna kan antas under förutsättning att det fortfarande finns stöd av en kvalificerad majoritet i rådet och att EP godkänner åtgärden.

Nödbromsarnas tillämpningsområde omfattar endast EU:s befogenheter att anta straffrättsliga minimiregler enligt art 82.2 och 83 FEUF. De måste därför skiljas åt främst från de övriga befogenheterna under det straffrättsliga EU-samarbetet. Gränsdragningsproblematik riskerar framförallt att uppstå mellan å ena sidan befogenheten att fastställa minimiregler om den processuella straffrätten (art 82.2) och å andra sidan befogenheten att fastställa regler och förfaranden för att säkerställa ett ömsesidigt erkännande av domar och rättsliga avgöranden (art 82.1.a). Sådana åtgärder som *uttryckligen* faller inom tillämpningsområdet för art 82.2 kan inte antas med rättslig grund i art 82.1. Det får dock betraktas som delvis oklart hur den exakta gränsen mellan dessa befogenheter ska dras.²⁴²

²⁴⁰ Gröning (2008) s. 30

²⁴¹ Se exempelvis Bergström m.fl. (2008) s. 44, och Ladenburger (2008) s. 21f

²⁴² Se vad som anförts ovan i avsnitt 2 detta arbete.

Av fördragstexten följer att en medlemsstat (endast) får utnyttja nödbromsen om den anser att ett förslag till straffrättslig minimireglering skulle negativt påverka grundläggande aspekter av dennes straffrättsliga system. En medlemsstat torde visserligen vara principiellt skyldig att motivera sitt beslut att dra i nödbromsen utifrån lagtextens kriterier och indirekt skulle beslutet att dra i nödbromsen också kunna bli föremål för domstolsprövning.²⁴³ Emellertid antyder ordalydelsen i art 82.3 och 83.3 att medlemsstaterna har en stor frihet beträffande valet att utnyttja nödbromsarna eller ej.

En mycket viktig aspekt av nödbromsarna är den politiska kontext i vilken nödbromsarna ska tillämpas. Syftet med nödbromsarna får i princip betraktas utifrån ett medlemsstatsperspektiv där de förväntas utgöra ett yttre skydd för vad som kan kallas nationella konstitutionell eller grundläggande intressen med koppling till den nationella straffrätten. För Sveriges del omnämns den grundlagsfästa yttrande- och tryckfriheten samt principen om fri bevisprövning som två sådana nationella intressen. I den politiska kontexten ställs således intressena av ett mer effektivt beslutsfattande på EU-straffrättsens område mot medlemsstatens intresse av att skydda vissa speciella nationella värden. I den politiska kontexten står också medlemsstaternas olika intressen mot varandra. Det finns en tydlig diskrepans i medlemsstaternas syn på den europeiska integrationen och inte minst beträffande synen på straffrättsens roll i unionssamarbetet. Det kan inte nog understrykas att medlemsstaternas agerande givetvis påverkas av andra medlemsstaters inställning och agerande.

4.2 Avslutande reflektioner kring frågan om nödbromsarnas betydelse för det fortsatta straffrättsliga samarbetet

För att kunna svara på den övergripande frågeställningen om vilken betydelse nödbromsarna kan tänkas få för det fortsatta straffrättsliga EU-samarbetet har jag i denna framställning tagit avstamp i EU-straffrättsens utveckling före det att Lissabonfördraget trädde ikraft år 2009. Bland annat mot bakgrund av den problematik som har förknippats med denna utveckling har jag därefter analyserat nödbromsarna och dess kopplingar till det omgivande regelverket. Eftersom det straffrättsliga samarbetet förutsätts fungera i en politiskt präglad kontext där det aktuella rättsliga regelverket är underkastat förhållandet mellan EU:s medlemsstater har jag också gjort ett försök att analysera och kortfattat beskriva denna kontext. Mot bakgrund av antagandet att den EU-politiska kontexten kan få återverkningar på de aktuella rättsreglernas betydelse har jag med utgångspunkt i den svenska regeringens syn illustrerat hur en medlemsstat kan betrakta straffrättsligt samarbetet och nödbromsarna. Den svenska synen har jag sedan placerat in i en bredare beskrivning av den politiska kontexten för att åskådliggöra den diskrepans som föreligger mellan de olika medlemsstaternas förhållningssätt.

Den återstående delen av uppsatsen består av mina reflektioner kring vilken betydelse som nödbromsarna får för det fortsatta straffrättsliga EU-samarbetet. Med detta inte sagt att tankegångarna i vissa delar bygger på vad som redan har framförts av andra. Den första delen (4.2.1) är tänkt som en allmän ingång till min diskussion i de efterföljande delarna. Den andra delen (4.2.2) kan betraktas som en alternativ ingång och behandlar frågan om huruvida den nuvarande beslutsstrukturen kan leda till en uppsplittring av EU-straffrätten. I den tredje delen (4.2.3) kretsar diskussionen kring nödbromsarnas betydelse i relation till målsättningsarna om en ökad effektivitet på det EU-straffrättsliga området. Den fjärde delen (4.2.4) berör kopplingarna mellan harmoniseringskompetensen, nödbromsarna och principen om ömsesidigt erkännande, främst i förhållande till frågan om EU-medborgarens rättssäkerhet och rättighetsskydd. I den femte och sista delen (4.2.5) är frågan hur nödbromsarna kan tänkas fungera i egenskap av verktyg för att försvara nationella intressen. Det bör påpekas att resonemangen i de olika delarna till viss del kommer att överlappa varandra.

²⁴³ Peers (2008) s. 525f samt avsnitt 3.2.4 ovan.

4.2.1 Allmän ingång till diskussionen om nödbromsarnas betydelse

Huruvida nödbromsarna kommer att påverka det framtida straffrättsarbetet beror naturligtvis på i vilken utsträckning de faktiskt kommer att utnyttjas av medlemsstaterna. Därtill finns vissa gränsdragningsproblem där det är mer mindre oklart hur dessa kommer att bedömas framgent.²⁴⁴ Med tanke på straffrättens nära relation till staten liksom den kontroversialism som ofta finns inneboende i straffrättsliga frågor går det i vart fall inte att utesluta att nödbromsarna kan komma att utnyttjas av medlemsstaterna. I den politiska kontexten får kostnaderna på EU-nivå för att dra i nödbromsen vägas mot kostnaderna på nationell nivå för att acceptera harmoniseringsåtgärder som kan utgöra ett hot mot nationella intressen. I det avseendet bör framhållas att införandet av nödbromsarna för vissa medlemsstater utgjort ett helt nödvändigt villkor för deltagande i det straffrättsliga samarbetet post-Lissabon. Därför kan det även förutsättas att nödbromsarna genom sin blotta existens, alltså oavsett i vilken utsträckning de faktiskt kommer att användas, kommer utöva någon form av påverkan på det straffrättsliga samarbetet. Lagtexten talar i den meningen sitt tydliga språk genom att det är vad rådsmedlemmen *anser* om ett direktivförslag som synes vara det avgörande kriteriet (se art 82.3 och 83.3 FEUF). Dessutom uppställs under området för frihet, säkerhet och rättvisa ett allmänt krav på respekt för de olika rättsystemen och rättsliga traditionerna i medlemsstaterna (art 67.1). Att detta krav har bäring även på EU:s (straffprocessuella) harmoniseringskompetens bekräftas uttryckligen i art 82.2. Det finns därför anledning att gå försiktigt fram i politiken vad gäller harmoniseringen av straffrätten. Det mesta tyder på att medlemsstaterna åtminstone ur ett rättsligt perspektiv har ett stort manöverutrymme vad beträffar valet att använda nödbromsarna. Möjligheten att gå vägen via EU-domstolen för att angripa en medlemsstats beslut att påkalla nödbromsförfarandet torde vara ytterst begränsad och därtill indirekt (jfr. art 263 samt 3.2.2.2 ovan).

Oavsett vilken betydelse nödbromsarna kommer att tillmätas i det politiska arbetet utgår jag ifrån att vi inte har att räkna med ett excessivt utnyttjande av nödbromsarna från medlemsstaternas sida. Nödbromsarna har en tydlig karaktär av undantagsreglering och därav den metaforiska beteckningen; de utgör just *nödbromsar* som ska användas endast i nödfall.²⁴⁵ Utgångspunkten är att beslut om straffrättsliga harmoniseringsåtgärder ska kunna fattas med kvalificerad majoritet och således utan att alla medlemsstater är eniga. Detta gör det troligt att den medlemsstat som ämnar använda nödbromsen kan behöva stå emot starka politiska påtryckningar från de medlemsstater som är mer positivt inställda till en harmonisering av straffrätten. Märk väl att den eller de medlemsstater som väljer att dra i nödbromsen förmodligen kommer att stå relativt ensamma. Om ett förslag till straffrättslig minimireglering möter ett bredare motstånd är det troligt att de medlemsstater som vänder sig emot förslaget istället försöker att skapa en blockerande minoritet inom ramen för det ordinarie lagstiftningsförfarandet, om inte annat för att undgå att förslaget överlämnas till Europeiska rådet. I det avseendet lyfter Peers fram att nödbromsarna kanske i första hand kommer att användas då det är fråga om mycket starka meningsmotsättningar eller när en medlemsstats förhållande till unionen har försämrats. Det går emellertid också att föreställa hur nödbromsarna skulle kunna användas som ett politiskt verktyg, eller kanske rent av ett politiskt vapen, exempelvis för att förmå sådana medlemsstater som visat sig ivriga att få igenom ett direktivförslag att medge eftergifter för den medlemsstat som motsätter sig förslaget.²⁴⁶

Den möjlighet till fördjupat samarbete mellan en grupp av medlemsstater som kan lösas ut vid användning nödbromsarna kan förmodas vara betydelsefull. I den politiska kontexten skulle denna möjlighet kunna uppfattas på olika sätt. Klart är emellertid att tillämpningen av nödbromsförfarandet, i de fall Europeiska rådet inte inom den angivna tiden uppnår konsensus, formellt *inte hindrar* andra medlemsstater från att inleda ett samarbete kring det aktuella

²⁴⁴ Se avsnitt 2.3.1 och 2.3.2

²⁴⁵ Se Herlin-Karnell (2008) s. 6

²⁴⁶ Peers (2008) s. 529

direktivförslaget. I situationer då en medlemsstat ser sina nationella straffrättsliga intressen hotade kan det därför tänkas att de andra medlemsstaternas möjlighet att inleda ett fördjupat samarbete kan utgöra det lättare för den första medlemsstaten att dra i nödbromsen. Den medlemsstat som ställer sig utanför kan åtminstone inte formellt anklagas för att hindra en harmonisering. Då *samtliga* medlemsstaters deltagande emellertid kan ha ett stort egenvärde kan det också tänkas att en medlemsstat, på grund av de politiska stämningarna, aktar sig för att dra i nödbromsen för att slippa bida tid i den politiska skamvrån. Det kan förmodas att de medlemsstater som främst förespråkar överstatlighet och betonar behovet av harmonisering på straffrättens område inte betraktar fördjupade samarbeten mellan grupper av medlemsstater som en tilltalande lösning. Det kan också förmodas att ett någorlunda utbrett utnyttjande av nödbromsarna skulle kunna leda till en uppsplittring av straffrätten, vilket ur flera avseenden skulle kunna bli problematiskt.

4.2.2 En alternativ ingång till diskussionen. Nödbromsarna och risken för uppsplittring av EU-straffrätten

Det finns farhågor om att nödbromsarna erbjuder för mycket flexibilitet för de enskilda medlemsstaterna och därför riskerar att leda till en *uppsplittring* av EU-straffrätten.²⁴⁷ Om en medlemsstat använder nödbromsen och detta resulterar i att den aktuella frågan istället regleras inom ramarna för ett fördjupat samarbete mellan ett begränsat antal medlemsstater blir det *de facto* fråga om en brist på överensstämmelse i medlemsstaternas förhållande till det straffrättsliga samarbetet. Det förtjänar att upprepas användningen av nödbromsarna utlöser ett bemyndigande för minst nio medlemsstater att inleda ett fördjupat samarbete kring ett direktivförslag (art 82.3 och 83.3 andra styckena FEUF). Då gäller inte de krav som annars uppställs för bemyndigande av fördjupade samarbeten, vilket bland annat medför att ett fördjupat samarbete inte nödvändigtvis måste framstå som en sista utväg för medlemsstaterna att gå (jfr. art 20.2 FEU och art 329 FEUF).²⁴⁸

Risken för en sådan brist på koherens och samstämmighet i det straffrättsliga samarbetet förstärks också av att vissa medlemsstater (Storbritannien, Irland och Danmark) redan som utgångspunkt står utanför.²⁴⁹ En uppsplittring av straffrätten kan förmodas få negativa konsekvenser dels för straffrättsarbetets effektivitet och slagkraftighet, dels för EU-medborgarens rättssäkerhet och då kanske särskilt i bemärkelsen förutsebarhet. Risken är att integrationen på det straffrättsliga området hamnar på olika nivåer i olika medlemsstater.²⁵⁰ För det första kan förmodas att en uppsplittring av straffrätten kan försvåra upprätthållandet av principen om ömsesidigt på det straffrättsliga området, eftersom den i någon mån bygger på just ömsesidighet i relationen mellan medlemsstaterna. Om harmoniseringen har nått olika långt i olika medlemsstater kan det samtidigt bidra till att principen om ömsesidigt erkännande även fortsättningsvis kommer att ges företräde framför harmonisering, vilket kan anses vara särskilt problematiskt när det inte finns en långtgående harmonisering i grunden. Oaktat de potentiellt negativa effekterna av nödbromsarna och den möjlighet de utlöser till fördjupat samarbete bör givetvis också fördelarna i form av flexibilitet för medlemsstaterna lyftas fram här. I den meningen skulle den förenklade vägen till fördjupat samarbete via nödbromsarna rentav kunna sägas öka effektiviteten i det straffrättsliga samarbetet, eftersom den medlemsstat som drar i nödbromsen kan förväntas stå relativt ensam. Följderna av en uppsplittring kan trots allt, åtminstone i det enskilda fallet, förmodas bli relativt begränsad.

²⁴⁷ Se t.ex. Herlin-Karnell (2008) s. 6f och Carrero & Geyer (2007) s. 5-8

²⁴⁸ Herlin-Karnell (2008) s. 7 samt Peers (2008) s. 523f samt ovan i detta arbete (3.2.1)

²⁴⁹ Suominen & Frände (2009) s. 672

²⁵⁰ Herlin-Karnell (2008) s. 7

4.2.3 Nödbromsarnas betydelse ur effektivitetssynpunkt

Som redan har framgått är ett av de huvudsakliga syftena med Lissabonfördragets förändringar att effektivisera EU-samarbetet. Avseende det straffrättsliga samarbetet kan åtminstone tre delvis överlappande aspekter lyftas fram som alla har att göra med strävan efter en ökad effektivitet. Dels kritiserades tredjepelarsamarbetet för att vara alltför trögflytande. Det ansågs vara alltför svårt att vidta åtgärder, främst på grund av medlemsstaternas vetorätt beträffande rambesluten. Strävan efter effektivitet kan emellertid även kopplas till mer specifika behov. För det första anses det finnas behov av att öka genomslaget för EU:s politik på de olika samsamarbetsområdena. För det andra anses det finnas ett behov av att komma tillrätta med den gränsöverskridande brottslighet som delvis är ett resultat av den fria rörlighet som EU står för.²⁵¹

Lissabonfördragets förändringar av det straffrättsliga samarbetet syftar således i stor utsträckning till att effektivisera samarbetet med utgångspunkt i de ovan nämnda behoven. Den nya beslutsstrukturen liksom etablerandet (en gång för alla) av en tydlig harmoniseringskompetens för EU kan skulle också kunna leda till ett generellt sett mer effektivt straffrättsligt samarbete i de olika avseenden som nämnts. Möjligheten att använda nödbromsarna passar dock knappast in i denna bild. Jag vill mena att nödbromsarna snarare riskerar att motverka det straffrättsliga samarbetets effektivitet. Nödbromsarna utgör just en avvikelse från den huvudsakliga beslutsstrukturen som exempelvis kan leda till att behandlingen av ett direktivförslag drar ut på tiden eller att medlemsstaterna ser sig nödsakade att begränsa omfattningen av den aktuella åtgärden. Genom nödbromsreglerna blir det också tydligt hur rättsreglerna på ett mer omedelbart sätt underkastas den politiska kontexten. Även på det formella/rättsliga planet tillåts alltså nationella intressen att få direkt genomslag. Nödbromsarna hindrar visserligen inte fördjupade straffrättsliga samarbeten. Sådana samarbeten kommer dock präglas av den yttersta väsentliga begränsningen att inte alla medlemsstater deltar (jfr. art 82.3 och 83.3 FEUF). Ur effektivitetsaspekten kan nödbromsarna också sägas utgöra en sorts allmän osäkerhetsfaktor. Det är givetvis svårt att förutse i vilken utsträckning och i vilka situationer som nödbromsarna kommer att användas. Det som torde vara avgörande är nämligen vad en medlemsstat *anser* skulle negativt påverka det nationella straffrättsliga systemet och inte första hand hur de andra medlemsstaterna eller för den delen EU-domstolen ser på saken. Bara det faktum att det finns nödbromsar tillgängliga skulle kunna leda till ett slags allmänpåverkan som på det politiska planet gör att man går försiktigare fram än nödvändigt.

Jag hävdar alltså att nödbromsarna på de sätt som ovan nämnts riskerar att motverka målsättningarna om ett mer effektivt straffrättsligt samarbete. I den politiska kontexten kan det emellertid också tänkas att strävan efter effektivitet kan ha ett slags avskräckande effekt vad beträffar användningen av nödbromsarna. Vilken av krafterna som är starkast är dock svårt att uttala sig om och det kan förmodas att detta varierar beroende vilken straffrättslig fråga som är aktuell. Även om det alltså kan tänkas att målsättningarna om en ökad effektivitet stundom kan motverka användningen av nödbromsarna, är det för den sakens skull inte uteslutet att nationella intressen i vissa fall utgör en starkare kraft.

Avslutningsvis vill jag påpeka att även om nödbromsbestämmelserna skulle kunna kritiseras för att hämma straffrättsligsamarbetets effektivitet kan det som motargument framföras att den nuvarande beslutsstrukturen, vilken inkluderar nödbromsarna, ändå är så effektiv den kan bli. Utan införandet av nödbromsar skulle förändringarna av den nya beslutsstrukturen inte ha kunnat genomföras, eftersom detta åtminstone för några medlemsstater var ett absolut villkor för deltagande i det straffrättsliga samarbetet. I den meningen skulle nödbromsarna ur ett effektivitetsperspektiv kunna beskrivas som ett nödvändigt ont som det inte går att göra någonting åt.

²⁵¹ Asp (2011) s. 122, Bergström m.fl. (2008) s. 44ff

4.2.4 Nödbromsarna, harmoniseringskompetensen och principen om ömsesidigt erkännande. Förhållandet till individens rättssäkerhet och rättighetsskydd

Som ovan framgått kan det tyckas något märkligt att det inte finns någon nödbroms kopplad till EU:s kompetens att vidta åtgärder för att säkerställa ett ömsesidigt erkännande på det straffrättsliga området. Här gäller alltså det ordinarie lagstiftningsförfarandet varigenom lagstiftningsakter med EP:s godkännande kan röstas igenom med kvalificerad majoritet i rådet och detta utan att medlemsstaterna har tillgång till någon nödbroms (art 83.1 andra stycket, jfr. art 83.3 som endast hänvisar till art 83.2). EU:s befogenhet att vidta omedelbara ömsesidigt erkännande-åtgärder ska alltså skiljas från kompetensen att *harmonisera* medlemsstaternas straffrättsliga lagstiftning, även om harmoniseringskompetensen i och för sig kan syfta till att *underlätta* principen om ömsesidigt erkännande. Principen om ömsesidigt erkännande verkar alltså i princip parallellt med EU:s harmoniseringskompetens på det straffrättsliga området, vilket inte utesluter att harmonisering också kan ett självständigt värde. På motsvarande sätt utgör ömsesidigt erkännande också ett *alternativ* till verklig harmonisering genom att principen kan användas trots att det föreligger olikheter mellan medlemsstaternas straffrättsliga system.²⁵² Det faktum att det endast finns nödbromsar kopplade till EU:s harmoniseringskompetens kan förmodas bana väg för ett fortsatt ömsesidigt erkännande utan en sker parallell harmonisering. Principen om ömsesidigt erkännande kan som bekant betraktas som problematisk, inte minst i förhållande till individens rättssäkerhet och rättighetsskydd.²⁵³ Dessa problem riskerar att bli ännu tydligare om det inte också sker en viss grad av tillnärmning mellan medlemsstaternas processuella och materiella straffrätt. En tänkbar konsekvens av nödbromsarna är således att de kan bidra till att problemen med ömsesidigt erkännande på det straffrättsliga området inte blir lösta, genom att harmonisering riskerar att få stå tillbaka till förmån för ömsesidigt erkännande istället för att dessa processer kompletterar varandra.

Reflektionerna i ovanstående stycke kan ställas i relation till den svenska syn på nödbromsreglerna och det straffrättsliga samarbetet för vilken jag redogjort tidigare i detta arbete.²⁵⁴ Det faktum att nödbromsbestämmelserna inte är kopplade till sådana lagstiftningsförslag som ska säkerställa ett ömsesidigt erkännande (art 82.1, jfr. art 82.3 FEUF) uppmärksammas inte i de svenska förarbetena. Ifråga om nödbromsarna anges i princip endast att dessa skulle kunna användas som skydd för svenska intressen huvudsakligen på grundlagsnivå, exempelvis för att värna den något särpräglade svenska tryck- och yttrandefrihetsrätten eller principen om fri bevisprövning. Om saken dras till sin spets kan därför ifrågasättas om den svenska lagstiftaren anser att ömsesidigt erkännande på det straffrättsliga området aldrig skulle kunna hota sådana eller liknande nationella intressen. Eller handlar det egentligen om någonting annat?

Som ovan framhållits skulle en möjlig konsekvens av nödbromsarna vara att principen om ömsesidigt erkännande (även fortsättningsvis) får ett slags företräde framför harmonisering. Min misstanke, måhända något konspirativ, är att det kan finnas mer dubiösa skäl bakom det svenska förhållningssättet som kan sägas accentuera ömsesidigt erkännande framför harmonisering.²⁵⁵ Som också andra författare påpekat tenderar principen om ömsesidigt erkännande – kanske särskilt i kombination med nödbromsar kopplade till straffrättsliga harmoniseringsåtgärder – att framstå som en kanske alltför attraktiv politisk lösning. Trots den problematik relaterad till EU-medborgarens rättssäkerhets- och rättighetsskydd som kan förknippas med ömsesidigt erkännande på det straffrättsliga området kan det tänkas vara lättare att införa hemmaopinionen driva igenom ett system som bygger på detta. Samtidigt kan det förmodas vara svårare att driva igenom de kanske mer synbara förändringar som följer av harmonisering.²⁵⁶

²⁵² Se t.ex. Asp (2011), s. 155

²⁵³ Se Mitsilegas (2006) särskilt s. 1280ff och 1286-1289, Persson (2007) s. 76f, Herlin-Karnell (2008) s. 4

²⁵⁴ Se avsnitt 3.3 ovan

²⁵⁵ Se även Ladenburger (2008) s. 35

²⁵⁶ Se Persson (2007) s. 77ff, Persson (2005) s. 19, Mitsilegas (2006)

Harmonisering kan helt enkelt tänkas väcka mer uppmärksamhet än ömsesidigt erkännande varför detta i en politisk kontext kan tänkas vara en mer bekväm lösning, oavsett de möjligt negativa konsekvenserna för individen. Att sedan nödbromsarna också kan betraktas som ett verktyg för att försvara fullt legitima nationella intressen är en annan sak, något vi återkommer till nedan. Likaledes kan principen om ömsesidigt erkännande – när harmonisering inte är ett politiskt möjligt alternativ – vara en god lösning för att, om inte annat, stimulera förändring.

4.2.5 Nödbromsarna – ett av flera verktyg för att försvara nationella intressen

Oavsett om nyttan med nödbromsarna kan ifrågasättas ur exempelvis ett effektivitetsperspektiv vill jag betona att de uppenbarligen utgör en nödvändig kompromisslösning för att till stånd Lissabonfördragets förändringar av det straffrättsliga samarbetet. Eftersom nödbromsarna utgör just undantagsregler från det annars överstatligt beslutsförfarandet bör syftet eller ändamålet med nödbromsarna i första hand betraktas utifrån ett medlemsstatsperspektiv. Av ordalydelsen i art 82.3 och 83.3 FEUF följer uttryckligen att nödbromsarna är ämnade att användas då en medlemsstat finner att ett förslag till straffrättsligt minimidirektiv ”skulle negativt påverka grundläggande aspekter av dennes straffrättsliga system”. Nödbromsarna bör således betraktas som verktyg för att försvara nationella intressen som kan kopplas till det straffrättsliga systemet i en medlemsstat. Tillgången till ett sådant verktyg kan om inte annat motiveras utifrån den aspekten att det, sett över Europa, förmodligen finns lika många olikheter som likheter i medlemsstaternas olika straffrättsliga system och traditioner. I Sverige har framförallt den grundlagsreglerade tryck- och friheten liksom principen om fri bevisprövning lyfts fram som något utav nödbromsarnas skyddsföremål. Givetvis kan det hos andra medlemsstater finnas motsvarande eller helt andra grundläggande särdrag som det kan finnas ett nationellt intresse av att skydda. Då det kan förmodas vara svårt, åtminstone på det formella planet, att angripa en medlemsstats beslut att dra i nödbromsen kan det tänkas att nödbromsarna verkligen har potential fungera som ett verktyg för att skydda fullt legitima intressen som på det ena eller andra sättet berör en medlemsstats straffrättsliga system.

Genom nödbromsarna blir det tydligt att förändringarna av det straffrättsliga samarbetets beslutsstruktur – det som skildrats som en övergång från mellanstatlighet till överstatlighet – kanske inte är radikala i sådan utsträckning som regelverket vid en första anblick kan ge sken av. Samtidigt kan förmodas att nödbromsarna i egenskap av undantagsregler inte kommer att användas i någon större utsträckning vilket medför att förändringarna av EU-straffrätten i praktiken, inte minst genom den harmoniseringskompetens som uttrycks i art 83.2, kan bli långtgående. Betydelsen av att EU uttryckligen getts kompetens att reglera såväl processuell som materiell straffrätt samtidigt som detta kan röstas igenom med kvalificerad majoritet ska givetvis inte underskattas, liksom nödbromsarnas betydelse inte ska överskattas. Det går emellertid inte att komma ifrån att det straffrättsliga området egenart har motiverat särregler varigenom en medlemsstat har möjlighet att styra åtminstone över sin egen inblandning i det straffrättsliga samarbetet.

Vid sidan av nödbromsreglerna finns även andra regler som potentiellt kan användas som verktyg för nationellt inflytande eller för att försvara nationella intressen inom ramen för straffrättssamarbetet. Nödbromsarna utgör således inte de enda symbolerna för de spänningar som kan skönjas bakom det straffrättsliga samarbetets regelverk. För det första anges i art 67.1 FEUF att unionen ska respektera de olika rättssystemen och rättsliga traditionerna i medlemsstat. Vad detta innebär mer konkret är givetvis svårt att uttala sig om. Det råder emellertid ingen tvekan om att detta har bäring även på de lagstiftningsakter som antas med grund i art 82 och 83. Detta bekräftas också i art 82.2 där det anges att skillnaderna mellan medlemsstaternas rättsliga traditioner och system ska beaktas i minimiregleringen. En lagstiftningsakt som inte respekterar dessa skillnader kan ytterst bli föremål för ogiltighetstalan fördd av exempelvis en medlemsstat (se art 263-264 FEUF). I sammanhanget ska heller inte förglömmas de inom EU-rätten grundläggande rättsprinciperna, exempelvis legalitets- och proportionalitetsprincipen. Därtill ska

nämnas att nödbromsarna i princip inte behöver användas om ett visst antal medlemsstater bildar en blockerande minoritet som motsätter sig ett direktivförslag.²⁵⁷ Ur ett rättighetsperspektiv är givetvis EU-rättens kopplingar till EKMR²⁵⁸ aktuella. Därtill, och kanske än mer aktuellt, är att den Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna blev rättsligt bindande i och med Lissabonfördragets ikraftträdande (se art 6.1 EUF).²⁵⁹ Det finns således jämte nödbromsarna en relativt bred arsenal av verktyg som, direkt eller indirekt kan användas för att försvara nationella intressen. Det finns också ett parlamentariskt inflytande i första hand genom EP:s medbeslutanderätt i det ordinarie lagstiftningsförfarandet. Därutöver har de nationella parlamenten ett visst inflytande på det straffrättsliga området. Exempelvis bör nämnas att de nationella parlamenten mot bakgrund subsidiaritetsprincipen ska kontrollera exempelvis sådana lagstiftningsakter som antas med grund i straffrättsarbetets regelverk (art 69 FEUF). Om ett förslag till straffrättsliga minimiregler inte godkänns av de nationella parlamenten, på grund av att de anses strida mot subsidiaritets- eller proportionalitetsprincipen, ska utkastet omprövas.²⁶⁰ Nödbromsarna är således inte de enda motpolerna i den överstatligt präglade beslutsstrukturen vilket, vilket måhända förstärker genomslagskraften för nödbromsarna också i den politiska kontexten.

²⁵⁷ Se ovan detta arbete, avsnitt 3.3

²⁵⁸ Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

²⁵⁹ Angående rättighetsstadgan, se t.ex. Gröning & Zetterquist (2010) s. 147, Asp (2011) s. 115

²⁶⁰ Se ovan detta arbete, avsnitt 1.4.1

KÄLLFÖRTECKNING

Lagstiftning och offentligt tryck

Fördrag

Konsoliderade versioner av fördraget om Europeiska unionen och fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, Europeiska unionens officiella tidning, 2010/C 83/01

Lissabonfördraget av den 13 december 2007 om ändring av fördraget om Europeiska unionen och fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen, Europeiska unionens officiella tidning, 2007/C 306/01

Konsoliderade versioner av fördraget om Europeiska unionen och fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen, Europeiska unionens officiella tidning, 2006/C 321 E/01

Nicefördraget om ändring av fördraget om Europeiska unionen, fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskaperna och vissa akter som hör samman med dem, Europeiska unionens officiella tidning, 2001/C 80/01

Svenska författningar

Lag (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen

Lag (2008:1095) om ändring i lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen

Regeringsformen (1974:152)

Rådets rambeslut

Rådets rambeslut 2009/829/RIF av den 23 oktober 2009 om tillämpning mellan Europeiska unionens medlemsstater av principen om ömsesidigt erkännande på beslut om övervakningsåtgärder som ett alternativ till tillfälligt frihetsberövande

Rådets rambeslut 2009/299/RIF av den 26 februari 2009 om ändring av rambesluten 2002/584/RIF, 2005/214/RIF, 2006/783/RIF, 2008/909/RIF och 2008/947/RIF och om stärkande av medborgarnas processuella rättigheter och främjande av tillämpningen av principen om ömsesidigt erkännande på ett avgörande när den berörda personen inte var personligen närvarande vid förhandlingen

Rådets rambeslut 2008/978/RIF av den 18 december 2008 om en europeisk bevisinhämtningsorder för att inhämta föremål, handlingar eller uppgifter som ska användas i straffrättsliga förfaranden

Rådets rambeslut 2008/919/RIF av den 28 november 2008 om ändring av rambeslut 2002/475/RIF om bekämpande av terrorism

Rådets rambeslut 2008/909/RIF av den 27 november 2008 om tillämpning av principen om ömsesidigt erkännande på brottmålsdomar avseende fängelse eller andra frihetsberövande åtgärder i syfte att verkställa dessa inom Europeiska unionen

Rådets rambeslut 2008/841/RIF av den 24 oktober 2008 om kampen mot organiserad brottslighet

Rådets rambeslut 2008/675/RIF av den 24 juli 2008 om beaktande av fällande domar avkunnade i Europeiska unionens medlemsstater vid ett nytt brottmålsförfarande i en medlemsstat

Rådets rambeslut 2006/783/RIF av den 6 oktober 2006 om tillämpning av principen om ömsesidigt erkännande på beslut om förverkande

Rådets rambeslut 2005/667/RIF av den 12 juli 2005 om förstärkning av det straffrättsliga regelverket för bekämpning av föroreningar orsakade av fartyg, ogiltigförklarat av EG-domstolen, se C-440/05 *Kommissionen mot rådet* (2007)

Rådets rambeslut 2005/214/RIF av den 24 februari 2005 om tillämpning av principen om ömsesidigt erkännande på bötesstraff

Rådets rambeslut 2005/212/RIF av den 24 februari 2005 om förverkande av vinning, hjälpmedel och egendom som härrör från brott

Rådets rambeslut 2004/757/RIF av den 25 oktober 2004 om minimibestämmelser för brottsrekvisit och påföljder för olaglig narkotikahandel

Rådets rambeslut 2004/68/RIF av den 22 december 2003 om bekämpande av sexuellt utnyttjande av barn och barnpornografi

Rådets rambeslut 2003/577/RIF av den 22 juli 2003 om verkställighet i Europeiska unionen av beslut om frysning av egendom eller bevismaterial

Rådets rambeslut 2003/568/RIF av den 22 juli 2003 om kampen mot korruption inom den privata sektorn

Rådets rambeslut 2003/80/RIF av den 27 januari 2003 om skydd för miljön genom straffrättsliga bestämmelser, ogiltigförklarat av EG-domstolen, se C-176/03 *Kommissionen mot rådet* [2005]

Rådets rambeslut 2002/629/RIF av den 19 juli 2002 om bekämpande av människohandel

Rådets rambeslut 2002/584/RIF av den 13 juni 2002 om en europeisk arresteringsorder och om överlämnande mellan medlemsstaterna

Rådet rambeslut 2002/475/RIF av den 13 juni 2002 om bekämpande av terrorism, ändrat genom rådets rambeslut 2008/919/RIF

Rådets rambeslut 2001/413/RIF av den 28 maj 2001 om bekämpning av bedrägeri och förfalskning som rör andra betalningsmedel än kontanter

Rådets rambeslut 2001/220/RIF av den 15 mars 2001 om brottsoffrets ställning i straffrättsliga förfaranden

Övriga EU-rättsakter, EU-tryck m.m.

Rådets beslut 2010/131/EU av den 25 februari 2010 om inrättande av ständiga kommittén för operativt samarbete i frågor som rör den inre säkerheten

Europaparlamentets resolution av den 25 november 2009 om kommissionens meddelande till Europaparlamentet och rådet om ett område med frihet, säkerhet och rättvisa i allmänhetens tjänst – Stockholmsprogrammet (2010/C 285 E/02)

Rådets beslut 2009/426/RIF av den 16 december 2008 om förstärkning av Eurojust och om ändring av beslut 2002/187/RIF om inrättande av Eurojust för att stärka kampen mot grov brottslighet

Europeiska rådet i Bryssel, 21-22 juni 2007, Ordförandeskapets slutsatser, nr. 11177/1/07

Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/60/EG av den 26 oktober 2005 om åtgärder för att förhindra att det finansiella systemet används för penningtvätt och finansiering av terrorism

Meddelande KOM/2005/0583 från kommissionen till Europaparlamentet och rådet om följderna av EG-domstolens dom av den 13 september 2005 (C-176/03 *Kommissionen mot rådet*)

Rådets direktiv 2004/80/EG av den 29 april 2004 om ersättning till brottsoffer

Rådets beslut 2002/187/RIF av den 28 februari 2002 om inrättande av Eurojust för att stärka kampen mot grov brottslighet, ändrats genom rådets beslut 2009/426/RIF

Svenska förarbeten

Utrikesutskottets betänkande 2008/09:UU8 Lissabonfördraget

Regeringens proposition 2007/08:168 Lissabonfördraget

Departementspromemoria DS/2007/48/d1 om Lissabonfördraget

Rättsfall från EU-domstolen m.m.

C-440/05 *Kommissionen mot rådet* [2007]

C-402/05 och C-415/05 *Yassin Abdullah Kadi och Al Barakaat International Foundation mot Europeiska unionens råd och Europeiska gemenskapernas kommission* [2005]

C-380-03 *Tyskland mot Europaparlamentet* [2006]

T-228/02 *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran mot rådet* [2006]

C-176/03 *Kommissionen mot rådet* [2005]

C-105/03 *Rättegång mot Maria Pupino* [2005]

C-354/04 och C-355/04 *Segi och Gestoras Pro Amnistía* [2004]

C-376-98 *Tyskland mot Europaparlamentet* [2000]

C-240/90 *Tyskland mot kommissionen* [1992]

C-68/88 *Kommissionen mot Grekland* [1989]

Litteratur

Asp, Petter, *EU & straffrätten. Studier rörande den europeiska integrationens betydelse för den svenska straffrätten*, Iustus förlag, Uppsala 2002

Asp, Petter, *Internationell straffrätt. Svensk straffrätt II*, 1 uppl., Iustus förlag, Uppsala 2011

Asp, Petter, Elholm, Thomas & Frände, Dan, *A Manifesto on European Criminal Policy*, Juridisk tidskrift 2009/2010 nr. 4, s. 974-992

Asp, Petter, Elholm, Thomas & Frände, Dan, *Manifest för en europeisk kriminalpolitik*, Juridisk tidskrift 2009/2010 nr. 4, s. 968-973

Baker, Estella & Harding, Christopher, *From past imperfect to future perfect? A longitudinal study of the Third Pillar*, European Law Review 34(2009)1, s. 25-54, Sweet & Maxwell, 2009

Bergström, Carl Fredrik, Hettne, Jörgen & Södersten, Anna, *Lissabonfördraget*, Sieps rapport 2008:11, Sieps 2008

Bergström, Carl Fredrik & Hettne, Jörgen, *LISABONFÖRDRAGET. En grundlag för EU?*, 1 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm 2010

Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, 3 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm 2007

Bernitz, Ulf, Heuman, Lars, Leijonhufvud, Madeleine, Seipel, Peter, Warnling-Nerep, Wiweka & Vogel, Hans-Heinrich, *Finna rätt. Juristens källmaterial och arbetsmetoder*. 11 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm 2010

Carrero, Sergio & Geyer, Florian, *The Reform Treaty & Justice and Home Affairs. Implications for the common Area of Freedom, Security & Justice*, Policy Brief nr. 141 augusti 2007, Centre for European Policy Studies 2007

Craig, Paul & De Búrca, Gráinne, *EU Law. Text, Cases and Materials*, 4 uppl., Oxford University Press, Oxford 2008

Geyer, Florian & Guild, Elspeth (red.), *Security versus Justice? Police and Judicial Cooperation in the European Union*, Ashgate Publishing Ltd, Hampshire, England 2008

Gröning, Linda & Zetterquist, Ola, *EU. Konstitution. Institution. Jurisdiktion*, 1 uppl., Liber AB, Malmö 2010

Gröning, Linda, *EU, staten och rätten att straffa. Problem och principer för EU:s straffrättsliga lagstiftning* (diss.), Santérus förlag, Stockholm 2008

Herlin-Karnell, Ester, *The Lisbon Treaty and the Area of Criminal Law and Justice*, European Policy Analysis 3:2008, Sieps 2008

Hettne, Jörgen & Otken Eriksson (red.), *EU-rättslig metod. Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2005

Ladenburger, Clemens, *Police and Criminal Law in the Treaty of Lisbon. A New Dimension for the Community Method*, European Constitutional Law Review 2008(4), s. 20-40, Cambridge University Press 2008

Mitsilegas, Valsamis, *The Constitutional Implications of Mutual Recognition and Criminal Law in the European Union*, Common Market Law Review 43: 1277-1311, Kluwer Law International 2006

Mitsilegas, Valsamis, *The third wave of the third pillar; which direction for EU criminal justice?*, European Law Review 34(2009)4, s. 523-560, Sweet & Maxwell 2009

Peers, Steve, *EU Criminal Law and the Treaty of Lisbon*, European Law Review 33(2008)4, s. 507-529, Sweet & Maxwell 2008

Peers, Steve, *The European Community's criminal law competence: The plot thickens*, European Law Review 33(2008)3, s. 399-41 (anges i fotnot som "Peers (2008:2) ..."]

Peers, Steve, *EU Justice and Home Affairs Law*, 2 uppl., Oxford EC Law Library, Oxford University Press 2006

Persson, Gunnar, *Gamla och nya lagstiftare – om EU och straffrätt*, Sieps rapport 2005:2, Sieps 2005

Persson, Gunnar, *Gränslös straffrätt*, Sieps rapport 2007:4, Sieps 2007

Strömholm, Stig, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning. En lärobok i allmän rättslära*, 5 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm 1996

Suominen, Annika & Frände, Dan, *Får Lissabonfördraget slut på gormandet?*, Europarättslig Tidskrift 2009, s. 657-672, 2009

Internet

Europeiska unionens officiella webbplats (www.europa.eu):

- ✓ http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/lisbon_treaty/ai0008_sv.htm [2010-12-12]
- ✓ http://europa.eu/lisbon_treaty/glance/index_sv.htm [2011-01-02]
- ✓ http://europa.eu/lisbon_treaty/glance/democracy/index_sv.htm [2011-02-21]
- ✓ http://europa.eu/lisbon_treaty/glance/institutions/index_sv.htm [2011-01-03]

EU-upplysningen vid Sveriges riksdag (www.eu-upplysningen.se):

- ✓ <http://www.eu-upplysningen.se/Amnesomraden/Straffratt-och-brottsbekampning/> [2010-11-20]

- ✓ <http://www.eu-upplysningen.se/Lagar-och-regler/Om-EUs-fordrag/Lissabonfordraget-andrar-EU-fordraget-och-EUF-fordraget/Sverige-och-Lissabonfordraget/> [2010-12-13]