



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Sylvia Åberg

Ansvaret för innehållet i den utländska
rätten vid dubbel straffbarhet –
bevisbörda för åklagaren eller *jura
novit curia?*

Examensarbete
30 poäng

Handledare Per-Ole Träskman

Ämnesområde
Straff- och processrätt

HT 2008

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Problematisering	5
1.2 Syfte och frågeställning	5
1.3 Avgränsning, material och metod	6
2 NÅGRA STRAFF- OCH PROCESSRÄTTSLIGA PRINCIPER I SVENSK RÄTT	7
2.1 Official- och förhandlingsprinciperna	8
2.2 Kontradiktion	8
2.3 Legalitetsprincipen	9
3 STRAFFPROCESSENS AKTÖRER OCH DERAS UPPGIFTER I PROCESSEN	10
3.1 Domstolens uppgifter i straffprocessen	10
3.1.1 Häktning	11
3.1.2 Huvudförhandling	12
3.1.3 Dom	14
3.1.3.1 Jura novit curia och den svenska samt utländska rätten vid brottmål	15
3.2 Åklagarens uppgifter i straffprocessen	16
3.2.1 Åklagarens ställning i straffprocessen	17
3.2.2 Förundersökning	17
3.2.3 Väckande av åtal	18
3.2.4 Huvudförhandling	19
3.3 Den misstänktes ställning i straffprocessen	20
3.3.1 Oskyldighetspresumtionen	20
3.3.2 Rätten till en rättvis rättegång – EKMR art 6	21
3.3.3 Den misstänktes roll i processen	21
3.3.3.1 Före huvudförhandling	22
3.3.3.2 Huvudförhandling	22

4	DUBBEL STRAFFBARHET	24
4.1	Kravet på dubbel straffbarhet i svensk rätt	25
4.1.1	Undantag från kravet på dubbel straffbarhet	26
4.1.1.1	Sexualbrott mot barn	26
4.1.1.2	Grov brottslighet	27
4.1.1.3	Könsstympning av kvinnor	27
4.1.2	Legalitetsprincipen och dubbel straffbarhet	27
4.1.3	Dubbel straffbarhet – en straffrättslig- eller straffprocessuell regel?	28
4.2	Förordning (1981:366) om rätt att i vissa fall begära upplysningar om innehållet i utländsk rätt	29
5	PRAXIS – TOLKNING AV "BESIDDELSE" I DANSK RÄTT	30
5.1	Bakgrund	30
5.2	Tingsrätten	30
5.3	Hovrätten	30
5.4	Slutsats	31
6	INNEHÅLLET I DEN UTLÄNDSKA RÄTTEN – HUR KAN DET KOMMA TILL RÄTTENS KÄNNEDOM?	32
6.1	Före huvudförhandlingen	32
6.1.1	Åklagarens roll	32
6.1.2	Domstolens roll	33
6.2	Under huvudförhandlingen	33
6.2.1	Åklagarens roll	34
6.2.2	Domstolens roll	34
6.3	Efter huvudförhandlingen	34
6.3.1	Domstolens roll	35
6.4	Konsekvenser av olika lösningar	35
6.5	Slutsats	36
7	FÖRSLAG OCH DISKUSSION	38
7.1	Fas 1. Lagstiftningen	39
7.2	Fas 2. Förutsättningar för svensk rättstillämpning	39
7.3	Fas 3. Förslag till ansvarsfördelning	40
8	AVSLUTANDE DISKUSSION	42
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	43

Summary

For a Swedish court to be able to convict a person associated to Sweden for a criminal act committed abroad, the act must be punishable both under Swedish law and under the law of the state where the act was committed. This is called *the principle of double criminality*.

The key players of the Swedish criminal process are the suspect (with his or her possible defence council), the prosecutor, and the Court. The Swedish criminal process is an *accusative process*, which means that the parts in large control the development of the process. However, the parties' obligations to act in the process are not equal. The suspect has a far-reaching protection to a *fair trial* under ECHR art 6 which includes, *inter alia*, a right to remain passive in the process. The prosecutor on the other hand, has an obligation to act and bring the process forward. It is also the prosecutor's obligation to prove *beyond reasonable doubt* the guilt of the suspect. During the process, the prosecutor must stay objective and investigate things that can be to the suspect's advantage. The demand of objectivity is most accentuated during the preparatory proceedings. The Court has both a formal and a substantive obligation to lead the process, which means that it must work to ensure that the process becomes legally secure, while there at the same time –especially for a conviction– is a requirement that the judgement will be materially correct.

It is not entirely clear how the concept of double criminality should be defined. I think that the concept should be seen as a special case of elements which covers the interpretation of the law. Double criminality, I think, is a penal rule with procedural elements.

The division of responsibilities in terms of how the Court will have knowledge of the contents of the foreign law is not clear. My thesis is, a division of responsibility in which the prosecutor must first perform some evidence that the act is punishable in the foreign state. Thereafter, the Court has the responsibility to verify the accuracy of the result of the prosecutor's inquiry. If the Court finds the prosecutor's evidence valid, the Court has a responsibility to examine whether there is anything that contradicts this. In this way both the suspect's right to a *fair trial* under ECHR is upheld and at the same time the Court's obligation to produce a materially accurate conviction is secured. If the prosecutor cannot prove that the act is punishable in the foreign state, there will be no obligation for the Court to make an inquiry into the content of the foreign law. Then the Court should acquit the suspect with regard to the principle *in dubio pro reo*.

Sammanfattning

För att en svensk domstol ska kunna lagföra en person med anknytning till Sverige, när han eller hon har begått en gärning utomlands som är straffbar enligt svensk rätt, krävs det i flesta fall att gärningen även är straffbar på gärningsorten. *Dubbel straffbarhet* måste således föreligga.

De viktigaste aktörerna i den svenska straffprocessen är den misstänkte (med eventuellt ombud), åklagaren och domstolen. Rollfördelningen mellan dessa aktörer är förvisso styrd av att den svenska straffprocessen är ackusatorisk, vilket innebär att processen till stor del disponeras av parterna. Parterna har däremot inte lika stor skyldighet att agera i processen. Den misstänkte har ett långtgående skydd till en *rättvis rättegång* enligt EKMR art 6, och denna omfattar bland annat en rätt att förhålla sig passiv i processen. Åklagaren däremot har en skyldighet att agera och föra processen framåt. Det är också åklagarens skyldighet att *bortom rimligt tvivel* bevisa den misstänktes skuld. Samtidigt har åklagaren en objektivitetsförpliktelse, vilken visserligen är tydligast under förundersökningen, men som även måste beaktas genomgående i processen. Domstolen har både *en formell och en materiell processledningsskyldighet* vilket innebär att den måste verka för att det blir en rättssäker process, samtidigt som det – framförallt för en fällande dom – finns ett krav på att domen blir materiellt riktig.

Det är inte helt klart hur begreppet *dubbel straffbarhet* ska definieras. Jag menar att begreppet ska ses som ett specialfall av rekvisit som omfattar tolkning av rättsfrågor. Dubbel straffbarhet, menar jag, är en straffrättslig regel med processuella inslag.

Ansvarsfördelningen när det gäller hur rätten ska få kunskap om innehållet i den utländska rätten är inte heller klar. I mitt arbete föreslår jag en uppdelning av ansvaret där åklagaren först måste prestera viss bevisning för att gärningen är straffbelagd på gärningsorten. Rätten har sedan ansvaret för att kontrollera riktigheten i åklagarens framställning. Finner rätten att åklagarens bevisning håller, har dock rätten ett ansvar att själv undersöka om det finns något som motsäger detta. På så sätt kan både den misstänktes rätt till en *rättvis rättegång* enligt EKMR upprätthållas, samtidigt som rättens skyldighet till en *materiellt riktig fällande dom* säkras. Om åklagaren inte för bevisning om att gärningen är straffbelagd på gärningsorten, finns det heller ingen skyldighet för rätten att själv göra en utredning om den utländska rätten. Rätten ska då fria den misstänkte enligt principen *in dubio pro reo*.

Förord

När jag inledde mina studier på juristutbildningen i Lund hösten 2004 visste jag inte vilken fantastisk resa som jag var på väg att ge mig ut på. Jag anade inte hur fascinerande, komplex och engagerande juridiken är. Ju mer jag har lärt mig under dessa år, desto mer inser jag hur omöjligt det är att bli fullärd som jurist – därför älskar jag juridiken i allmänhet, och straff- och processrätten i synnerhet! Mötet mellan den på många sätt teoretiska juridiken, och den lilla människan tycker jag är oerhört spännande. Vi människor konstruerar lagar och regler för hur vi vill att samhället ska fungera. En del regler är mer självklara och lättförståeliga än andra. Oavsett vad vi tycker om våra lagar och regler så måste vi följa dem för att få vara med och passa in i vårt samhälle; Sverige. Och det är just detta möte då den lilla människans liv och samhällets regler möts i rättssalen som fascinerar mig mest.

Resan in i juridikens värld har varit rolig, men den har också inneburit många timmars hårt slit. Jag har haft många människor omkring mig på min resa som på olika sätt stöttat, inspirerat och entusiasmerat mig. Jag vill här passa på att tacka några av dessa: Hela *min familj*, framförallt mina *föräldrar*, *min man* och *min farmor*. Ni har alltid haft en osviklig tro på att jag skulle klara detta och ni har var och en på sitt sätt varit ett fantastiskt stöd för mig – jag älskar er!

På min resa har jag även mött nya människor som på olika sätt har haft stor betydelse för min utbildning och som inte minst har varit fantastiska inspirationskällor;

Mina kurskamrater, – flera av er har blivit nära vänner till mig – jag ser fram emot att på olika sätt få arbeta med er i framtiden, ni är grymma!

Mina lärare på utbildningen, de flesta av er har gjort ett starkt intryck på mig och spätt på mitt intresse för juridiken. Inte minst min handledare, straffrättsprofessorn *Per-Ole Träskman*, som inte bara har varit min handledare för detta examensarbete, utan även genom sina otroligt intressanta och pedagogiska föreläsningar har gjort att jag har fått upp ögonen för straff- och processrättens spännande värld, tack!

En mycket stor betydelse för mina juridiska kunskaper, såväl praktiskt som teoretiskt, har min anställning vid *hovrätten över Skåne och Blekinge* under somrarna 2007 och 2008 haft. Tack till de domare, fiskaler, beredningsjurister och domstolssekreterare som jag arbetade med på avdelning två sommaren 2007 med hovrättslagmannen (numera lagman för Malmö tingsrätt) *Eva Wendel Rosberg* i spetsen, det var då allt ”föll på plats”! Men jag vill även tacka den *administrativa personal* som jag haft nöjet att få arbeta med denna sommar, ni har gett mig en värdefull inblick i hur hela processen hänger ihop! Ett stort tack vill jag även rikta till hovrättslagmannen *Martin Borgeke* för intressanta diskussioner och värdefull litteratur.

Nu tar jag steget ut i ”verkligheten” och ser fram emot nya utmaningar!

Förkortningar

BrB	Brottsbalk (1962:700)
EKMR	Europakonventionen för mänskliga rättigheter
ECHR	European Convention on Human Rights
FN:s Barnkonvention	<i>Förenta nationernas konvention om Barnets Rättigheter</i> , antagen av FN:s generalförsamling den 20 november 1989
FöUtlRä	Förordning (1981:366) om rätt att i vissa fall begära upplysningar om innehållet i utländsk rätt
kap	kapitel
NJA	Nytt juridiskt arkiv
NSL	Narkotikastrafflag (1968:64)
Prop.	proposition
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
RF	Regeringsformen (1974:152)
SFS	Svensk författningssamling
SOU	Statens offentliga utredningar

1 Inledning

Under hela min juristutbildning har straff- och processrätten varit det område som jag har funnit mest intressant och fascinerande. Sommaren 2007 arbetade jag som sommarnotarie på Hovrätten över Skåne och Blekinge. Ett av de mål som jag föredrog gällde ett prövningstillstånd för ett åtal om olovligt brukande av cannabis. Den misstänkte friades i tingsrätten och åklagaren överklagade därefter och begärde prövningstillstånd i hovrätten. Målet gällde tolkningen av det danska begreppet *besiddelse* av narkotika enligt den danska rätten i förhållande till *brukande* av narkotika enligt den svenska rätten, och huruvida *dubbel straffbarhet* förelåg eller ej.¹ Då denna problematik diskuterats tidigare under min juristutbildning fann jag det extra intressant att följa utgången i målet, och då särskilt hur hovrätten formulerade domskälen angående *dubbel straffbarhet*.

1.1 Problematisering

I det ovan nämnda målet greps HS, som inte är svensk medborgare men stadigvarande boende i Sverige, i Malmö den 11 september 2006 misstänkt för olovligt brukande av cannabis. HS förnekade gärningen, men medgav att han tagit två bloss från en joint på en fest i Köpenhamn cirka två veckor tidigare. I ett analysbesked av HS urin konstaterades att HS vid tillfället för gripandet hade 0.03 mikrogram cannabis per ml urin. HS medgav alltså att han brukat cannabis, vilket är olagligt i Sverige (NSL 1§6p). Knäckfrågan i målet blir därför om *dubbel straffbarhet* föreligger, dvs. om brukande av cannabis även är olagligt i Danmark. För att rätten ska kunna ta ställning till detta måste rätten få kunskap om hur rättsläget ser ut vad gäller brukande av cannabis i Danmark.

Vem som har ansvar för att rätten får denna kunskap, samt *när* denna information ska komma till rättens kännedom är dock inte klart.

1.2 Syfte och frågeställning

Syftet med detta arbete är att försöka klargöra *vem* som har ansvaret för att känna till och presentera innehållet i den utländska rätten i brottmål när det för en fällande dom krävs att dubbel straffbarhet föreligger, samt *när* detta bör ske.

¹ Mål nr B 1402-07, Hovrätten över Skåne och Blekinge.

1.3 Avgränsning, material och metod

Jag har valt en klassisk rättsdogmatisk metod för att utreda ansvarsfördelningen för klargörandet av innehållet i den utländska rätten. Min frågeställning är väldigt sparsamt behandlad i samtliga rättskällor och jag har valt att redogöra för hur de juridiska ramarna kring min frågeställning ser ut. Med utgångspunkt i detta problematiserar jag sedan kring min frågeställning och avslutar det hela med ett förslag på hur ansvarsfördelningen skulle kunna se ut.

Arbetet delas in i tre olika delar med en inledande del, där bakomliggande principer och det aktuella rättsläget för dubbel straffbarhet klargörs. Detta sker i kapitel två till fyra. I kapitel två gör jag en genomgång av några för frågeställningen väsentliga straff- och processrättsliga principer i svensk rätt. I kapitel tre redogör jag för straffprocessens olika aktörer, och vilka olika roller som dessa aktörer har under de olika faserna av straffprocessen. Jag använder begreppet ”*den misstänkte*” genomgående i detta arbete för att förtydliga att *oskyldighetsprincipen* måste beaktas genom hela processen fram till dess att en eventuellt fällande dom har vunnit laga kraft. Jag använder begreppet ”*domstolen*” då jag menar domstolen som ett vidare begrepp och begreppet ”*rätten*” då jag menar den dömande sitsen för ett enskilda fall. Det fjärde kapitlet innehåller en redogörelse för hur rättsläget ser ut när det gäller dubbel straffbarhet.

Den andra delen består av kapitel fem och sex där jag går djupare in i problematiken kring ansvarsfördelningen för den utländska rätten när en bedömning ska göras om dubbel straffbarhet föreligger. I kapitel fem gör jag ett längre referat av det ovan nämnda hovrättsfallet, samt analyserar hur hovrätten i detta fall valde att lösa frågan om dubbel straffbarhet. Det sjätte kapitlet är en problematisering och diskussion kring hur innehållet i den utländska rätten *kan* komma till rättens kännedom utifrån de olika parternas roller i straffprocessen. Detta görs med utgångspunkt i det tredje kapitlets genomgång av rollfördelningen i straffprocessen.

I arbetets sista del, som består av kapitel sju och åtta, presenterar jag i kapitel sju ett förslag på hur ansvarsfördelningen skulle kunna se ut. Förslaget baseras på vad jag tidigare har tagit upp i detta arbete. I kapitel åtta för jag slutligen en sammanfattande och avslutande diskussion av rättsläget *de lege lata* samt hur det *de lege ferenda* skulle kunna se ut.

2 Några straff- och processrättsliga principer i svensk rätt

Att definiera straffrätt och straffprocessrätt, och att skilja de båda begreppen åt är inte helt självklart eller enkelt. Man kan se straffrätten som ett dubbelbottnat begrepp; dels kan man beskriva *straffrätten* som vem som har rätt eller befogenhet att straffa någon annan. Dels kan man se straffrätten som den sammanlagda summan av de statliga rättsnormer som reglerar brott och straff.²

Om man vill definiera straffprocessrätten finner man två olika ”skolor” som har lite olika syn på straffprocessens roll. Den ena uppfattningen är att syftet med straffprocessrätten är att dels omsätta den materiella straffrättsens innehåll i praktiken, och dels att garantera rättsskyddet för den misstänkte så att det blir en rättvis och rättssäker rättegång. Den andra uppfattningen är att rättsskyddet inte alls har någon framträdande position i straffprocessen utan att det primära syftet endast är att realisera den materiella straffrättsens krav. Sambandet mellan *straffrätten* och *straffprocessrätten* är att det är de straffrättsliga reglerna som realiserar genom straffprocessen.³

Denna konflikt mellan kravet på att realisera den materiella straffrätten, *brottsbekämpningen*, och skyddet för den misstänktes rättigheter i processen, *rättssäkerheten*, leder till att det måste finnas en balans mellan dessa båda intressen. Om för stor vikt läggs vid brottsbekämpningen riskeras rättssäkerheten och tvärtom. För att få en optimal brottsbekämpande effekt krävs en effektivitet som, om effektivitetskravet drivs för hårt, kan riskera att oskyldiga personer blir felaktigt dömda. Straffprocessen är dessutom inte den enda brottsbekämpande funktionen som finns i samhället. Riksdagen, justitieombudsmannen, skolan och förskolan, har alla funktioner i samhället som på olika sätt har del i viktigt brottsbekämpande och brottsförebyggande arbete genom lagstiftande, fostrande och kontrollerande insatser. Den brottsbekämpande funktionen bör därför inte ges en alltför stor betydelse i straffprocessen. Kravet på en materiellt riktig dom, åtminstone när det gäller en fällande dom, ger bevisbördans placering och beviskravets höjd uttryck för i straffprocessen (se kap. 3.1.2).⁴

Nedan redogör jag för några viktiga principer som förekommer i den svenska straffprocessen.

² Frände, 2004, s.1.

³ Träskman, 2006, s.468.

⁴ Lindell, m.fl., 2005, s.20ff.

2.1 Official- och förhandlingsprinciperna

Den dispositionsrätt som parterna i en process har över olika processhandlingar, *dispositionsprincipen*, kan sägas höra till *förhandlingsprincipen*, medan rättens möjlighet att agera *ex officio*, dvs. att domstolen får eller ska agera självständigt i processen hänförs till *officialprincipen*.⁵ I straffprocessen är inte dispositionsprincipen lika framträdande som i civilprocessen. Man brukar säga att den svenska straffprocessen är *semidispositiv* eftersom den misstänkte inte aktivt behöver agera i processen på det sätt som åklagaren måste göra (se vidare kap 3.2 och 3.3).⁶ Rätten kan inte *ex officio* ta upp några brottmål till prövning, utan det måste ske efter väckande av åtal från åklagare (eller i vissa fall målsägande). Åklagaren kan dessutom i första instans lägga ner ett väckt åtal. Vidare kan rätten inte heller döma över en annan gärning än den som åklagaren åberopat till stöd för sin talan, och högre instans kan inte heller döma över annat än det som har överklagats av parterna.⁷

2.2 Kontradiktion

Om handläggningen av processen helt styrs av officialprincipen sägs processen vara *inkvisitorisk*. En sådan process saknar parter och domstolen sköter hela processen. Forna tiders kontinental straffprocess var en helt inkvisitorisk process, men så ser inte dagens process ut. Idag finns parter i såväl tvistemål som brottmål och den process som finns i dagens domstol har mer en *kontradiktorisk* form. En kontradiktorisk straffprocess brukar också kallas för *ackusatorisk*. En kontradiktorisk process präglas av att det finns två parter som står mot varandra och att båda parter deltar aktivt i processen. Den kontradiktoriska principen kan även likställas med sentensen *ingen får dömas ohörd*. Detta innebär att parterna ska ha en chans att yttra sig och ta tillvara sina intressen i målet. En process där parterna inte får tillfälle för detta kan man kalla för "icke-kontradiktorisk".⁸

I brottmålsrättegången gäller förvisso den kontradiktoriska principen, men delegeringen av ansvaret för processen på parterna får inte innebära att den misstänktes rättighet till passivitet riskeras. För att undvika oriktiga domar har därför åklagaren ett större ansvar för att driva processen framåt och lägga fram tillräckliga bevis mot den misstänkte (se kap 3.2). Förbudet mot *reformatio in pejus* gäller dessutom endast till förmån för den misstänkte.⁹

Kravet på en kontradiktorisk process återfinns även i EKMR art 6. En *rättvis rättegång* enligt EKMR art 6 innebär bland annat att straffprocessen ska vara muntlig och offentlig, att parterna ska vara *likställda i processen*,

⁵ [1]Ekelöf, m.fl., 2005, s.58.

⁶ Lindell, m.fl., 2005, s.25.

⁷ [1]Ekelöf, m.fl., 2005, s 66.

⁸ [1]Ekelöf, m.fl., 2005, s.68ff.

⁹ Lindell, m.fl., 2005, s.26.

samt att förfarandet ska vara kontradiktoriskt. Detta innebär att båda parter har rätt att ta del av allt relevant material i processen och att båda parter ska ges möjlighet att argumentera och lägga fram den bevisning som man önskar i processen (se vidare kap 3.3.2.).¹⁰

2.3 Legalitetsprincipen

Legalitetsprincipen, som egentligen innefattar flera principer, brukar uttryckas med den latinska sentensen: *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, och återfinns på flera ställen i gällande svensk rätt.¹¹ Förbudet mot retroaktiv lagstiftning, förbudet mot analog strafflagstillämpning och därtill även förbudet mot att döma till ett hårdare straff än vad som gällde vid gärningstillfället anses innefattas i *legalitetsprincipen*. Dessutom brukar man anföra att de straffrättsliga normerna bör ha lagstatus samt att brottsbeskrivningarna ska vara så tydliga som möjligt.¹² Den grundläggande tanken är *förutsägbarhet*. Det ska vara möjligt att förutse konsekvenserna av de handlingar som en person gör. Det ska klart framgå av lagen om det är möjligt att straffas för gärningen, det finns ett *publiceringskrav*.¹³

Legalitetsprincipen är grundlagsskyddad enligt RF 2 kap 10§. Där stadgas att straff eller annan brottspåföljd inte får utdömas för en gärning som vid gärningstillfället inte var belagd med brottspåföljd. I BrB 1 kap 1§ återfinns också legalitetsprincipen. Där stadgas att ” *Brott är en gärning som är beskriven i denna balk eller i annan lag eller författning och för vilken straff som sägs nedan är föreskrivet.* ”¹⁴ Så som legalitetsprincipen uttrycks i BrB 1 kap 1§ innebär den även ett förbud mot en analogisk tolkning av straffbud.

Förutsägbarheten är av avgörande betydelse för rättssäkerheten och för det allmänna rättsmedvetandet. Lagtexten får därför inte vara så allmänt hållen att det inte går att förutse huruvida en gärning är straffbar eller inte. Det måste emellertid lämnas ett visst utrymme för tolkning även av den straffrättsliga lagstiftningen, och lagtexten får därför inte bli alltför precis. Det måste således finnas en balans mellan *förutsägbarhet* för medborgaren och *tolkningsutrymme* för rättstillämparen.

I lag (1964:163) om införande av brottsbalken 5§ finns ett förbud mot en retroaktiv tillämpning av strafflagstiftningen. Det innebär att ingen får dömas för en gärning som inte var straffbar vid gärningstillfället.¹⁵

¹⁰ Lindell, m.fl., 2005, s.32f.

¹¹ Exempelvis: RF 2 kap 10§, BrB 1 kap 1§, och EKMR art 7 p.1.

¹² Träskman, 2006, s.472.

¹³ Lindell, m.fl., 2005, s.120f.

¹⁴ BrB 1 kap 1§.

¹⁵ SOU 2002:98, s.260.

3 Straffprocessens aktörer och deras uppgifter i processen

Om man väljer att se straffprocessen i ett vidare perspektiv, där processen inleds med att en förundersökning startar och fortsätter till dess att det finns en lagakraftvunnen dom, så finns det många aktörer inblandade i processen. Förutom åklagaren, den misstänkte (med eller utan ombud), och rätten i det specifika fallet, så finns det ett antal andra aktörer inblandade. Det finns poliser som utreder brottet, i många fall finns det en eller flera målsägande, det kan finnas vittnen och det finns registratorer, domstolssekreterare och notarier som på olika sätt är inblandade under processens gång. I detta kapitel kommer jag emellertid endast att ta upp åklagarens, den misstänktes (med eventuellt ombud), och domstolens uppgifter och ställning i straffprocessen.

3.1 Domstolens uppgifter i straffprocessen

En av domstolens viktigaste uppgifter i straffprocessen är att avgöra de frågor som parterna ställer upp i processen. Detta sker genom att domstolen tillämpar gällande rätt. De olika moment som domstolen ska genomföra i sin rättstillämpning i straffprocessen kan delas in i följande delar:

1. har åklagaren bevisat *bortom rimligt tvivel*¹⁶ det händelseförlopp som gärningsbeskrivningen ger uttryck för?
2. om detta är fallet, finns det då ett straffbud som svarar mot detta händelseförlopp?
3. slutligen, vilken eventuell påföljd ska följa i det specifika fallet?

Punkt 1 ger uttryck för den ackusatoriska principen, då det är åklagaren som har att sätta ramen för rättens bedömning. Punkt 2 och 3 ger mer uttryck för den inkvisitoriska principen då det är upp till domstolen att finna ett lämpligt straffbud, samt vilken eventuell påföljd som ska följa på det specifika straffbudet.¹⁷

Domstolens första kontakt med ett brottmål sker oftast då åklagaren lämnar in stämningsansökan till tingsrätten.¹⁸ Domstolen kan emellertid redan innan åtal är väckt vara berörd genom att åklagaren framställer en begäran

¹⁶ Beviskravet för en fällande dom är ”*bortom rimligt tvivel*”, se NJA 1980 s.725.

¹⁷ Lindell, m.fl., 2005, s.251f.

¹⁸ RB 45 kap 1§.

om häktning av den misstänkte, eller om en offentlig försvarare ska förordnas den misstänkte av domstolen.¹⁹

Om det finns någon som är skäligen misstänkt för ett brott får denne, om han/hon anser att det finns brister i utredningen, anmäla detta till rätten. Rätten prövar sedan anmälan, och om det finns skäl för det kan rätten besluta om att hålla förhör eller vidtaga någon annan påkallad åtgärd.²⁰

3.1.1 Häktning

Häktning är en form av straffprocessuell åtgärd och regleras i RB 24 kap. Historiskt sett har frihetsberövandet av en misstänkt kunnat användas som en form av påtryckningsmedel. En misstänkt som inte erkände kunde enligt 1734-års lag frihetsberövas och ”insättas på bekännelser”.

Häktning används idag väldigt sällan som påtryckningsmedel. Ett exempel då häktning *kan* användas är då ett vittne vägrar att avlägga ed eller avge vittnesmål. Rätten kan då förelägga vittnet att fullgöra sin skyldighet vid vite, eller som en sista utväg, vid äventyr av häkte i maximalt tre månader om personen inte dessförinnan avlägger ed och vittnesmål.²¹

Idag är häktning ett av de mest ingripande straffprocessuella tvångsmedlen. Med lagstöd kan en individ hämtas av polis för att sedan genom en häktningsförhandling frihetsberövas. Många av de grundlagsskyddade fri- och rättigheterna kan lagligen kränkas genom häktningen. Förutom frihetsberövandet kan den häktade genomgå såväl kroppsvisitation som kroppsbesiktning. Ytterligare inskränkningar på den misstänktes friheter kan genom åklagarens yrkande beviljas av domstolen enligt RB 24 kap 5a§.

Då häktningen är en så pass ingripande åtgärd på individens fri- och rättigheter är också domstolens skyldighet att *ex officio* agera stor. En prövning av om skäl för häktning föreligger skall ske oberoende av om den misstänkte motsätter sig häktning eller ej. Häktning är en i hög grad ingripande åtgärd som måste ha lagstöd. Detta framgår av RB 24 kap 23§ som ger ett tydligt uttryck för legalitetsprincipen.²²

Beslut om häktning tas av domstolen som i häktningsbeslutet ska redogöra för vilket/vilka brott personen misstänks för, samt på vilka grunder som häktningen sker.²³ Det finns fyra olika fall då häktning kan ske;

- *huvudregeln för häktning*, RB 24 kap 1§ 1st 1-3p, innebär att häktning *får* ske om personen är *på sannolika skäl* misstänkt, och det för det misstänkta brottet föreligger minst *ett års fängelse* i

¹⁹ RB 24 kap 1§ och 21 kap 4§.

²⁰ RB 23 kap 19§.

²¹ RB 36 kap 21§, och [1]Ekelöf, 2005, s.219.

²² [2]Ekelöf, 2006, s.51f.

²³ RB 24 kap 5§.

straffskalan, samt att det finns en *flyktfara*, *kollusionsfara* eller *recidivfara*. Denna regel är således *fakultativ* och domstolen ska göra en proportionalitetsbedömning där skälen för häktning måste överväga det intrång som sker i den misstänktes fri- och rättigheter.

- *den obligatoriska häktningsregeln*, RB 24 kap 1§ 2st, innebär att häktning *ska* ske om personen är *på sannolika skäl misstänkt*, och det för det misstänkta brottet föreligger minst *två års fängelse* och det inte är *uppenbart* att skäl för häktning saknas. Denna häktningsregel är sålunda *obligatorisk*, men även här måste domstolen göra en proportionalitetsbedömning enligt paragrafens tredje stycke.
- *häktning i särskilda fall* får göras enligt RB 24 kap 2§ om en person är *på sannolika skäl misstänkt*, dessutom är okänd och vägrar att uppge sin identitet eller det kan antas att den misstänkte uppger en falsk identitet. Häktning får även ske om den misstänkte saknar hemvist i landet och det finns en flyktrisk. Denna häktningsregel är *fakultativ*, men kräver inte att någon av de övriga häktningsgrunderna föreligger.
- *utredningshäktning* enligt RB 24 kap 3§ är ett specialfall och innebär att en person som endast är *skäligen misstänkt* för ett brott får häktas om *förutsättningarna för häktning i övrigt* enligt ovan är uppfyllda. Det krävs emellertid att det är av *synnerlig vikt* för utredningen av brottet att den misstänkte tas i förvar för att häktning ska kunna ske på den lägre misstankegraden. Enligt RB 24 kap 19§ måste en ny häktningsförhandling ske inom en vecka och då måste den högre graden av misstanke ha uppnåtts för att den misstänkte ska kunna kvarhållas i häktet.

För alla fall av häktning krävs det enligt RB 24 kap 1§ 4st att det för att domstolen ska kunna fatta beslut om häktning att det kan antas att den misstänkte slutligen kommer att dömas till *mer* än böter.²⁴

3.1.2 Huvudförhandling

Allmänt gäller att domstolen inte får ta upp en fråga om ansvar för brott *ex officio*. De undantag som finns gäller förseelser i rättegången, exempelvis om någon mot bättre vetande inleder en tvist i domstol, om någon part i tvistemål eller en målsägande i brottmål medvetet försöker förhala processen, eller om någon på något sätt stör under en pågående förhandling. Domstolen kan då *ex officio* pröva och döma vederbörande till böter. Om domstolen har meddelat ett vitesföreläggande får domstolen också *ex officio* döma ut vite utan att något yrkande om detta har framförts.²⁵

²⁴ [2]Ekelöf, 2006, s.53ff.

²⁵ Fitger, *Rättegångsbalken. En kommentar på Internet.*, 20 kap 1§.

Huvudregeln är däremot att domstolen inte har rätt att ta upp något mål till prövning med mindre än åtal är väckt.²⁶ Vanligen är det åklagaren som väcker allmänt åtal, men en målsägande har i vissa fall också en möjlighet att väcka allmänt åtal.²⁷ Efter det att åklagaren (eller en målsägande) har väckt åtal, ska rätten delge den misstänkte stämningen och förelägga den misstänkte att inkomma med uppgifter om dels vilken inställning till åtalet som den misstänkte har, dels vilken bevisning som han/hon önskar åberopa samt vad som ska styrkas med dessa bevis.²⁸

Under själva huvudförhandlingen är rätten förhållandevis passiv. Enligt RB 46 kap 4§ 2st har rätten emellertid en *materiell processledningsskyldighet* som innebär att rätten är skyldig att se till att målet blir ordentligt utrett och att det bara är för åtalet väsentliga saker som tas upp under huvudförhandlingen. Enligt samma paragrafs första stycke har rätten även en *formell processledningsskyldighet* som innebär att rätten är skyldig att verka för att de olika frågorna behandlas i en lämplig ordning, samt att det föreligger ordning och reda under förhandlingen. Genom att använda sin formella processledning för att avvika från den ordinarie förhandlingsgången och exempelvis tidigarelägga förevisandet av skriftlig bevisning, kan rätten därigenom uppfylla sin skyldighet att klargöra åtalets olika frågor och på så sätt uppfylla sin materiella processledningsskyldighet.²⁹

Det råder delade meningar om hur långtgående rättens materiella processledningsskyldighet är. Ekelöf menar exempelvis att rätten bör vara ganska försiktig i sin materiella processledning. Om någon omständighet eller uppgift tas upp av en part eller ett vittne under huvudförhandlingen, men inte reds ut av vare sig åklagare eller försvarare, och denna omständighet eller uppgift skulle kunna ha en viktig betydelse för utgången i målet, menar Ekelöf emellertid att det är bättre att rätten gör parterna uppmärksamma på detta under huvudförhandlingen än att det i efterhand uppmärksammas och då måste överklagas för att tas upp i en ny process i högre instans. Ekelöf tycks mena att rätten har en skyldighet att klargöra de omständigheter som redan till viss del kommit fram under processens gång. Det är dock viktigt att rätten inte framstår som partisk, eller ger uttryck för att ha tagit ställning i skuldfrågan innan huvudförhandlingen har slutförts.³⁰

Om den misstänkte uteblir från huvudförhandlingen och det inte finns anledning att döma till mer än böter, fängelse i max tre månader, villkorlig dom, skyddstillsyn eller en kombination av dessa, får rätten trots den misstänktes utevaro enligt RB 46 kap 15a§ hålla huvudförhandling i målet. Detta gäller även om den misstänkte, efter det att han/hon har delgivits stämning, avviker eller håller sig undan på ett sådant sätt att han/hon inte

²⁶ RB 20 kap 1§.

²⁷ RB 20 kap 8§.

²⁸ RB 45 kap 9,10§§.

²⁹ Lindell, m.fl., 2005, s.215f.

³⁰ [3]Ekelöf, 2005, s.182f.

kan hämtas till förhandlingen. Det senare fallet kräver emellertid att det är klart att den misstänkte avvikit och att det inte är möjligt att hitta honom/henne. Enligt paragrafens tredje stycke får målet avgöras även om en misstänkt, som delgivits stämning men sedan har avvikit, inte har delgivits tid för förhandlingen. Det krävs emellertid då att domstolen verkligen har uttömt alla möjligheter för delgivning.³¹

3.1.3 Dom

Efter huvudförhandling, eller om målet avgörs på handlingar, ska rätten avgöra målet genom dom. Har målet avgjorts genom huvudförhandling ska domen grundas på vad som har förekommit vid huvudförhandlingen - *omedelbarhetsprincipen*. Har det inte varit huvudförhandling ska domen grundas på de handlingar, samt på vad som i övrigt har framkommit i målet.³²

Enligt RB 30 kap 3§ får domen inte avse annan gärning än den som åklagaren har angivit i sin gärningsbeskrivning. RB 30 kap 3§ har ett tydligt ackusatoriskt inslag. Som tidigare nämnts kan domstolen inte själv ta upp en fråga om straffrättsligt ansvar till prövning. Detta är således ett uttryck för *dispositionsprincipen*. Då den misstänkte har rätt till passivitet och då åklagaren har ansvaret för att föra processen framåt, är den svenska processen *semidispositiv*.

Rätten är emellertid inte bunden av den *rättsliga beteckningen* eller av de lagrum som åklagaren eventuellt har yrkat på. Rätten är *i princip* fri att avgöra de *rättsfrågor* som förekommer i målet, till skillnad från de *sakfrågor* som parterna, framförallt åklagaren, måste ta upp och behandla under huvudförhandlingen. Syftet med RB 30 kap 3§ är att den misstänkte ska ha en möjlighet att få reda på och kunna bemöta det som han/hon åtalas för. Det ska vara möjligt för den misstänkte att falsifiera gärningsbeskrivningen, samtidigt som åklagaren måste försöka verifiera innehållet i gärningsbeskrivningen. Den rollfördelning som RB 30 kap 3§ ger uttryck för innebär att åklagaren sätter ramen för processen och den misstänkte har att förhålla sig till denna ram. Det är dock rätten som i slutändan ska ta ställning till såväl bevis- som rättsfrågorna i målet.³³

När det gäller domstolens faktiska möjlighet att avvika från åklagarens rättsliga etikett på gärningen torde denna efter ett avgörande från Europadomstolen, fallet *Pélissier och Sassi mot Frankrike*, numera vara mer inskränkt.³⁴ Europadomstolen slog i detta fall fast att den misstänkte inte bara har en rätt att få veta vilka gärningar som den misstänkte anklagas för, utan även hur gärningen *rättsligt karaktäriseras*. För att den misstänkte ska kunna få möjlighet till en *rättvis rättegång*, måste informationen till den

³¹ Fitger, *Rättegångsbalken. En kommentar på Internet.*, 46 kap 15a§.

³² RB 30 kap 2§.

³³ Lindell, m.fl., 2005, s.253ff.

³⁴ Europadomstolens mål nr 254444/94.

misstänkte vara så detaljerad att det blir tydligt vad det är som den misstänkte har att försvara sig mot.³⁵

3.1.3.1 Jura novit curia och den svenska samt utländska rätten vid brottmål

Som behandlats ovan är det rätten som ska avgöra rättsfrågorna i målet. Detta är ett avsteg från dispositionsprincipen, då det är domstolen som har ansvaret för att känna till innehållet i rätten enligt principen *jura novit curia*. *Jura novit curia* är latin och betyder ungefär *domstolen känner rätten*. Denna princip anses kunna utläsas ur RB 35 kap 2§ 2st trots att det i paragrafen endast föreskrivs att bevis inte fordras om vad som stadgas i lag.³⁶ Principen har varit gällande under lång tid och utvecklades ur den kanoniska rätten och tillämpades därefter i den medeltida italienska civilprocessen.³⁷

I svensk rätt kan man se uttryck för *jura novit curia* som princip redan i de gamla domarreglerna.³⁸ Principen innebär inte att rätten ska känna till *all* gällande rätt, utan om rätten inte är klar över hur gällande rätt ser ut, så finns en skyldighet för rätten att ta reda på hur gällande rätt ser ut i det specifika fallet.

RB 30 kap 3§ innebär att straffprocessen i svensk rätt är en process med klara ackusatoriska inslag. Rätten har att hålla sig inom den ram som åklagaren har ställt upp genom sin gärningsbeskrivning och får inte döma för någon annan gärning än den som åklagaren har beskrivit. I straffprocessen skiljer sig emellertid fördelningen mellan parternas ställning åt från den i civilprocessen. Den svenska straffprocessen är, som tidigare nämnts, *semidispositiv* eftersom den misstänkte inte har ansvar för att föra processen framåt så som åklagaren måste göra. Förutom att sätta upp ramen för åtalet måste åklagaren även föra fram de faktiska omständigheterna i fallet vid äventyr av att rätten annars inte kan bifalla åtalet.

Oskyldighetsprincipen innebär att den misstänkte ska betraktas som oskyldig till dess motsatsen har bevisats. Därför måste samtliga rekvisit, såväl subjektiva som objektiva, bevisas *bortom rimligt tvivel* av åklagaren. Vad gäller *jura novit curia* i straffprocessen innebär emellertid RB 30 kap 3§ enbart att det är åtalets olika rättsfaktum som åklagaren måste ta in i processen och bevisa. Rätten är helt fri att göra den rättsliga bedömningen och tolkningen utifrån det faktamaterial som förekommer i processen.³⁹

³⁵ Fitger, *Rättegångsbalken. En kommentar på Internet.*, 30 kap 3§.

³⁶ Heuman, JT 1992-93, s.919.

³⁷ [1]Ekelöf, m.fl., 2005, s.61.

³⁸ Jfr. ex. p.6: "*Domaren skall grant veta lagen, där han efter skall döma, ty lagen skall vara honom för en rättelse*", Domarreglerna infördes i 1734 års lag första gången och reglerna skrevs troligen av Olaus Petri omkring år 1540. Domarreglerna är ej längre gällande rätt, men finns av praxis med i senare utgåvor av lagboken.

³⁹ Lindell, m.fl., 2005, s.253ff.

En annan aspekt på den svenska straffprocessen är att det i brottmål och indispositiva tvistemål är den *materiellt riktiga domen* som eftersträvas. *Oskyldighetsprincipen* och *bevisbördsprincipen* väger emellertid tyngre och det är därför främst vid en *fällande dom* som den materiella riktigheten av domen är av särskilt stor betydelse.⁴⁰ Vikten av en *materiellt riktig dom* visar sig exempelvis genom att det i svensk rätt föreligger fri bevisföring för parterna och fri bevisvärdering för domstolen. Finns bevis för ett bevisstema så får detta bevis också användas.⁴¹ Ekelöf menar emellertid att domstolens skyldighet att finna den materiellt riktiga domen skiljer sig åt vad gäller fällande och friande domar. Finns det tillräcklig bevisning för en fällande dom då den misstänkte nekar till brott, bör domstolen ex officio undersöka om det kan finnas någon ytterligare bevisning som talar för den misstänktes oskuld. Är bevisningen mot den misstänkte däremot inte tillräcklig, menar Ekelöf att domstolen bör vara mer försiktig med att själva söka efter ytterligare bevisning.⁴²

I fråga om förhållandet till den *utländska rätten* och principen *jura novit curia* i brottmål är rättsläget oklart. Möjligheten för domstolen att enligt RB 35 kap 2§ anmana parterna att inkomma med bevis om innehållet i utländsk rätt är visserligen giltig även vid brottmål. Det förs emellertid varken i doktrin eller i förarbeten någon närmare diskussion kring problematiken. Det finns således ingen uttalad fördelning av vem som har ansvaret för innehållet i den utländska rätten när det för en fällande dom krävs att det föreligger *dubbel straffbarhet*. Det är således oklart om principen *jura novit curia* gäller även med hänsyn till innehållet i den utländska rätten.

3.2 Åklagarens uppgifter i straffprocessen

Några av åklagarens viktigaste uppgifter i straffprocessen är att agera som förundersökningsledare och att då förundersökningen är färdig, väcka åtal, samt att slutligen i rätten driva åtalet i processen. Åklagaren har även andra viktiga uppgifter i straffprocessen. Exempelvis kan åklagaren fatta olika beslut om straffprocessuella tvångsåtgärder såsom anhållande, husrannsakan, och beslag.⁴³

Jag kommer nu att titta lite närmare på hur åklagarens roll i straffprocessen ser ut, på vilka principer som åklagaren måste beakta i sitt arbete, samt hur åklagaren måste förhålla sig till straffprocessens övriga aktörer.

⁴⁰ Lindell, m.fl., 2005, s.22., Notera dock nämnda *Pélissier och Sassi mot Frankrike*.

⁴¹ Notera dock att om beviset är framtaget genom brottsprovokation kan det beviset inte användas i en straffprocess mot dem som utsatts för brottsprovokationen. Jfr. högsta domstolens avgörande från 2007-12-08, mål nr B 5039-06, där högsta domstolen slog fast att brottsprovokation stred mot EKMR art 6 och därmed rätten till en rättvis rättegång.

⁴² [4]Ekelöf, 1956, s.239f.

⁴³ [1]Ekelöf, 2002, s.182.

3.2.1 Åklagarens ställning i straffprocessen

Åklagaren företräder staten mot den misstänkte i straffprocessen. Men till skillnad mot tvistemålsprocessen där parterna befinner sig på klart olika sidor, är åklagarens roll mer delad i straffprocessen. Detta framträder tydligast under förundersökningen.

För att tillförsäkra den enskilde rättssäkerhet finns ett antal principer som åklagaren måste beakta i sitt arbete. En av dessa är *objektivitetsprincipen* som innebär att åklagaren under förundersökningen ska utreda och samla in bevis kring omständigheter som kan vara såväl till fördel som till nackdel för den misstänkte. Även efter att åtal är väckt har åklagaren en viss objektivitetsförpliktelse. Exempelvis är en åklagare skyldig att lägga ner ett åtal om det framkommer uppgifter som gör att den misstänkte inte längre kan anses vara misstänkt för något brott.⁴⁴

Enligt EKMR art 6 p1 är det av stor vikt för balansen mellan parterna – ”*equality of arms*” – att åklagaren inte favoriseras i rättsskipningen. Det är exempelvis av stor vikt att även den misstänkte får ta del av alla handlingar i målet och ges möjlighet att bemöta dessa.⁴⁵

3.2.2 Förundersökning

Förundersökning ska inledas så fort det finns anledning att anta att ett brott har begåtts. Brottet måste höra under allmänt åtal och det måste i princip vara möjligt att beivra brottet i Sverige.⁴⁶ Det krävs inte att det finns någon misstänkt för brottet eller att det finns någon omfattande bevisning för att en förundersökning ska kunna inledas. Det räcker att det finns en misstanke om ett konkret brott. Det finns även situationer då det *inte* måste öppnas en förundersökning, exempelvis då det är uppenbart att brottet inte går att utreda, eller då det redan i förväg kan avgöras att förundersökningen i förhållande till brottets art kommer att bli orimligt kostsam.⁴⁷

I många fall är åklagaren förundersökningsledare och leder utredningen av ett misstänkt brott. Under utredningens gång kan förundersökningsledaren behöva vidta vissa åtgärder, exempelvis begära kvarstad, vittnesförhör i rätten under förundersökningen, eller rättspsykiatrisk utredning under förundersökningen. I de fall någon annan är förundersökningsledare måste åklagaren i dessa fall inträda som förundersökningsledare. Även då olika tvångsmedel blir aktuella, som exempelvis omfattande husrannsakingar eller undersökningar av vissa platser, måste åklagaren inträda som förundersökningsledare. Om det gäller mindre ingripande åtgärder som

⁴⁴ SOU 2005:84, s.108f.

⁴⁵ Danelius, 2002, s.197.

⁴⁶ Fitger, *Rättegångsbalken. En kommentar på Internet*.

⁴⁷ [3]Ekelöf, 2005, s.107ff.

kroppsvisitation eller avspärningar, kan dessa beslut fattas av förundersökningsledare även då denne inte är åklagare.⁴⁸

Så fort någon skäligen kan misstänkas för ett brott ska åklagaren, om inte redan så är fallet, inträda som förundersökningsledare.⁴⁹ I det följande utgår jag i mitt arbete från att åklagaren är förundersökningsledare.

Det finns tre primära syften med förundersökningen. Det första är att ge åklagaren *tillräckligt underlag* för att bedöma huruvida åtal ska väckas eller inte. För det andra ska målet under förundersökningen bli så pass förberett att *all bevisning kan förebringas i ett sammanhang* vid huvudförhandlingen. Det tredje syftet är att ge den misstänkte en möjlighet att *ta del av det bevismaterial som finns* och eventuellt få detta justerat eller kompletterat på något sätt.

Den misstänkte ska ges möjlighet att på bästa sätt förbereda sitt försvar, och även i vissa fall kunna förhindra att åtal alls väcks. Om den misstänkte kan prestera tillräckligt med motbevisning kan det visa sig att det saknas grund för att väcka åtal. Att den misstänkte får ta del av materialet i förundersökningen kan även innebära att den misstänkte inser att bevisningen är så stark att det inte är lönt att förneka gärningen.⁵⁰

3.2.3 Väckande av åtal

När förundersökningen är klar ska åklagaren fatta beslut om åtal ska väckas eller inte.⁵¹ Åklagaren får i princip endast väcka åtal om det på goda grunder kan antas att det i slutändan kommer att bli en fällande dom.⁵²

Åklagaren har en *obligatorisk åtalsplikt* som innebär att om det kan antas att det blir en fällande dom inte bara *kan* åklagaren, utan *ska* åklagaren väcka åtal om brottet faller under allmänt åtal. Att det finns en obligatorisk åtalsplikt beror på att man har ansett att det kan vara svårt för åklagaren att, om det hade varit en fakultativ åtalsplikt, avgöra när det är av allmänt intresse att ett åtal väcks.⁵³

Det finns emellertid tillfällen då åklagaren kan underlåta att väcka åtal, eller fall där åklagaren *får*, men inte *måste*, väcka åtal. Exempel på detta är *åtalsunderlåtelse* samt *särskild åtalsprövning*.⁵⁴

Som ovan nämnts krävs det för att åklagaren ska kunna väcka åtal att det kan förväntas bli en fällande dom. Så är fallet om gärningen bedöms vara

⁴⁸ SOU 2005:84, s.123f.

⁴⁹ RB 23 kap 3§.

⁵⁰ [3]Ekelöf, 2005, s.102ff.

⁵¹ RB 23 kap 20§.

⁵² Schelin, 2007, s.55.

⁵³ Fitger, *Rättegångsbalken. En kommentar på Internet*, 20 kap 6§.

⁵⁴ RB 20 kap 7§ och BrB 9 kap 12§ 2st.

straffbar, samt om det finns tillräckligt stark *bevisning* i målet. Vad gäller rättsfrågan kan det ibland vara svårt för åklagaren att på förväg avgöra om gärningen är straffbar eller inte. Vid tveksamma fall bör emellertid åklagaren ändå väcka åtal, främst av prejudicerande skäl, så att rättsfrågan kan prövas av högre instans och på så sätt bringa klarhet i om gärningen är straffbar eller ej. Vad gäller bevisningens styrka kan det även här vara svårt för åklagaren att i förväg bedöma hur stark bevisningen i målet är. Åklagaren måste ta ställning till om bevisen räcker till för en *fällande* dom. För ett häktningsbeslut räcker det att den misstänkte är på *sannolika skäl* misstänkt. För att åtal ska väckas bör alltså åklagaren göra bedömningen att bevisen når *över sannolika skäl*.⁵⁵

Åklagaren väcker åtal genom att en stämningsansökan lämnas in till tingsrätten.⁵⁶ I stämningsansökan ska åklagaren ange *grunden* för åtalet. Eftersom det är gärningsbeskrivningen som sätter ramen för rättsens bedömning av målet, krävs det att åklagaren individualiserar gärningen och förutom själva gärningen, tydligt anger tid och rum för gärningen. Det är utifrån gärningsbeskrivningen som den misstänkte ska förebere sitt försvar inför huvudförhandlingen. Även om förundersökningen ger den misstänkte information om vilka bevis som kan komma att riktas mot honom/henne, är det gärningsbeskrivningen som den misstänkte i slutändan har att förhålla sig till. Det är därför viktigt att åklagaren är så tydlig i sin gärningsbeskrivning att det inte föreligger några oklarheter kring hur, när, var och vem som åklagaren menar har begått den brottsliga gärningen. Åklagaren måste i sin gärningsbeskrivning ange vilka konkreta omständigheter som motsvarar de *objektiva rekvisiten* för den gärning som åklagaren menar att den misstänkte har begått. Även om åklagaren oftast i sin stämningsansökan anger vilket/vilka lagrum som ska vara tillämpliga i målet, är rätten, som tidigare nämnts, i princip inte bunden av den rättsliga etikett som åklagaren hänvisar till. Vad gäller påföljdsfrågan är rätten helt fri att bestämma denna, även om åklagaren ofta väljer att uttala sig om lämplig eller önskvärd påföljd.⁵⁷

3.2.4 Huvudförhandling

Huvudförhandlingen inleds med att åklagaren framställer sina yrkanden i rätten och läser upp gärningsbeskrivningen. Oftast yrkar åklagaren för ansvar enligt det/de straffbud som han/hon anser vara tillämpligt. Däremot framställs inget yrkande om påföljden i detta skede.

När den misstänkte angett sin ståndpunkt i målet, utvecklar åklagaren sin talan. I sakframställningen ska åklagaren redogöra för vad han/hon gör gällande har skett och på vilket sätt gärningen är brottslig.⁵⁸

⁵⁵ [3]Ekelöf, 2005, s.147f.

⁵⁶ RB 45 kap 1,4§§.

⁵⁷ [3]Ekelöf, 2005, s.159ff.

⁵⁸ [3]Ekelöf, 2005, s.174f

När alla parter och vittnen är hörda, och all bevisning är framlagd, ska åklagaren plädera. Vid pläderingen bör åklagaren beröra såväl skuld- som påföljdsfrågan. Även om åklagarens yrkande i påföljdsfrågan inte är bindande för rätten, har de försvarande och förmildrande omständigheter som kan läggas fram i målet betydelse för hur rätten kommer att bedöma en eventuell påföljd. Åklagaren har även i pläderingen en skyldighet att iaktta oskyldighetsprincipen och bör även undvika att moralisera över gärningen.

Den misstänkte, eller en eventuell försvarare, får därefter plädera och förhandlingen avslutas därefter med att rättens ordförande frågar den misstänkte om denne har något som han/hon vill tillägga i målet.⁵⁹

3.3 Den misstänktes ställning i straffprocessen

Den misstänktes ställning i straffprocessen skiljer sig i hög grad från den ställning i processen som åklagaren har. Detta beror till stor del på *oskyldighetspresumtionen*, samt EKMR art 6 – *rätten till en rättvis rättegång*.

3.3.1 Oskyldighetspresumtionen

Den misstänkte har en rätt att bli behandlad som oskyldig genom hela straffprocessen fram tills det kommer en lagakraftvunnen och fällande dom. Inte förrän detta inträffar upphör *oskyldighetspresumtionen* att gälla.⁶⁰

Oskyldighetspresumtionen innebär främst ett skydd för att individens rättigheter tas tillvara i straffprocessen. Men oskyldighetspresumtionen innebär även en försäkran om att det arbete som de rättsvårdande myndigheterna utför fram till dess att det finns en lagakraftvunnen dom utåt sett *uppfattas* som rättvist och inte bara *är* det.⁶¹

Oskyldighetspresumtionen är inte en absolut nödvändigt för att en fungerande rättsordning ska kunna existera, men utan en oskyldighetspresumtion kan det emellertid vara svårt att vinna medborgarnas förtroende i en demokrati. Detta eftersom det ur *rättssäkerhetssynpunkt* är otänkbart med ett system utan en oskyldighetspresumtion.⁶²

⁵⁹ [3]Ekelöf, 2005, s.185.f.

⁶⁰ Novak, 2003, s.19.

⁶¹ Novak, 2003, s.58.

⁶² Novak, 2003, s.59f.

3.3.2 Rätten till en rättvis rättegång – EKMR art 6

Europakonventionen för mänskliga rättigheter ratificerades av Sverige 1953, men inkorporerades inte med svensk rätt förrän 1 januari 1995 genom *lagen (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna*. I lagen föreskrivs att konventionen samt de tillhörande tilläggsprotokollen ska gälla som svensk lag. Dessutom infördes samtidigt i RF 2 kap 23§ att ingen lag eller förordning får införas som strider mot Sveriges åtagande enligt konventionen.⁶³ *Rätten till en rättvis rättegång*, EKMR art 6, innebär bland annat att den som är misstänkt för ett brott inte ska behöva bidra till utredningen eller bevisningen med för den misstänkte belastande material. I flertalet rättsfall från Europadomstolen har det slagits fast att den misstänkte inte kan tvingas att lämna uppgifter som kan användas mot honom/henne.⁶⁴

EKMR art 6 omfattar även *rätten till tystnad*, d.v.s. att den misstänkte inte behöver medge någonting eller ens uttala sig under prövningen av målet. Även här finns det ett flertal rättsfall som bekräftar detta.⁶⁵ I vissa fall kan emellertid en misstänkts tystnad få lov att användas *mot* honom/henne. Det krävs dock att det finns en så pass stark bevisning i övrigt till nackdel för den misstänkte, att dennes vägran att förklara sig därigenom kan användas mot den misstänkte.⁶⁶

3.3.3 Den misstänktes roll i processen

Aktivitetsplikten för den misstänkte är alltså mycket begränsad. För det fall åklagaren har fullgjort sin bevisbörda och framlagt bevis som styrker de bevisstema som ingår i den aktuella gärningsbeskrivningen så att beviskravet ”*bortom rimligt tvivel*” är uppfyllt, kan den misstänkte sägas få en ”*falsk bevisbörda*”. Detta är inte ett bevisbördskrav i vanlig mening, utan det innebär att för att den misstänkte ska kunna undgå en fällande dom krävs det att den misstänkte presterar någon form av motbevisning för att omkullkasta åklagarens bevisning. I exempelvis utsagemål kan en målsägandes uppgifter ensamma räcka för en fällande dom om dessa är tillräckligt starka och det inte finns något som motsäger dessa. På så vis kan man säga att den misstänkte indirekt då får en aktivitetsplikt.⁶⁷

⁶³ Danelius, 2002, s.41f.

⁶⁴ Danelius, 2002, s.216 och exempelvis rättsfallen *Funke och Crémieux mot Frankrike*, och *J.B. mot Schweiz*.

⁶⁵ Se exempelvis; *Condron mot Förenade Konungariket*.

⁶⁶ Danelius, 2002, s.216, och *John Murray mot Förenade Konungariket*.

⁶⁷ Schelin, 2007, s.54f.

3.3.3.1 Före huvudförhandling

Den misstänkte har alltid rätt att föra sin egen talan, men får även företrädas av en försvarare som utses av den misstänkte.⁶⁸ När rätten ska bedöma huruvida en *offentlig försvarare* ska utses eller inte ska utgångspunkten vara att hänsyn endast ska tas till processuella synpunkter och inte den misstänktes ekonomiska ställning. Syftet med att utse en offentlig försvarare är att tillförsäkra att alla som är i behov av hjälp med sitt försvar ska kunna få det. Om den misstänkte blir anhållen eller häktad har han/hon rätt att begära att en offentlig försvarare utses. Denna rätt har den misstänkte även om han/hon misstänks för ett brott där påföljden minst kan bli sex månaders fängelse. En offentlig försvarare *skall* även förordnas om den misstänkte är i behov av det med hänsyn till brottet, om det är tveksamt vilken påföljd som ska väljas, eller om det annars finns skäl att förordna en offentlig försvarare.

Om den misstänkte redan själv har en egen försvarare ska det inte utses en offentlig försvarare. Den misstänkte har alltid en rätt att föreslå vem som ska vara hans/hennes offentliga försvarare och rätten ska i möjligaste mån tillgodose den misstänktes önskemål. Den önskade försvararen måste emellertid vara tillgänglig för uppdraget, samt inte medföra allt för stora ökade kostnader.⁶⁹

Försvararens uppgift är att ta tillvara den misstänktes rätt och förbereda försvaret på bästa möjliga sätt. Försvararen har dels en skyldighet i *formellt* hänseende att se till att de processuella reglerna efterföljs, dels har försvararen en skyldighet i *materiellt* hänseende, vilken är den viktigaste. Försvararens skyldighet materiellt sett är att lyfta fram de omständigheter som talar *för* den misstänkte. Åklagaren har, som tidigare nämnts, också denna skyldighet, men skillnaden är den att försvararen inte har någon skyldighet att lyfta fram sådant som talar *mot* den misstänkte.⁷⁰

Den som är skäligen misstänkt för ett brott har rätt till information om detta och har därefter rätt att fortlöpande ta del av vad som förekommer i utredningen så långt som det inte är till men för utredningen. Även om åklagaren har en objektivitetsförpliktelse och därför även ska utreda sådant som är till den misstänktes fördel, kan den misstänkte tycka att det finns saker som åklagaren förbisett i utredningen. Den misstänkte har därför en rätt att ange vilken utredning som han/hon anser behövlig för att även tillgodose den misstänktes intressen.⁷¹

3.3.3.2 Huvudförhandling

Enligt RB 21 kap 2§ är den misstänkte skyldig att infinna sig personligen till huvudförhandlingen i tingsrätt och hovrätt. I vissa undantagsfall kan dock målet avgöras i den misstänktes frånvaro. En grundförutsättning är dock

⁶⁸ RB 21 kap 1,3§§.

⁶⁹ Fitger, *Rättegångsbalken. En kommentar på Internet*, 21 kap 3a§ och 21 kap 5a§.

⁷⁰ Fitger, *Rättegångsbalken. En kommentar på Internet*, 21 kap 7§.

⁷¹ Fitger, *Rättegångsbalken. En kommentar på Internet*, 23 kap 18§.

alltid att målet kan *utredas tillfredsställande* trots att den misstänkte inte har infunnit sig.⁷²

Under själva huvudförhandlingen har den misstänkte, som tidigare nämnts, rätt att förhålla sig passiv och inte yttra sig eller ta del av processen mer än han eller hon önskar. Tystnanden kan som huvudregel inte användas mot den misstänkte (se kap 3.3.2). Ofta vill den misstänkte emellertid förklara sig och det har han/hon tillfälle till under förhöret med den misstänkte som hålls efter det att rätten hört en eventuell målsägande. Den misstänkte ges även en möjlighet i slutet av huvudförhandlingen att uttala sig eller tillägga något som den misstänkte inte tycker har framkommit tydligt nog i processen. När det gäller den misstänktes passivitet kan även nämnas att den regel som gäller för part i tvistemål eller målsägande i brottmål, om att en part som försöker förhålla processen riskerar att dömas till böter, inte gäller den misstänkte i straffprocessen.⁷³

Om åklagaren väljer att lägga ner ett åtal, har en eventuell målsägande rätt att överta åtalet. Om han/hon inte gör detta, har den misstänkte då rätt att begära en friande dom. Detta är av stor vikt för den misstänkte, eftersom åklagaren annars har en möjlighet att återuppta åtalet vid ett senare tillfälle. Har en friande dom meddelats blir åklagaren förhindrad att väcka åtal på nytt på grund av *res judicata*.⁷⁴

⁷² Fitger, *Rättegångsbalken. En kommentar på Internet*, 46 kap 15a§.

⁷³ RB 9 kap 3§.

⁷⁴ RB 20 kap 9§ 2st.

4 Dubbel straffbarhet

Varje självständig stat har genom sin *statssoveränitet* en *kompetenskompetens* som i princip innebär att varje stat ensidigt avgör vad som är straffbart i landet, samt vilken kompetens som den egna statens domstolar har.⁷⁵ Ett land kan därför bestämma vilken jurisdiktion landets domstolar ska ha. Folkrättens sju principer för straffrättslig jurisdiktion⁷⁶ utgör grunden för hur omfattande det egna landets domsrätt kan vara.

Det som sätter gränserna för hur omfattande ett lands jurisdiktion kan vara beror till stor del på tre särskilt viktiga hänsynstaganden. *För det första* är intresset för skyddet mot skadliga gärningar och säkerheten och ordningen på det egna territoriet av stor vikt. *För det andra* finns ett växande behov av mellanstatlig samverkan mot organiserad och gränsöverskridande brottslighet. *Slutligen* är den enskilda individens rättssäkerhet viktig att trygga. Att varje stat har denna kompetens innebär emellertid att kompetenskonflikter mellan staterna kan uppstå. De praktiska problemen av dessa konflikter är oftast små, då det som regel endast är *en* stat som är intresserad av att lagföra i det konkreta fallet. Icke desto mindre finns det krav på att staterna utövar viss återhållsamhet i jurisdiktionsanspråken.⁷⁷ Kravet på *dubbel straffbarhet* är ett sådant krav och grundar sig på att det för individen kan framstå som oförutsägbart om man kan bli straffad i land A för en gärning som begås i land B där gärningen är straffri.⁷⁸

Ett land kan antingen tillämpa ett krav på dubbel straffbarhet *in abstracto* eller *in concreto*. Dubbel straffbarhet *in abstracto* innebär att domstolen enbart ser till om gärningen var straffbelagd i det andra landet. Dubbel straffbarhet *in concreto* innebär däremot att domstolen dessutom måste konstatera att gärningen faktiskt utgjorde ett brott enligt gärningsortens lag. Rätten måste således ta hänsyn till om det finns någon omständighet som rättfärdigade handlingen (ex. nödvärn), eller om gärningen kan ses som helt ursäktad (exempelvis inte straffbar ålder). Rätten måste dessutom kunna konstatera att gärningen fortfarande är straffbar på gärningsorten (exempelvis att preskription eller avkriminalisering inte har skett).⁷⁹

⁷⁵ Jareborg, 2005, s.236.

⁷⁶ Territorialitetsprincipen, flaggstatsprincipen, aktiva- samt passiva personalitetsprinciperna, statskyddsprincipen och universalitetsprincipen.

⁷⁷ Jareborg, 2005, s.246ff.

⁷⁸ Jareborg, 2005, 249f., Ett annat sådant krav är *ne bis in idem* (se kap 4.1).

⁷⁹ Ibid.

4.1 Kravet på dubbel straffbarhet i svensk rätt

När Sverige tillträdde 1970 års brottmålskonvention innefattade denna regler om *ne bis in idem* (inte dömas/anklagas två gånger för samma sak). Konventionen förhindrade en svensk domstol från en ny domstolsprövning då en person hade friats i en annan konventionsstat. De dåvarande svenska bestämmelserna ansågs alltför långtgående eftersom de innebar en möjlighet att lagföra en person som ännu ej hade lagförts för ett brott utomlands, men som vid en prövning på gärningsorten skulle komma att frikännas.⁸⁰ I svensk rätt infördes därför kravet på dubbel straffbarhet *in concreto* i BrB 2 kap 2§2st i brottsbalken den 1 juli 1973 (SFS 1972:812). Det ansågs som oförutsägbart och rättsosäkert om en person, som utförde en gärning som var tillåten på gärningsorten, skulle kunna åtalas och fällas i Sverige för denna gärning om den var straffbar enligt svensk lag.⁸¹

Domareföreningen ansåg vid införandet av dubbel straffbarhet att de svenska domstolarna torde *ex officio* ha en skyldighet att utreda om det föreligger någon omständighet som gör gärningen strafffri på gärningsorten (exempelvis nöd, nödvärn, samtycke). Domareföreningen ansåg att det även var lämpligt att domstolarna snabbt skulle kunna få kännedom om innehållet i den utländska rätten. Detta, menade man, skulle kunna ske exempelvis genom utrikesdepartementets försorg. Om det sedan kvarligger något tvivel kring innehållet i den utländska rätten, ansåg man att detta skulle räknas den misstänkte tillgodo utifrån den lindrigaste tolkningen av den utländska lagen.⁸²

Bestämmelsen i BrB 2 kap 2§ ger svensk domstol behörighet att i vissa fall lagföra brott som begås utomlands. De tre behörighetsgrundande faktorer som finns är medborgarskap, hemvist, samt vistelse. För de två förstnämnda räknas statusen såväl vid gärningstillfället som den efterföljande statusen. För vistelse är det naturligt nog endast en efterföljande vistelse som räknas som behörighetsgrundande enligt BrB 2 kap 2§. Reglerna innebär förvisso en utvidgning av den svenska jurisdiktionen, men utvidgningen sammanhänger med att svenska domstolar är restriktiva med att utlämna egna medborgare eller utländska medborgare som vistas här i landet, för lagföring utomlands. Genom de utvidgade jurisdiktionsreglerna kan Sverige ställa den misstänkte till svars här i landet. Det går på så sätt inte att undgå straff för en gärning som har begåtts utomlands, man kan inte få så kallad *straffrättslig asyl* genom att fly till Sverige efter att man begått en brottslig gärning utomlands.⁸³

⁸⁰ Holmkvist m.fl., 2005, 2:22 ff.

⁸¹ Prop. 1972:98, s.209f.

⁸² Prop. 1972:98, s.67.

⁸³ Jareborg, Asp, 1995, s.35f.

I BrB 2 kap 2§3st finns en bestämmelse som innebär att även om gärningen är straffbar på gärningsorten, får den svenska domstolen inte döma till hårdare straff än vad som maximalt kan utdömas enligt straffskalan för gärningen på gärningsorten. Detta gäller även om det utdömda straffet i Sverige då kommer att hamna *under* straffminimum enligt svensk lag. Minimipåföljderna i böter och fängelse enligt BrB 25 kap 2,3§§ respektive 26 kap 1§ får emellertid inte underskridas.⁸⁴

4.1.1 Undantag från kravet på dubbel straffbarhet

Genom att införa undantag från kravet på dubbel straffbarhet utvidgas jurisdiktionen för den egna domstolen. Vid införandet av kravet på dubbel straffbarhet ansågs det vara viktigt för det allmänna rättsmedvetandet att vissa grova brott undantogs från kravet. Det ansågs dock inte lämpligt att göra en uppräknig av vilka brott som skulle undantas från kravet på dubbel straffbarhet, utan det ansågs vara tillräckligt att peka ut dessa gärningar utifrån en hänvisning till minimistraff (*universalitetsprincipen*, se kap 4.1.1.2).⁸⁵

Idag finns, förutom de gärningar som omfattas av universalitetsprincipen, ett antal gärningar där kravet på dubbel straffbarhet inte behöver uppfyllas. I det följande redogörs för dessa.

4.1.1.1 Sexualbrott mot barn

Den 1 juli 2005 infördes nya undantag från kravet på dubbel straffbarhet och principen om att inte döma ut strängare straff än på gärningsorten. Om gärningen utomlands innefattar sexuella övergrepp mot barn gäller inte dessa krav.⁸⁶ Bestämmelsen i BrB 2 kap 2§4st ger uttryck för den utökade definitionen av ”barn” som FN:s Barnkonvention innefattar där alla under 18 år betraktas som barn.⁸⁷ När det gäller brotten *grov våldtäkt* samt *grov våldtäkt mot barn* omfattas dock dessa även av universalitetsprincipen (se kap 4.1.1.2).

Att sexuella övergrepp mot barn tillhör de undantagna brotten beror på att lagstiftaren ansett att det inte skulle vara tillfredställande att handlingar som värderas som allvarliga sexualbrott mot barn enligt svensk lag, exempelvis skulle kunna utföras av en svensk medborgare straffritt utomlands om förfarandet på gärningsorten inte var straffbelagt.⁸⁸

⁸⁴ Holmkvist m.fl., 2005, 2:26f.

⁸⁵ Prop. 1972:98, s.57.

⁸⁶ BrB 2 kap 2§ 4st, Ändringen infördes i samband med att *lag (1998:408) om förbud mot köp av sexuella tjänster* upphörde att gälla.

⁸⁷ FN:s Barnkonvention, art 1.

⁸⁸ Holmqvist, m.fl., *Brottsbalken. En kommentar på Internet.*, 2 kap 2§ 4st.

4.1.1.2 Grov brottslighet

Universalitetsprincipen återfinns i BrB 2 kap 3§ p7 och innebär att de brott som enligt svensk lag anses vara särskilt allvarliga och därför ger minst fyra års fängelse inte ska omfattas av kravet på dubbel straffbarhet. Exempel på brott som omfattas av universalitetsprincipen är, förutom grov våldtäkt och grov våldtäkt mot barn, mord, dråp, människorov, grovt rån och grov mordbrand.⁸⁹

4.1.1.3 Könstympling av kvinnor

Undantaget från kravet på dubbel straffbarhet återfinns även i *lagen* (1982:316) *med förbud mot könstympling av kvinnor*. Lagen ger domstolarna en vidare jurisdiktion än vad som för övrigt krävs för brott med mindre än fyra års strafftid som minimistraff i straffskalan, då det stadgas att BrB 2 kap 2,3§§ inte är tillämpliga då brott begås enligt denna lag.⁹⁰ Att lagen undantas från kravet på dubbel straffbarhet motiveras med hänvisning till den grymhet och lidande som ingreppet på kvinnan innebär.

För att den svenska rättsordningen ska kunna fungera effektivt var det nödvändigt att ta bort kravet på dubbel straffbarhet. Om detta inte gjorts skulle det vara fritt fram för en svensk medborgare eller för någon som stadigvarande bor i Sverige att föra en kvinna utomlands och låta denna kvinna genomgå könstympling, för att sedan straffritt kunna återföra henne igen till Sverige.⁹¹

4.1.2 Legalitetsprincipen och dubbel straffbarhet

Vad gäller *legalitetsprincipens* betydelse för dubbel straffbarhet menar Lindell m.fl. att legalitetsprincipen *inte* ger ett starkt eller ovillkorat stöd för ett generellt krav på dubbel straffbarhet. Det skulle kanske kunna tyckas oförenligt med legalitetsprincipen om en person begår en gärning på en ort i land A, där den inte är kriminaliserad, och sedan ändå skulle kunna straffas i land B för denna gärning. Men om land B i lag tydligt uttryckt att denna gärning är undantagen från kravet på dubbel straffbarhet menar Lindell m.fl. att legalitetsprincipen på så sätt ändå kan upprätthållas.⁹²

⁸⁹ BrB 3 kap 1,2§§, 4 kap 1§, 8 kap 6§ och 13 kap 2§.

⁹⁰ Lag (1982:316) med förbud mot könstympling av kvinnor, 3§ 1st.

⁹¹ Holmqvist, m.fl., 2005, s.2:25f.

⁹² Ibid.

4.1.3 Dubbel straffbarhet – en straffrättslig- eller straffprocessuell regel?

Som tidigare diskuterats (se kap 2.) så är definitionerna av och gränsen mellan vad som är straffrätt och straffprocessrätt inte helt enkel att reda ut. När det gäller att placera regeln om *dubbel straffbarhet* i någon av dessa kategorier blir denna svårighet tydlig. Karaktären på reglerna i BrB 2 kap är förvisso processuella. Men det går inte att helt klart kategorisera dubbel straffbarhet som varken en straffrättslig eller en straffprocessuell regel, dubbel straffbarhet har en mer komplex funktion.

Om man ser på dubbel straffbarhet som enbart en straffprocessuell regel får detta vissa konsekvenser. Dels är huvudregeln att det *inte* finns ett retroaktivitetsförbud vad gäller processuella regler, det är den processuella regel som ska tillämpas som är gällande *vid processtillfället*. Dels tillhör de processuella reglerna domstolens ansvarsområde, åklagaren behöver inte föra någon bevisning kring en processuell regel.

Om man istället skulle se på dubbel straffbarhet som enbart en materiellt straffrättslig regel och därigenom se dubbel straffbarhet som ett rekvisit, får detta andra konsekvenser. För det första gäller ett retroaktivitetsförbud för straffrättsliga regler (se kap 2.3). För det andra skulle åklagaren, med hänsyn till den ackusatoriska processen, ha det fulla ansvaret för att föra bevisning *bortom rimligt tvivel* för att det förelåg dubbel straffbarhet om den kategoriserades som en materiellt straffrättslig regel. Dubbel straffbarhet i sig handlar om att tolka innehållet i utländsk rätt, och avgörandet av rättsfrågor hör enligt den svenska rättstillämpningen till domstolens ansvarsområde, enligt principen *jura novit curia*.

Det finns ingen konsensus i varken den svenska eller den utländska doktrinen om hur dubbel straffbarhet *ska* kategoriseras. I några av de länder som har ett krav på dubbel straffbarhet verkar majoriteten mena att dubbel straffbarhet främst är en *materiellt straffrättslig* regel. I Sverige däremot är tendensen den omvända, majoriteten menar att dubbel straffbarhet är en *straffprocessuell* regel. Träskman menar däremot att det är mer riktigt att se dubbel straffbarhet som en straffrättslig regel.⁹³

Ett förslag på hur man kan se på dubbel straffbarhet när det gäller ansvarsfördelningen för innehållet i den utländska rätten kommer jag att presentera längre fram (se kap 7).

⁹³ Träskman, 2006, s.473ff.

4.2 Förordning (1981:366) om rätt att i vissa fall begära upplysningar om innehållet i utländsk rätt

Enligt *förordning (1981:366) om rätt att i vissa fall begära upplysningar om innehållet i utländsk rätt* får svenska myndigheter begära att få upplysningar om hur rättsreglerna ser ut i en annan stat som också är ansluten till tilläggsprotokollet (SÖ 1981:6).⁹⁴ Bland de 31 europeiska stater som är anslutna finns samtliga nordiska stater.

Svenska myndigheter kan enligt FöUtlRä 4§ vända sig till Centralmyndigheten för att få upplysning om innehållet i utländsk rätt. Centralmyndigheten är en funktion inom justitiedepartementet och bistår svenska och utländska myndigheter i juridiska ärenden av gränsöverskridande karaktär. Förutom hjälp med information om den utländska rätten handhar Centralmyndigheten bland annat ärenden som gäller utlämning, internationell rättslig hjälp i brottmål, överförande av straffverkställighet och lagföring samt delgivning i brott- och civilmål.⁹⁵

Framställningen med begäran om upplysning om den utländska rätten ska ges in till Centralmyndigheten och det ska i framställningen noga anges vilka frågor som myndigheten vill ha svar på, samt de faktiska omständigheterna i fallet som behövs för att kunna svara på frågan.⁹⁶

Det är endast domstolar, åklagare, kriminalvården, kriminalvårdsmyndigheten samt övervakningsnämnder som får framställa begäran om upplysning om den utländska rätten till Centralmyndigheten. Privatpersoner och företag har således inte den möjligheten vare sig det gäller civilrättsliga eller straffrättsliga frågor.⁹⁷

⁹⁴ Tilläggsprotokoll (SÖ 1981:6) dagtecknat den 15 mars 1978 till 1968 års europeiska konvention angående upplysningar om innehållet i utländsk rätt.

⁹⁵ Faktablad justitiedepartementet, Ju 07.07.

⁹⁶ FöUtlRä 5§.

⁹⁷ FöUtlRä 1,4 §§.

5 Praxis – tolkning av ”besiddelse” i dansk rätt

I min problematisering inledningsvis beskrev jag kortfattat det hovrättsfall som är bakgrunden till att jag skriver detta arbete. Här följer nu ett mer utförligt referat, samt en analys av hur hovrätten i detta mål förhållit sig till den utländska rätten.

5.1 Bakgrund

HS, som inte är svensk medborgare, men stadigvarande boende i Malmö, greps i Malmö den 11 september 2006 misstänkt för olovligt brukande av cannabis. HS förnekade gärningen, men medgav att han tagit två bloss från en joint på en fest i Köpenhamn cirka två veckor tidigare. I ett analysbesked av HS urin konstaterades att HS vid tillfället för gripandet hade 0.03 mikrogram cannabis per ml urin.

5.2 Tingsrätten

I gärningsbeskrivningen yrkade åklagaren på att HS i tingsrätten skulle fällas för olovligt brukande av cannabis enligt NSL 2 §. Som plats för brukandet uppgav åklagaren Malmö som gärningsort. Tingsrätten friade HS då hans invändning om att brukandet skett i Köpenhamn inte kunde lämnas utan avseende och gärningsbeskrivningens utformning inte omfattade Köpenhamn som gärningsort.

5.3 Hovrätten

Åklagaren överklagade tingsrättens dom och hovrätten beviljade prövningstillstånd. Åklagaren justerade gärningsbeskrivningen på så sätt att han infogade ”*eller i Köpenhamn*” som platsen för brukandet av cannabis. Frågan som hovrätten därför måste ta ställning till var om HS brukande av cannabis i Köpenhamn kunde ses som en straffbar handling också enligt dansk rätt. Det krävdes alltså *dubbel straffbarhet* för att HS skulle kunna fällas i målet.

Hovrätten inleder domskälen med att konstatera att det medgivna brukandet av cannabis skett av HS i Köpenhamn och att det enligt svensk rätt är straffbart enligt NSL 2§ att bruka cannabis. För att avgöra om *dubbel straffbarhet* föreligger måste innehållet i den danska rätten utredas.

Hovrätten redogör först för hur åklagaren menar att innehållet i dansk lag ska tolkas. Enligt *lov om euforiserende stoffer* (lovbekendtgørelse den 21 juli 1969 nr 391) 1§ är bland annat "*besiddelse*" av "euforiserende stoffer" förbjuden. Cannabis är en sådan substans som ingår bland "euforiserende stoffer" enligt dansk lag. Åklagaren menar att det danska begreppet "*besiddelse*" omfattar ett *brukande* av cannabis och därmed är straffbart enligt dansk lag. Det svenska rättsfallet RH 2001:16 ger enligt åklagaren stöd för denna tolkning av begreppet "*besiddelse*".

Hovrätten går därefter vidare med att redogöra för hur riktigheten av tolkningen av "*besiddelse*" i 2001 års fall diskuterats i lagkommentaren till brottsbalken. Enligt kommentaren har "*besiddelse*" och "*innehav*" en någorlunda identisk innebörd.⁹⁸ Hovrätten fortsätter genom att redogöra för att rättsläget i Danmark, enligt doktrin, beskrivs så att själva brukandet av narkotika i sig inte är straffbart, men att det kan vara en indikation på en "*besiddelse*" som i sig är straffbar. Att någon *brukar* narkotika, menar hovrätten, kan alltså användas som bevis för en föregående eller samtidig "*besiddelse*" av narkotika, vilket är straffbart enligt dansk lag.

Hovrätten kommer slutligen till konklusionen att så som gärningsbeskrivningen är utformad, är det brukande av cannabis som HS gjort inte straffbart enligt dansk lag. Hovrätten menar att "*då ingen rättspraxis eller på annat sätt för åklagarens påstående [har framlagts] att den danska rättsregeln har en annan innebörd*"⁹⁹, talar det anförda mot att den åtalade gärningen är straffbar enligt dansk rätt. Den oklarhet som hovrätten anser att det råder kring den danska rättens ståndpunkt i frågan, menar hovrätten, bör räknas HS tillgodo. Hovrätten anser således inte att kravet på *dubbel straffbarhet* är uppfyllt och ogillar därför åtalet.

5.4 Slutsats

Hovrätten verkar i detta fall ha valt att låta åklagaren presentera bevis för att dubbel straffbarhet föreligger. Därefter har rätten själv gjort en rättsutredning där man har funnit omständigheter som talar *mot* åklagarens bevis för dubbel straffbarhet. Hovrätten har sedan låtit det eventuellt kvarvarande tvivlet angående tolkningen av den utländska rätten komma den misstänkte tillgodo enligt principen *in dubio pro reo*.

⁹⁸ Holmqvist m.fl., 2005, 2:25.

⁹⁹ B 1402-07, s.3(4).

6 Innehållet i den utländska rätten – hur kan det komma till rättsens kännedom?

Den misstänkte har en mycket långtgående rätt att förhålla sig passiv i processen med hänvisning till EKMR art 6 och oskyldighetsprincipen. Den misstänkte är inte tvungen att prestera bevis för sin oskuld, delge rätten kunskap om rättsläget, eller ge in bevisning som är till nackdel för honom eller henne. Den misstänkte har heller ingen möjlighet att via Centralmyndighetens försorg få kunskap om innehållet i den utländska rätten. För de fall den misstänkte inte har något juridiskt ombud måste den misstänkte helt på egen hand föra sin talan i rätten. Det finns således inget av det ovan anförda som talar för att den misstänkte skulle ha något ansvar för att klargöra innehållet i den utländska rätten. Ansvaret måste således ligga på någon av de andra aktörerna för att rätten ska få kännedom om innehållet i den utländska rätten.

Nedan gör jag en genomgång av på vilket sätt rätten kan få kännedom om innehållet i den utländska rätten, samt vid vilka olika skeden som detta är möjligt. Av ovan nämnda skäl bortser jag från att den misstänkte har någon skyldighet att upplysa rätten om innehållet i den utländska rätten. Däremot har den misstänkte naturligtvis rätt att påtala sådant i den utländska rätten som är till hans eller hennes fördel.

6.1 Före huvudförhandlingen

Det tidigaste skedet i processen då en utredning av innehållet i den utländska rätten kan påbörjas är då förundersökningen öppnas av åklagaren. Tiden fram till huvudförhandlingen inleds består av polisens och åklagarens förundersökningsarbete, åklagarens väckande av åtal, samt rättsens förberedande arbete.

6.1.1 Åklagarens roll

Syftet med förundersökningen är att utreda om något brott har begåtts, samt att klargöra om det finns tillräckligt stark bevisning mot den misstänkte för att väcka åtal. För att ta reda på detta måste åklagaren säkra bevis och förhöra den misstänkte och eventuella målsäganden och vittnen. Åklagaren måste också göra klart för sig om den aktuella handlingen utgör en straffbar handling. Åklagaren måste även ta ställning till rättsfrågan. Som tidigare nämnts (se kap 3.2.3.) bör åklagaren i tveksamma fall väcka åtal, eftersom det kan finnas ett prejudikatvärde i att pröva om gärningen är straffbar eller inte. Det ska således vara ganska klart att gärningen *inte* är straffbar för att

åklagaren ska låta bli att väcka åtal på grund av en oklar rättsfråga. Om det kan bli aktuellt för åklagaren att göra en häktning framställning torde åklagaren behöva göra dessa bedömningar redan innan häktning framställan görs.

6.1.2 Domstolens roll

I de flesta fall är det i samband med att åklagaren lämnar in stämningssökanden som domstolen görs uppmärksam på att någon är misstänkt för ett brott. När stämningssökanden är inlämnad till tingsrätten är domstolens uppgift att kommunicera de olika handlingar som åklagaren och den tilltalade vill föra in i processen med respektive motpart. Domstolen har även i uppgift att bereda målet så att rätten vid huvudförhandlingen kan ta ställning till såväl parternas bevisning som de olika rättsfrågor som måste behandlas i målet.

För det fall åklagaren begär den misstänkte häktad kommer domstolen att ta del av relevant material i målet redan *innan* åtal är väckt. När rätten beslutar om häktning, måste rätten ta ställning till om den misstänkte är på sannolika skäl misstänkt (eventuellt skäligen misstänkt) för den påstådda gärningen. Utöver bedömningen av om misstankegraden är tillräcklig hög, måste rätten också ta ställning till om den påstådda gärningen faktiskt är straffbar och häktningssgrundande. När det gäller bedömningen av rättsfrågor torde det vara tillräckligt att åklagaren uppmärksammar rätten på eventuella oklarheter. För att rätten ska kunna häkta någon för en gärning begången utomlands, då ett krav på dubbel straffbarhet föreligger, torde det räcka att åklagaren uppmärksammat detta och presenterar viss utredning om att gärningen är straffbelagd på gärningsorten.

6.2 Under huvudförhandlingen

Huvudförhandlingen är utan jämförelse den del av straffprocessen som är av allra störst betydelse för hur rätten kommer att bedöma målet. Omedelbarhetsprincipen gör att det enbart är det som förekommit vid huvudförhandlingen som rätten får ta hänsyn till då målet ska avgöras. Vad gäller rena rättsfrågor är huvudregeln att parterna *inte* behöver föra någon bevisning om dessa. (se kap 3.1.3.)

Begreppet dubbel straffbarhet är som tidigare diskuterats (se kap 4.1.3.) inte helt enkelt att kategorisera. Oavsett hur man väljer att beskriva begreppet har båda parter emellertid alltid en *möjlighet* att under huvudförhandlingen föra bevisning för rätten om huruvida dubbel straffbarhet föreligger eller inte.

6.2.1 Åklagarens roll

Åklagarens skyldighet är att bevisa att samtliga rekvisit är uppfyllda *bortom rimligt tvivel*. Om man väljer att se på dubbel straffbarhet som ett rekvisit torde kravet på *bortom rimligt tvivel* även omfatta dubbel straffbarhet. Åklagaren har härvid en möjlighet att begära in upplysningar om innehållet i den utländska rätten via Centralmyndigheten enligt FöUtlRä 4§.

Ser man dubbel straffbarhet som en ren rättsfråga har åklagaren däremot ingen skyldighet att föra bevisning om innehållet i den utländska rätten då detta normalt hör till rättens ansvarsområde. Det finns emellertid alltid en möjlighet för åklagaren att lägga fram bevisning för, och sin syn på hur, en rättsregel ska tolkas.

6.2.2 Domstolens roll

Den akusatoriska principen gör att rätten har en relativt tillbakadragen roll under huvudförhandlingen i straffprocessen. Den formella och materiella processledningsskyldigheten innebär främst en skyldighet för rätten att se till att processen blir rättssäker och att båda parter får en chans att lägga fram de bevis som de önskar (se kap 3.1.2).

Vad gäller möjligheten för rätten att själva införskaffa bevisning, exempelvis om innehållet i den utländska rätten, kan följande vara intressant att notera: Ekelöf menar att rättens skyldighet att finna den materiellt riktiga domen skiljer sig åt vad gäller fällande och friande domar. Finns det tillräcklig bevisning för en fällande dom då den misstänkte nekar till brott, bör rätten *ex officio* undersöka om det kan finnas någon ytterligare bevisning som talar för den misstänktes oskuld. Är bevisningen mot den misstänkte däremot inte tillräcklig, menar Ekelöf att rätten bör vara mer försiktig med att själv söka efter ytterligare bevisning.¹⁰⁰

Rätten har även en möjlighet att anmana parterna att inkomma med bevisning om den utländska rätten enligt RB 35 kap 2§. Då den misstänkte har en långtgående passivitetsrätt, torde det enbart vara åklagaren som rätten kan anmana att inkomma med sådan bevisning.

6.3 Efter huvudförhandlingen

När huvudförhandlingen avslutats är åklagaren och den misstänkte i det närmaste klara med sina uppgifter i processen. Det som återstår för dessa båda parter är att bestämma sig för om domen ska överklagas. Detta beror naturligtvis till stor del på hur utgången blir i målet. Men det beror även på *varför* rätten har valt att döma som man har gjort. Om någon av parterna

¹⁰⁰ [4]Ekelöf, 1956, s.239f.

hittar något i domen, som går att angripa genom ett överklagande, söker endera av parterna ofta en ny prövning av målet i högre rätt.

6.3.1 Domstolens roll

Efter huvudförhandlingen tar ännu en av domstolens viktiga uppgifter vid – att avgöra målet genom dom. Som ovan nämnts beror parternas agerande när de ska besluta om domen ska överklagas eller inte till stor del på *vad* som står i domen, och *hur* detta är motiverat. Det är därför viktigt att domen är tydligt skriven, och att det går att utläsa hur rätten har resonerat i det specifika målet.

När rätten ska döma i ett brottmål ska rätten dels avgöra om åklagaren har klarat av att bevisa de i gärningsbeskrivningen förekommande rekvisiten *bortom rimligt tvivel*, dels göra en bedömning av de för målet aktuella rättsfrågorna.

Huvudregeln vid tolkningen av svensk rätt är *jura novit curia – domstolen känner rätten*. För utländska rättsregler är emellertid rättsläget oklart (se kap 3.1.3.1.). Dubbel straffbarhet kan förvisso ses som ett rekvisit i BrB 2 kap 2§ 2st, men det är likväl ett rekvisit som innebär en tolkning av rättsfrågor. Som ovan nämnts har parterna inte något ansvar för att föra bevis kring tolkningen av rättsfrågor (se kap 3.1.3.). Det svenska rättssystemet innebär emellertid en långtgående skyldighet för rätten att fatta en materiellt riktig dom. Rättens utredningsskyldighet ex officio för en materiellt riktig dom är större då åklagarens bevisning pekar på en fällande dom. När det gäller rättens utredningsskyldighet kring den utländska rätten menade domareföreningen i förarbetena vid införandet av bestämmelsen om dubbel straffbarhet att domstolarna *torde* vara skyldiga att undersöka om det finns några omständigheter som gör gärningen straffri på gärningsorten.¹⁰¹ Domstolen har här, precis som åklagaren, en möjlighet att via Centralmyndigheten begära in upplysningar om innehållet i den utländska rätten.

6.4 Konsekvenser av olika lösningar

Som jag tidigare har konstaterat kan den misstänkte inte åläggas skyldighet att inkomma med någon utredning om den utländska rätten. Detta skulle nämligen strida mot såväl principen om den misstänktes rätt till tystnad som mot principen om att inte behöva belasta sig själv eller bidra med för utredningen belastande material. Den misstänkte har alltså ingen *skyldighet*, men en *rätt* att lägga fram den bevisning som han eller hon önskar. Denna rätt gäller givetvis även för bevis om innehållet i utländsk rätt.

¹⁰¹ Prop. 1972:98, s.67.

Åklagarens huvuduppgift i straffprocessen är att företräda staten mot den misstänkte. Men åklagaren har också, framförallt under förundersökningen, en objektivitetsförpliktelse som innebär att åklagaren måste ta tillvara och undersöka sådant som även kan vara till den misstänktes fördel. För att det ska bli en fällande dom måste åklagaren bevisa alla de aktuella rekvisiten *bortom rimligt tvivel*. Om man då skulle se på dubbel straffbarhet i BrB 2 kap 2§2st som enbart ett *rekvisit*, skulle detta innebära att det endast var upp till åklagaren att föra bevisning om innehållet i den utländska rätten. Detta skulle kunna få betydande konsekvenser för den materiella riktigheten i den slutliga domen. Om vi tar det tidigare refererade målet B 1402-07 som exempel, så hade det här inneburit att eftersom åklagaren presenterade dels den danska lagtexten som sådan, dels ett svenskt rättsfall som redogjorde för hur den danska lagtexten skulle tolkas, så kunde rätten utgått från detta vid sin bedömning av målet. Riskerna hade då varit att rätten hade beslutat en materiellt felaktig dom.

Om åklagaren ska vara skyldig att föra bevisning kring huruvida dubbel straffbarhet föreligger eller inte, är det av vikt för den misstänkte att denna fråga tidigt uppmärksammas och att den misstänkte får ta del av denna bevisning, så att han eller hon ges en faktisk möjlighet att bemöta åklagarens bevisning. Den misstänkte måste därför i god tid före huvudförhandlingen få ta del av åklagarens bevisning om innehållet i den utländska rätten.

Om man istället ser på dubbel straffbarhet som en ren *rättsfråga*, som rätten ensam ska ansvara för att känna till, leder detta till andra konsekvenser. Eftersom rättsfrågor i princip inte måste behandlas av parterna under processen enligt principen *jura novit curia*, och inget krav på bevisning om rättsfrågor existerar, blir det bara rättens ansvar att utreda innehållet i den utländska rätten. Om dubbel straffbarhet enbart ses som en rättsfråga innebär detta att varken åklagaren eller den misstänkte behöver ta upp denna fråga i processen. Åklagaren skulle då inte alls behöva föra någon bevisning om att dubbel straffbarhet föreligger. Dessutom skulle den misstänkte då, särskilt i de fall då inget juridiskt ombud finns, helt kunna missa möjligheten att försvara sig mot och komma med invändningar om vad innehållet i den utländska rätten innebär. Detta torde strida mot EKMR art 6 och *rätten till en rättvis rättegång*.

6.5 Slutsats

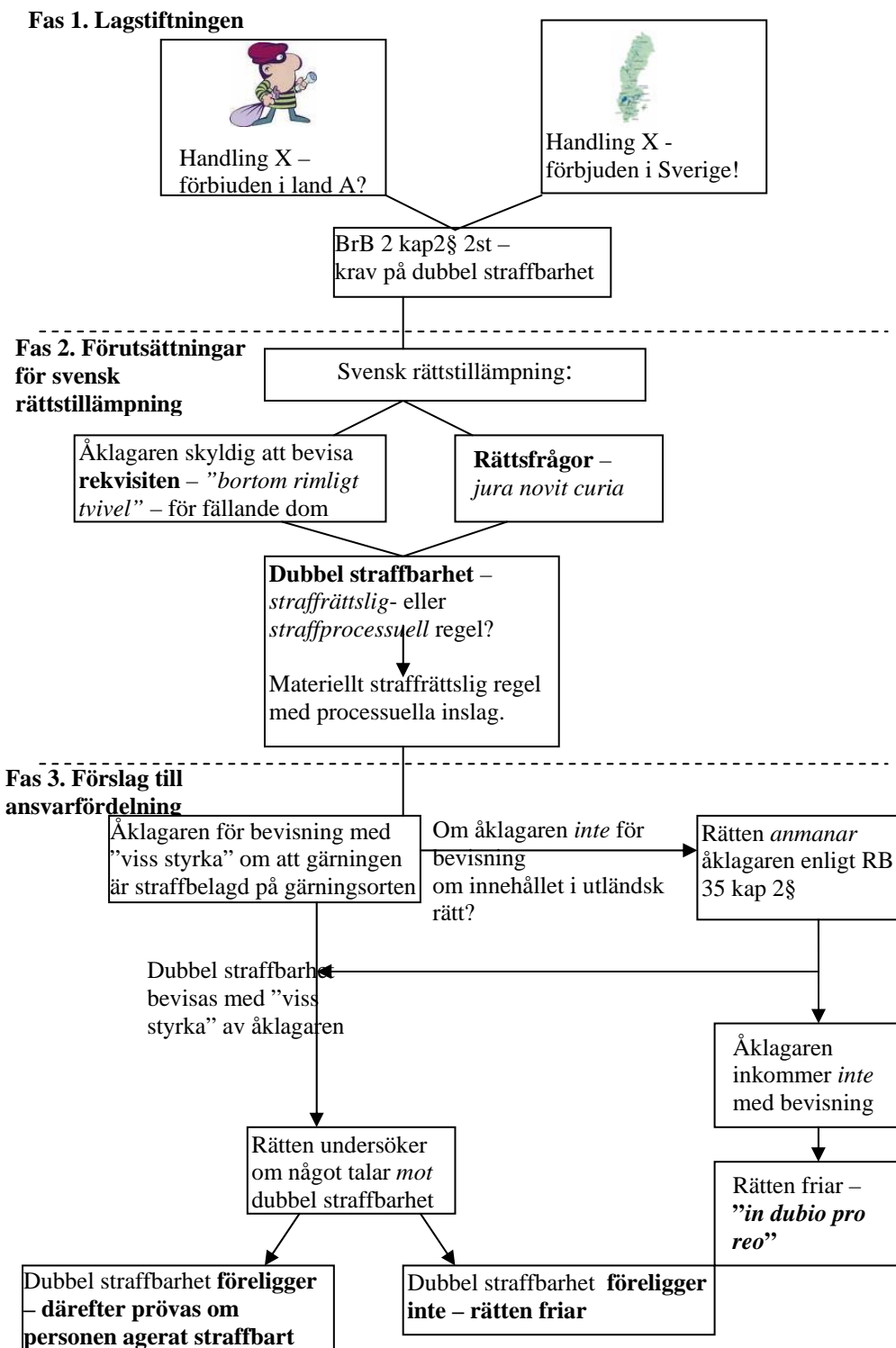
Slutsatsen blir alltså att det skulle kunna leda till materiella fel om dubbel straffbarhet definierades som ett *renodlat rekvisit*. Å andra sidan skulle risken vara stor att *rätten till en rättvis rättegång* skulle komma att åsidosättas om dubbel straffbarhet definierades som en *renodlad rättsfråga*. Parternas möjlighet att bemöta innehållet i den utländska rätten skulle då starkt komma att inskränkas.

Jag menar därför att dubbel straffbarhet bör definieras som ett specialfall av rekvisit som innebär en tolkning av rättsfrågor. Jag menar att regeln i BrB 2 kap 2§ 2st om dubbel straffbarhet, ska ses som *en straffrättslig regel med processuella inslag*.

Frågan är då vems ansvar det ska vara för att rätten ska få del av innehållet i den utländska rätten? I följande kapitel ger jag ett förslag på hur denna lösning skulle kunna se ut, samt vilka konsekvenser denna lösning skulle få.

7 Förslag och diskussion

Schemat nedan visar gången vid en straffprocess där en bedömning av om dubbel straffbarhet föreligger eller inte måste ske. Därefter följer en mer utförlig beskrivning av schemats olika faser där jag diskuterar konsekvenserna av mitt förslag till ansvarsfördelning utifrån schemat.



7.1 Fas 1. Lagstiftningen

Den svenska lagstiftaren har ansett att det finns ett behov av att kunna lagföra en person som begår en handling utomlands som är straffbar i Sverige om personen på något sätt har en anknytning till Sverige. Dock krävs det i de flesta fall att gärningen även är straffbar i det land där gärningen utfördes, så kallad *dubbel straffbarhet* måste föreligga.

I de fall där dubbel straffbarhet *inte* krävs för att personen ska kunna lagföras i Sverige, har lagstiftaren ansett att dessa gärningar är så pass allvarliga eller förkastliga, att det skulle uppfattas som direkt stötande mot det svenska rättsmedvetandet om man inte i Sverige kunde lagföra en person med svensk anknytning om han/hon begår en sådan handling utomlands.

7.2 Fas 2. Förutsättningar för svensk rättstillämpning

I straffprocessen har åklagaren det fulla ansvaret för att bevisa de aktuella rekvisiten *bortom rimligt tvivel*. Om åklagaren inte kan göra detta, eller om den misstänkte kan prestera motbevisning som sänker bevisvärdet på åklagarens bevisning under detta krav, kan rätten inte heller fälla den misstänkte för brottet.

För rättsfrågor krävs det i svensk rätt ingen bevisning från parternas sida. Rätten har det fulla ansvaret för att tolka de rättsfrågor som är aktuella i det specifika målet enligt principen *jura novit curia*.

Bestämmelsen i 2 kap 2§ 2 st BrB är, som jag tidigare har konstaterat, ett specialfall eftersom dubbel straffbarhet både är ett rekvisit i en straffbestämmelse, samtidigt som rekvisitet innebär en tolkning av gällande rätt, närmare bestämt en tolkning av utländsk rätt. Detta innebär att två starka principer står mot varandra; *åklagarens bevisbörda* för att bortom rimligt tvivel styrka rekvisiten och domstolens skyldighet att tolka innehållet i gällande rätt – *jura novit curia*. Om det hade gällt tolkningen av svensk rätt torde domstolens skyldighet att känna lagen vägt tyngre än åklagarens bevisbörda. När det gäller tolkningen av den svenska rätten torde rättsfallet *Pélissier och Sassi mot Frankrike* (se kap 3.1.3.) innebära att det finns vissa begränsningar i domstolarnas möjlighet att frångå den rättsliga etikett som åklagaren har satt på en gärning. I rättsfallet sattes främst fokus på den misstänktes rätt att, förutom den faktiska gärningen, få kännedom om vilken straffrättslig bestämmelse han eller hon anklagas för att ha brutit mot. Det ska alltså vara tydligt för den misstänkte vad det är som han eller hon ska försvara sig mot. Eftersom den utländska rätten i många fall kan vara svårtillgänglig för den misstänkte, innebär detta att rätten svårigen kan gå in och tolka utländsk rätt utan att den misstänkte under processen gjorts uppmärksam på att BrB 2 kap 2§2st är aktuell för prövningen av målet.

7.3 Fas 3. Förslag till ansvarsfördelning

Skyddet för den misstänktes rättigheter i straffprocessen är starkt enligt EKMR art 6 och *rätten till en rättvis rättegång* måste hela tiden vara i fokus. När det gäller dubbel straffbarhet, och därmed tolkning av utländsk rätt, skulle en lösning på ansvarsfördelning kunna se ut på följande sätt:

Åklagaren har ansvaret för att föra processen framåt och har att *bortom rimligt tvivel* bevisa de aktuella rekvisiten. Jag har tidigare definierat dubbel straffbarhet som ett specialfall av rekvisit som innebär en tolkning av rättsfrågor. När det gäller dubbel straffbarhet bör åklagaren därför prestera tillräckliga bevis för att visa att dubbel straffbarhet *in concreto* enligt BrB 2 kap 2§2st föreligger. Kan inte åklagaren prestera tillräckliga bevis för att övertyga domstolen om att gärningen enligt den utländska gällande rätten är straffbar, bör domstolen inte heller undersöka den utländska rätten närmare eftersom åklagaren därmed inte totalt sett har kunnat bevisa den misstänktes skuld *bortom rimligt tvivel*.

Om åklagaren inte uppmärksammar den utländska rätten är det troligt att rätten väljer att anmana åklagaren enligt RB 35 kap 2§ att inkomma med bevisning om den utländska rätten. Som tidigare diskuterats blir annars rättens möjlighet att väga in en tolkning av den utländska rätten i bedömningen starkt begränsad. Den misstänkte har då inte heller getts möjlighet att bemöta denna med hänsyn till *rätten till en rättvis rättegång*. Om åklagaren trots rättens anmaning inte inkommer med något som tyder på att gärningen är straffbelagd på gärningsorten, bör rätten agera enligt principen *in dubio pro reo* och fria den misstänkte.

En praktisk aspekt som talar för att rätten bör anmana åklagaren att inkomma med bevisning redan inledningsvis i processen, är att rätten annars måste fria den misstänkte. Detta *enbart* på den grunden att rätten då torde vara förhindrad att bedöma om dubbel straffbarhet föreligger. Detta kommer troligen att framgå av domskälen, vilket då kommer att innebära att åklagaren först *efter* processen i första instans inser att utländsk rätt måste förebringas. Åklagaren kommer då troligen överklaga domen, och först nu inkomma med bevisning om den utländska rätten. Detta skulle både vara processekonomiskt oförsvårbart, samt innebära en onödig påfrestning för den misstänkte som då tvingas genomgå ännu en huvudförhandling.

Om åklagaren presterar bevis för att dubbel straffbarhet föreligger, måste rätten undersöka om det kan finnas något i den utländska rätten som åklagaren eventuellt har missat och som talar *mot* att dubbel straffbarhet föreligger, eller att den utländska rätten kan tolkas på ett annorlunda sätt. Genom att åklagaren visar på hur innehållet i den utländska rätten har tagits fram och tolkats, kan rätten följa hur åklagaren har kommit fram till sina bevis för att dubbel straffbarhet föreligger.

Det är även viktigt att den misstänkte och hans eventuella försvarare på ett tidigt skede får ta del av åklagarens bevis för att få en möjlighet att bemöta

åklagarens tolkning av den utländska rätten. Om inte åklagaren åläggs denna skyldighet kan den misstänktes rättigheter enligt EKMR art 6 komma att kränkas.

Om rätten, efter åklagarens bevisning och rättens egen kontroll av innehållet i den utländska rätten, skulle finna att dubbel straffbarhet faktiskt föreligger, återstår det för rätten att pröva den brottsliga gärningen som sådan enligt svensk rätt.

Genom detta förfarandesätt, menar jag, säkerställs både kravet på en *materiellt riktig dom* (åtminstone vid en fällande dom), samt att den misstänkte tillförsäkras *rätten till en rättvis rättegång*.

8 Avslutande diskussion

Det finns idag ingen klar ansvarsfördelning, varken i lag eller i doktrin, vad gäller ansvaret för att rätten ska få del av innehållet i den utländska rätten. BrB 2 kap 2§2st säger att det för vissa gärningar utomlands krävs att denna gärning även måste vara straffbar på gärningsorten för att en svensk domstol ska kunna fälla den misstänkte för denna gärning. Det finns dock ingen uttalad regel för *vems* ansvar det är att visa detta. Varken förarbete, lagkommentar, eller annan doktrin behandlar denna fråga i någon större utsträckning.

I det i detta arbete refererade fallet B 1402-07, presenterade åklagaren bevis för innehållet i den danska rätten genom att ge en egen tolkning av betydelsen av det danska ordet *besiddelse*, samt hänvisade till ett hovrättsfall där ordet *besiddelse* hade givits en vidare innebörd. Åklagaren kan därmed ha ansetts presenterat bevis för att ge viss styrka åt att dubbel straffbarhet förelåg. Rätten gjorde därefter en egen rättsutredning där det framkom att *besiddelse* inte hade denna vidare betydelse. Åtminstone menade rätten att det eventuella kvarvarande tvivlet om innehållet i den danska rätten skulle räknas den misstänkte tillgodo. Hovrättens tillvägagångssätt i förhållande till tolkningen av dubbel straffbarhet motsvarar således i stort sett det lösningsförslag som jag i detta arbete har presenterat.

Hur det framtida rättsläget kommer att se ut i frågan är naturligtvis svårt att säkert veta. Att *rätten till en rättvis rättegång*, EKMR art 6, är av stor betydelse för den svenska straffprocessen är däremot tämligen säkert. Det måste därför vara tydligt för den misstänkte *vilken* gärningen som han eller hon åtalas för, samt enligt vilken/vilka *rättsliga etikett/er* som åtalet bygger på. När det då krävs att dubbel straffbarhet föreligger för en fällande dom, bör domstolen därför ansvara för att frågan lyfts fram i processen. Åklagaren bör däremot ansvara för att bevisa att gärningen är straffbar på gärningsorten. Det torde sedan vara rättsens uppgift att slutligen bedöma huruvida dubbel straffbarhet föreligger eller ej, för att sedan eventuellt gå vidare och bedöma om gärningen är straffbar även enligt svensk rätt.

Genom detta förfarandesätt ges goda förutsättningar för att fällande domar i hög utsträckning blir materiellt riktiga, och att den misstänkte tillförsäkras rätten till en rättvis rättegång.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

- Berggren, Nils-Olof
Bäcklund, Agneta
Holmqvist, Lena
Leijonhufvud, Madeleine
Munck, Johan
Träskman, Per Ole
Wennberg, Suzanne
Wersäll, Fredrik
Victor, Dag
- Danelius, Hans
- [1] Ekelöf, Per Olof,
Edelstam, Henrik
- [2] Ekelöf, Per Olof
Bylund, Torleif
Edelstam, Henrik
- [3] Ekelöf, Per Olof
Bylund, Torleif
Edelstam, Henrik
- [4] Ekelöf, Per Olof
- Fitger, Peter
- Frände, Dan
- Heuman, Lars
- Holmqvist Lena,
Leijonhufvud, Madeleine
Träskman, Per Ole
Wennberg, Susanne
- Brottsbalken. En kommentar på Internet*
www.zeteo.nj.se, 2008-07-28
- Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*
andra upplagan, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2002
- Rättegång – första häftet*, åttonde upplagan
Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2005
- Rättegång – tredje häftet*, sjunde upplagan
Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2006
- Rättegång – femte häftet*, sjunde upplagan
Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2005
- Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper*
P.A. Norstedts & söners Förlag, Stockholm, 1956
- Rättegångsbalken. En kommentar på Internet.*
www.zeteo.nj.se, 2008-07-28
- Allmän straffrätt*, tredje upplagan,
Juridiska fakulteten vid Helsingfors
universitet, Helsingfors, 2004
- Bör rätten bedriva processledning innan den tillämpar
en icke åberopad rättsregel*
Juridisk Tidskrift, 1992/93, s.919-924
- Brottsbalken – en kommentar*
Studentutgåva 4,
Norstedts Juridik AB,
Stockholm, 2005

- Jareborg, Nils *Allmän kriminalrätt*
Iustus förlag, Uppsala, 2005
- Jareborg, Nils
Asp, Petter *Svensk internationell straffprocessrätt*
Iustus förlag, Uppsala, 1995
- Lindell, Bengt,
Eklund, Hans
Asp, Petter,
Andersson, Thorbjörn *Straffprocessen*
Iustus Förlag AB, Uppsala, 2005
- Novak, Karol *Oskyldighetspresumtionen*
Nordstedts Juridik AB, Stockholm, 2003.
- Schelin, Lena *Bevisvärdering av utsagor i brottmål*
Norstedts Juridik AB, Vällingby, 2007
- Träskman, Per Ole *Äppel eller päron? Om de straffrättsliga
jurisdiktionsreglernas riktiga hemvist.,
Rikosoikeudellisia kirjoituksia VIII, Vamala, 2006.*
- Offentligt tryck**
- Proposition 1972:98 *Kung. Maj:ts proposition med förslag till lag om
internationellt samarbete rörande verkställighet av
brottmålsdom, m.m.*
- SOU 2002:98 *Internationella brott och svensk jurisdiktion*
- SOU 2005:84 *En ny uppgifts- och ansvarsfördelning mellan polis och
Åklagare*
- Justitiedepartementet *Faktablad, Ju 07.07, Juli, 2007*

Rättsfallsförteckning

Avgörande från högsta domstolen:

NJA 1980 s. 725

Mål nr B 5039-06, datum för avgörande: 07-12-08

Avgörande från hovrätten:

RH 2001:16

Hovrätten över Skåne och Blekinge, mål nr B 1402-07,
datum för avgörande: 08-03-31

Europadomstolens avgörande:

Funke mot Frankrike

Mål nr 10828/84, 93-02-25

Crémieux mot Frankrike

Mål nr 11471/85, 93-02-25

John Murray mot Förenade Konungariket

Mål nr 18731/91, 96-02-08

Pélissier och Sassi mot Frankrike

Mål nr 254444/94, 99-03-25

Condron mot Förenade Konungariket

Mål nr 35718/97, 00-05-02

J.B. mot Schweiz.

Mål nr 31827/96, 01-05-03