



GÖTEBORGS UNIVERSITET
HANDELSHÖGSKOLAN

*En legitimitetsanalys av direktivförslaget gällande
den europeiska utredningsordern*

En spänning mellan processuellt och substantiellt antagen lag

Av Cynthia Gondi

Juridiska Institutionen

Programmet för juris kandidatexamen

Tillämpade studier, 30 högskolepoäng,

Handledare: Ola Zetterquist

HT 2011

INNEHÅLL

SAMMANFATTNING	4
1 INLEDNING	5
1.2 BAKGRUND, SYFTE OCH PROBLEMFÖRMULERING	5
1.3. AVGRÄNSNING	7
1.3.1 Den Europeiska utredningsordern.....	7
1.3.2. Uppsatsens legitimitetsperspektiv	7
1.4 DEN METODOLOGISKA LEGITIMITETSMODELLEN	10
2 RÄTTSFILOSOFISK REFERENS RAM	11
2.1 FORMELL LEGITIMITET – RÄTTENS FORM	11
2.2 MATERIELL LEGITIMITET – RÄTTENS INNEHÅLL	13
2.2.1. Teorin om folksuveränitet.....	14
2.2.2 Teorin om konstitutionalism	16
3 EU-RÄTT	19
3.1 EU-RÄTTENS UTVECKLING.....	19
3.1.1. Kort historik.....	19
3.2 EU-STRAFFRÄTTENS UTVECKLING	20
3.2.1 Maastrichtfördragets bidrag till EU-straffrättens utveckling	20
3.2.2. Amsterdamfördragets bidrag till EU- straffrättens utveckling.....	21
3.2.3. Tammerforsprogrammet – Politiska riktlinjer för området frihet, säkerhet och rättvisa	23
3.2.4. En konstitution för Europa och Lissabonfördraget.....	23
3.3 EU:S KONSTITUTIONALISERINGSPROCESS OCH GRUNDPRINCIPER	24
4 SVERIGE OCH EU	29
4.1. EU- RÄTTENS VALIDERINGSGRUND I SVERIGE	29
5 STRAFF- OCH PROCESSRÄTTENS STÄLLNING UNDER LISSABONFÖRDRAGET	33
5.1 LISSABONFÖRDRAGETS BETYDELSE AV ÄNDRINGSFÖRDRAG.....	33
5.2 LISSABONFÖRDRAGETS VERKNINGAR PÅ STRAFFRÄTTEN	34
5.2.1 Tre - pelarstrukturen upphör.....	35
5.2.2. Det ordinarie lagstiftningsförfarandet	35
5.2.3. Nödbromsen och det fördjupade samarbetet.....	35
5.2.4. Europeiska unionens domstols utökade jurisdiktion	36
6 PRINCIPEN OM ÖMSESIDIGT ERKÄNNANDE AV DOMAR OCH RÄTTSLIGA AVGÖRANDEN	37
6.1 BAKGRUND TILL PRINCIPEN OM ÖMSESIDIGT ERKÄNNANDE	37
6.2 PRINCIPEN OM ÖMSESIDIGT ERKÄNNANDE OCH OMRÅDET FÖR FRIHET, SÄKERHET OCH RÄTTVISA	38
6.3 PRINCIPEN OM ÖMSESIDIGT ERKÄNNANDE AV DOMAR OCH RÄTTSLIGA AVGÖRANDENS VERKAN PÅ EU-STRAFFRÄTTEN	39
6.4 PRAKTISK TILLÄMPNING AV PRINCIPEN OM ÖMSESIDIGT ERKÄNNANDE AV DOMAR OCH RÄTTSLIGA AVGÖRANDEN	42
6.4.1 Den europeiska utredningsordern	42
6.4.2 Nuvarande bevisinhämtningssystem	43
6.4.3. Den europeiska utredningsordens innehåll	44
7 ANALYS	46
7.1. FORMELL LEGITIMITET OCH DEN EUROPEISKA UTREDNINGSORDERN	46
7.2. MATERIELL LEGITIMITET	47
7.2.1. Folksuveränitet som materiell legitimitetsgrund och den europeiska utredningsorden.....	47

7.2.2. Den konstitutionalistiska teorin tillämpad på utredningsordern baserad och principen om ömsesidigt erkännande av domar och rättsliga avgöranden.....	51
8 SLUTSATS.....	54
KÄLLFÖRTECKNING.....	57
LITTERATUR.....	57
OFFENTLIGA TRYCK	60
EU-RÄTT	60
<i>EU-domstolen</i>	61
INTERNET	61

Sammanfattning

Ända sedan enhetsakten ingicks och möjliggjorde den inre marknaden med dess fyra friheter, fri rörlighet av arbetstagare, kapital, varor och tjänster, har den fria rörligheten utgjort en grundbult för EU:s samarbetsområden. EU har därför genom åren strävat efter att möjliggöra och undanröja potentiella hinder för den inre marknads förverkligande. Målsättningen med att förverkliga den fria rörligheten har därför successivt infiltrerats i de rättsområden, där potentiella hinder kunnat skådas. I strävan efter att förverkliga den fria rörligheten fullt ut har EU utfärdat ett förslag på straffprocessrättsligt instrument, *den europeiska utredningsordern*. I dagsläget råder 28 olika straff- och straffrättsystem inom unionen, vilket den organiserade och gränsöverskridande brottsligheten utnyttjat till sin fördel. Genom den föreslagna utredningsordern kommer medlemsstaterna att utrustas med en gränsöverskridande straffprocessrättslig jurisdiktion. Detta hoppas kunna leda till att de brottsutredande myndigheterna i medlemsstaterna på ett mer effektivt sätt kommer kunna följa de kriminella verksamheterna över landsgränserna och därigenom täppa till de rättsliga kryphål som oundvikligt uppstått genom den fria rörligheten inom EU.

Utredningsordern som ett brottsbekämpande instrument kommer bygga på principen om ömsesidigt erkännande av domar och rättsliga avgöranden. Uppsatsens slutsatser kommer att visa på att principens verkan på straff- och straffprocessrättens område onekligen kommer att resultera i konfliktartade situationer. Där den främsta anledningen till uppkomsten av konflikter är att straff- och straffprocessrätten traditionellt sett varit nära kopplad till idén om nationalstaten, där rättsområdet ansetts utgöra en exklusiv nationell kompetens. Principen om ömsesidigt erkännande kommer att luckra upp det starka band som enligt tradition funnits mellan lagstiftning av straff- och straffprocessrätt och stat. EU:s nyfunna normgivningsmakt på straffrättens område, genom Lissabonfördraget, gör således att frågan om dess demokratiska förankring aktualiseras. Vilket följaktligen gör att det uppstår en legitimitetsproblematik för den europeiska utredningsorderns utfärdande och tillämplighet på medlemsstaternas territorium.

Uppsatsen kommer att redogöra för argument som stödjer ett rättssystem vars fokus vilar på rättens substantiella innehåll eller annorlunda uttryckt på konstitutionalismens legitimitetsteorier. Enligt konstitutionalismen saknas som huvudregel en stark koppling mellan straffrätt och stat, varför teorin på ett övergripande plan bäst lämpar sig som legitimerande grund för EU-rätten och dess rättsliga instrument som den europeiska utredningsordern.

1 Inledning

Uppsatsens första avsnitt syftar till att allmänt ge en introduktion till ämnet genom att förse läsaren med bakgrund, syfte och problemformulering. Vidare redovisas de avgränsningar som varit nödvändiga för uppsatsens förverkligande. Slutligen görs en redogörelse av den metod som kommer att genomsyra uppsatsens upplägg och innehåll.

1. 2 Bakgrund, syfte och problemformulering

EU kännetecknas idag som ett internationellt ekonomiskt och politiskt partnerskap mellan 28 europeiska stater.¹ En mer juridisk förklaringsmodell beskriver dock EU som ett samarbete bestående av både mellanstatliga som överstatliga komponenter, vilka gör EU till en alldeles säregen internationell organisation, vars institutionella uppbyggnad således skiljer sig från såväl staters som andra internationella organisationers institutionella system. EU är för visso fortfarande en internationell organisation som härleder sin befogenhet från grund- och ändringsfördragen, men EU innehar även statsliknande befogenheter.² Dessa befogenheter kommer främst till uttryck genom EU:s självständiga lagstiftnings- och verkställighetsorgan, vilka således anses inneha så pass långtgående befogenheter att EU:s institutionella system betraktas idag som en självständig rättsordning.³

Den senaste i raden av kompetenser som överförts till EU från medlemsstaterna är området för straff- och straffprocessrätt. Rättsgrunden för rättsområdets förflyttning från mellanstatligt till ett mer överstatligt samarbete vilar på ändringsfördraget Lissabon (Lissabonfördraget). Genom ändringsfördraget har EU fått en straffrättslig kompetens, vilket visar på en ytterligare statsliknande funktion som EU numera besitter.

Straff- och straffprocessrätten är till sin karaktär ett rättsområde som ger maktutövande institutioner befogenheter till att göra repressiva och ingripanden åtgärder i individers personliga sfär, vilket traditionellt endast ansetts falla in under en stats befogenheter.⁴ Genom Lissabonfördraget har således straffrätten och tillika straffprocessrätten, fått en klarare överstatliga karaktärisering än innan, varför Lissabonfördraget i någon mån kan sägas ha förstärkt de överstatliga tendenserna för straff- och straffprocessrättens vidkommande på EU-

¹ http://europa.eu/about-eu/basic-information/index_sv.htm

² Gröning och Zetterquist s 61 ff. & 81.

³ N. McCormick, Constructing Legal systems, s. 7.

⁴ Asp Petter, s. 26 (*Mutual recognition and the development of criminal law cooperation within the EU*, Harmonization of Criminal Law in Europe, Erling Johannes Husabø, Asbjørn Strandbakken, Intersentia, Oxford 2005.) & Gröning s 19.

nivå. Detta innebär lite förenklat att EU:s institutioner numera har befogenheter att såväl stifta lagar som att utöva rättslig kontroll på området för EU-straffrätten.⁵

Den nya straffrättsliga kompetensen på EU-nivå förklaras av den allt ökade globaliseringen. På EU-nivå manifesteras globaliseringstendenserna främst genom att medlemsstaternas medborgare i allt större utsträckning använder sig av den fria rörligheten för personer, varor, tjänster och kapital. Vad beträffar straff- och straffprocessrätten har den nya omsättningen av människor över gränserna gjort det allt svårare att kartlägga, förhindra och beivra gränsöverskridande brottslighet. Varför man på EU-nivå ansett att en EU-straffrättslig maktutövning varit befogad i strävan mot att råda bot på den gränsöverskridande problematiken. Mot bakgrund av de negativa konsekvenserna med den fria rörligheten planeras för närvarande ett direktiv om ett rättsligt instrument kallat, den europeiska utredningsordern. Syftet med den europeiska utredningsordern är såväl att ersätta rådande EU-straffprocessrättsliga instrument för bevisinhämtning gällande gränsöverskridande brottslighet, som att utrusta myndigheterna med effektiva instrument för att i tid kunna upptäcka och därmed förhindra kriminella aktiviteter över medlemsstaternas gränser inom unionen.

Diskussionen om den europeiska utredningsordern innehåll och verkan har pågått i ett antal år och för närvarande har medlemsstaterna svårt att komma överens om hur den kommande utredningsordern skall utformas för att på bästa sätt uppfylla syftet med ett fritt, säkert och rättvist EU. Direktivförslaget har ansetts särskilt känsligt, eftersom förslaget dels innefattar en del av straffrätten vilken traditionellt varit starkt förknippad med statens nationella rättssystem, dels på grund av att förslaget grundas på principen om ömsesidigt erkännande, som anses utgöra en särskilt kontroversiell princip på straff- och straffprocessområdet. Principens tillämpning kan till exempel resultera i att svenska myndigheter måste verkställa bevisinhämtningsåtgärder efterfrågade av andra medlemsstater, trots det faktum att brottet saknar motstycke i svensk strafflagstiftning.

Många straffprocessrättsliga normer med gränsöverskridande karaktär kommer således att i allt större omfattning fattas på EU-nivå istället för på nationell-nivå. Detta ses som problematisk eftersom straff- och straffprocessrätten enligt tradition endast stiftats på nationell nivå, där befogenheten och legitimiteten till utövandet varit nära förknippat med folksuveränitetsprincipen. Med andra ord har endast parlamentariskt antagen lag enligt tradition ansetts legitim på straff- och straffprocessrättens område. Vad avser principen om ömsesidigt erkännande

⁵ Med EU-straffrätt menas den straff- och straffprocessrättsliga kompetens som efter Lissabonfördraget överförts till EU.

av domar och rättsliga avgöranden så utgör tillämpningen av principen på straff- och straffprocessrättens område ett kontroversiellt inslag, eftersom medlemsländerna numera tvingas erkänna och verkställa andra medlemsstaters rättsliga domar och beslut gällande bevisinhämtningsprocedurer. Frågan som således gör sig gällande i detta sammanhang är;

På vilka grunder kan principen om ömsesidigt erkännande av domar och rättsliga avgöranden genom den europeiska utredningsordern på straff- och straffprocessens område legitimeras?

Med andra ord på vilka grunder har EU och andra medlemsstater rätt att ålägga svenska myndigheter till att verkställa bestämmelser vilka antingen saknas eller strider mot svensk lag. Det övergripande syftet med denna uppsats kommer således vara att försöka visa på legitimitetsgrunder för den europeiska utredningsordern och principen om ömsesidigt erkännande av domar och rättsliga avgöranden. En legitimitetsgrund som motiverar ett antagande av den europeiska utredningsordern gör att man på ett nationellt plan kan grunda skäl för ett accepterande av bestämmelser trots dess avsaknad av parlamentariskt stöd.

1.3. Avgränsning

1.3.1 Den Europeiska utredningsordern

Utgångspunkten för uppsatsens avgränsning utgörs av den europeiska utredningsordern och den princip som instrumentet bygger på, principen om ömsesidigt erkännande av domar och rättslig avgörande. Det skall dock framhåvas att utredningsorderns materiella innehåll endast kommer att behandlas översiktligt, då fokus för uppsatsen har lagts på principen om ömsesidigt erkännande av domar och rättslig avgöranden.

Eftersom uppsatsen syftar till att hitta en legitimitetsgrund som kan validera såväl ett antagande som utövande av den europeiska utredningsordern och principen om ömsesidigt erkännande, blir de mer rättsfilosofiska aspekterna av utredningsordern en naturlig avgränsning. Det skall vidare påpekas att materiell straff- och straffprocessrätt inte kommer att behandlas i uppsatsen, utan som utgångspunkt kommer uppsatsen fokusera på de konstitutionella aspekterna av den europeiska utredningsordern. Med andra ord kommer uppsatsen att utgå från ett lagstiftarperspektiv såväl sett från ett EU-perspektiv som ett nationellt perspektiv.

1.3.2. Uppsatsens legitimitetsperspektiv

Begreppet legitimitet kommer från det latinska ordet *lex legitimus* där innebörden grovt kan översättas till *egenskap av laglighet*. Detta ger dock ingen klar bild över

vad begreppet legitimitet behandlar, utan som bäst en indikation på begreppets omfattning, att en norm eller rättssystem som anses inneha legitimitet är på något sätt befogad. I följande uppsats kommer det inte föras någon diskussion över hur legitimitetsbegreppet skall formuleras, utan uppsatsen kommer istället att utgå från ett på förhand bestämt legitimitetsbegrepp. Med legitimitet menas i rådande uppsats, *på vilka grunder kan ett rättssystem accepteras*. Mera precis *hur kan principen om ömsesidigt erkännande av domar och rättsliga avgöranden genom den europeiska utredningsordern på straff- och straffprocessens område accepteras?* Vidare kommer legitimitetsbegreppet bygga på premissen om att legitimitet är en gradfråga, där den europeiska utredningsordern antingen kan ses som mindre eller mer legitim. Premissen kommer således förutsätta att en helhetsbedömning skall göras av såväl den formella som materiella legitimitetsgrunden för den europeiska utredningsorderns acceptans.

Vad avser renodlade legitimitetsperspektiv kan i litteraturen på området urskiljas två olika legitimitetsteorier, en normativ och en empirisk (rättssociologisk). Den normativa legitimitetsteorin förklaras som en teori vilken utgår från teoretiskt eller filosofiskt betingade föreställningar om vad som utgör legitimitet. Dessa teoretiska eller filosofiska uppfattningar uppställer oftast vissa kriterier som används som undersökningsparametrar mot vilken rätten därefter kan analyseras mot. Den empiriska legitimitetsteorin fokuserar istället mer på hur legitimitet kan uppstå via empiriska undersökningar, än att i på förhand fastslå vissa generella kriterier som sedan testas mot rätten. Lite förenklat kan den normativa teorin förklaras vara den som utgår från i förhand bestämda kriterier på vad som utgör legitimitet medan den empiriska teorin använder legitimitet som en fråga där innehållet först efter en undersökning skapas.⁶

I uppsatsen kommer den normativa legitimitetsteorin att användas eftersom, precis som i den normativa teorin, utgörs analysobjektet i uppsatsen av en redan existerande rätt (EU-rätten) med ett redan befintligt rättsligt instrument, den europeiska utredningsordern. I enlighet med den normativa legitimitetsteorin kommer uppsatsens legitimitetsmodell delas upp i två huvudkategorier bestående av formell- och materiell legitimitet.

Den första kategorin, formell legitimitet, kommer att utgå från Hans Kelsens teori om ett rättssystems rättfärdigande medan den andra kategorin, materiell legitimitet, kommer att delas in i två underkategorier bestående av teorierna om folksuveränitet och konstitutionalism. Motiveringen till valet av Kelsens teori för den formella legitimiteten baseras på att Kelsen utgör en utav de främsta förespråkarna för just formell legitimitet. Vad avser förklaringen till valet av de materiella legitimitetsteorierna, så baseras den svenska statsmakten och de flesta andra medlemsstaternas statsmakter, på principen om folksuveränitet. Emedan

⁶ Gröning s LIX.

EU tillämpar ett konstitutionalism då teorin bättre öppnar för tanken på en legitim rättsordning frikopplad från staten. I följande fall skall en undersökning göras av ett EU-rättsligt instruments legitimitet, såväl mot EU som mot den svenska rättsordningen, varför båda perspektiven är väsentliga att behandla i uppsatsen för att få en rättvisande helhetsbild av den materiella legitimiteten. Uppsatsens utgångspunkt i två perspektiv, nationellt och internationellt, gör att det sker en ytterligare avgränsning av uppsatsen, det vill säga ett bestämt demokratibegrepp kommer att tillämpas. Ett demokratibegrepp för EU:s vidkommande och ett utifrån medlemsstaternas perspektiv. Avgränsningen är nödvändig att göra eftersom det finns en rad olika demokratimodeller och teorier som kan tänkas applicerbara på EU och dess medlemsstater. Varför ett klagande redan i avgränsningsavsnittet är ett sätt för läsaren att redan från början bli upplyst om uppsatsens utgångspunkt vad avser demokratibegreppets innebörd på såväl EU- som medlemsstatsnivå.

EU:s demokratibegrepp har för första gången på ett tydligt sätt kodifierats genom Lissabonfördraget, i artikel 2 FEU där stadgas det att EU:s grundläggande värderingar och principer, utgörs av bland annat såväl demokrati som rättsstatlighet. Vidare klargörs i artikel 10 FEU att EU är en representativ demokrati där medlemsstaternas medborgare företräds direkt via Europaparlamentet och indirekt via ministerrådet. Trots stadgandet om att EU är en demokrati så skiljer sig definitionen mot vad som traditionellt har uppfattats som representativ demokrati. EU:s demokratibegrepp grundar sig inte huvudsakligen på principen om folksuveränitet eftersom de mest inflytelserika institutionerna, ministerrådet och kommissionen, väljs indirekt av medlemsstaternas medborgare. Mera konkret innebär detta att medlemsstaternas demokratiska definitioner är svårare att tillämpa på EU:s institutionella verksamhet, eftersom dessa förutsätter mer direkt medborgerligt inflytande i beslutsprocesser.⁷

EU:s demokratibegrepp karaktäriseras främst av ett betonde av enskildas fria och rättigheter, transparens och möjlighet till insyn i EU:s politiska och juridiska beslutsprocesser. EU:s demokratibegrepp utgörs således av vissa värderingar, där tonvikten ligger på demokratibegreppets substantiella innehåll snarare än dess processuella tillkomst. EU får därmed sin validering eller legitimitet genom förverkligandet av de stipulerade värdena, medan det i medlemsstaterna traditionellt ansetts att processen, som fria och öppna val samt parlamentariskt förankrad lagstiftning och ansvarsutkrävande, varit de främsta komponenterna som gjort demokratisystemet legitimt.⁸

⁷ SvJT 2011 s 415 f. Anna Jonsson, EU:s lagstiftningsprocess och subsidiaritetsprövning: Nya möjligheter för nationellt inflytande

⁸ A a s 415 – 417.

1.4 Den metodologiska legitimitetsmodellen

För att besvara uppsatsen frågeställning, på vilka grunder den europeiska utredningsordern kan anses inneha legitimitet, kommer Karlo Tuoris rättsvetenskapliga modell om rättens nivåindelning att tillämpas.

Enligt modellen består rätten av tre nivåer, ytnivå, rättskulturnivå och djupstrukturnivån. Den första nivån, ytnivån, karaktäriseras framförallt av enskilda lagar och domstolsbeslut. Här utövas den klassiska rättsdogmatikens metod över vad som utgör så kallad *gällande rätt*. I en stat kan således ytnivå uppfattas som en plattform för såväl lagstiftare, domare som rättsforskare, vars gemensamma nämnare utgörs av det faktum att all data som produceras på rättens ytnivå är temporär. En lag kan till exempel komma att tolkas på olika sätt, en forskares uppfattning kan komma att förändras m.m. Vidare bör påpekas att rättens ytnivå till sin karaktär näst intill alltid råder på ett nationellt plan, eller annorlunda uttryckt rättens ytnivå är begränsad till statens gränser.⁹

Rättskulturnivån karaktäriseras av juridikens allmänna läror, vilka innehåller såväl allmänna rättsbegrepp som principer inom olika rättsområden. Ett exempel på en princip som verkar på rättskulturnivån är principen *pacta sunt servanda* på civilrättens och den internationella rättens område. Med utgångspunkt i ovan redovisade definition begränsas således inte rättens rättskulturnivå till enbart statens gränser. Enligt Tuori kan rättskulturnivån mycket väl hämta inflytande från exempelvis den anglosaxiska, tyska och franska rättens rättskulturer.¹⁰

Rättens djupstrukturnivå kännetecknas av en rättsnivå bestående av permanenta komponenter, vilka utgör rättsvetenskapens tidlöshet. Det är på den här nivån som man finner rättsfilosofin. Inom rättsfilosofin ämnar man undersöka och definiera rättens grundläggande struktur och normativa principer, mot vilken all rätt sedan kan jämföras för att finna den fundamentala rättsstrukturen i en viss lag eller i ett visst rättssystem. Djupstrukturnivån ställer således upp vissa grundnormer och principer om rättens fundamentala kärna och det är dessa som således blir avgörande kriterier för att kunna bedöma huruvida en rätt eller bestämmelse för den delen kan anses vara legitim. Uppfyller en lag inte djupstrukturens principer är den att anses som illegitim och vice versa.

Eftersom uppsatsen syfte baseras på en legitimitetsanalys av den europeiska utredningsordern kräver syftet en metod som kan uppfylla detsamma. Varför uppsatsens frågeställning kommer att besvaras utifrån en kombination av alla tre rättsnivåerna. Dock skall framhåvas att huvudargumenten för uppsatsens legitimitetsanalys kommer att hämtas från rättens djupstrukturnivå. Detta eftersom syftet med uppsatsen inte är att beskriva den europeiska

⁹ Tuori Karlo, Retfaerd nr. 77, 20. Årang 1997, s. 5 f.

¹⁰ A a s. 5 f.

utredningsorderns *gällande rätt* utan att motivera dess *acceptans* eller *legitimitet*, vilket kräver en metod som kan gå djupare ner i strukturen. För att på ett tillfredsställande sätt kunna besvara frågan gällande vilken legitimitetsgrund som kan motivera utredningsordern, krävs således en djupdykning ner till djupstrukturnivån.

Med andra ord kommer först utredningsorderns gällande rätt att utredas enligt den klassiska rättsdogmatiska metoden, för att sedan fortsätta till valda rättsfilosofiska teorier vilka på djupstrukturnivå kan förse en legitimitetsmodell. Djupstrukturen kommer således att förse uppsatsen med legitimitetskriterier vilka i analysen kommer att användas för att utröna huruvida den europeiska utredningsorden kan legitimeras eller inte.

2 Rättsfilosofisk referensram

Avsnittet behandlar teorier för formell och materiell legitimitet. Den formella legitimiteten kommer att grunda sig på Kelsens teori om offentlig maktutövning medan den materiella legitimitetens grunder kommer att inhämtas via teorierna om folksuveränitet och konstitutionalism. Avsikten är att lägga basen för en legitimitetsanalys av den europeiska utredningsordern och principen om ömsesidigt erkännande av domar och rättslig avgöranden på EU-straffrättens område.

2.1 Formell legitimitet – rättens form

Med formell legitimitet åsyftas i denna uppsats rättens formella grunder. En rättslig norm är endast legitim om den kan härledas från ett i förväg godkänt rättsligt system, oavsett dess materiella innebörd.¹¹

Den formella legitimiteten kommer i uppsatsen att definieras utifrån Hans Kelsens teori om den rena rättsläran. Utgångspunkten för den rena rättsläran syftar till att försöka besvara frågan vad *gällande rätt* är. Detta innebär att Kelsens teori bygger på en strikt rättsvetenskap vilken således är fri från externa influenser, som till exempel moraliska värden.¹² Detta innebär vidare att den rena rättsläran därmed också måste skiljas från rättspolitiken vars syfte bland annat är att besvara frågor om hur rätten bör vara och verka i ett rättssystem. Den rena rättsläran utgör därmed ett verktyg för att undersöka rättsnormers formella giltighet i ett rättssystem. Inom denna formella referensram utesluts rättens

¹¹ Gröning, s. LX

¹² Den andre Kelsen, Robert Gustafsson, Retfaerd nr 71, 18. Årgang 1995, s 4. & Zetterquist, suveränt fördrag eller postsuverän konstitution, s 124.

materiella innehåll, då detta saknar relevans för rättens giltighet på formella grunder.¹³

Kelsens uppfattning om hur ett rättssystem rent formellt kan ha legitimitet vilar på en strikt hierarkisk och logisk kategorisering av rättsregler inom ett slutet rättssystem, där lägre rättsnormernas giltighet prövas mot normer av högre dignitet.¹⁴ I toppen av regelhierarkin står konstitutionen, som anses enligt Kelsen vara den högsta rättsliga normen i ett rättssystem, detta eftersom konstitutionen inte kan ogiltigförklaras av vare sig individer, institutioner eller andra normer. Konstitutionen är på detta sätt en så kallad "superlag" mot vilken övriga rättsnormer kan prövas för att inhämta formell legitimitet.¹⁵ Således utgör konstitutionen den yttersta graden av formell legitimitet, eftersom den ger rättslig giltighet åt alla andra normer som skapas enligt konstitutionens bestämmelser.

Kelsens teori om den rena rättslära utgörs således av ett system bestående av rättsnormer, där det inte är möjligt att ge legitimitet åt en rättsregel utan att rådgöra en rättsregel av högre dignitet i systemet. Vad detta resulterar i är en slags koherens av rättsregler och därmed ett enhetligt rättssystem utan externa influenser.¹⁶

Vad avser giltigheten av konstitutionen själv, har Kelsen löst dilemmat genom att hänvisa till en hypotetisk "grundnorm" från vilken konstitutionen hämtar sin legitimitet. Kelsen menar att författningen härleder sin legitimitet från en fiktiv grundnorm, vars huvudsakliga syfte är att ge giltighet åt konstitutionen. Grundnormen stipulerar därför följande "*man ska bete sig så som författningen föreskriver*"¹⁷ vilket således är ett cirkelresonemang, konstitutionen är giltig eftersom grundnormen anger att den är giltig. Enligt Kelsen är grundnormens viktigaste funktion att skapa en bas för rättens koherens, vilket förutsätter att grundnormen inte vilar på externa valideringsgrunder, eftersom detta skulle innebära att den rena rättsläran smutsas ner och övergår till andra vetenskaper.¹⁸

Vikten av att hålla rättsläran "ren" utan externa influenser framhävdes starkt av Kelsen när han kritiserade andra rättspositivisternas idéer om statens självbildning. Rättspositivismens idé byggde på tanken om att staten existerar före rätten, varför rättspositivisterna ansåg rätten vara ett verktyg för att förverkliga statens vilja. Kelsen ansåg att rättspositivismens syn på rätten resulterade i en så kallad frikoppling mellan en stat och en rätts formella giltighet. Frikopplingen innebar implikationer för rättssystemets formella legitimitet, eftersom rätten enligt

¹³ Gustafsson, s 4.

¹⁴ A st.

¹⁵ Zetterquist, suveränt fördrag eller postsuverän konstitution s 116 f.

¹⁶ SvJT 2005: s 260 Peznick

¹⁷ Kelsen & Peznick, s. 260.

¹⁸ Gustafsson, s. 4.

rättspositivismens synsätt ansågs vara beroende av folkets vilja och därmed också oavhängig externa valideringsgrunder utanför rättssystemets strikta gräns.¹⁹

Enligt Kelsens rena rättslära utgör staten således varken en nödvändig eller tillräcklig förutsättning för ett rättssystemets förverkligande. Dock så utgör *en* rättsordning, ett både nödvändigt och tillräckligt villkor för en stats förverkligande, eftersom det enligt Kelsen måste vara så att "*varje statsakt måste vara en rättsakt*²⁰". Med andra ord var Kelsen en stor förespråkare av rättsstatsideologin.²¹

Bland den kritik som brukar ritats mot den så kallade Kelsenianska legitimitetsteorin är att teorin inte är applicerbar då en kollision av två normer härledda från olika konstitutioner görs gällande. Detta kan liknas med att EU utfärdar en bestämmelse på ett rättsområde där det redan finns givna bestämmelser i medlemsstaternas nationella rättsordningar. Frågan som uppkommer är vilken bestämmelse som skall anses ha företräde. Kelsen löste problemet med kolliderande rättsnormer bland annat genom att härleda giltigheten från folkrätten, däribland EU-rätten kan räknas in. Detta är i grunden en osannolik företeelse, eftersom normalfallet varit det omvända, folkrätten har enligt tradition snarare hämtat sin legitimitet från staternas konstitutioner. Den rena rättsläran gör således folkrätten till den super regel vilken är tänkt att ge staternas rättssystem formell legitimitet.²² Det skall dock påpekas att EU-rätten inte gör något anspråk på att ersätta den svenska grundlagen, vilket skulle vara fallet om Sverige skulle tillämpa Kelsens legitimitetsteori. Tanken stämmer vidare väl överens med den praktiska verkligheten, där ingen nationell domstol någonsin hävdar att den nationella konstitutionen hämtar sin legitimitet från folkrätten.

2.2 Materiell legitimitet – rättens innehåll

Med materiell legitimitet åsyftas rättens innehåll, dess värden och syften. För att en rättslig norm skall inneha materiell legitimitet räcker det således inte med att normen tillkommit på ett angivet sätt, utan bestämmelsens innehåll måste även uppfylla vissa normativa standarder. I uppsatsen kommer dessa normativa standarder utgöras av teorierna om folksuveränitet och konstitutionalism.²³

I de nästföljande avsnitten kommer en redogörelse göras av såväl folksuveräniteten som konstitutionalismens teoretiska uppfattningar om vad som

¹⁹ Gustafsson, s. 6.

²⁰ Kelsen, s. 54.

²¹ Gustafsson, s. 6.

²² Zetterquist, suveränt fördrag eller postsuverän konstitution, s 118 ff.

²³ Gröning s. XXVII & s LIX-LX

konstituerar materiell legitimitet eller annorlunda uttryckt vad som utgör en offentlig maktutövnings legitimitet.

2.2.1. Teorin om folksuveränitet

Statsmakten i Sverige vilar på principen om att all offentlig makt skall kunna härleds från folket, vilket lite förenklat innebär att Sverige tillämpar folksuveränitetsprincipen som huvudsaklig legitimitetsgrund för offentlig maktutövning.²⁴ Innan en djupare förklaring ges till teorin om folksuveränitet skall suveränitetsbegreppet frikopplat från dess betydelse för folksuveräniteten studeras lite närmare.

2.2.1.1. Suveränitetsbegreppet

Enligt folkrätten krävs fyra kriterier för att ett avgränsat geografiskt område skall betraktas som en stat. En permanent befolkning, ett definierat territorium, en regering och en kapacitet att förhålla sig till andra stater. Uppfylls ovanstående kriterier så föreligger en stat enligt folkrättens definition. Suveränitetsbegreppet sett ett ur ett internationellt-rättsligt sammanhang tolkas således som ett uttryck för en stats självständiga makt gentemot andra stater. Där det råder ett slags territoriellt förknippat maktbegrepp vari staten har en exklusiv kompetens att bestämma inom detta territorium. Statens suveränitetsmakt innebär de facto en enhetstanke, där till exempel endast ett rättsligt system eller ett politiskt system kan vara suveränt på ett visst territorium.²⁵

Suveränitetsbegreppet kan kategoriseras å ena sidan mellan en politisk och rättslig definition och å andra sidan mellan en extern och intern definition.²⁶ Med politisk suveränitet menas att självständigheten är förknippad till ett geografiskt begränsat territorium. Den politiska suveräniteten utövas således inom ramen för en fysisk kontroll inom territoriet, vilket innebär att inget annat territorium ges samma grad av makt och kontroll. Med rättsligt betingad suveränitet menas att kontroll och makt snarare erkänns via ett rättsligt ramverk, än fysisk kontroll.²⁷ I sammanhanget kan nämnas att den numera rådande uppfattningen om vad som konstituerar en stat är nära knuten till att all maktutövning sker via rättsliga instrument, såsom rättssystem av bestämmelser och institutioner, en så kallad

²⁴ Karnov Lagkommentar & "All offentlig makt i Sverige utgår från folket. Den svenska folkstyrelsen bygger på fri åsiktsbildning och på allmän och lika rösträtt. Den förverkligas genom ett representativt och parlamentariskt statskick och genom kommunal självstyrelse." Regeringsformen 1:1.

²⁵ Gröning s 76 f.

²⁶ Zetterquist, A Europe of the member states or of the citizens? : two philosophical perspectives on sovereignty and rights in the European Community, s. 188 f.

²⁷ A st.

rättsstat. Straff- och straffprocessrätten är mycket centrala beståndsdelar av denna statliga kontroll.²⁸

Extern suveränitet hänförs till relationen mellan stater eller politiska sammanslutningar, där staterna gentemot varandra innehar en exklusiv kompetens inom sitt territorium. Intern suveränitet åsyftar relationen mellan stat och individ, ett så kallat vertikalt förhållande. Intern suveränitet handlar därför om maktutövning inom det territoriella området, där makten såväl koncentreras till som härleds från folket, *demos*, som befolkar territoriet i fråga.²⁹ Enligt professor Rolf A Dahl utgör suveränitetsprincipen till sitt innehåll den moderna demokratins idékärna. Dahl menar att demokratin består av ett politiskt system där befolkningen genom självstyre och förfogande av institutioner kan förverkliga politiska målsättningar.³⁰ Det är i denna kontext som folksuveränitet aktualiseras och det är även i detta kontextuella sammanhang som nästa avsnitt om teorin om konstitutionalism börjar.

2.2.1.2. Teorin om folksuveränitet

Teorin om folksuveränitet har uttryckts som en radikal demokratisk princip vilken till stora delar bygger på den klassiska kontraktsteoretikern Thomas Hobbes teorier. Idékärnan i folksuveräniteten vilar på demokratiska principer, som innefattar en tillsatt statsmakt med syftet att verka för det gemensamma goda. Eftersom folksuveränitetsprincipen bygger på idén om folkstyre så har statsmakten som institutionell ordning rätten att välja ut politiska och rättsliga organ som bäst uppfyller dess syfte. Varför rättsliga organ enligt folksuveräniteten anses underställda statens makt och kontroll. En lag anses således legitim endast om dess ursprung kan härledas tillbaka till folket. Vad detta mer precist innebär är att det i lagstiftningsprocessen måste finnas en strikt befälsordning som kan härledas från folket genom staten för den lag som utfärdats. Lagstiftningsförfarandet ses därför som en befallning från folket till staten³¹

Enligt folksuveräniteten skall suveränen (staten) inneha befogenheten att handla till fördel för det allmänna goda och åt medborgarnas vägnar. Den maktutövning som staten genom den demokratiska processen blir bemyndigad till, måste ytterst komma från medborgarna själva, för att statens handlingar indirekt skall kunna likställas med folkets handlingar och därigenom valideras utifrån folksuveräniteten. Överföringen av beslutandemakt från folket till staten förklaras ofta med ett så kallat samhällskontrakt. Förespråkarna för folksuveräniteten menar att samhällskontraktet innehåller en fullmakt, där medborgare överlåter

²⁸ Gröning s 79.

²⁹ Gröning s 77.

³⁰ Dahl, s. 27.

³¹ Gröning, s. 116-122. & Zetterquist, konstitution, s. 130-132.

rättigheten till att styra sig själva till förmån för styre av en högre församling, dock med det förbehållet att alla andra medborgare gör detsamma.³² Enligt folksuveräniteten är således statens syfte att upprätthålla detta samhällskontrakt enligt principen om att avtal skall hållas, *pacta sunt servanda*.

Folksuveräniteten grundar således sin tes på att statens maktutövning accepteras av folket eftersom när folket lyder staten lyder de i själva verket sig själva. Mot bakgrund av denna tes anses handlingar vars syfte är att göra uppror eller visa missnöje mot den suveräna staten oacceptabla, eftersom att gå emot staten är att gå emot sig själv.³³

Eftersom rätten, däribland inräknad straff- och straffprocessrätten, härleder sin giltighet från folket enligt folksuveränitetsteorin, innebär detta att de grundläggande förutsättningarna för den offentliga maktutövningens legitimitet sammanfaller med de förutsättningar som legitimerar straffrättslig maktutövning i en stat.³⁴ Enligt teorin om folksuveränitet legitimeras den offentliga maktutövning genom det suveräna folkets vilja, varför straffrättens legitimitet således också ytterst måste kunna härledas från folkets vilja. Mot denna bakgrund blir straffrätten ett verktyg för att förverkliga ett gemensamt intresse, det intresset majoriteten av befolkningen befäller staten att utföra. Med andra ord är straffrättens beroende av parlamentets uttryckta stöd ett nödvändigt villkor för straffrättens legitimitet, d v s utan folklig acceptans, ingen legitimitet. Eftersom majoriteten av folket ses som uttolkare av den gemensamma folkviljan, det gemensamma bästa, blir även parlamentariskt antagen straffrätt ett tillräckligt krav på rättens legitimitet. När straffrätten hämtar sin giltighet från folkviljan via de institutioner som värnar om denna vilja, råder ett indirekt önskemål att instrumentet, straffrätten, skall vara effektivt och flexibelt, så att det på bästa sätt kan genomföra den rådande folkviljan. Vad detta mer konkret innebär är att gränsen mellan politik och juridik i detta hänseende inte får lov att vara för statisk för att på bästa sätt kunna genomföra folkviljan.³⁵

2.2.2 Teorin om konstitutionalism

Konstitutionalismen kan härledas från John Lockes politiskt-filosofiska teorier om offentlig makt och hur denna kan legitimeras. Konstitutionalismen bygger i enlighet med John Lockes filosofi på tanken om en begränsad statsmakt genom rättsligt bindande lagar, vilka i sin tur upprätthålls via opartiska domstolar. Utgångspunkten för teorin om konstitutionalism är att all offentlig maktutövning

³² A a s 93 & Hobbes, Leviathan, s. 112.

³³ Zetterquist, A Europe of the member states or of the citizens? : two philosophical perspectives on sovereignty and rights in the European Community, s. 78 f.

³⁴ Gröning, s. 122 f.

³⁵ Gröning, s. 122-124.

ses som ett potentiellt hot mot individens autonomi och jämlikhet, varför teorin således förespråkar en begränsad statsmakt.³⁶

Konstitutionalismen tar utgångspunkt i ett individfokuserat institutionellt system, där individers rättigheter, det vill säga bestämmelserns materiella innebörd, får större betydelse än bestämmelsernas processuella tillkomst. Likt teorin om folksuveränitet ser konstitutionalismen folkstyret som en grundläggande förutsättning för att den offentliga maktutövningen skall kunna ske i överenskommelse med medborgarnas intressen. Dock till skillnad från teorin om folksuveränitet, förespråkar konstitutionalismen inte en absolut statsmakt med en ovillkorad befogenhet till offentlig maktutövning, eftersom ett sådant institutionellt system skulle sätta folkstyret över lagen. Individers rättigheter måste enligt konstitutionalismen prioriteras framför folkstyret i händelse av konflikt. Detta eftersom enskildas rättigheter kan komma att stå i konflikt med statsmaktens intressen och enligt folksuveränitetens teori får statsmaktens intressen företräde framför individen och på så vis inskränks individens rättigheter.³⁷

Det överordnade syftet med konstitutionalismen är således att skydda individers moraliska rättigheter och för att lyckas med detta krävs en separation mellan den lagstiftande och den verkställande makten.³⁸ Tankesättet innebär att statsmaktens huvudsakliga syfte inte är förverkligandet av en gemensam vilja, som i teorin om folksuveränitet, utan syftar istället till en plikt att förverkliga folkets moraliska rättigheter, såsom individers autonomi och jämlikhet.

Konstitutionalismens teori gällande förhållandet mellan stat och individ kan liknas med en förälders rätt att fullfölja sin plikt till sina barn, där staten har rollen av förälder och individen ses som barnet. Dessa föräldrarättigheter kallade "*paternal (parental) power*"³⁹ bygger på idén om föräldrars rätt att handleda sina barn till att bli ansvarsfulla individer. Detta innebär i sin tur att föräldrar endast ges en temporär styranderätt över sina barn som således sträcker sig till den dagen barnen blivit vuxna. Syftet med parental power är därför att värna om barnets behov och rättigheter till den punkt barnet vuxit upp. En viktig poäng som parental power-teorin framför är dock att en förälders rätt till plikten att

³⁶ John Locke, Andra avhandlingen om styrelseskicket, s. 39 & Malnes & Midgaard, s. 96-101.

³⁷ Gröning, s. 128 f. & M

³⁸ Zetterquist, suveränt fördrag eller postsuverän konstitution, s. 132 f., Gröning, s. 124 f., & T.R.S. Allan, s. 31 & 47.

³⁹ J. Locke, two treaties of government II, s 69, 170 & 173, A.J Simmons, the lockean theory of rights, s. 177.

förverkliga barnens rättigheter kan upphävas om föräldern visar sig brista i sin funktion på något sätt gentemot barnet.⁴⁰

Mot bakgrund av konstitutionalismens syfte kan teorin till stor del definieras utifrån principen om *the rule of law* eller *rättsstatsprincipen*. I ljuset av konstitutionalismen brukar principen sammanfattas i att ingen godtycklig lagstiftning eller tolkning får råda i samhället, vilket med andra ord innebär att den lagstiftande och den verkställande makten inte får sammanfalla. Vidare innebär *the rule of law* att all offentlig maktutövning skall vara underställd lagarna samt att alla individer skall vara lika inför lagen.⁴¹

Enligt konstitutionalismen räcker det dock inte med att statsmakten är underställt lagarna, utan det måste även finnas effektiva rättsmedel som kan sätta makt bakom lagens ordalydelse. Mycket av konstitutionalismens idékärna bottnar därför i maktindelning i den bemärkelsen att den offentliga maktutövningen i någon form måste kontrolleras av rättsliga institutioner. Dessa institutioner skall enligt konstitutionalismen tolka rättsnormerna och de värden dessa syftar till att skydda genom att ha makten till att ogiltigförklara de folkvalda representanternas beslut, då dessa strider mot dessa rättigheter. Konstitutionalismens tilltro till rättssystemet som den ultimata kontrollmekanismen för individuella rättigheters förverkligande gör att den rättsliga kontrollen blir konstitutionalismens viktigaste instrument för att upprätthålla en begränsad statsmakt.⁴²

Konstitutionalismen baserar således sin teori på rättsliga värden där offentlig maktutövning legitimeras utifrån hur väl rätten överensstämmer med vissa individuella rättigheter, däribland individens autonomi. Rättens legitimitet är således inte primärt avhängig ett system som baseras på folkstyre, utan snarare på de rättsliga institutionerna vilka ser till att de rättsliga värdena förverkligas och skyddas. Att konstitutionalismen inte primärt hämtar sin legitimitetsgrund i folkstyret, gör att rätten kan legitimeras utifrån andra grunder än parlamentariskt antagen rätt. Detta innebär att så länge rättens värdegrund upprätthålls är rättens förankring i ett suveränt politiskt system av sekundär betydelse för rättens legitimitet enligt konstitutionalismen. Det kan således råda materiell legitimitet för parallella, överlappande eller samexisterande rättssystem (under förutsättning att rättssystemen ömsesidigt begränsar den offentliga maktutövningen) vilka saknar förankring till en suverän statsmakt.⁴³

Vad detta mera precist innebär är att förverkligandet av konstitutionalismens legitimitetsteori inte nödvändigtvis kräver en koppling till staten. Rättens,

⁴⁰ J. Locke, two treaties of government II, s 55, 58, 64, 65, 67 & A.J Simmons, the lockean theory of rights, s. 177 f.

⁴¹ T.R.S. Allan, s. 31.

⁴² Zetterquist, suveränt fördrag eller postsuverän konstitution, s. 132 ff. & Gröning, s. 124-127.

⁴³ T.R.S. Allan s 47.

däribland inräknad straffrätten, legitimitet kopplas på så vis inte primärt till ett parlamentariskt stöd, utan straffrättens legitimitet blir istället beroende av att vissa moraliska värden skyddas. Med andra ord vilar straffrättens legitimitet enligt teorin om konstitutionalism på dess förenlighet med de moraliska värdena, individens autonomi och jämlikhet. Således utgör straffrättens parlamentariska förankring inget nödvändigt eller tillräckligt krav för dess legitimitet. Dock skall framföras att en viss parlamentarisk förankring är önskvärd enligt konstitutionalismens perspektiv, eftersom parlamentet som institution på ett effektivt sätt kan säkerställa att de skyddsvärda värdena består. Varför straff- och straffprocessrättens till sin karaktär som bärare av rättsskydd blir ett uttryck för en överordnad etisk lag och således inte ett verktyg för att realisera folkstyrelsens politiska målsättningar. Enligt konstitutionalismen utgör således straff- och processrätten ett instrument för förverkligande av rättsliga värden.⁴⁴

3 EU-rätt

Följande avsnitt kommer att behandla såväl EU-rätten som straffrättens placering i EU:s historiska utveckling. EU-straffrättens utveckling har varit dubbelbottnad till sin karaktär på så vis att en del av den straffrättsliga utvecklingen skett via fördragen och en del via EG-domstolens rättspraxis. Kapitlet kommer därför först ge en kort historisk sammanfattning av EU:s tillkomst, målsättning och syfte. Därefter kommer straffrättens placering inom EU-rätten att presenteras, där fördragens bidrag till den straffrättsliga utvecklingen först kommer att behandlas för att därefter presentera EU-domstolens bidrag till den straffrättsliga utvecklingen.

3.1 EU-rättens utveckling

3.1.1. Kort historik

I kölvattnet av det andra världskriget föddes idén om ett fredssamarbete i Väst- och Centraleuropa. Ändamålet med ett fredsbevarande organ var att förutom arbeta för fredliga konfliktlösningar att även befästa de demokratiska värderingarna, som ansågs vara hotade då Sovjetunionen omvandlat en hel del länder i Central- och Östeuropa till kommunistiska stater. År 1951 undertecknade därför länderna Frankrike, Västtyskland, Italien, Belgien, Luxemburg och Nederländerna ett internationellt fördrag i Paris kallat *kol- och stålgemenskapen*, EKSG. Syftet med gemenskapen var att skapa en gemensam kontroll över produktionen av kol och stål, vilket tillika resulterade i att länderna utvecklade ett beroendeförhållande till varandra som därmed hindrade medlemsstaterna från att lösa konflikter sinsemellan genom krigföring.⁴⁵

⁴⁴ Gröning s 127-130.

⁴⁵ Nilsson & Lundgren, s. 14, Bernitz & Kjellgren, s. 4 -7.

Samarbetet utvecklades ytterligare år 1957, då medlemsländer i kol- och stålgemenskapen undertecknade det s.k. Romfördraget eller mera konkret den *europiska ekonomiska gemenskapen* (EEG)⁴⁶. Genom fördraget grundades en tullunion och en gemensam marknad. Grundprincipen för den gemensamma marknaden var den fria rörlighet för varor, tjänster, arbetstagare och kapital inom EEG:s gränser.⁴⁷ År 1967 upprättades den europeiska gemenskapen också kallat EG. Perioden mellan EEG och enhetsakten, mellan åren 1967 till 1987 utvidgades EEG med sex nya medlemsstater, Förenade kungariket, Danmark, Irland, Grekland, Portugal och Spanien. Trots EG:s utvidgning gick utvecklingen av den inre marknaden trögt, främst på grund av att enhällighet rådde i rådet som beslutsförfarande avseende den inre marknaden. Dödläget fick dock ett abrupt slut då *den europeiska enhetsakten* antogs år 1987. Enhetsakten medförde i huvudsak tre stora förändringar till EEG-samarbetet. Den första var effektivare beslutsformer, genom att ministerrådet fick anta beslut med kvalificerad majoritet istället för enhällighet. Vidare skedde en utvidgning av områden som skulle omfattas av samarbetet samt inrättandet av den inre marknaden. Enhetsaktens inre marknad syftade till att upplös de resterande handelshindren efter den gemensamma marknadens inrättande och därigenom möjliggjorde en mer ökad konkurrens inom EEG.⁴⁸

Enhetsaktens genomförande skapade ett behov av en fastare sammanslutning där samarbetet ansågs vara i behov av ett involverande av andra politiska- och rättsliga områden, som regionalpolitik, miljö rätt, socialpolitik m.m. Mot bakgrund av önskan om ett mer fördjupat och utvidgat samarbete antogs år 1993 *Maastrichtfördraget*. Detta fördrag utökade EEG - samarbetet till europeiska unionen, EU.

3.2 EU-strafrättens utveckling

3.2.1 Maastrichtfördragets bidrag till EU-strafrättens utveckling

Efter enhetsaktens genomdrivande uppstod, som redan nämnts, ett behov av ökat samarbete utöver det ekonomiska samarbetsområdet. Maastrichtfördraget som undertecknades år 1992 och trädde i kraft år 1993 kännetecknas som det första fördraget som erkänner EU en mer omfattande politisk makt. Detta eftersom utöver det ekonomiska samarbetet, som funnits sedan tidigare, skapades två nya samarbetsformer i form av andra pelaren vilken omfattade utrikes- och säkerhetspolitiska frågor samt tredje pelaren som bestod av rättsliga och inrikes frågor.

⁴⁶ A a s 19, A a s 8 f.

⁴⁷ Bernitz & Kjellgren, A a s 8 f.

⁴⁸ Bernitz & Kjellgren, A a s 11 ff.

Den nya trepelarstrukturen innebar en uppdelning av EU-samarbetet i mellanstatligt- och överstatligt samarbete. Den första pelaren bestod av det ursprungliga europeiska gemenskapen (EG) och utgjorde därför ett överstatligt samarbetsområde. Med begreppet överstatligt menas generellt ett samarbete som förvisso bottnar i internationella avtal, men resulterar i en såväl normgivningsöverlåtelse som suveränitetsöverlåtelse till överstatliga organ. Dessa organ ges i sin tur befogenheter till att fatta bindande beslut för de stater som ingått avtalet ifråga. I fråga om Maastrichtfördragets överstatliga samarbete innebar detta att gemenskapsmetoden blev tillämplig på fler områden, Metoden gav Europeiska kommissionen en uteslutande initiativrätt till lagförslag, där dessa var tvungna att godkännas av rådet och Europaparlamentet varpå efterlevnaden av besluten kontrolleras av EG-domstolen. Den andra pelaren bestod av den gemensamma utrikes- och säkerhetspolitiken (GUSP), vilken verkade på ett mellanstatligt plan. Med andra ord kvarstod beslutandemakten och normgivningsmakten för utrikes- och säkerhetspolitiken uteslutande hos varje medlemsstats organ. Den tredje pelaren gällande rättsliga och inrikes frågor, vilket bland annat omfattade straffrättsliga spörsmål, blev precis som andra pelaren mellanstatligt samarbete där den slutgiltiga beslutsmakten över rättsområdet kvarstod hos medlemsstaternas institutionella organ.⁴⁹

Trepelarstrukturen visar således på betydande skillnader i fördelningen av unionens behörighet beroende på om samarbetet var mellanstatligt eller överstatligt. Skillnaden mellan behörigheten avspeglar sig även på de rättsliga instrument vilkas uppgift var att förverkliga beslut inom EU. Instrument utfärdade på första pelarens områden omfattades av den ovan redan nämnda gemenskapsmetoden. Instrument fattade inom den tredje pelaren omfattades av den mellanstatliga samarbetsmetoden, vilken innebar att medlemsstaternas regeringar kom överens om olika samarbetsformer. Straff- och straffprocessrätten var således till en början av EU ett rent mellanstatligt samarbetsområde.⁵⁰

3.2.2. Amsterdamfördragets bidrag till EU- straffrättens utveckling

Maastrichtfördraget verkningar på området för den tredje pelaren gav upphov till stark kritik. Det ansågs bland annat att fördraget bland annat hade uppställt oklara mål för samarbetet i den tredje pelaren. Amsterdamfördraget åsyftade därför till att klargöra den tredje pelarens mål och funktion, för att på ett bättre sätt åstadkomma genomslagskraft för unionens straffrättsliga politik. Tanken

⁴⁹ Bernitz & Kjellgren, s 5 f – 12 f.

⁵⁰ A a s 12-13.

bakom de föreslagna ändringarna som skulle införas i den tredje pelaren var att förstärka såväl den negativa som den positiva integrationen.⁵¹

I och med Amsterdamfördragets ikraftträdande skedde betydelsefulla förändringar, inte minst i den tredje pelaren. Ett utav de mer betydelsefulla besluten var att enighet nåddes om att förverkliga området med frihet, säkerhet och rättvisa. Enigheten manifesterades bland annat i överföring av det civilrättsliga samarbetet från tredje pelaren till första pelaren, d v s från att ha varit ett mellanstatligt samarbete till att bli en överstatlig angelägenhet. Vidare åsyftades en positiv och negativ integrationsutveckling. Det positiva integrationssyftet bestod av ambitionen att harmonisera delar av straff- och straffprocessrätten inom EU genom att utöka samarbetet på rättsområdet ifråga.⁵² Vad beträffar det negativa integrationssyftet bestod detta av att undanröja hinder för EU:s inre gränser genom principen om ömsesidigt erkännande av lagar och domar mellan medlemsstaterna. De nya uppsatta integrationsmålen för straff- och straffprocessrätten utmynnade i att ett nytt rättsligt instrument skapades genom Amsterdamfördraget, nämligen rambeslut om tillnärmning av medlemsstaternas lagar.⁵³

Rambesluten var bindande för medlemsstaterna vad avser det resultat som skulle uppnås, dock lämnades formen och tillvägagångssättet för rambeslutet över på medlemsstaternas myndigheter. Rambesluten gavs ingen direkt effekt, det vill säga man lät inte besluten kunna åberopas direkt av medlemsstaternas medborgare. Vidare innebar rambesluten att det skapades tolkningsverkningar för medlemsstaternas domstolar då EG-domstolen gavs möjligheten att avge förhandsavgöranden gällande de fattande rambesluten. Eftersom det fortfarande rådde ett mellanstatligt samarbete inom den tredje pelaren gav detta dock upphov till att medlemsländernas straffrättsliga legalitetsprinciper och rättssäkerhetsprinciper till stor del inskränkte tolkningsverkningarnas behörighet från EG-domstolen. Det skall dock påpekas att trots den inhemska inskränkningen av EG-domstolen fick institutionen genom Amsterdamfördraget en större öppning till att avge förhandsavgöranden inom den tredje pelaren än vad som ålegat domstolen under Maastrichtfördraget.⁵⁴

I och med Amsterdamfördraget gavs således straff- och straffprocessrätten en större roll i EU-samarbetet. Amsterdamfördraget kan på så vis ses som ett viktigt

⁵¹ Straffrättsligt samarbete i EU:s tredje pelare – något att sträva efter? S. 436-438. Av professor Raimo Lahti, Finland.

⁵² Raimo Lahti a a s 436 f.

⁵³ A a s 436-438

⁵⁴ A a s 436-438

steg i den integrationsprocess av straffrätten som ett rättsområde underställt EU:s maktutövning.⁵⁵

3.2.3. Tammerforsprogrammet – Politiska riktlinjer för området frihet, säkerhet och rättvisa

Under mötet i Tammerfors kom ministerrådets medlemmar fram till ett program bestående av politiska riktlinjer och prioriteringar för bland annat EU:s fortsatta arbete på området med frihet, säkerhet och rättvisa.

Unionen bygger enligt Tammerforsprogrammet på grundvärdet frihet däribland inräknat, mänskliga rättigheter, demokratiska institutioner och rättsstatsprincipen som hörnstenar i unionens frihetsbegrepp. Amsterdamfördragets huvudsakliga uppgift var enligt rådet att garantera de av EU givna friheterna, däribland fri rörlighet av individer inom unionen. För att garantera en fri, säker och rättvis förflyttning inom unionen krävdes rättsliga instrument vilka skulle syfta till att motverka och försvåra för den gränsöverskridande brottsligheten, att dra nytta av de olika medlemsstaternas skilda rättssystem. En bättre samstämmighet mellan medlemsstaternas rättssystem blev ledmotivet, så att rättsliga beslut skulle få bättre genomslag inom hela unionen.⁵⁶

Enligt rådet skulle principen om ömsesidigt erkännande vara vägledande för det framtida straff- och straffprocessrättsliga samarbetet inom unionen. Detta för att underlätta samarbetet mellan medlemsstaters myndigheter samt verka för ett stärkt rättighetsskydd för enskilda. Medlemsstaterna föreslogs således ömsesidigt erkänna varandras domar och andra beslut som fällts av rättsliga myndigheter i andra medlemsstater.⁵⁷ Innan mötet i Tammerfors bestod det rättsliga samarbetet av den så kallade "ansökningsprincipen" där myndigheterna fick sinsemellan ansöka om tillstånd till rättsligt samarbete. Under mötet föreslog även rådet att kommissionen skulle utarbeta en ny processrättslagstiftning för gränsöverskridande brottslighet, där syftet angavs vara att på ett mer effektivt sätt motverka den allt mer ökade gränsöverskridande brottsligheten.⁵⁸

3.2.4. En konstitution för Europa och Lissabonfördraget

Efter Tammerforsmötet började idéer om omorganisering av fördragen formas i Florens vid det Europeiska universitetsinstitutet strax innan Nicefördraget trädde i kraft. Studierna lade fram tre tänkbara strategier för uppfyllandet av syftet med

⁵⁵ A a s 436-438

⁵⁶ Meddelande från kommissionen till rådet och Europaparlamentet - Ett område med frihet, säkerhet och rättvisa: Resultat av Tammerforsprogrammet och framtida inriktning {SEK(2004)680 och SEK(2004)693} /* KOM/2004/0401 slutlig */

⁵⁷ A st.

⁵⁸ http://europa.eu/legislation_summaries/other/l33131_sv.htm

en förstärkt konstitutionell karaktär av Europeiska unionen. Det första förslaget innehöll idéer på en sammanslagning av det då rådande pelarsystemet för att kunna åstadkomma en omorganisering av unionens centrala bestämmelser. Tanken var att grundfördraget skulle kompletteras av ett ytterligare fördrag i vilket operationella normer skulle återfinnas. Det andra förslaget innehöll en generell önskan om att EU-fördraget skulle kodifiera, framförallt genom rättspraxis, ett större konstitutionellt perspektiv på unionens bestämmelser. Det tredje förslaget omfattade nya bestämmelser för lagstiftningsförfaranden inom unionen. Önskan fanns att skapa ett enklare förfarande med ett större inslag av demokratisk och konstitutionell förankring.⁵⁹ De föreslagna förändringarna kan således sammanfattas till fyra kategorier, *"förändringar som syftar till att klargöra hur EU redan fungerar, effektivisera beslutsfattandet och det institutionella samspelet inom EU, demokratisera beslutsfattandet inom EU samt ge EU-medborgarna ett ökat rättsskydd"*⁶⁰.

Tankarna bakom konstitutionsfördraget var i grova drag ett slopande av pelarsystemet och en indelning av EU:s befogenheter i två fördrag, ett funktionsfördrag och ett EU-fördrag med konstitutionell karaktär.⁶¹ Fördraget om en konstitution för Europa kom dock aldrig till stånd, eftersom det föll i folkomröstningen i Frankrike och Nederländerna. Trots detta har konstitutionsfördraget haft stort inflytande på det EU vi har idag, inte minst genom att Lissabonfördraget som trädde ikraft den 1 december 2009 präglats till stora delar av konstitutionsfördragets idéer. Lissabonfördraget har bland annat hämtat förverkligat konstitutionsfördragets förslag på ett överförande av det straff- och straffprocessuella samarbetet från mellanstatlig nivå till att bli ett mer överstatligt samarbete.⁶²

3.3 EU:s konstitutionaliseringsprocess och grundprinciper

Den europeiska unionens konstitutionella rättsutveckling har varit dubbelsidig till sin karaktär eftersom utveckling skett såväl via EU-fördragen som via EU-domstolens rättspraxis.⁶³

EU-samarbetet har sedan dess början kodifierats och utvecklats genom de för tiden gällande grund- och ändringsfördrag för den Europeiska unionen.⁶⁴ Att

⁵⁹ Bergström & Hettne s 25-28.

⁶⁰ SIEPS "vad innebär reformfördraget" (SIEPS remissvar till Ds 2004:52, Fördraget om upprättande av en konstitution för Europa)

⁶¹ A a s 15.

⁶² A a s 33 ff.

⁶³ N. McCormick, Constructing legal systems, European Unionen in Legal theory, Edited by N. McCormick, s. 2-7.

⁶⁴ Paris, Rom och Maastricht-grundfördragen, men se även avsnitt 3.3 för en mer ingående beskrivning av de olika EU-fördragen och ändringsfördragen som varit gällande sedan början av EU-samarbetet.

dessa fördrag utgör bindande regler för alla inblandade parter, det vill säga EU och medlemsstaterna är i enlighet med den sedvanliga internationella rättens princip om *pacta sunt servanda* (avtal skall hållas). Följaktligen innebär detta att de åtaganden som stipulerats i fördragen skall följas av såväl EU som dess medlemsstater. EU-fördragen har dock utöver bestämmelser som reglerar förhållandet mellan EU och medlemsstaterna också bemyndigat EU till att inrätta olika institutionella organ med långtgående och självständiga befogenheter. EU-institutionernas givna befogenheter syftar till stor del till att möjliggöra utfärdande av bestämmelser.⁶⁵ Detta så kallade självförverkligande rättssystem, som grund- och ändringsfördragen gett upphov till, har resulterat i att medlemsstaternas medborgare även fått ett utökat system av politiska- och rättsliga organ att vända sig till. Fördragen har utöver lagstiftande församlingar även bemyndigat EU till att inrätta dömande och verkställande institutioner. Där EU-domstolen med sin uppgift att tolka och tillämpa såväl EU-lagstiftning som medlemsstaternas rätt i dess utövande av EU-rätten gett upphov till viktiga principer vilka bidragit till individuella rättigheter för medlemsstaternas medborgare.⁶⁶ Principen om *direkt effekt* som fastslogs av EU-domstolen (EUD) genom målet *Van Gend en Loos*, utgör den mest väsentliga rättsgrunden till att EU-rätten inte bara ger rättigheter och skyldigheter till dess direkta avtalspart, medlemsstaterna, utan också direkt till medlemsstaternas medborgare.⁶⁷

Målet *Van Gend en Loos* behandlar frågan om huruvida EU-rätten kan få verkan i medlemsstaterna, trots att EU-rätten ännu inte formellt införlivats i medlemsstaten nationellt. Dåvarande EG-domstol besvarade frågan med att stipulera att EU-rätten skulle ha *direkt effekt* i medlemsstaterna. Vad domstolen mera precist menade var att den då rådande EG-rätten medförde vissa skyldigheter och rättigheter för enskilda och att dessa inte skulle inskränkas genom att medlemsstaterna inte i tid införlivade de EG-rättsliga bestämmelserna som medförde rättigheter för de enskilda EU-medborgarna. Domen utgör ett viktigt steg i strävan efter en gemensam rättsordning. Detta förklaras av att innan domen kom, betraktades EU-medlemskapet som ett folkrättsligt avtal mellan stater där avtalets verkan endast berörde de direkta avtalsparterna, medlemsstaterna. Genom domen *Van Gend en Loos* förändrade således EU-domstolen den traditionella synen på omfattningen av folkrättsliga fördrag på så vis att medlemsstaternas medborgare direkt ansågs vara berörd av fördragen.⁶⁸

I och med principen om direkt effekt har EU-medborgarna fått ett parallellt rättssystem, EU-rätten, som tillhandahåller både rättigheter och skyldigheter för

⁶⁵ Bestämmelser i form av sekundärrätt, det vill säga bestämmelser som inte omfattar formen grund- eller ändringsfördrag. Sekundärrätten består således av antingen unilaterala rättsakter, som t ex direktiv och avtal med t ex tredje land.

⁶⁶ N. Maccormick, s. 3 f.

⁶⁷ A a s 4 & Mål C- 26/52 s 1.

⁶⁸ Gröning & Zetterquist, s 61-63.

medlemsstaternas medborgare.⁶⁹

Den av EG-domstolens utvecklade princip om direkta effekt har således resulterat i att EU-medlemskapet fått en särställning i egenskap av folkrättsligt avtal. Vilket har motiverats med att EU, genom medlemsstaternas godkännande, upprättat självständiga institutioner med långtgående befogenheter vilka för att kunna verka effektivt måste anses ha mottagit en del av medlemsstaternas suveräna rättigheter.⁷⁰

Även om Van Gend en Loos är det avgörande rättsfallet för EU:s konstitutionaliseringsprocess, har EU-domstolen vidare genom tidens gång utvecklat en rad grundläggande principer, mer bestämt sex stycken, som varit essentiella i uppfattningen om att EU utgör ett parallellt rättssystem. Dessa sex utgörs av EU-rättens direkta effekt, EU-rättens företräde framför nationell rätt, principen om EU-rättens spärrverkan, EU-rättens grundläggande rättighetsskydd, EU-medborgarskapet och EU:s straffrättsliga kompetens. EU-rättens direkta effekt har redan behandlats, varför EU-rättens företräde, EU-rättens spärrverkan, principen om underförstådda befogenheter och EU-rättens straffrättsliga kompetens kommer att förklaras mer ingående i det följande.⁷¹

EU-domstolen har i målet *Costa mot ENEL*⁷² stipulerat principen om EU-rättens företräde framför nationell rätt. Principen innebär att normkonflikter mellan EU-rätt och nationell rätt skall lösas så att EU-rätten får företräde. Vad detta mera precist innebär är att EU-rätten alltid skall vara överordnad den nationella rätten, oavsett den nationella rättens dignitet, d v s även i fall av normkonflikt mellan EU-rätt och exempelvis medlemsstaters konstitutionella bestämmelser. Motiveringen bygger i mångt och mycket på vad EG-domstolen sagt i det kända fallet Van Gend en Loos. Eftersom medlemsstaterna genom den ingångna gemenskapen och de därigenom upprättade självständiga EU-institutionerna har överlåtits suveräna rättigheter har detta i sig skapat ett parallellt rättssystem, där EU och dess institutioner övertagit en del av de rättigheter som sett ur ett traditionellt folkrättsligt perspektiv enbart tillhört medlemsstaterna själva.⁷³

En naturlig förlängning av principen om EU-rättens företräde är principen om *EU-rättens spärrverkan*, vilken lite förenklat innebär att EU-rätten inte bara är överordnad nationell lag utan att den dessutom förbjuder medlemsstaterna att stifta lagar vilka strider mot EU-rätten. Tanken bakom principen är att lagar stiftade på EU-nivå endast kan förändras eller upphävas på EU-nivå. Tanken om

⁶⁹ N. McCormick, s. 1-5.

⁷⁰ Gröning & Zetterquist, s 64.

⁷¹ Gröning & Zetterquist, s 64.

⁷² Mål C – 6/64

⁷³ Gröning & Zetterquist, s 64 f.

EU-rättens spärrverkan påminner om den svenska principen gällande formell lagkraft, där det i RF 8:18 stipuleras att en svensk lag endast kan upphävas genom en annan lag av lägst samma valör. EU-rättens spärrverkan markerar på ett tydligt sätt EU som den avgörande lagstiftningsmakten på de områdena berörda av EU. Detta gör att även principen om EU-rättens spärrverkan stödjer tesen om att EU utgör ett eget och därmed parallellt rättssystem till medlemsstaternas.⁷⁴

Det sista steget i den så kallade konstitutionaliseringsprocessen, där således EU snarare kan ses som en egen rättsordning än en internationell organisation, är EU:s straffrättsliga kompetens som genom EU-domstolens försorg kom till uttryck i målet *Kommissionen mot Rådet*, eller *miljödomen* som den ibland har kommit att kallats⁷⁵.

Målet är betydelsefullt eftersom EG-domstolen ansåg att EU hade kompetens på det straffrättsliga området, vilket vid tiden inte omfattades av EG, straffrätten föll under andra pelaren och var till formen ett rent mellanstatligt eller folkrättsligt samarbete där EG-domstolen saknade kompetens att döma. Miljödomen var banbrytande i den bemärkelsen att det var första gången EG-domstolen bekräftade kommissionens inställning till att EG:s institutioner kunde inneha straffrättslig kompetens. Kommissionen har genom domen anfört att trots domens naturliga koppling till miljöområdet kan domen appliceras på ett generellt plan på EG:s övriga rättsområden, så som de fyra friheterna.⁷⁶ Motiveringen till EG-domstolens avgörande i miljödomen var att det var en nödvändighet för att garantera genomslaget av gemenskapens politiska målsättningar, där man främst åsyftade på den fria rörligheten. Domstolens motivering grundar sig på den folkrättsliga principen om underförstådda befogenheter "implied powers".⁷⁷ Principen återfinns även i FEUF artikel 216 och innebär lite förenklat att EU kan gå utöver den befogenhet som fördragen uttryckligen föreskriver i några få undantagsfall, då detta är nödvändigt för att kunna uppfylla de i fördragen uppsatta målen, som till exempel den fria rörligheten.

Vad ovanstående dom visar är i själva verket att EU genom EU-domstolens försorg successivt etablerat en rad olika principer som möjliggjort överstatlig kompetens på straff- och straffprocessens område, trots att rättsområdet de facto inte omfattades vid den givna tidpunkten av EU:s kompetensområde.⁷⁸ Att inneha straff- och straffprocessrättslig kompetens innebär att ha makten på ett mer effektivt sätt fullborda EU-rättens målsättningar. I ett vidare sammanhang innebär straffrättslig kompetens en tydlig brytning mellan den traditionella

⁷⁴ Gröning & Zetterquist, s 66.

⁷⁵ Mål C- 176/03

⁷⁶ Gröning, EU, staten och rätten att straffa, s 39-41.

⁷⁷ Jämför Mål 792/79 R, Camera Care mot kommissionen.

⁷⁸ Gröning & Zetterquist, s 61.

tanken om att straff- och straffprocessrätten är nära förknippad med staten och att straffrätten därmed utgörs av statens exklusiva kompetens. Genom Lissabonfördragets bidrag har EU idag en uttrycklig straff- och straffprocessrättslig kompetens, vilket medför att medlemsstaterna förlorar suveränitetsrättigheter till förmån av att EU kommer allt närmare ett fullbordande av dess konstitutionaliseringsprocess.⁷⁹

EU-domstolen har således genom sin praxis utvecklat en rad övergripande principer⁸⁰ vilka successivt tillsammans med fördragen och den grundläggande doktrinen om den fria rörligheten skapat ett konstitutionellt straffrättsligt system av bestämmelser.⁸¹ Att EU utgör en ny rättsordning motiveras, utöver de redan presenterade rättsprinciperna, av att vid varje utvidgning av EU har medlemsstaterna på nytt ingått anslutningsavtal med unionen gällande de nya medlemsstaternas inträde i EU. Vid implementeringen av dessa anslutningsavtal har medlemsstaterna med vetskapen om EU-domstolens principer om bland annat direkt effekt, EU-rättens företräde och doktrinen om den fria rörligheten, godkänt anslutningsavtalen. Detta borde tala för att medlemsstaterna själva således indirekt godkänt EU som en egen rättsordning.⁸²

Det finns således mycket som talar för att EU skall ses som en internationell organisation med ett *självständigt rättssystem*. EU-rätten som karaktäriseras av ett konsekvent och tydligt utformat regelverk, har såväl lagstiftande församlingar som utgörs av ministerrådet, Europeiska kommissionen, Europaparlamentet samt dömande institutioner i form av EU-domstolen och revisionsrätten. EU-rätten betraktas således som ett eget rättssystem, eftersom detta består av regelverk, som är konsekvent och tydligt utformat, och domstolar i form av EU-domstolen och revisionsrätten, vilka tolkar och tillämpar EU-rätten.⁸³

Förhållandet mellan EU och dess medlemsstater kan mot bakgrund av att EU ses som en självständig rättsordning betraktas som en parallell rättsordning till medlemsstaternas rättssystem. Förhållandet har i litteraturen betecknats som radikal pluralism.⁸⁴ Begreppet innebär att flera rättsordningar eller författningar kan tillämpa spå ett och samma territorium. Detta skapar därför möjligheten till att tillämpa olika rättsordningar, EU-rätten eller medlemsstaternas inhemska rätt, när normkonflikter skall lösas.⁸⁵

⁷⁹ Gröning & Zetterquist, s 69 f.

⁸⁰ Gröning, s 32-36.

⁸¹ A a s 32.

⁸² N. McCormick s 3-7.

⁸³ T.C. Hartley s 126 f. & N McCormick s 7.

⁸⁴ N. McCormick, s. 119.

⁸⁵ N. McCormick, s 127

4 Sverige och EU

Avsnittet kommer förse läsaren med information om EU-rättens giltighet på svenskt territorium, dels genom EU-domstolens utvecklade rättspraxis, dels genom den svenska EU-paragrafen RF 10:6. Syftet är att visa på spänningar mellan EU-rättens och Sveriges normgivningskompetenser och hur dessa påverkar rättsäkerheten.

4.1. EU- rättens valideringsgrund i Sverige

Den radikala pluralismen som beskrivits i avsnitt 3. leder till en osäkerhet vad avser EU-rättens legitimitet, eftersom det inte finns någon samsyn över hur normkonflikter mellan EU och medlemsstaterna skall lösas. Detta framgår inte minst av förarbetena till lagen om Sveriges anslutning till EU⁸⁶ där det stipuleras att;

”när det gäller frågan om vad som gäller om EG-regler strider mot svensk grundlag anser utskottet att den svenska hållningen inte bör vara att tala om en konflikt mellan EG-rätt och nationell rätt. Vad frågan bör gälla är i stället, framhåller utskottet, om EG-organet haft rätt att med verkan för Sverige fatta ett sådant beslut som det fattat och om den beslutade rättsakten ligger inom det område där beslutanderätten överlåtits. Om rättsakten ligger utanför detta område bör svaret, enligt utskottet, vara att den inte är giltig i Sverige”.⁸⁷

Vad utskottet mera bestämt framför är att så länge normen faller inom ett rättsområde som enligt svensk författning⁸⁸ har överlämnas till EU, har EU-rätten företräde framför nationell rätt i den mån det skulle uppstå regelkonkurrens. Vad utskottet däremot inte behandlar i sitt utlåtande är situationen då rättsområdet inte överlåtits till EU. Detta leder till frågan om utskottet, genom uteslutande av situationen i fråga, menat på att så länge beslutandemakten inte överlåtits gällande ett visst rättsområde till EU, utgör detta ett nationellt område och därmed skall normkonflikten lösas via nationella rättsskipningsorgan.⁸⁹ Synsättet är ett uttryck för subsidiaritetsprincipen.⁹⁰

Det kokar således ner till det faktum att det är svårt att avgöra vilka frågor som skall avgränsas på nationell nivå i fördragen mot bakgrund av Sveriges medlemskap i Europeiska unionen. Detta blir särskilt påtagligt när EU-domstolen

⁸⁶ Propositionen 1994/95:19, del 1, samt SFS 1994:1500

⁸⁷ Propositionen 1994:95:19, del 1, s 498.

⁸⁸ Här tänker man dels på RF 10:6, där lagrummet stipulerar en rätt för den svenska Riksdagen att överlåta beslutande makt till EU med beaktande av vissa begränsningar, som t ex att överlåtelsen inte omfattar principer för det svenska statskicket.

⁸⁹ Ola Zetterquist, suveränt fördrag eller postsuverän konstitution, s 122 f. & Propositionen 1994:95:19, del 1, s 498.

⁹⁰ T. C. Hartly, s 84.

via bland annat förhandsavgöranden får till uppgift att bestämma EU-rättens räckvidd och innehåll. Eftersom domstolen genom förhandsavgörandet indirekt även sätter en gräns för vilka befogenheter medlemsstaterna överlämnat till EU.⁹¹

Inför Lissabonfördragets antagande stipulerade lagrådet att fördraget kunde antas då det inte skulle medföra någon ny beslutanderätt för EU. Varför man ansåg att Lissabonfördraget kunde antas med den då gällande bestämmelsen RF 10:5.⁹² Lissabonfördraget har dock oavsett lagrådets yttrande resulterat i en viss ny beslutanderätt, nämligen främst på det straff- och straffprocessrättsliga området. Straff- och straffprocessrätten är numera underställda det överstatliga området EU, vilket onekligen innebär att EU fått ny beslutanderätt i varje fall vad avser bestämmelser gällande gränsöverskridande brottslighet. Detta visar att svårigheten med att avgöra EU-rättens räckvidd knappast kommer att underlättas av Lissabonfördraget. Utan snarare kommer EU-rättens gränser möjligen bli svårare att bedöma, dels på grund av den allt mer överstatliga tendensen EU uppvisar men medlemsstaterna vägrar att inse, dels på grund av att medlemsstater inkorporerat EU-samarbetet i sina konstitutioner och därför gjort EU-rätten till en del av den inhemska rätten.⁹³

I Sverige har EU-samarbetet inkorporerats dels genom grundlagsstiftning, regeringsformen 1:10 där det stadgas att *"Sverige är medlem i Europeiska Unionen"*, dels genom vanlig lagstiftning *"lag med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen"*⁹⁴, den så kallade EU-lagen.

Den kanske mest signifikanta bestämmelsen i RF vad avser EU-medlemskapets konstitutionella legitimitet är den så kallade EU-paragrafen i RF 10:6, som stipulerar följande:

"inom ramen för samarbetet i Europeiska unionen kan riksdagen överlåta beslutanderätt som inte rör principerna för statsskicket. Sådan överlåtelse förutsätter att fri- och rättighetskyddet inom det samarbetsområde till vilket överlåtelsen sker motsvarar det som ges i denna regeringsform och i den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna."

Vad klausulen mera precist säger är att Sverige kan överlåta beslutandemakt till EU såvida inte beslutandemakten rör *"principerna för statsskicket"* eller att fri-och rättighetskyddet understiger det som finns stadgat i den Europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna. Det sistnämnda rekvisitet kommer i framtiden att bli uppfyllt i och med att Lissabonfördragets artikel 6 stipulerar att

⁹¹ T. C. Hartly s 87 & artikel 5 FEU.

⁹² Se innehållet i RF 10:6 i uppsatsen.

⁹³ A a s 156. & Utdrag ur Lagrådets protokoll vid sammanträde 2008-06-13

⁹⁴ SFS 1994:1500

EU skall ansluta sig till Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna (EKMR). Genom anslutningen kommer således de fri- och rättigheter som framgår av EKMR att gälla på alla EU:s rättsområden.

Det rekvisit som återstår för att Sverige lagenligt skall kunna överlåta beslutandemakt till EU är att principerna för statskicketts grunder inte åsidosätts. Vad som exakt menas med principerna för statskicket är inte klart stadgat, dock finner man i förarbetena⁹⁵ att rekvisitet bland annat skall fungera som väktare av riksdagens roll som det främsta statsorganet i Sverige.⁹⁶ Detta hänger samman med regeringsformens första kapitel gällande statskicketts grunder, där de fundamentala principerna för den svenska politiska och rättsliga makten finns stipulerade.⁹⁷ Bland de mest framträdande bestämmelserna i regeringsformens gällande Sveriges statskickett utgörs av bland annat RF 1:4 där det således stadgas att *"Riksdagen är folkets främsta företrädare"*. Vidare stipulerar grundlagen i RF 1:1 att *"all offentlig makt i Sverige utgår från folket"* och att *"den offentliga makten utövas under lagarna"*.

Trots hänvisningen till regeringsformens första kapitel skall det anmärkas att paragrafen RF 10:6 inte anger vilka befogenheter som faktiskt har överlåtit till EU samt att inget stadgats om skyldigheten för de svenska domstolarna och myndigheterna att åsidosätta EU – rätten vid en överträdelse av den befogenhet som inte tilldelats EU.⁹⁸ Konstitutionsutskottet har dock uttryckt att principen om att riksdagen är folkets främsta företrädare utgör en naturlig begränsning av de maktbefogenheter som kan komma att överlåtas till EU.⁹⁹ Tanken bakom Konstitutionsutskottets uttalande kan antas vara nära kopplad till suveränitetstanken, om att Sveriges medborgare skall ha den slutliga kontrollen över den maktutövning som sker på dess territorium. För att bevara Sveriges suveränitet som stat och riksdagen som folkets främsta företrädare krävs det att riksdagen de facto kan inneha ett reellt inflytande över EU:s maktutövning på svenskt territorium. Detta anses således råda mot bakgrund av att Sverige inte kan överlåta beslutandemakt som rör statskicketts grunder, där riksdagen som folkets företrädare anses vara det viktigaste.¹⁰⁰ Vilket indirekt innebär att Sverige aldrig kan överlåta beslutandemakt till EU om detta skulle resultera i att

⁹⁵ SOU 2008:125 s 492-495.

⁹⁶ Thomas Bull, SvJT 2011 s 376.

⁹⁷ Gröning & Zetterquist s 158.

⁹⁸ Unionsmedlemskapet som grundlagsproblem SVERKER GUSTAVSSON, Statsvetenskaplig tidskrift om grundlagsöversynen. Preliminär version 11 02 24. S 2. (<http://www.snes.se/LinkClick.aspx?fileticket=iphjyKZam9g=&tabid=3591&language=sv-SE>)

⁹⁹ Konstitutionsutskottet 1993/94: KU 21.

¹⁰⁰ Betänkande 1993/94: KU21 s. 27 f.

riksdagens roll, och därmed även statsskicketts grunder, skulle urholkas i en väsentlig grad.¹⁰¹

Ur ett svenskt perspektiv, främst genom RF 10:6, kan det således tyckas ganska självklart att räckvidden av EU:s kompetens bestäms genom Sveriges konstitution. Att på detta sätt härleda EU:s inflytande från den svenska befolkningen, via riksdagen, skapar således legitimitet åt EU:s maktutövning på svenskt territorium. Från ett EU-rättsligt perspektiv ses emellertid omfattningen av EU:s kompetenser beroende av EU-domstolens tolkning och inte av själva fördragen. Här råder vad som brukar kallas EG-domstolens "judiciella kompetenskompetens", där EU-domstolen således har kompetensen att avgöra vilka befogenheter som rent faktiskt har överlåtits till EU. Denna kompetenskompetens är i sin tur nära kopplat till principen om EU-rättens företräde, eftersom olika meningar kan råda mellan medlemsstaterna och EU gällande de kompetenser som faktiskt har överlåtits till EU. Trots detta har EU avstått från att kodifiera principen om EU-rättens företräde i Lissabonfördraget, då det endast finns en förklaring till företrädesprincipen, som i sig inte är juridiskt bindande. Förklaringen resulterar i ett så kallat "frikort" där medlemsstaterna även i fortsättningen kommer att *"kunna hävda att det finns orubbliga principer i den nationella konstitutionen eller grundlagen som de inte tänker ge avkall på, även om de skulle kollidera med EU:s bestämmelser"*¹⁰².

Sammanfattningsvis innebär detta att det generellt finns en osäkerhet i hur EU-rätten skall förhålla sig till medlemsstaternas rätt. Osäkerheten resulterar i sin tur till en urholkning av rättssäkerheten, eftersom förutsebarheten försämras då ovisshet om rättens tillämplighet föreligger. Med andra ord bör ett mer tydligt system utarbetas så att medborgarnas rättigheter på ett tydligare sätt kan fullbordas.

¹⁰¹ Konstitutionsutskottet 2008/09: KU3y s 5.

¹⁰² Bergström & Hettne, s 54.

5 Straff- och processrättens ställning under Lissabonfördraget

Följande avsnitt syftar till att förse läsaren med en exemplifiering och förklaring till de förändringar som Lissabonfördraget givit upphov till på straff- och straffprocessrättens område. Först skall en generell bild ges av Lissabonfördraget och dess betydelse som ändringsfördrag för att sedan gå över till Lissabonfördragets största betydelse för straff- och straffprocessrätten.

5.1 Lissabonfördragets betydelse av ändringsfördrag

Den 1 december 2009 trädde Lissabonfördraget ikraft med huvudsyftet att förenkla och effektivisera de redan befintliga fördragen samt förbättra EU:s demokratiska legitimitet.¹⁰³ Genom det nyaste ändringsfördraget¹⁰⁴ har en mängd förändringar skett inom EU.

Efter Konstitutionsfördragets misslyckande lämnades idén om att införa ett nytt grundfördrag för EU och istället lades fokus på ännu ett nytt ändringsfördrag.. Syftet med ändringsfördraget var således att flytta om, ta bort eller komplettera de redan etablerade bestämmelserna för att på bästa sätt åstadkomma en förenkling och effektivisering av EU-samarbetet. Vidare ansågs Lissabonfördraget minska risken för diskussioner gällande de kontroversiella spörsmålen avseende EU:s konstitutionella betydelse, vilket ansågs vara den huvudsakliga orsaken till att konstitutionsfördraget aldrig överlevde ratifikationsprocessen.¹⁰⁵

Det ompaketerade EU- samarbetet består numera av två fördrag, ett EU-fördrag och ett funktionsfördrag. Unionsfördraget (förkortas i det följande till EUF) omfattar bestämmelser om grundläggande principer, befogenhetsfördelning, rättighetskydd, demokratisk styrning, medlemskap, utträde, fördragsändringar, EU:s mål och värden samt EU:s allmänna institutionella konstruktion.¹⁰⁶ Det gamla EG-fördraget byter namn till Europeiska unionens funktionsfördrag (fördraget förkortas i det följande till FEUF). Funktionsfördraget omfattar bland annat principer om likabehandling, bestämmelser om institutionernas verksamhet, EU:s politikområden, unionsmedborgarskap, beslutsförfaranden och rättsakter.

Sammanfattningsvis har Lissabonfördragets ändringar resulterat i att EUF numera omfattar ramen för bestämmelsernas utformning och konstitutionella karaktär medan FEUF ombesörjer EU:s detaljreglering. Viktigt att påpeka är dock att det enligt EUF artikel 1, stipuleras att såväl EUF som FEUF, skall ha *”samma*

¹⁰³ A a s 29.

¹⁰⁴ Se tidigare ändringsfördrag, Maastrichtfördraget, Amsterdamfördraget och Nicefördraget

¹⁰⁵ Bergström & Hettne, s 14 & Ds 2007:48 s 26.

¹⁰⁶ Bergström & Hettne, s 14 & Ds 2007: 48, s 30 f.

rättsliga värde". I nästföljande avsnitt kommer presentationen av de ändringar som främst påverkat straffrätten att redovisas.

5.2 Lissabonfördragets verkningar på straffrätten

Straffrättens mellanstatliga ställning har sedan pelarstrukturens inrättande blivit hårt kritiserad. Argumenten som förts fram har främst gällt EG - domstolens begränsade möjligheter att avge förhandsavgöranden i straffrättsliga mål samt att det förelegat svag demokratisk förankring i Europaparlamentet.¹⁰⁷ Sedan de förda diskussionerna om straff- och straffprocessrättens brister på toppmötet i Tammerfors har frågan drivits framåt mot bakgrund av två huvudsakliga målsättningar. Den första målsättningen behandlar strävan mot en tillnärmning (harmonisering) av medlemsstaternas strafflagstiftning, medan den andra målsättningen syftar till att realisera principen om ömsesidigt erkännande av rättslig avgöranden och beslut mellan medlemsstaterna. Motiveringen till ovanstående målsättningar kan grovt sammanfattas som en nödvändig förutsättning för att den fria rörligheten skall fungera på ett fullständigt sätt. För ett realiserande av den fria rörligheten krävs att det de facto inte föreligger hinder, med andra ord att EU kan säkerställa frihet, säkerhet och rättvisa vid utövandet av den fria rörligheten.¹⁰⁸

Enligt nuvarande artikel 82 och 83 i FEUF skall det straffrättsliga samarbetet antingen bygga på principen om ömsesidigt erkännande av domar och rättsliga avgöranden eller tillnärmning (harmonisering) av medlemsstaternas straff- och processsystem.¹⁰⁹ Efter Lissabonfördraget kan således straff- och processrättslig makt endast utövas via två instrument, principen om ömsesidigt erkännande och minimiharmonisering av normer. Vad avser harmonisering har EU:s straff- och straffprocessnormgivningsrätt inskränkts till att endast omfatta särskilt allvarlig brottslighet med gränsöverskridande karaktär. Exempel på brott vari minimiharmonisering är tillåten utgörs av bland annat terrorism och organiserad brottslighet.¹¹⁰

En ytterligare konsekvens av att straff- och processrätten förflyttas till FEUF artikel 82 och 83 är att rambeslut som rättsligt instrument tas bort och ersätts numera med sekundärlagstiftning som till exempel direktiv.

¹⁰⁷ Ester Herlin-Karnell, SIEPS, s 1.

¹⁰⁸ Gröning, s 46 f. & s 48.

¹⁰⁹ Ester Herlin-Karnell, Sieps, s 2.

¹¹⁰ För en mer utförligare beskrivning av områdena där minimiharmonisering är tillåten se FEUF artikel 83 p 1.

5.2.1 Tre - pelarstrukturen upphör

Genom den nya fördelningen av unionssamarbetet i ett EUF och ett FEUF, försvinner således den gamla kategoriseringen av medlemsstaternas överstatliga och mellanstatliga samarbete fördelat på tre pelare, pelarstrukturen. För straffrättens vidkommande innebär detta att straffrätten omplaceras från den tredje pelaren till det nya "EG-fördraget" funktionsfördraget. Detta innebär i sin tur att det mellanstatliga samarbetet på straffrättens område numera är ett allt mer överstatligt samarbete. Detta kan tyckas märkligt eftersom EU inte är en stat och för det andra och kanske ännu viktigare, så har straffrätten enligt tradition varit nära kopplad till en stats territorium. Vidare konsekvenser av straffrättens mer överstatliga natur på EU-nivå, är rätten att införa rättsliga instrument och rättslig kontroll. Vidare har även EU:s brottsbekämpande institutioner Europol och Eurojust fått utökade möjligheter till att inrätta en europeisk åklagarmyndighet.¹¹¹

5.2.2. Det ordinarie lagstiftningsförfarandet

Genom Lissabonfördragets ikraftträdande ändras bland annat det straffrättsliga och processrättsliga lagstiftningsförfarandet till den formella beteckningen *det ordinarie lagstiftningsförfarandet* enligt artikel 294 i EUF. Lagstiftningsförfarandet kommer således att utgöra EU-rättens standardförfarande för lagstiftning. Det ordinarie lagstiftningsförfarandet bygger på principen om likvärdighet, varför förfarandet numera innebär att Europaparlamentet, som EU-medborgarnas främsta röst, och ministerrådet, som medlemsstaternas regeringars främsta röst, är båda lagstiftare med samma tyngd. Efter Lissabonfördraget är således de båda institutionerna beroende av varandras godkännande för att EU-lagstiftning på straff- och straffprocessrättens område skall komma till stånd.¹¹²

Vidare innebär det ordinarie lagstiftningsförfarandet att ministerrådet inte längre kan fatta beslut med enhällighet, utan ministerrådet skall härmed alltid fatta beslut med kvalificerad majoritet. Vilket således innebär en minskad användning för medlemsstaternas regeringar att utöva veto.

5.2.3. Nödbromsen och det fördjupade samarbetet

På straff- och processrättens område har det uttrycks ett behov av att inrätta en säkerhetsventil eftersom straff- och straffprocessrättens lagstiftning på EU-nivå ansetts allvarligt kunnat påverka medlemsstaternas fundamentala straff- och processsystem. Säkerhetsventilen kallad nödbromsen i FEUF artikel 83.3 innebär

¹¹¹ Gröning & Zetterquist s 56 f.

¹¹² DV/796687SV. DOC, S 5/54.

mer konkret att ett lagförslag av kontroversiellt innehåll kan slussas till Europeiska rådet där medlemsstaternas stats- och regeringschefer genom enhällighet beslutar om förslaget skall antas eller förkastas. Antas inte förslaget, förfaller lagförslaget. Det skall dock nämnas att även om nödbromsen används kan fortfarande en del medlemsstater (minst nio) ingå ett fördjupat samarbete enligt artikel 329 i EUF, enligt det förkastade lagförslagets lydelse och innehåll. Förutsättningarna för det fördjupade samarbetet är dock att det syftar till att främja unionens mål, skydda dess intressen, stärka integrationsprocessen och att säkerställa att de icke deltagande medlemsstaternas rättigheter, skyldigheter och befogenheter inte påverkas av samarbetet ifråga.¹¹³ Detta innebär att medlemsstaterna ytterligare får en inskränkning av den normgivningsmakt som gäller på EU-straffrättens område.¹¹⁴

5.2.4. Europeiska unionens domstols utökade jurisdiktion

EG-domstolen begränsade möjlighet till förhandsavgörande på straffrättens område har starkt kritiserats under tiden trepelarstrukturen varit gällande. Motiveringen till EG-domstolens begränsade möjligheter till förhandsavgöranden inom den andra och tredje pelaren har ansetts befogad, främst på grund av att området för frihet, säkerhet och rättvisa samt GUSP varit nationella angelägenheter där EG saknat lagstiftningskompetens.¹¹⁵ Lissabonfördragets slopande av trepelarstrukturen har svarat på kritiken och utvidgat EU-domstolens¹¹⁶ behörighet att avge förhandsavgöranden till att omfatta hela unionen, såvida det inte uttryckligen anges annat i Lissabonfördraget. Genom Lissabonfördraget har således den europeiska unionens domstol fått utökad jurisdiktion genom att domstolen numera innehar en allmän behörighet enligt artikel 19.1 FEU att "*säkerställa att lag och rätt följs vid tolkning och tillämpning av fördragen*" för varje rättsområde inom unionen.¹¹⁷ För straff- och straffprocessrättens vidkommande innebär detta att EU-domstolen numera innehar en generell maktbefogenhet på rättsområdet.¹¹⁸ Det skall dock påpekas att EU-domstolen inte kommer att ha behörighet att pröva giltigheten och proportionaliteten av de nationella brottsbekämpande organens arbete. Detsamma skall gälla för medlemsstaternas vidtagna åtgärder till att upprätthålla lag och ordning samt vad avser skyddet av den inre säkerheten.¹¹⁹

¹¹³ Vad innebär reformfördraget? Hettne & Langdal, s 5. Sieps rapport.

¹¹⁴ Ester Herlin-Karnell, s 3. Sieps.

¹¹⁵ Gröning s 36 f.

¹¹⁶ Förkortning på den nya benämningen på EG-domstolen, den Europeiska unionens domstol.

¹¹⁷ Artikel 19.1 FEU & Bergström & Hettne, s 74.

¹¹⁸ Hettne & Bergström s 74 f.

¹¹⁹ Lagrådsberedningens remissyttrande inför antagande av Lissabonfördraget s 60.

6 Principen om ömsesidigt erkännande av domar och rättsliga avgöranden

Avsnittet syftar till att ge läsaren en grundläggande förståelse för innebörden av principen om ömsesidigt erkännande av domar och rättsliga avgöranden, principens placering inom EU-strafrätten och dess praktiska betydelse för de instrument som utvecklats inom EU-strafrätten. Syftet är inte att ge en heltäckande förklaring eller motivering till principens verkande på EU-strafrättens område. En viss problematisering av principens ställning kommer dock att föras. Syftet är vidare inte heller att argumentera huruvida principen är lämplig för straffrättens förverkligande på EU-nivå. Avsikten är istället att belysa och problematisera principen om ömsesidigt erkännande av domar och rättsliga avgörandens ställning på EU-strafrättens område för att i nästföljande avsnitt kunna utröna huruvida principen kan legitimeras med bakgrund av olika legitimitetsteorier.

6.1 Bakgrund till principen om ömsesidigt erkännande

Vad avser principen om ömsesidigt erkännande har denna främst utvecklats inom området för den inre marknaden genom det så kallade Cassis de Dijon-målet, där rättsfrågan avsåg bestämmelsen gällande kvantitativa importrestriktioner och åtgärder med motsvarande verkan i artikel 30 EEG-fördraget. Mera konkret handlade det om huruvida en Fransk likör (kallad Cassis de Dijon) innehållande 16% alkohol kunde vägras försäljning i Tyskland med beteckningen likör, eftersom det i Tyskland fanns bestämmelser på att alkoholhalten minst skulle uppgå till 25% för att kunna betecknas som likör. Rättsfrågan avgjordes av EG-domstolen som förklarade i sitt domslut att förbudet mot bestämmelserna i artikel 30 EEG - Fördraget skulle tolkas så *"att förbudet i denna bestämmelse även omfattar fastställandet i en medlemsstats lagstiftning av en lägsta alkoholhalt för alkoholhaltiga drycker när det gäller import av alkoholhaltiga drycker som lagligen har tillverkats och saluförts i en annan medlemsstat"*.¹²⁰ Efter domen har principen flitigt används på den inre marknaden. En förklaring till att principen om ömsesidigt erkännande fick sitt genombrott på den inre marknaden är bland annat att medlemsstaterna hade stora svårigheter att enas om vilka regler som skulle harmoniseras på detta rättsområde.¹²¹ Den Europeiska Utredningsordern grundas med andra ord på en princip som i begynnelsen och till sitt syfte var tänkt att verka på den inre marknaden, där en vara som erkänts i en medlemsstat även per automatik skall godkännas inom alla andra medlemsstater. En naturlig fråga som gör sig gällande i detta sammanhang är hur och varför principen om ömsesidigt erkännande därefter fått genomslag på EU-strafrättens område?

¹²⁰ Mål Cassis de Dijon C 120/98, p 15.

¹²¹ Fedeico Mancini, The Making of a Constitution for Europé.

6.2 Principen om ömsesidigt erkännande och området för frihet, säkerhet och rättvisa

Startpunkten för principen om ömsesidigt erkännande på straffområdet var på Europeiska Rådets möte i Tammerfors den 15-16 oktober 1999. I det så kallade Tammerforsprogrammet fastlades principen om ömsesidigt erkännande som en grundbult på området för frihet, säkerhet och rättvisa.¹²² Brottsbekämpningen på europeisk nivå ansågs utgöra en grundförutsättning för att säkerställa området för frihet, säkerhet och rättvisa, där begreppet frihet markerades som det viktigaste av de tre. Säkerhet och rättvisa uppfattades som nödvändiga förutsättningar för att skapa ett område där EU-medborgarna fullt ut skulle kunna utnyttja den fria rörligheten på ett rättssäkert sätt. Begreppet frihet gavs i detta sammanhang en bred definition, begreppet inkluderade såväl rättigheten till trygghet utan kriminalitet som garantin till att tillräckliga åtgärder vidtogs av myndigheterna för att säkerhetsställa laglydnad. Syftet med att inkludera brottsbekämpande åtgärder på europeisk nivå skulle således vara att skapa garantier för den fria rörligheten.¹²³

Slutsatserna från Tammerforsmötet finns sedan 2001 stipulerade som en del av den Europeiska unionens målsättningar, vilket kan ses som en bidragande faktor till att det på senare år, särskilt med beaktande av Lissabonfördragets verkningar på straffrätten, har skett en omfattande utvidgning av straffrätts ställning på EU-nivå.¹²⁴ *"Unionen skall erbjuda sina medborgare ett område med frihet, säkerhet och rättvisa utan inre gränser, där den fria rörligheten garanteras samtidigt som lämpliga åtgärder vidtas avseende kontroller vid yttre gränser, asyl, invandring samt förebyggande och bekämpande av brottslighet"*¹²⁵

Målsättningen med frihet, säkerhet och rättvisa har skapat en autonom plattform för straffrätten inom EU, eftersom EU och inte medlemsstaterna i sig, utgör territoriet för målsättningarnas realiserande, har straffrätten fått en frikopplad ställning från staten. Syftet med detta har varit att möjliggöra för EU-medborgarna att utan hinder kunna röra sig fritt inom hela unionen och att denna rättighet skall vara lika för alla medborgare inom EU.¹²⁶

¹²² I punkten 33 i Tammerforsprogrammet stipulerades följande *"Principen om ömsesidigt erkännande, som enligt dess förmenande bör bli en hörnsten i det rättsliga samarbetet på både det civilrättsliga och det straffrättsliga området inom unionen."*

¹²³ Träskman s 1 f. Jmf Gröning s 46.

¹²⁴ Gröning s 46.

¹²⁵ Artikel 3.2 EUF

¹²⁶ Gröning s 47 Jmf Träskman s 1.

6.3 Principen om ömsesidigt erkännande av domar och rättsliga avgörandens verkan på EU-strafrätten

Principen om ömsesidigt erkännande har traditionellt ansetts av medlemsstaterna utgöra ett kontroversiellt instrument för förverkligandet av EU-strafrätten. Medlemsstaternas inställning ändrades dock efter terroristdådet den 11 september 2001. Händelsen resulterade i ett snabbt antagande av direktivet om en europeisk arresteringsorder, som de facto vilar på principen om ömsesidigt erkännande, vilken innan terrordådet hade varit föremål för långa och tröggående förhandlingar. Steven Peers benämner händelsen som "(a) window of opportunity"¹²⁷ eftersom antagandet av den europeiska arresteringsordern banade väg för snabbare och lättare antagande av nya instrument baserade på principen om ömsesidigt erkännande på EU-strafrättens område. För att ytterligare belysa principens starka genomslagskraft efter antagandet av arresteringsordern, uttalade sig EU – domstolen i målet *Gozutok mot Brugge* att medlemsstaterna skall hysa förtroende för varandras straffrättsliga system och därav erkänna andra medlemsstaters straffrätt, även i de fall där de andra medlemsstaternas straffrätt skulle skilja sig från nationell straffrätt.¹²⁸

Efter Lissabonfördragets ikraftträdande utgör principen om ömsesidigt erkännande en grundläggande princip för det fortsatta EU- straffrättsliga samarbetet, principen återfinns numera i FEUF artikel 82 med lydelsen

"det straffrättsliga EU-samarbetet ska bygga på principen om ömsesidigt erkännande av domar och rättsliga avgöranden"

Principen om ömsesidigt erkännande på EU - straffrättens område skiljer sig dock till syfte, innebörd och resultat från principen om ömsesidigt erkännande på den inre marknaden. Att principen har olika innehåll beroende på om den tillämpas på inre marknaden eller på EU-strafrätten är en viktig poäng att belysa, eftersom allt för hårdtagna analogislut lätt kan leda till felaktiga och förhastade slutsatser av principens reella innebörd på EU-strafrättens område.¹²⁹

På den inre marknaden utgörs syftet med ömsesidigt erkännande av att individer kan ta med sig rättigheter från sitt hemland till ett värdland, ett annat medlemsland, utan att behöva bära bördan av att fullt ut tillämpa värdlandets bestämmelser. Detta är ett uttryck för den fria rörligheten som således är hänförd till individer genom att låta pengar, varor och tjänster flöda fritt inom unionen. På området för frihet, säkerhet och rättvisa fyller principen om ömsesidigt erkännande ett helt annat syfte, där handlar det istället om fri rörlighet av rättsliga avgöranden och domar. Detta innebär att statsmakten och inte individen

¹²⁷ S. Peers s 12.

¹²⁸ C-187 & 385/01 2003, ECR I-1345.

¹²⁹ Möstl, s 409

får en utvidgad nationell jurisdiktion, en så kallad fri rörlighet för statsmakter att byta rättssystem med varandra.¹³⁰ Den väsentliga skillnaden mellan principens verkan på den inre marknaden och på området för frihet, säkerhet och rättvisa utgörs av det faktum att principen utverkas genom primärrätten på den inre marknaden medan på området för frihet, säkerhet och rättvisa tillämpas principen genom sekundärrätten. För att principen skall få verka på EU-straffrättens område krävs således som förutsättning att någon form av sekundärrätt utfärdas. Detta gör att principen får olika konsekvenser beroende på om rättsgrunden återfinns på den inre marknaden eller på området för frihet, säkerhet och rättvisa.¹³¹

Eftersom principen om ömsesidigt erkännande inom primärrätten är direkt tillämplig sätter de grundläggande EU-fördragen per automatik principens gränser och innehåll på den inre marknaden, medan principens räckvidd och bestämda innehåll först måste förhandlas fram i EU:s institutioner innan den kan bli tillämplig på området för frihet, säkerhet och rättvisa. Distinktion är av vikt för att få en rättvisande bild av principen om ömsesidigt erkännandes innehåll och verkningar på EU-straffrättens område. Enligt den hittills ringa praxis gällande principen om ömsesidigt erkännande av domar och rättsliga avgörandens verkan på EU-straffrättens område, har det dock visat sig att samtliga instrument som utfärdats, varit försedda med villkor ämnade till att garantera en viss lägsta nivå av samstämmighet mellan medlemsstaternas nationella rätt och det instrument som utfärdats.¹³²

En lämplig fråga att ställa i sammanhanget är varför just principen om ömsesidigt erkännande fått en så framträdande roll i den straff- och straffprocessrättsliga utvecklingen på EU-nivå? En möjlig förklaring kan hämtas från en utav EU:s grundläggande principer, Lojalitetsprincipen,¹³³ som betraktas vara en av de viktigaste hörnstenarna i det EU-rättsliga samarbetet. Medlemsstaterna har genom EU-medlemskapet inte bara förbundit sig att verka lojalt mot EU:s institutioner, utan också mot andra medlemsstater, det vill säga att visa lojalitet mot varandra på områden som omfattas av Lissabonfördraget, där tillika också straffrätten numera ingår.¹³⁴ Genom principen om ömsesidigt erkännande förvekligas således lojalitetsprincipen, eftersom principen resulterar i en lojalitetsgest via erkännande av andra medlemsstaters rättsliga avgöranden och domar.

En annan förklaring kan vara att principen om ömsesidigt erkännande, så som den manifesterats på den inre marknadsens område på 1980-talet, fungerat som

¹³⁰ A st.

¹³¹ A st.

¹³² A a s. 418

¹³³ Artikel 4 EUF

¹³⁴ Ola Zetterquist, Ömsesidigt erkännande och fundamentala värden, s 1.

en inspirationskälla för tillnärmningsprocessen av straffrätten på EU-nivå.¹³⁵ Han argumenterar vidare att syftet med principen varit densamma som syftet på den inre marknaden, ett sätt att påskynda samarbetet på området för frihet, säkerhet och rättvisa mot bakgrund av att lättare kunna infria den fria rörligheten. Således verkar det åter vara den fria rörligheten, dock i förevarande fall fri rörlighet av rättsliga beslut och domar, som motiverat principens tillämplighet på det straffrättsliga området inom EU.¹³⁶

Principen har vidare argumenterats vara särskilt tacksam i situationer då det varit svårt att uppnå harmonisering av medlemsstaternas lagar. Detta förklaras av att 28 olika straffrättsliga system inte utan svårighet kan harmoniseras, varför kompromisser blir nödvändiga för att uppnå överenskommelser. Kompromissen blir i detta sammanhang principen om ömsesidigt erkännande. Principen uppfyller härmed två motstående gruppers önskan, såväl motståndare som förespråkare till harmonisering av straffrätten. Motståndare till harmonisering av straffrätten får en del av sin önskan uppfylld, då medlemsstaternas nationella regelsystem *prima facie* inte ändras. Samtidigt får förespråkarna för harmonisering en del av sin önskan uppfylld, genom att en tillämpning av principen medför en indirekt harmonisering på det straffrättsliga området.¹³⁷ Med andra ord fungerar principen om ömsesidigt erkännande som ett verktyg för att bättre kunna föra det straffrättsliga samarbetet framåt.¹³⁸

Dock skall det betonas att principen om ömsesidigt erkännande inte skall betraktas som okontroversiell eller som ett enkelt alternativ till harmonisering. Principen om ömsesidigt erkännande resulterar i att medlemsstaterna lite tillspetsat byter straffrättssystem med varandra i vissa gränsöverskridande fall. Det råder således en svår balansgång mellan två syften å ena sidan vill man tillnärma straffrättssystemen inom EU och å andra sidan värnar man om medlemsstaternas nationella straffrättssystem.¹³⁹ Detta utmanar den traditionella uppfattningen om att varje stat är suverän inom sitt territorium. Ett ömsesidigt erkännande innebär per automatik att en stats territorium expanderar och överlappar andra medlemsstaternas territorium vilket också innebär en risk för urholkning av suveräniteten.¹⁴⁰ Detta förklaras av att det enligt den traditionella utvecklingen av medlemsstaternas straffrättssystem har bottnat i nationalstatstanken, där utvecklingen av straffrätten i medlemsstaternas skett oberoende av andra staters straffrättssystem. För att nu, genom principen om ömsesidigt erkännande av domar och rättsliga avgöranden, inte bara ta hänsyn utan också möjliggöra andra medlemsstaters straffrätt företräde framför de

¹³⁵ Mitsilegas, 2006, s 1279.

¹³⁶ Möstl s 406.

¹³⁷ Mitsilegas, 2006, s 1280.

¹³⁸ Gröning s 49 ff. och Gränslös straffrätt s 75.

¹³⁹ Gränslös straffrätt s 77 och Möstl s 407.

¹⁴⁰ Mitsilegas s 1282

nationella bestämmelserna, gör att diskussioner om huruvida EU-straffrätten kan anses inneha legitimitet blir aktuell att besvara.¹⁴¹ Den ökade förändringstakten inom EU och det trängande behovet av fungerande bestämmelser för gränsöverskridande brottslighet har således åsidosatt den ideologiska grunden som länge styrts straffrättens utveckling på nationell nivå till fördel för ett mer praktiskt behov, stävja den allt ökade gränsöverskridande brottsligheten.¹⁴²

Principen om ömsesidigt erkännande, som instrument för att tillfredsställa den nya utvecklingstakten kan således betraktas som en form av "kamouflage". Det straffrättsliga samarbetet går visserligen framåt genom en de facto ökad tillnärmning av medlemsstaternas straffrättssystem, men samtidigt kvarstår differensen mellan straffrättssystemen, då ingen harmonisering¹⁴³ sker av medlemsstaternas straffrättssystem.¹⁴⁴

6.4 Praktisk tillämpning av principen om ömsesidigt erkännande av domar och rättsliga avgöranden

6.4.1 Den europeiska utredningsordern

Drivkraften bakom förslaget om den europeiska utredningsordern är att främja området för frihet, säkerhet och rättvisa. Målets förverkligande är av vikt dels för att stävja den organiserade brottsligheten som tenderar att bli allt mer gränsöverskridande, dels för att kunna upprätthålla den fria rörligheten inom unionen. För att hindra och beivra brott förutsätts de facto vetskap om brottsliga gärningar. De brottsbekämpande - och brottsutredande myndigheterna får i huvudsak information om brott genom olika typer av bevisinhämtning. Varför effektiva utredningsinstrument är av särskild vikt för att motverka och beivra gränsöverskridande brottslighet, eller annorlunda uttryckt¹⁴⁵ *"effektiv svensk brottsbekämpning förutsätter bra verktyg för att samarbeta med andra stater"*¹⁴⁶ Vad detta innebär är att medlemsstaternas olikartade rättssystem inte skall hindra bevisinhämtning och i förlängningen också hindra en effektiv brottsbekämpning. Nedanstående presentation kommer att belysa nuvarande bevisinhämtningssystem och varför det i dagsläget finns ett förslag på nytt övergripande bevisinhämtningsinstrument, den europeiska utredningsordern.

¹⁴¹ Gränslös straffrätt s 77 f.

¹⁴² A st.

¹⁴³ Dock minimiharmonisering, men skillnader kvarstår de facto då man som medlemsstat kan lägga sig olika över den lägsta standard.

¹⁴⁴ Gränslös straffrätt s 79.

¹⁴⁵ Kommissionens grönbok, KOM (2009)

¹⁴⁶ Utskottsbetänkande 2007/08:JuU22

6.4.2 Nuvarande bevisinhämtningssystem

De nuvarande systemen för bevisinhämtning i straffrättsliga förfaranden i EU baseras på två olika principer, å ena sidan råder principen om ömsesidig rättslig hjälp, där exempelvis Europeiska konventionen om inbördes rättshjälp i brottmål grundas på principen i fråga. Principen om rättslig hjälp bygger lite förenklat på ett prövningsförfarande, där medlemsstaterna själva prövar och bestämmer huruvida de vill bistå med rättslig hjälp till andra medlemsstater.¹⁴⁷ Å andra sidan finns bevisinhämtningsinstrument som grundar sig på principen om ömsesidigt erkännande, här kan principen exemplifieras av rambeslutet om en europeisk bevisinhämtningsorder för att inhämta föremål, handlingar eller uppgifter som skall användas i straffrättsliga förfaranden och rådets rambeslut om verkställighet i Europeiska unionen av beslut om frysning av egendom eller bevismaterial^{148,149} Den europeiska bevisinhämtningsordern har bland annat kritiserats för att den endast är tillämplig på redan befintligt bevismaterial, vilket anses begränsa det straffrättsliga samarbetet. Vad avser bevisinhämtningsverktyget för frysning av egendom och bevismaterial har kritiken främst riktats mot att instrumentet endast fungerat effektivt mellan medlemsstater som har liknande nationella normer för bevisinhämtning. Detta eftersom dagens instrument inte fastställer några gemensamma normer för bevisinhämtning.¹⁵⁰ Kritiken har lett fram till att det nu inom EU anses angeläget om att inrätta ett övergripande system för bevisinhämtning mellan medlemsstaterna baserat på principen om ömsesidigt erkännande.¹⁵¹

Enligt kommissionens grönbok, om bevisinhämtning i straff- och straffprocessrättsliga förfaranden, belyser kommissionen behovet av ett nytt bevisinhämtningsystem på området frihet, säkerhet och rättvisa.¹⁵² Det fastslås vidare att det rådande systemet med flera parallella bevisinhämtningsinstrument och instrumentens olika principer, utgörs av ett allt för fragmentariskt, komplicerat och ineffektivt system. Vidare stipuleras i grönboken att det nya bevisinhämtningsinstrumentet skall omfatta alla typer av bevis, innehålla tidsfrister för verkställande och i möjligaste mån begränsa skäl för vägran.

¹⁴⁷ www.sweden.gov.se/sb/d/1915/a/19763

¹⁴⁸ Rådets rambeslut 2008/978/RIF & EUT L 350 30.12.2008, s. 72./ EUT L 196, 2.8.2003, s. 45

¹⁴⁹ Utskottsbetänkande 2007/08:juU22, s. 5.

¹⁵⁰ Utskottsbetänkande 2009/10:juU16, s. 6.

¹⁵¹ EUT C 165/23, 24.6. 2010.

¹⁵² Utskottsbetänkande 2009/10:juU16, s. 1.

6.4.3. Den europeiska utredningsordens innehåll

I Stockholmsprogrammet framhölls betydelsen av att sammanfoga samtliga instrument för bevisinhämtning inom EU.¹⁵³ Förslag på direktiv om en europeisk utredningsorder syftar därför till att ge en övergripande reglering för alla typer av bevisinhämtning inom det straffrättsliga samarbetet mellan medlemsstaterna i EU. Utredningsordern kommer således att beakta både befintlig bevisning som inhämtning av ny bevisning. Utredningsordern skall därmed ersätta rambesluten 2003/577/RIF och 2008/978/RIF samt de olika instrumenten vilka baseras på principen om ömsesidig rättslig hjälp i brottmål, dock endast i den mån instrumenten i fråga omfattar bevis vilka användas i straffrättsliga förfaranden.

Den rättsliga grunden för utredningsordern utgörs av artikel 82.1 a i FEUF, där det stipuleras att principen om ömsesidigt erkännande av domar och rättsliga avgöranden skall vara ledande på straffrättsområdet samt att det ordinarie lagstiftningsförfarandet skall gälla som beslutsform. Mycket förenklat innebär förslaget på en europeisk utredningsorder en skyldighet för medlemsstaterna att erkänna och verkställa en utredningsorder. En mer utförligare beskrivning kan härledas från artikeln 1.1 i förslagsdirektivet där utredningsordern definieras som ett rättsligt avgörande, utfärdat av en behörig myndighet i en medlemsstat (*den utfärdande staten*) för genomförande av en eller flera specifika utredningsåtgärder i en annan medlemsstat (*den verkställande staten*) i bevisinhämtningssyfte och inom ramen för vissa förfaranden.

Utredningsordern är tillämplig på straffrättsliga förfaranden som inletts eller som kan tas upp inför en rättslig myndighet med avseende på en straffbar gärning *enligt den utfärdande statens nationella lagstiftning*.¹⁵⁴ Vidare skall utredningsordern omfatta samtliga utredningsåtgärder, om inget annat anges i direktivförslaget.¹⁵⁵ Detta innebär att krav på dubbel straffbarhet inte uppställs för en tillämpning av utredningsordern.

Utredningsordern är också tillämplig på administrativa och rättsliga förfaranden vilka inletts av behörig myndighet.¹⁵⁶ Med utfärdande myndighet avses en domare, domstol, undersökningsdomare eller allmän åklagare som är behörig i det aktuella fallet samt rättsliga myndigheter, enligt den utfärdande statens definition.¹⁵⁷ Med verkställande myndighet avses en myndighet som har behörighet att godkänna eller verkställa en utredningsorder enligt direktivförslaget.

¹⁵³ <http://www.regeringen.se> & 2009/10 JuU16 Justitiekommitténs utlåtande s 1-

¹⁵⁴ Artikel 4 a) EUT 24.6.2010 C 165/25

¹⁵⁵ Artikel 3. EUT 24.6.2010 C 165/24

¹⁵⁶ Artikel 4 a-d. EUT 24.6.2010 C 165/25

¹⁵⁷ Artikel 2 EUT 24.6.2010 C 165/25

Eftersom utredningsordern är baserad på principen om ömsesidigt erkännande skall den verkställande staten *utan krav på vidare formaliteter* erkänna en utredningsorder som översänts i enlighet med direktivets anvisningar.

Eftersom artikeln 82.1 a är tillämplig på utredningsordern, innebär detta att varken veto eller nödbromsen kan tillämpas av medlemsstaterna för att få direktivförslaget antingen nedlagt eller få det omprövat av Europarådet. Vilket gör att vägransgrunderna i utredningsordern blir av särskild vikt för medlemsstaterna. I nuvarande förslag kan medlemsstaterna vägra att verkställa utredningsordern om den bland annat anses skada väsentliga nationella säkerhetsintressen, äventyra informationskällan eller innebära användning av sekretessbelagda uppgifter om särskild underrättelseverksamhet. I det rådande direktivförslaget om en utredningsorder saknas dock vägransgrunder baserade på avsaknad av dubbel straffbarhet och territoriell anknytning till brottet som bevisinhämtningen är knuten till. Detta resulterar i en risk för att en medborgares handling, som är laglig i den medlemsstat i vilken handlingen företogs, kan bli föremål för utredningsåtgärder av en annan medlemsstat, där handlingen är olaglig. Medlemsstaten utvidgar således sin jurisdiktion till att även omfatta brott som faller utanför medlemsstatens territoriella gränser. Detta är möjligt eftersom utredningsordern och de där omfattande utredningsåtgärderna är tillämpliga på *samtliga brott i alla medlemsstater*. Detta innebär att det skapas en risk för att utredningsordern kan komma att urholka medlemsstaternas suveränitet.¹⁵⁸

Önskan från EU:s sida är att fördjupa det straffrättsliga samarbetet mellan medlemsstaterna, vari verktygen för förverkligandet vilar på principen om ömsesidigt erkännande, men i själva verket så kommer utredningsordern att resultera i att man använder andra staters straffprocessrätt, vilken i sin tur är tänkt att tillgodose behov i den andra medlemsstaten. Med andra ord så kommer principen om ömsesidigt erkännande resultera i att erkännande och verkställande av utredningsordern sker utan någon vidare undersökning om huruvida ordern strider mot inhemska rätt eller inte.¹⁵⁹ Acceptans av en utredningsorder utan förbehåll är det som i huvudsak skiljer utredningsordern mot de traditionella bevisinhämtningsinstrumenten som baseras på principen om ömsesidig rättslig hjälp. Det finns dock undantag från när en utredningsorder måste erkännas och verkställas. Artikel 10 i förslagsdirektivet stipulerar en uttömmande upprädnad av undantag för icke-erkännande eller icke-verkställighet av en utredningsorder. Vägransgrunderna kan tillämpas i enskilda fall då erkännande och verkställighet av en utredningsorder kan tänkas till exempel skada väsentliga nationella säkerhetsintressen och röja sekretessbelagda uppgifter.

¹⁵⁸ S. Peers, s 2.

¹⁵⁹ Gränslös straffrätt, SIEPS s 76.

Hur kan ett rättsligt instrument som utredningsordern, vilken bygger på principen om ömsesidigt erkännande legitimeras?

7 Analys

Avsnittet kommer att behandla och besvara uppsatsen frågeställning, " På vilka grunder kan principen om ömsesidigt erkännande av domar och rättsliga avgöranden genom den europeiska utredningsordern på straff- och straffprocessens område legitimeras?"

7.1. Formell legitimitet och den europeiska utredningsordern

I uppsatsen har en argumentation förts om att EU genom sina självständiga och långtgående befogenheter är att betrakta som ett självständigt rättssystem. Utgångspunkten för följande analys grundar sig således i det faktum att EU är en självständig rättsordning med befogenhet att utfärda rättsliga instrument, med tillämplighet på medlemsstaternas territorium.

Den europeiska utredningsordern är således ett sådant rättsligt instrument vilken föreskriver bestämmelser med tillämplighet på 28 olika rättssystem, där det onekligen redan existerar rättsnormer för bevisinhämtning.

Eftersom EU anses utgöra ett eget rättssystem blir instrument utfärdade på EU-nivå att betrakta som ett komplement till medlemsstaternas rättssystem, särskilt då EU-rätten endast görs gällande vid rättsliga spörsmål som kan hänföras till något utav EU:s kompetensområden. EU som en kompletterande rättsordning bidrar därför till att ett parallellt rättssystem skapas för medlemsstaternas rättsordningar. Den europeiska utredningsordern ses således tillämplig på två parallella rättssystem, EU:s och medlemsstaternas. En tillämpning av utredningsordern resulterar därför onekligen i en regelkonkurrens mellan EU-rätt och inhemsk rätt. Givet Kelsens teori om en strikt regelhierarki och rättssystemet koherens utgör utredningsorderns komplement till inhemsk lag en svår utmaning. Huvudsakligen eftersom Kelsen baserar sin legitimitetsteori på att det endast råder *ett* rättssystem med en klar och logisk regelhierarki. En tillämpning av utredningsordern möjliggör därför att två rättsordningar av samma dignitet blir gällande samtidigt. Detta innebär en uppluckring av det koherenta system som Kelsen förespråkar för formell legitimitet, vilket blir särskilt påtagligt då bevisinhämtningsbestämmelser på nationell nivå genom utredningsordern hämta sin giltighet från EU-rätten och inte från medlemsstaternas konstitutioner.

Detta gör att Kelsens legitimitetsteori omöjligt kan tillämpas tillfredsställande på fall där konkurrerande normer med samma giltighet härledda från olika

rättssystem aktualiseras. Synsättet innebär således att Kelsens tanke på en koherent rättsordning utesluts och ersätts av rättsordningar som verkar parallellt med varandra och där normkonflikter mellan dessa kan lösas på olika sätt och därmed inte enbart genom en normhierarkisk jämförelse.¹⁶⁰

EU som rättsordning kan därför omöjliggen inneha formell legitimitet enligt Kelsen legitimitetsteori, vilket tillika innebär att av EU-utfärdade rättsinstrument på samma grund inte heller kan anses ha formellt legitima. Således kan inte den europeiska utredningsordern valideras genom den formell legitimitet med den definition Kelsen ger teorin. Vilket lämnar frågan om den Europeiska utredningsorderns legitimitet obesvarad. För att kunna legitimera EU-rätten och därmed även den europeiska utredningsordern baserad på principen om ömsesidigt erkännande, krävs således en annan syn på legitimitet. En undersökning skall därför göras huruvida EU-straff- och straffprocessrätten och de därigenom utfärdade instrumenten kan inneha legitimitet baserad på dess innehåll snarare än dess form. Med andra ord om den europeiska utredningsordern kan anses ha materiell legitimitet.

7.2. Materiell legitimitet

7.2.1. Folksuveränitet som materiell legitimitetsgrund och den europeiska utredningsorden

Enligt teorierna om folksuveränitet och Hobbes teori om den suveräna staten krävs folkligt stöd för att validera offentlig maktutövning. Legitimitetsteorin om folksuveränitet utgår således från medlemsstaternas demokratibegrepp, där kravet på legitimitet utgörs av att lagstiftning måste vara antagen via parlamentariska processer. Eller annorlunda uttryckt, så förutsätter folksuveränitetsprincipen ett parlamentariskt stöd vid antagandet av lagstiftning för att denna skall anses legitim.

Straffrätten, oavsett om den verkar på EU-nivå eller nationell nivå, är till sin karaktär ett utav de rättsområden som gör de mest ingripande åtgärderna i en individs personliga rättsfär. Detta gör att offentlig maktutövning över individen måste anses legitim för att kunna accepteras av densamma. Enligt Hobbes teori om statsmakten som en förmedlare av folkets vilja blir rätten, däribland straffrätten, ett instrument för att fullborda folkets vilja. Statsmakten ses således som den legitimitetsgrund för offentlig maktutövning, då den kan härledas tillbaka till folkets vilja.

¹⁶⁰ Zetterquist s 120 & 123.

Teorin om folksuveränitet återfinns främst på statnivå, i Sverige finns folksuveränitetstanken stadgad i den svenska grundlagen genom att riksdagen är folkets främsta företrädare och all offentlig makt utgår från folket.¹⁶¹ Vad detta onekligen innebär är att all typ av maktutövning, inräknat straff- och straffprocessrättslig makt, på svenskt territorium måste kunna härledas tillbaka till det svenska folket. Således innebär detta att en parlamentariskt antagen lag i Sverige anses inneha folkets stöd, vilket även kan uttryckas så som att bestämmelser vilka antas via den demokratiska processen också åtnjuter en folklig acceptans och tillika legitimitet. Det har således inte funnits behov av legitimitetsdiskussioner om huruvida straff- och straffprocesslagstiftning haft konstitutionell legitimitet i Sverige, så länge lagar stiftats av den svenska riksdagen. I och med inträdet i den Europeiska unionens har medlemsstaternas lagstiftningsprocesser väsentligen påverkats. Medlemskapet har inneburit att normgivningsmakt avseende olika rättsområden successivt överförts från medlemsstaterna till den Europeiska unionen. Detta har resulterat till en urholkning av medlemsstaterna suveränitet och därmed också statsmakt. Straff- och straffprocessrätten, som en del av den offentliga maktutövningen har av tradition haft starka kopplingar till statstanken. Från och med Sveriges inträde i den Europeiska unionen har således riksdagen som straff- och straffprocessrättens huvudsakliga lagstiftare stegvis fått minskad normgivningskompetens på vad som traditionellt ansetts vara en territoriellt begränsad angelägenhet. Lissabonfördragets ikraftträdande har dock hittills varit det ändringsfördrag som haft den största inverkan på medlemsstaternas, däribland Sveriges, straff- och straffprocessrätten. Genom Lissabonfördragets försorg har rättsområdet fått en mer överstatlig kompetens, varför den svenska statsmakten följaktligen fått en inskränkt normgivningsmakt på rättsområdet i fråga.

Det har således onekligen skett en frikoppling av straff- och straffprocessrättens nära samband med nationalstaten och dess territorium. Konsekvenserna av denna frikoppling reser frågan huruvida dagens straff- och straffprocessrätt kan ha legitimitet på nationell nivå? Eftersom en frikoppling av rättsområdet också innebär en utvidgad lagstiftarroll. Den svenska riksdagen delar numera sin lagstiftningskompetens med bland annat 28 andra medlemsstaternas regeringar, genom representation i ministerrådet, EU:s egna och självständiga institutioner, Europeiska kommissionen och det Europeiska parlamentet som genom Lissabonfördraget numera är medlagstiftare med ministerrådet. Frågan som uppstår i sammanhanget är hur Sverige har löst lagstiftningskonkurrensen för att försäkra sig om att folksuveränitetsprincipen fortfarande är intakt? Eller annorlunda uttryckt, *hur kan EU – medlemskapets verkningar på den svenska straff- och straffprocessrättens lagstiftningsprocess legitimeras?*

¹⁶¹ Skall dock även påpekas att ett parlamentariskt styrelseskick även förespråkas av teorin om konstitutionalism.

I RF 1:10 stadgas att Sverige är medlem i den Europeiska unionen och därmed utgör EU-medlemskapet ett av statskicketets grunder. Placeringen i grundlagen indikerar på ett tydligt sätt att själva medlemskapet enligt teorin om folksuveränitet onekligen måste anses inneha legitimitet. Vidare stadgas i RF 10:6 att normgivningsmakt, det vill säga all offentlig maktutövning som huvudregel kan överföras till den Europeiska unionen. Straff- och straffprocessrätt kan således stiftas på EU-nivå så länge det inte berör statskicketets grunder eller annorlunda uttryckt i en väsentlig grad urholkar den svenska riksdagens roll. *Hur förhåller sig detta rekvisit med principen om ömsesidigt erkännande så som den kommer till uttryck i den Europeiska utredningsordern?*

Eftersom alla rättsliga instrument på straff- och straffprocessrättens område numera stiftas genom det ordinarie lagstiftningsförfarandet, innebär detta att beslut fattade i ministerrådet, som representanter för den Svenska regeringen och därmed indirekt riksdagen, måste godkännas av Europaparlamentet. Man skulle här kunna argumentera att Europaparlamentet som medlagstiftare onekligen tillför en större portion av demokratisk legitimitet till lagstiftningsförfarandet på EU-nivå. Frågan består dock om hur makten kan härledas från folket via Riksdagen. Ur ett renodlat folksuveränitetsperspektiv, kan man argumentera för att Europaparlamentets involvering i lagstiftningsprocessen utgör en förstärkning av folkets vilja eftersom parlamentarikerna valts av folket genom fria och öppna val och Europaparlamentets roll som medlagstiftare gör att folkets vilja får en effektivare genomslagskraft i lagstiftningsprocessen. Med andra ord kan en argumentation föras över att Europaparlamentets nya roll av medlagstiftare kan ge en ökad legitimitet enligt teorin om folksuveränitet. Vidare har medlemsstaternas parlament genom Lissabonfördraget fått en stadgad övervakningskontroll genom den så kallade subsidiaritetsprövningen, vilken resulterat i utökade befogenheter för övervakning av EU:s lagstiftningsprocess. Detta ger medlemsstaternas parlament, och tillika den svenska riksdagen, en förstärkt medborgerlig förankring, eftersom de nationella parlamenten via subsidiaritetskontrollen bättre kan tillvarata det svenska folkets vilja.

Den Europeiska utredningsordern grundar sig dock på principen om ömsesidigt erkännande av domar och rättslig avgöranden, varför det inte spelar någon roll att Europaparlamentet fått större befogenheter. Genom att direktivet ifråga baseras på principen om ömsesidigt erkännande av domar och rättsliga avgöranden, resulterar detta vidare i att det bildas en utökad jurisdiktion för alla medlemsstaters myndigheter, som av direktivet givits befogenheten till att utfärda en så kallad utredningsorder. Det blir en så kallad fri rörlighet av rättssystem, innefattande alla 28 medlemsstaters bevisinhämtningsbestämmelser inom den europeiska unionen. Genom ett realiserande av utredningsordern kan således en situation uppstå där maximalt 26 andra medlemsstaters bevisinhämtningsregler kan komma att gälla i Sverige, trots att dessa

bestämmelser saknas i eller rent av strider mot det svenska rättssystemet för bevisinhämtning.

Enligt teorin om folksuveränitet skall folket ha den yttersta makten, medan rättssystemet skall utgöra ett instrument för förverkligande av statsmaktens ändamål. I förevarande fall finns ett förslag på rättsligt instrument i form av den europeiska utredningsordern som onekligen kommer att resultera i en utökad jurisdiktion för de av direktivet utpekade myndigheterna, vilket indirekt också kommer att ge medlemsstaternas parlament en utökad jurisdiktion. Å ena sidan kommer således de svenska myndigheterna kunna begära bevismaterial från andra medlemsstater baserade på den svenska lagen, det vill säga lagar som är medborgerligt förankrade då dessa tillkommit genom den demokratiska processen i Sverige. Å andra sidan gäller detsamma för de andra 27 medlemsstaterna, vilka kan kräva utlämning av bevis enligt deras inhemska lagar. Det faktum att svenska myndigheter och medborgare måste inrätta sig efter bestämmelser antagna i andra medlemsstater av andra medborgare gör att man svårligen kan hävda att den europeiska utredningsorderns bestämmelser har parlamentariskt stöd i Sverige. Särskilt mot bakgrund av det faktum att en tillämpning av den europeiska utredningsordern gör att medlemsstaterna ömsesidigt accepterar att göra avkall på kontrollen gällande bevisinhämtning till fördel för att på motsvarande sätt få tillgång till makten på andra medlemsstaters territorium.

Med andra ord skall de rättsliga instrumenten vara underställda den politiska viljan enligt teorin om folksuveränitet. I följande fall, med den europeiska utredningsordern blir förhållandet tvärtom. Det rättsliga instrumentet blir överordnat den politiska makten när de andra medlemsstaternas myndigheter utfärdar en utredningsorder som till sitt innehåll skiljer sig från de svenska bevisinhämtningsreglerna. Resultatet blir att svenska myndigheter måste tillämpa bestämmelser vilka saknar parlamentariskt stöd i Sverige, det vill säga de måste utöva offentlig makt som inte utgår från det svenska folket.

Eftersom en tillämpning av utredningsordern innebär att svenska brottsutredningsmyndigheter och domstolar ovillkorligen godtar och verkställer andra medlemsstaters beslut avseende bevisinhämtning, kommer onekligen riksdagens roll åtminstone i någon mån urholkas vad avser normgivningsmakt på straffprocessens område. Denna situation reser frågan *om huruvida den normgivningsmakt som överlåtits till Europeiska unionen genom Lissabonfördraget kan anses strida mot vad som får överlämnas enligt den svenska grundlagen RF 10:6?*

Enligt konstitutionsutskottets uttalande så kan Sverige överlämna normgivningsmakt så länge statsskickets grunder inte påverkas eller med andra ord så länge riksdagens makt inte urholkas i väsentlig grad. Rimligtvis borde detta

innebära att viss urholkning av riksdagens roll borde anses vara lagenlig. Utredningsorderns tillämpning innebär onekligen att riksdagens maktutövning kommer att inskränkas när andra medlemsstater utövar sin rätt till utfärdande av en utredningsorder som till innehållet skiljer sig från svenska bestämmelser. Det är dock i dagsläget mycket svårt att bedöma hur stor påverkan instrumentet kommer att få på den svenska riksdagens roll, eftersom förhandlingar fortfarande pågår i ministerrådet och Europaparlamentet, främst vad avser grunderna för icke-erkännande eller icke-verkställighet av en utredningsorder. Det som i dagsläget dock kan konstateras är att det finns en risk för urholkning av riksdagens roll, dock att omfattningen på risken för tillfället är oklar. Eftersom förarbetena förblir tysta över vilken gradskala som skall tillämpas för att kunna utrona vad "väsentlig betydelse" egentligen innebär kan den centrala frågan för suveränitetsperspektivet tolkas som att RF 10:6 inte har överträtts av direktivförslagets utformning i dagsläget.

Sammanfattningsvis kan konstateras att det enligt konstitutionsutskottet finns ett parlamentariskt stöd för den europeiska utredningsordern i Sverige, eftersom instrumentet omfattas av den överlåtna normgivningsmakten enligt RF 10:6. Enligt teorin om folksuveränitet och RF 1:1 är det dock desto osäkrare huruvida ett parlamentariskt stöd föreligger för den europeiska utredningsorderns tillämplighet på svenskt territorium. Detta särskilt med beaktande av att teorin förespråkar ett parlamentariskt stöd för rättsnormer. Detta stöd saknas i dagsläget för den europeiska utredningsordern, då instrumentet inte lagstiftats med tillräcklig stark koppling till det svenska folkets företrädare i Riksdagen. Detta utgör ett problem enligt teorin folksuveränitet, eftersom en tillämpning av principen resulterar i en frikoppling mellan statsmakten och det rättssystem som åtnjuter medborgerlig förankring. Den övergripande förutsättningen för att en lag skall anses ha legitimitet enligt folksuveräniteten är att det finns ett starkt samband mellan lagen och folket. Följaktligen innebär det att utredningsordern, som således luckrar upp den befälsordning mellan folkligt stöd och lag, blir svår att legitimera utifrån teorin om folksuveränitet.

7.2.2. Den konstitutionalistiska teorin tillämpad på utredningsordern baserad och principen om ömsesidigt erkännande av domar och rättsliga avgöranden

En tillämpning av den konstitutionella teorin på EU-rättens område gör att utgångspunkten för rättens legitimitet blir primärt ett rättighetsfokuserat begrepp. Med EU:s demokratibegrepp som utgångspunkt innebär detta att syftet med EU blir att primärt infria vissa rättigheter och att själva förverkligandet av dessa rättigheter utgör rättens legitimitet.

Det primära värdet som konstitutionalismen uppställer är individers lika rätt till *autonomi*, med andra ord rätt till frihet och jämlikhet. Konstitutionalismens tanke på människans autonoma status, kan jämföras med EU:s målsättning med den fria rörligheten, som brukar betecknas som de fyra friheterna, fri rörlighet av varor, tjänster, arbetstagare och kapital. Den fria rörligheten inom den europeiska unionen ger medlemsstaternas medborgare, rättigheter i form av att fritt röra sig inom unionen utan hinder eller gränskontroller. Till följd av den fria rörligheten har dock den gränsöverskridande brottsligheten blivit allt mer omfattande, vilket hindrat individer från att fullt ut kunna utnyttja rättigheten ifråga. Mot bakgrund av den fria rörlighetens negativa verkningar har området för frihet, säkerhet och rättvisa utvecklats. Området som är en plattform för utveckling av straffrättsliga instrument, syftar ytterst till att förverkliga de av EU uppsatta målsättningar för ett möjliggörande av den fria rörligheten. Den europeiska utredningsordern är ett sådant rättsligt instrument som kommer antas på området för frihet, säkerhet och rättvisa i syfte att försöka hindra den gränsöverskridande brottsligheten och således också de negativa konsekvenserna med den fria rörligheten. Sveriges medlemskap i EU gör att medlemsstaten delar EU:s grundläggande målsättningar med den fria rörligheten. Detta innebär att Sverige och övriga medlemsstater har en skyldighet att förverkliga EU:s målsättningar. Den plikt som därmed åläggs medlemsstaternas statsmakter torde i sin tur innebära att en grundläggande förutsättning för den fria rörligheten vilar på det faktum att medlemsstaternas statsmakter måste utrustas med rättigheter, så att dessa kan fullfölja sin plikt i att tillförsäkra sina medborgare den fria rörligheten fullt ut.

Här kan en analogi göras till teorin om parental powers där EU:s medlemsstater försetts med den europeiska utredningsordern i strävan om att hjälpa staten i dess skyldighet att förse sina medborgare med rättigheter för ett förverkligande av den fria rörligheten. Utredningsordern blir enligt detta synsätt primärt en individbaserad rättighet, eftersom medlemsstaternas statsmakter ses som ett verktyg för förverkligande av rättigheter, där slutmålet är att individer fullt ut skall kunna tillämpa de rättigheter som följer av den fria rörligheten. Utredningsorderns egenskap av rättsligt instrument vars övergripande syfte är att möjliggöra den fria rörligheten stämmer således väl överens med konstitutionalismens syfte om bevarande av individens autonomi.

Genom utredningsordens försorg får medlemsstaternas medborgare rättigheter som uppfyller såväl reparativa som preventiva syften. Det reparativa syftet uppfylls då gränsöverskridande bevisinhämtning gör att brottsutövare som flytt medlemsstaten på ett mer effektivt sätt kan spåras och fällas. Det preventiva syftet manifesteras i sin tur genom att utredningsordern förser de brottsutredande myndigheterna med information avseende brottsliga aktiviteter, vilket blir ett effektivt sätt att förhindra att brott begås.

Konstitutionalismen förutsätter vidare att det råder en begränsad statsmakt, eftersom en obegränsad statsmakt innehar en absolut makt, vilken kan missbrukas för att inskränka människans autonomi. EU som medlagstiftare och i vissa fall den enda lagstiftare på straff- och straffprocessrättens område garanterar därför statsmaktens begränsade maktutövning så att de autonomibaserade rättigheterna inte inskränks via godtyckligt fattade beslut av medlemsstaternas statsmakter. Vidare ser EU-rätten till att bevaka autonomirättigheterna via EU-domstolens utvecklade praxis. EU-medborgare kan göra gällande en rad olika rättigheter mot sin statsmakt på basis av EU-rätten. Där Lissabonfördragets ikraftträdande ytterligare har stärkt EU-medborgarnas rättigheter, främst genom ett utökade av EU-domstolens jurisdiktion, där kontrollen av lag och rätt skall göras på såväl EU-nivå som på medlemsstats-nivå när EU-domstolen tillämpar EU-rätten. Enligt EU-domstolens rättspraxis får den europeiska utredningsordens bestämmelser företräde framför svenska bestämmelser gällande bevisinhämtning. Detta innebär i sin tur att svenska bevisinhämtningsregler vilka, åtnjuter svenska folkets stöd, underordnas EU-rättsliga bestämmelser. Förhållandet stödjer de idéer som förespråkas av konstitutionalismen, eftersom utredningsordern garanterar de individuella rättigheternas företräde.

Enligt konstitutionalismens teori krävs att det finns ett oberoende domstolssystem som kan se till att den offentliga makten blir underställd en effektiv rättslig kontroll. Eftersom utredningsordern är ett EU-rättsligt instrument har EU-domstolen jurisdiktion över de spörsmål kopplade till utredningsordern. Detta innebär att utredningsorderns innehåll och verkan ytterst skall avgöras av EU-domstolen och inte av medlemsstaternas inhemska domstolar. EU-domstolen uppfyller därför konstitutionalismens krav på effektiv rättslig kontroll då medlemsstaternas statsmakter saknar inflytande på EU-domstolen, blir domstolen att betraktas som en oberoende kontrollant av statsmaktens plikt i att förse sina medborgare med EU-rättigheter, inräknat utredningsordern.

Utredningsordern kan således hittills hämta stöd i konstitutionalismens legitimitetsteori. Den europeiska utredningsordern baseras dock också på principen om ömsesidigt erkännande av domar och rättsliga avgöranden, *vilket leder till frågan om huruvida principen kan antas understödja konstitutionalismens teorier om legitimitet?*

Principen om ömsesidigt erkännande på straff- och straffprocessrättens område innebär som tidigare presenterats att medlemsstaterna genom utfärdande av en utredningsorder kommer att så kallat byta rättssystem med varandra, vilket onekligen i viss mån även kommer utvidga den nationella rättsordningens jurisdiktion. Principen om ömsesidigt erkännande av domar och rättslig avgöranden har i EU-straffrättens utveckling ansetts som det bästa alternativet till full harmonisering av medlemsstaternas straff- och straffprocessrättssystem.

Eftersom konstitutionalismen likt folksuveräniteten är en demokratisk teori måste den bygga på någon form av samtycke från folket. Detta samtycke kan med konstitutionalismens kriterier härledas från EU-fördragen, varför teorin också kan legitimera den europeiska utredningsordern. Enligt teorin ligger således tyngdpunkten på ett förverkligande av de rättigheter som statsmakten blivit förpliktigad att förse sina medborgarna med. Vilket innebär att den europeiska utredningsorderns princip om ömsesidigt erkännande av domar och rättslig avgöranden inte borde utgöra ett hinder mot att kunna anse instrumentet inneha legitimitet i medlemsstaterna enligt teorin om konstitutionalism.

Sammanfattningsvis innebär detta att så länge värdegrunden utgörs av en önskan om att förhindra gränsöverskridande brottslighet för att möjliggöra den fria rörligheten, i rätten kan säkerställas, så spelar det ingen roll om parallella och överlappande rättssystem görs gällande på en och samma gång enligt den konstitutionella teorin. Detta gör att den europeiska utredningsordern onekligen bör anses åtnjuta materiell legitimitet enligt teorin om konstitutionalism.

8 Slutsats

Ända sedan enhetsakten ingicks och möjliggjorde den fria marknaden med dess fyra friheter, fri rörlighet av arbetstagare, kapital, varor och tjänster, har den fria rörligheten utgjort en grundbult för EU:s samarbetsområde. EU har därför genom åren strävat efter att möjliggöra och undanröja potentiella hinder för den inre marknads förverkligande. Målsättningen med den fria rörligheten har därför successivt infiltrerats i de rättsområden där potentiella hinder kunnat skådas. I strävan till att förverkliga den fria rörligheten fullt ut har EU således utfärdat ett förslag på rättsligt instrument, *den europeiska utredningsordern*. I dagsläget råder 27 olika straff- och straffrättssystem inom unionen, vilket den organiserade och gränsöverskridande brottsligheten utnyttjat till sin fördel. Genom utredningsordern möjliggörs en gränsöverskridande jurisdiktion där de brottsutredande myndigheterna bättre kan följa de kriminella verksamheterna över landsgränserna och därigenom täppa till de rättsliga kryphålen som oundvikligt uppstått genom den fria rörligheten inom EU.

Utredningsordern som ett brottsbekämpande instrument bygger på principen om ömsesidigt erkännande av domar och rättsliga avgöranden. Uppsatsen har visat att principen om ömsesidigt erkännande på EU-straffrättsens område onekligen kommer att resultera i konfliktartade situationer då utredningsorderna görs gällande. Den främsta anledningen till konflikt är den att straff- och straffprocessrätten traditionellt varit nära kopplad till nationalstaten där rättsområdet setts som en exklusiv nationell kompetens. Principen om ömsesidigt erkännande luckrar således upp det starka band som enligt tradition funnits

mellan lagstiftning av Straff- och straffprocessrätt och stat. EU:s nyfunna normgivningsmakt på straffrättens område gör att frågan om dess demokratiska förankring aktualiseras.

Det uppstår således en legitimitetsproblematik för den europeiska utredningsorderns utfärdande och tillämplighet på medlemsstaternas territorium. Uppsatsens utgångspunkter för begreppet legitimitet är att det dels är fråga om en gradfråga, dels att legitimitetsbegreppet är kopplat till uppsatsens metodmodell, där djupstrukturnivån fått främst betydelse för uppsatsens frågeställning. Den valda legitimitetsgrunden för den europeiska utredningsordern skall således ha en hög grad av överensstämmelse med metodmodellens djupstrukturnivå, det vill säga med någon utav de valda de rättsfilosofiska teorierna gällande materiell legitimitet. Saknas en överensstämmelse anses utredningsordern vara illegitim.

Mätt med Kelsens kriterier för formell legitimitet har analysavsnittet redovisat en näst intill obefintlig grad av överensstämmelse mellan Kelsens teori och EU-rätten. Det tyngsta argumentet mot att Kelsens teori inte kan utgöra en legitimitetsgrund för utredningsordern är att EU i egenskap av eget rättssystem strider mot Kelsens uppfattning av att endast en rättsordnings bestämmelser kan tillämpas på en och samma rättsåtgärd. Enligt Kelsens teorimodell kan man således svårligen hävda att ett EU-rättsligt instrument vars tillkomst och verkan gör sig gällande utanför den så kallade regelhierarki, kan anses vara förenlig med Kelsens teori. Slutsatsen borde således bli att utredningsorderns formella legitimitet onekligen är svag eftersom det saknas en överensstämmelse mellan utredningsordern och djupstrukturens rättsfilosofi som på den formella rättens område utgörs av Kelsens rättsfilosofiska teori.

Vad avser utredningsorderns legitimitet mätt med kriterierna för folksuveränitet, är slutsatsen att det råder en svag legitimitetsgrund för instrumentet i fråga. Detta motiveras främst av att såväl EU:s lagstiftningsförfarande för utredningsordern som dess verkan genom principen om ömsesidigt erkännande inte uppfyller kravet på medborgerlig förankring i det suveräna folket. Till följd av att det således saknas en direkt och fullständig härledning från medlemsstaternas befolkning till de lagstiftande institutionerna på EU-nivå och att de svenska myndigheterna genom utredningsordern kommer att verkställa andra staters bestämmelser, får utredningsordern anses ha svag legitimitet. Vilket följaktligen innebär att utredningsordern saknar materiell legitimitet eftersom instrumentet inte stämmer överens med djupstrukturnivån då den baseras på rättsfilosofin om folksuveränitet.

Lite annorlunda förhåller det sig dock med teorin om konstitutionalism. Utredningsorderns syfte stämmer väl överens med konstitutionalismens syfte om att värna om individers autonomi. Den fria rörligheten har i uppsatsen jämförts

med konstitutionalismens idéer på individens autonomi och den europeiska utredningsordern har vidare jämförts med de rättsliga instrument som krävs för ett förverkligande av individens frihet. Eftersom konstitutionalismen ytterst prioriterar en bestämmelsens innehåll utgör frikopplingen från statens maktutövning inget avgörande hinder. Särskilt med tanke på att Sveriges medlemskap i EU förpliktigar staten att verka för EU:s målsättningar om den fria rörligheten. Varför trots det faktum att Sverige har folksuveränitet som legitimeringsgrund, enligt inhemsk grundlag, har Sverige genom EU-medlemskapet kommit att förflytta sig mot ett allt mer konstitutionalistiskt grundat rättssystem. Den europeiska utredningsorden står således i överensstämmelse med djupstrukturens rättsfilosofiska teori om konstitutionalism, varför utredningsordern innehar stark materiell legitimitet enligt teorin om konstitutionalism.

Uppsatsen har som utgångspunkt utöver gradindelning och metodmodellen också att tillämpa en helhetsbedömning över samtliga faktorer vilka kan svara på frågan hur stor legitimitet den europeiska utredningsordern kan anses inneha. Mot bakgrund av allt som redovisats om den europeiska utredningsorderns legitimitet kan man utifrån ett nationellt perspektiv generellt se en tydlig preferens för ett straff- och straffprocesssystem som grundar sig på medborgerlig förankring. Sett ur ett EU-perspektiv är dock uppfattningen det motsatta, det vill säga att straff- och straffprocessrätt av gränsöverskridande art skall stiftas på EU-nivå, där spörsmålen bäst kan få genomslagskraft. Det råder således en spänning mellan två sidor av samma mynt, processuellt antagen lag mot substantiellt antagen lag eller annorlunda uttryckt inhemsk rätt mot EU-rätt. Frågan som oundvikligen uppstår i sammanhanget är vilka fördelar uppnås med ett rättssystem som vilar på teorin om konstitutionalism och vilka problem kan tänkas uppstå?

Svaret på frågan utgörs av det klassiska juridiska svaret, "*det beror på*". I följande fall beror svaret främst på vilken frågeställning uppsatsen primärt valt att besvara; *På vilka grunder kan principen om ömsesidigt erkännande av domar och rättsliga avgöranden genom den europeiska utredningsordern på straff- och straffprocessens område legitimeras?* Svaret på frågan är att *grunden* som kan motivera utredningsorderns acceptans utgörs av materiell legitimitet, eller mera bestämt av teorin om konstitutionalism. Detta eftersom teorin möjliggör en prioritering av individuella rättigheter framför den process eller form som ett rättsligt instrument kan antas ha.

I och med att EU-rätten börjar få en alltmer vidsträckt roll på medlemsstaternas jurisdiktioner, även på rättsområden som traditionellt ansetts falla utanför EU-samarbetet, kan man argumentera för att Sverige och de andra medlemsstaterna börjar få en ny legitimitetsgrund. Det stipuleras numera i grundlagen att Sverige är medlem i EU, samt att lagarna RF 10:6 och RF 11:14 också befäster medlemskapet och dess tillämplighet. De nya bestämmelserna i de svenska

lagarna visar onekligen att den svenska legitimitetsgrunden, som huvudsakligen varit förankrad i folksuveräniteten står inför en del förändringar. En fråga som bör ställas i sammanhanget är varför denna övergång från folksuveränitet till konstitutionalism gjorts sig gällande. Svaret torde vara den allt mer ökade rättighetsfokuserade juridiken som förs på EU-nivå, där ökningen främst möjliggjorts av EU-samarbetets fria rörlighet.

En tämligen säker uppskattning är att gränsöverskridande transaktioner av såväl företag som dess arbetstagare kommer att bli allt fler i framtiden. Den ökade globaliseringen kommer därför medföra att rättsordningar vilkas legitimitetsgrund vilar på folksuveränitetens idéer kommer få det svårt att hänga med i globaliseringsutvecklingen och i slutändan även svårt att försvara folksuveränitetens legitimitetsgrund. Detta leder till slutsatsen att fler fördelar borde nås med en konstitutionalistiskt grundad legitimitet som bättre kan handskas med ett konstitutionellt system med flera rättsordningar.

Källförteckning

Litteratur

Allan T.R.S., *Constitutional Justice: a liberal theory of Law*, Oxford University Press, 2003.

Bergström Carl Fredrik & Hettne Jörgen, *Lissabonfördraget, En grundlag för EU*, Norstedts Juridik, 2010.

Dahl, Rolf A *Demokratin och dess antagonister*; översättning: Göran Hemberg ; [fackgranskning: Leif Ericson] Stockholm, 2002.

Craig & De Burca , *EU Law Text, cases and materials*, 4. Upplagan; Oxford, 2008.

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

Hartley Trevor C, *Constitutional problems of the European union*, Hart Publishing.

Hobbes Thomas, *Leviathan*, Daidalos, 2004.

Bernitz Ulf & Kjellgren Anders, *Europarättens grunder*, Tredje upplagan, Norstedts Juridik, 2007.

Locke, John, *Andra avhandlingen om styrelseskicket: en essä angående den civila styrelsens sanna ursprung, räckvidd och mål*, Daidalos, 1998.

Locke John , *two treaties of government II*.

Malnes Raino & Knut Midgaard, *De politiska idéernas historia*, Studentlitteratur, andra upplagen, 2004.

MacCormick Neil, *Constructing Legal systems, European Union in Legal Theory*, Kluwer Academic Publishers, 1997.

Nilsson Mattias & Jenny Lundgren, *Europa rätten, En introduktion till EU-rätten och Europakonventionen*, Fjärde upplagen, Jure, 2010

Simmons A. John, *The Lockean Theory of Rights*, Princeton University Press, 1992.

Zetterquist Ola, *A Europe of the member states or of the citizens? : two philosophical perspectives on sovereignty and rights in the European Community*; translation: David Ratford, Lund Universitet, 2002.

Gröning Linda & Zetterquist Ola, *EU Konstitution Institution Jurisdiktion*, Liber, 2010.

Tidskrifter

Asp, Petter, *EU och den svenska straffrätten*, SvJT 2001 s 554-570

Bergström, Carl Fredrik & Hettne, Jörgen, *Lissabonfördraget: Hur ändras EU?*, (<http://www.lissabonfordraget.se>)

Bergström, Maria, *EU som lagstiftare inom straffrätten och reglerna mot penningtvätt*, SvJT 2011 s 358-374

Bull, Thomas, *EU-medlemskapet och våra grundlagar*, SvJT 2011 s 376

Gustafsson Robert, *Den andre Kelsen*, Retfaerd nr 71, 18, 1995-381

Gustavsson Sverker, *Unionsmedlemskapet som grundlagsproblem*, *Statsvetenskaplig tidskrift om grundlagsöversynen*. Preliminär version 11 02 24. S 2. (<http://www.snes.se>)

Hettne Jörgen och Fredrik Langdal, *Vad innebär reformfördraget?*, SIEPS, European Policy Analysis, August · ISSUE 4-2007. S 1-10.

Herlin-Karnell Ester, *Lissabonfördraget och straffrätten*, SIEPS, Europapolitisk analys, Juni:Nummer 9-2008.

Jonsson, Anna, *EU:s lagstiftningsprocess och subsidiaritetsprövningen: Nya möjligheter för nationellt inflytande?*, SvJT 2011 s 414-429

Kelsen Hans, *Den rena rättsläran*, statsvetenskaplig Tidskrift 3, 1933.

Lahti Raimo, *Straffrättsligt samarbete i EU:s tredje pelare – något att sträva efter?* Finland. (<http://jura.ku.dk>)

Mitsilegas Valsamis, *The constitutional implications of mutual recognition in criminal matters in the EU*, Common Market Law Review, ISSN 0165-0750, 10/2006, Volym 43, Nummer 5, pp. 1277 – 1311.

Möstl Markus, *Preconditions and Limits of Mutual Recognition* Common Market Law Review, ISSN 0165-0750, 04/2010, Volym 47, Nummer 2, pp. 405 – 436.

Peczenik, Aleksander, *Juridikens allmänna läror*, SvJT 2005 s 250-272

Peers Steve Professor of Law, *Statewatch analysis, The proposed European Investigation Order: Assault on human rights and national sovereignty.* (<http://www.statewatch.org>)

Persson Gunnar, *Gränslös straffrätt*, SIEPS, 2007:4.

Träskman, Per Ole, *Vad gör vi med den europeiska kriminalpolitiken?*, SvJT 2005 s 860-875

Tuori Karlo, *Kant och rättsvetenskapens tidlöshet*, Retfaerd nr. 77, 20. Årang 1997

Zetterquist Ola, *Ömsesidigt erkännande och fundamentala värden*, Jurist tidning, häfte 8, s 902, 2005.

Offentliga tryck

1993/94:KU21 Betänkande, Grundlagsändringar inför ett svenskt medlemskap i Europeiska unionen.

Propositionen 1994/95:19, del 1, Sveriges medlemskap i Europeiska unionen

Ds 2007:48 s 26. Lissabonfördraget

2007/08:juU22, Betänkande, Sveriges antagande av rambeslut om en europeisk bevisinhämtningsorder

SOU 2008:125 s 492-495, En reformerad grundlag, Del 1,

2008/09:KU3y, Yttrande, Konstitutionsutskottet Lissabonfördraget,

2009/10:juU16, Utskottsbetänkande, Inhämtande av bevis som ska användas i straffrättsliga förfaranden

2009/10:FPM94 Faktapromemoria, Direktiv om europeisk utredningsorder

MEDBESLUTANDE OCH FÖRLIKNING - En handbok om parlamentet som medlagstiftare enligt Lissabonfördraget, November 2009DV/796687SV.

EU-rätt

COUNCIL FRAMEWORK DECISION 2008/978/JHA of 18 December 2008
on the European evidence warrant for the purpose of obtaining objects,
documents and data for use in proceedings in criminal matters, (EUT L 350
30.12.2008)

RÅDETS FÖRORDNING (EG) nr 1383/2003 av den 22 juli 2003, om
tullmyndigheternas ingripande mot varor som misstänks göra intrång i vissa
immateriella rättigheter och om vilka åtgärder som skall vidtas mot varor som gör
intrång i vissa immateriella rättigheter (EUT L 196, 2.8.2003.)

Meddelande från kommissionen till rådet och Europaparlamentet - Ett område
med frihet, säkerhet och rättvisa: Resultat av Tammerforsprogrammet och
framtida inriktning {SEK(2004)680 och SEK(2004)693} /* KOM/2004/0401
slutlig

INITIATIV FRÅN MEDLEMSSTATERNA; Konungariket Belgiens, Republiken
Bulgariens, Republiken Estlands, Konungariket Spaniens, Republiken Österrikes,
Republiken Sloveniens och Konungariket Sveriges initiativ till
Europaparlamentets och rådets direktiv av en europeisk utredningsorder på det
straffrättsliga området. (EUT C 165/23, 24.6. 2010.)

Stockholmsprogrammet, EUT C 115, 4.5.2010, s. 1.

EU-domstolen

C – 6/64 Costa mot ENEL.

C- 26/62 Van Gen en Loos

C- 176/03 Kommissionen mot Rådet

C -792/79 R, Camera Care mot kommissionen

C-187 & 385/01 Gozutok mot Brugge

Internet

http://europa.eu/legislation_summaries/other/l33131_sv.htm

[http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_pr
ocess/114530_sv.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/114530_sv.htm)

<http://www.sweden.gov.se>