

NE BIS IN IDEM

AV PROFESSOR PETTER ASP

*This article on the principle of ne bis in idem focuses on two main questions: (1) the relationship between the application of the principle in national (i.e., within state) and international (i.e., between states) contexts, and (2) the application of article 4 protocol 7 of the European Convention of Human Rights in relation to the Swedish system, which provides for the possibility of using parallel sanctions (administrative and penal) for specific offences.**

1. Inledning

Frågor i anslutning till principen ne bis in idem har på senare tid fått ökad aktualitet i flera olika sammanhang. Sålunda har EU-domstolens egentliga intåg på den straff- och straffprocessuella arenan kommit genom en lång rad avgöranden angående tolkningen av artikel 54 i Schengenkonventionen. Vidare har Europadomstolen utvecklat och "harmoniserat" sin tidigare och ganska spretiga praxis avseende artikel 4 i protokoll 7 till Europakonventionen genom avgöranden som Zolothukin och Routsalainen.

I denna korta artikel – som kan sägas utgöra ett slags dokumentation i två delar av mitt anförande på det XV Nordiska Kriminalistmötet – avser jag på intet sätt att ge en mer heltäckande bild över problematiken (jfr här Jon Petter Ruis bidrag till detta nummer) utan jag kommer istället att fokusera på två ganska specifika tematan:

1. skillnaden mellan vad man skulle kunna kalla nationell (eller intern) ne bis in idem och internationell (eller extern) ne bis in idem,

2. betydelsen av ne bis in idem för användningen av både administrativa sanktioner och straff för en och samma överträdelse inom en viss stat.

Artikeln inleds med ett nyskrivet avsnitt avseende den första frågan (där jag kort försöker säga att vissa "tilläggfaktorer" som inte aktualiseras vid överväganden på rent nationell nivå blir relevanta när frågan behandlas i en internationell kontext. I ett andra avsnitt återges närmast in extenso en text som samma vecka som Kriminalistmötet gick av stapeln skickades för publicering i en svensk tidskrift (se Juridisk Tidskrift nr 1 för 2010/11). Detta andra avsnitt tar sikte på den andra frågan och behandlar den utifrån den svenska praxis som utbildats med utgångspunkt i Europadomstolens ovan nämnda rättspraxis.

* Title in English: *Ne Bis in Idem: Not Twice for the Same*. Original in Swedish.

Om ne bis in idem vore en princip tillämplig också på textpublicering skulle denna andra del utan tvekan behöva strykas. Med hänsyn till att NTfK har en helt annan läsekrets än den Juridisk Tidskrift har jag emellertid – kanske väl optimistiskt – utgått ifrån att de svenska domstolarnas vedermodor (med ne bis in idem, med bedömningar av konventionspraxis etc.) kan vara av åtminstone något intresse också för nordiska läsare.

2. Nationellt och internationellt

I inledningen till denna uppsats har jag klumpat ihop artikel 54 i Schengenkonventionen och artikel 4 protokoll 7 till Europakonventionen. Detta har jag gjort medvetet för att här – åtminstone delvis, jfr slutet på detta avsnitt – kunna *ta avstånd ifrån en sådan ihopklumpning*. Jag tror nämligen att det är helt centralt för förståelsen av problematiken att man klargör att det är en påtaglig skillnad mellan *nationell ne bis in idem* – dvs. frågan om i vilken utsträckning ett avgörande i stat A hindrar ytterligare ett avgörande i stat A – å den ena sidan och internationell ne bis in idem – dvs. frågan om i vilken utsträckning ett avgörande i stat A hindrar ytterligare ett avgörande avseende samma sak i stat B – å den andra.

Att det är av vikt att göra denna åtskillnad kan illustreras på flera sätt.

För det första kan framhållas att nationell ne bis in idem i regel behandlas som en grundläggande princip som rör den enskildes fri- och rättigheter. Fråga är med andra ord om en *rätt* att inte lagföras två gånger för samma sak. Detta blir särskilt tydligt när man beaktar artikel 4 protokoll 7 i Europakonventionen. Man kan säga att dubbel lagföring på nationell nivå utgör, eller tenderar att ses som, ett brott mot mänskliga rättigheter.

Ser man på principen i internationell tillämpning kan man snabbt konstatera att något rättighetstänkande inte är aktuellt i denna förbindelse. Principen är nämligen i sin internationella tillämpning försedd med betydande undantag som aldrig skulle kunna motiveras om man tog sin utgångspunkt i det ovan beskrivna rättighetstänkandet. Ser man till svensk rätt kan t.ex. noteras att principen – enligt 2 kap. 5 a § brottsbalken – i grunden inte gäller

- (a) om gärningen har förövats i Sverige,
- (b) om fråga är om brott mot Sverige,
- (c) om fråga är vad man skulle kunna kalla ett universellt brott, eller
- (d) om fråga är om ett brott med ett straffminimum på fyra år eller mer.

Man behöver emellertid inte nöja sig med att notera att internationell ne bis in idem inte uppfattas som en rättighetsfråga.

Ett relativt färskt svenskt hovrättsfall, RH 2000:84, illustrerar med all önskvärd tydlighet att det till och med kan uppfattas som smått stötande om inte lagfö-

ring kan ske av en gärning som redan har lagförts i en främmande stat. I det nyss nämnda rättsfallet hade två män av hedersskäl dödat en ung kvinna i Irak. Männerna dömdes i Irak till ett mycket lindrigt straff för gärningen. Eftersom både männen och kvinnan hade anknytning till Sverige uppstod frågan huruvida Sverige hade möjlighet att lagföra gärningen. I linje med vad som ovan framhållits hade det normalt funnits sådana möjligheter enligt bestämmelsen i 2 kap. 5 a § brottsbalken – jfr punkt (d) strax ovan. Nu förhöll det sig emellertid så att den svenske lagstiftaren någon tid före gärningen hade gjort en lagstiftningsteknisk blunder varigenom det undantag från utländsk doms hinderverkan som följer av (d) bortföll. Undantaget i (d) tillskapas nämligen genom en hänvisning från 2 kap. 5 a § till en särskilt punkt i 2 kap. 3 § brottsbalken (som gäller brott med ett straffminimum på fyra år eller mer) och denna punkt hade lagstiftaren givit ett nytt nummer utan att därvid uppmärksamma att hänvisningen i 2 kap. 5 a § brottsbalken därmed kom att bli felaktig. När felet i anslutning till det aktuella fallet blev uppmärksammat uppstod stor oro: tänk om man inte skulle kunna lagföra männen för gärningen!

Nu fann de svenska domstolarna emellertid, genom en mycket kreativ tolkning av bestämmelserna om lokalisering, att gärningen – till följd av att stämpling till brottet begåtts i Sverige – i sin helhet kunde lokaliseras till Sverige varigenom den undantagsregel som ovan omtalats som (a) kunde tillämpas. Jag avser i detta sammanhang inte alls att ta ställning till om denna bedömning var riktig eller inte. Min poäng är endast att det i detta fall var mycket tydligt att det inte betraktades som någon mänsklig rättighet att inte bli dömd två gånger.

Skälen till denna åtskillnad i behandling av nationellt och internationellt torde i grunden sägas bero på att det vad gäller internationell *ne bis in idem* tillkommer ett moment – utöver frågor om *bis* och *idem* – som helt saknar motsvarighet när det gäller principens tillämpning på nationell nivå, nämligen den alldeles grundläggande frågan *i vilken utsträckning man överhuvudtaget skall erkänna avgöranden från andra stater*.

Frågan om man skall erkänna avgöranden från andra stater är i sin tur beroende av flera faktorer eller skäl.

Ytterst handlar det naturligtvis om tillit till den andra staten – litat vi så på den andra statens straffrätt och på dess domstolar att vi kan låta dess avgöranden hindra oss från att göra en egen bedömning? – men frågan om huruvida man skall visa den andra staten sådan tillit kan i sin tur vara beroende bl.a. av

- om området är harmoniserat eller ej (förutsättningarna för tillit är i regel bättre om området är harmoniserat),
- om det finns en politisk vilja att visa tillit (finns en vilja att visa tillit kan man i viss mån visa tillit som kanske inte i alla delar är förtjänt; jfr viljan till enhet inom EU) samt

om det finns andra skäl som talar för erkännande (inom EU handlar det t.ex. inte bara om en vilja att visa enhet utan också om en vilja att främja den fria rörligheten).

Nationellt uppstår överhuvudtaget inte denna grundläggande fråga om erkännande:

A kan ställa sig frågan om A bör erkänna domar meddelade i B, men A kan inte gärna – i vart fall inte utan att uppvisa smått schizofrena symptom – fråga sig om A bör erkänna domar meddelade i A.

Det bör i sammanhanget observeras att erkännandefrågan inte bara är en fråga i tillägg till de klassiska frågorna om bis och idem, utan att den utgör en integrerad del av bedömningen som kan påverka frågorna om bis och idem. Sålunda kan man i EU-domstolens praxis tydligt se att det bakomliggande värdet av erkännande och fri rörlighet har påverkat tolkningen av bis-elementet. Detta är viktigt att notera eftersom det innebär att man inte – i vart fall inte okritiskt – bör överföra praxis från ett område till ett annat.

Avslutningsvis: Jag har ovan antytt, eller närmast utgått ifrån, att förbudet mot ne bis in idem i artikel 4 protokoll 7 till Europakonventionen handlar om nationell ne bis in idem, medan reglerna om ne bis in idem i Schengenkonventionen avser internationell ne bis in idem. I själva verket kan emellertid sägas att reglerna om ne bis in idem i EU-rätten utgör ett exempel på hur det sker ett slags transformation från ett internationellt till ett nationellt perspektiv. Om man ser på bestämmelsen i artikel 54 i Schengenkonventionen eller på bestämmelser om ne bis in idem i olika rambeslut kan man se att principen har internationell karaktär och att erkännande skall ske endast under vissa förutsättningar. Allt mer intas emellertid ett perspektiv enligt vilket EU ses som en jurisdiktion eller i vart fall som ett område inom vilket det inte är de enskilda länderna som är A (jfr ovan), utan EU. Tydligast i detta avseende är artikel 50 i stadgan om mänskliga rättigheter:

Ingen får lagföras eller straffas på nytt för en lagöverträdelse för vilken han eller hon redan har blivit frikänd eller dömd i unionen genom en lagkraftvunnen brottmålsdom i enlighet med lagen.

Med detta sagt om skillnaden mellan nationell och internationell ne bis in idem övergår jag till att, med utgångspunkt i nyare svensk rättspraxis, säga något om betydelsen av ne bis in idem för användningen av både administrativa sanktioner och straff för en och samma överträdelse inom en viss stat. Kanske säger texten

emellertid lika mycket om frågor som rör hanteringen av Europakonventionen och Europadomstolens avgöranden på nationell nivå.

3. *Ne bis in idem* enligt EKMR – straff och sanktioner

3.1 Inledning

Denna text tar sin utgångspunkt i två beslut meddelade av Högsta domstolen den 31 mars 2010 (NJA 2010 s. 168 I och II). I besluten fann Högsta domstolen (under dissens) – liksom tidigare Regeringsrätten – att det inte finns tillräckliga skäl att, under hänvisning till artikel 4 i protokoll 7 Europakonventionen, underkänna den svenska ordningen med skattetillägg och skattebrott avseende samma gärning. Under den tid som gått sedan Högsta domstolen meddelade sina beslut har emellertid åtminstone två tingsrättsdomar (från Solna tingsrätt, B 8288-09 och Södertörns tingsrätt, B 15249-09) och en hovrättsdom (Hovrätten för Västra Sverige, B 2432-09) gått i motsatt riktning, dvs. åtal för skattebrott har avvisats när åtalet avsett en gärning för vilken skattetillägg redan påförts. Det är därför ofrånkomligt att i texten beröra också dessa senare avgöranden.

De ovan nämnda besluten kan med fördel ses som (icke-fristående) delar i den ännu icke avslutade följetong som skattetilleggens relation till Europakonventionen nu under många år har varit i den svenska rättvisan. Frågan har allt sedan Europakonventionens inkorporering inte bara föranlett debatt och diskussion i tidskrifter (se t.ex. Simon Almedal samt Gulliksson i Juridisk Tidskrift nr 3 för 2009-10) och på seminarier, utan den har också varit föremål för såväl upprepade utredningar (se särskilt SOU 1996:116 och SOU 2001:25, men även SOU 2009:58) som någorlunda regelbundet återkommande avgöranden från våra två prejudikatdomstolar (se bl.a. NJA 2000 s. 622, NJA 2004 s. 510, NJA 2005 s. 856 samt RÅ 2000 ref. 66 och RÅ 2002 ref. 79).

Under andra halvan av 00-talet uppstod emellertid en relativ och tillfällig stiltje. Det som – ”just when you thought it was quiet” – åter väckte liv i frågan var emellertid att Europadomstolen kom med ett Grand Chamber-avgörande (Zolotukhin v. Russia) av innebörd att den tidigare praxis, på vilken det tillfälliga lugnet till viss del vilade, är överspelad. Litet förenklat kan sägas att Europadomstolen fann att tidigare praxis rörande artikel 4 i protokoll 7 om *ne bis in idem* behövde styras upp och att man fortsättningsvis skall tolka idem-delen av artikeln på ett bredare sätt som snarare bygger på begreppet gärning än (såsom i fördragstexten indikerar) på begreppet brott. Denna kursändring – som i grunden är mycket välkommen – har senare bekräftats i ytterligare avgöranden (se bl.a. Ruotsalainen v. Finland).

Åter i Sverige fann Regeringsrätten för sin del – i ett mål som i första hand gällde annat – att kursändringen i Europadomstolens praxis inte var skäl nog att underkänna den svenska ordningen (se RÅ 2009 ref. 94). Andra domstolar följde i

huvudsak efter, men Göta hovrätt kom i ett avgörande (mål nr B 6-09) till motsatt slut, vilket sedermera ledde vidare till såväl de ovan nämnda besluten från Högsta domstolen som till de reaktioner på Högsta domstolens avgörande som bl.a. det ovan omtalade avgörandet från Hovrätten för Västra Sverige utgör.

3.2 Frågeställningar

Redan innan jag kommer in på besluten och avgörandena tror jag att det kan finnas anledning att framhålla att frågan om skattetilläggens relation till skattebrotten har flera dimensioner och rör flera frågeställningar som både kan och bör skiljas från varandra. Och det gäller också om man håller sig till frågan om dubbelbestraffning.

En första frågeställning – som ligger i centrum av dramatiken – är förstas den rent människorättsliga:

Är systemet med dubbla sanktioner och förfaranden – såsom det nu är utformat – förenligt med de krav som uppställs i artikel 4 i protokoll 7 till Europakonventionen?

En andra frågeställning gäller hur man på ett mer allmänt sanktionspolitiskt plan bör ställa sig till en ordning där en och samma överträdelse kan leda till såväl skattetillägg som brottspåföljd; bör det förekomma dubbla sanktioner (av olika slag) mot en och samma gärning?

Ytterligare en frågeställning gäller om systemet, såsom det nu är utformat, i alla delar slår på ett rimligt och rättvist sätt.

När man diskuterar dessa frågor får man – rätt eller fel – inte sällan en känsla av att det förekommer ett visst "spill" mellan de olika frågeställningarna (såtillvida att en ståndpunkt avseende en fråga lätt smittar av sig på den ståndpunkt man intar avseende en annan fråga). I sammanhanget bör kanske nämnas att min egen uppfattning angående de ställda frågorna enklast kan sammanfattas i svaren: "jag vet inte" (även om jag naturligtvis, liksom många andra, kan våga mig på en kvalificerad gissning), "det är nog i sig helt rimligt" respektive "knappast".

Dessa nyss nämnda frågor rör emellertid bara det materiella (som i detta fall är påtagligt processuellt).

Till detta måste sedan läggas de frågor som har mindre att göra med dubbelbestraffning än med frågan om hur man i svensk rätt ska eller bör hantera en eventuell normkonflikt mellan Europakonventionens bestämmelser och nationell rätt. Också här finns det juridik att krångla sig igenom, liksom mer rättspolitiskt präglade frågor som inte sällan rör ganska grundläggande uppfattningar om rättsens struktur och (om man nu tors använda det ordet) väsen.

3.3 Dubbla sanktioner och artikel 4 i protokoll 7

Låt oss så inleda med den första frågan om dubbelbestraffning. Det var ju trots allt den som Högsta domstolen sökte besvara i de i inledningen omtalade besluten. Utgångspunkten för bedömningen är artikel 4.1 i protokoll 7 till Europakonventionen som lyder på följande sätt:

”Ingen får lagföras eller straffas på nytt i en brottmålsrättegång i samma stat för ett brott för vilket han redan blivit slutligt frikänd eller dömd i enlighet med lagen och rättegångsordningen i denna stat.”

Högsta domstolens avgörande kan i denna del sägas innebära (här är Högsta domstolen enig) att när någon lämnar en oriktig uppgift och denna leder till förfaranden om såväl skattetillägg som skattebrott så är det fråga om samma ”brott” i den mening som avses i artikeln. I denna del är skrivningarna från Högsta domstolen (se punkt 18 i domskälen) både starka och tydliga:

”Det är enligt Högsta domstolens mening uteslutet att Europadomstolen med hänvisning till skillnaderna i subjektivt hänseende skulle anse att förfaranden som avser samma oriktiga uppgiftslämnande inte avser identiska fakta eller fakta som i allt väsentligt är desamma.”

Här slår alltså Europadomstolens nya praxis igenom på ett mycket tydligt sätt i Högsta domstolens bedömning. Därmed var emellertid – vilket någon möjligen kan ha föreställt sig – saken inte avgjord.

Högsta domstolens konstaterar nämligen också (se punkt 20 ff särskilt 24) att det ”står ... klart” både att det finns ”ett utrymme för lagstiftaren i en stat att förbinda ett ’brott’ (eller en gärning) med två (eller flera) ’straff’ (i konventionens mening) som beslutas av olika domstolar” och ”att den omständigheten att ett sådant förfarande avslutats med ett lagakraftvunnet avgörande inte i sig innebär att det föreligger hinder mot att fullfölja eller initiera ett annat förfarande inom detta utrymme”. Som allmänna krav för att detta skall vara tillåtet torde, enligt Högsta domstolen, krävas ”att det dubbla förfarandet varit förutsebart och att det finns ett tillräckligt nära tidsmässigt samband mellan förfarandena” (se i denna del även Justitieråden Lundius och Lindskogs skiljaktiga mening punkterna 34 och 35 samt Justitierådet Lambertz tillägg punkterna 2 och 3).

Vid bedömningen av om det svenska systemet uppfyller detta krav bygger Högsta domstolen i grunden på vad man skulle kunna kalla *klart stöd-doktrinen*. Efter att ha framhållit att olika bedömningar kan göras av ”i vad mån det svenska systemet med skattetillägg ... kan anses vara konventionsenligt”, faller domstolen

sålunda tillbaka på den metaregel som domstolen också tidigare (se NJA 2004 s. 840, men även NJA 2000 s. 622) byggt avgöranden på när det gäller mer allmänna bedömningar som i praktiken gäller svensk lagstiftnings förenlighet med Europakonventionen (se punkterna 32 och 33):

”för att man med hänvisning till Europakonventionen ska underkänna den ordning som gäller enligt intern svensk reglering, [bör] krävas att det finns klart stöd för detta i konventionen eller i Europadomstolens praxis”.

Eftersom det, enligt Högsta domstolens majoritet, inte finns klart stöd för att anse det svenska systemet konventionsstridigt bör det heller inte underkännas. Till ett motsvarande slut, men med en motivering som i huvudsak bygger dels på det förhållandet att det svenska systemet uttryckligen prövats i Rosenquist-målet, dels på att Europadomstolens nyare praxis inte avsett det svenska systemet, kom också Justitierådet Blomstrand.

Högsta domstolens beslut är tydligt vad gäller utgången. Den som läser slutet kan emellertid möjligen fråga sig på vad sätt Högsta domstolen menar att rekvisiten i artikel 4 protokoll 7 inte är uppfyllda. Vi vet att fråga är om samma ”brott” (gärning). Beror förenligheten på att man inte ”straffas på nytt”, på att den utsatte innan förfarandena är avslutade inte ”har ... blivit slutligt frikänd eller dömd” eller beror det kanske rent av på mer allmänna överväganden? I denna del hade man måhända kunnat önska en något högre precision från Högsta domstolens sida.

Justitieråden Lundius och Lindskog fann, till skillnad från majoriteten, att fråga är om två i allt väsentligt separata förfaranden som inte enbart handlar om ”huruvida en ytterligare påföljd ska dömas ut på grundval av ansvarsbedömningen i det första förfarandet” och att det får ”hållas för visst” att Europadomstolens praxis gällande flera sanktioner för samma brott ”förutsätter att ’brottet’ inte blir föremål för en förnyad fullständig prövning i det andra förfarandet”. Lundius och Lindskog menade därför (se punkt 51 i B 5498-09 och punkt 60 i B 2509-09) att det fanns klart stöd för att säga att ett lagakraftvunnet beslut om skattetillägg har res judicata-verkningar i förhållande till ett åtal om skattebrott för samma gärning.

I huvudsak torde Högsta domstolens beslut ha lett till efterföljd i underrätterna, men det finns alltså åtminstone ett avgörande från Hovrätten för Västra Sverige och två tingsrättsavgöranden som gått i motsatt riktning. Jag skall här inte gå närmare in på argumentationen i sak. Liksom de flesta menar jag att det måste anses

stå klart att fråga är om samma sak (och här är alltså Högsta domstolen enig), men att det är en något mer öppen fråga om bis-elementet är uppfyllt. Jag ska emellertid inte sticka under stol med att jag – om jag vore tvungen att delta i vadslagning med jämna odds – skulle satsa mina pengar på att den svenska ordningen kommer att underkännas av Europadomstolen.

3.4 Dubbla sanktioner i ett rättspolitiskt perspektiv

Ovan har jag huvudsakligen uppehållit mig vid frågan om det svenska systemets förenlighet med artikel 4 protokoll 7, och det har framhållits att det med denna utgångspunkt kan diskuteras om det svenska systemet – såsom det nu är utformat – är konventionsenligt. I ett ytterligare steg kan då ifrågasättas om det överhuvudtaget finns skäl att laborera med både skattetillägg och straff avseende samma gärning. Betyder inte Europadomstolens praxis efter Zolotukhin att de dubbla sanktionernas tid är förbi?

Enligt min mening får det anses stå klart att det – och det gäller särskilt på ett område som kan sägas karaktäriseras av masshantering – kan finnas goda skäl att ha ett sanktionssystem som inkluderar sanktioner av delvis olika karaktär. Fråga kan t.ex. vara om å ena sidan en sanktion som finns där närmast som en tvångs- eller påtryckningsmekanism (en piska), där frågor om skuld och ansvar är klart nedtonade, men som i gengäld är föga stigmatiserande, och som dessutom hanteras snabbt och enkelt och – å den andra sidan – en tydligt klandrande sanktion som förmedlar just skuld och ansvar, som är en del av vårt moraliska samtal och som utdöms efter en noggrann prövning av både otillåtlighet och ansvar.

Här finns särskilt skäl att framhålla att det framstår som förhastat – och från ändamålssynpunkt obetänksamt – att enbart utifrån det förhållandet att två sanktioner båda omfattas av artikel 6 dra slutsatsen att de inte båda kan (eller borde kunna) påföras för samma gärning. Skälen för att en viss sanktion bör anses utgöra ett straff i människorättslig mening har mycket litet att göra med huruvida det är rationellt att ha ett system som ger möjlighet att använda flera typer av sanktioner i relation till samma gärning. Det kan här framhållas att man i Europadomstolens praxis (se t.ex. *Mjelde v. Norge*) kan finna visst stöd för tanken att straffbegreppet enligt artikel 4 protokoll 7 inte är identiskt med straffbegreppet enligt artikel 6 (men man kan i domstolens praxis också finna stöd för motsatsen).

Ett system med dubbla sanktioner förutsätter emellertid att det finns ett regelverk som gör att frågan om sanktionskumulation kan hanteras på ett rimligt sätt (jfr här 29 kap. 5 § brottsbalken). Ett sådant system kan också utformas på olika sätt – bl.a. kan, vilket är av vikt från här aktuell synpunkt, systemen vara mer eller mindre samordnade (man skulle t.ex. – mycket skissartat – kunna tänka sig att frågan om påförande av skattetillägg kunde föras över till brottmålsproces-

sen i de fall åtal ansågs böra väckas och att tillägget sedan påfördes närmast med automatik om fällande dom meddelades; jfr Munck i Svensk Juristtidning 2010 s. 750 ff.) – och alldeles oberoende av att Högsta domstolen nu förklarar att systemet (tills vidare) skall betraktas som konventionsenligt synes det finnas mycket goda skäl för lagstiftaren att göra en samlad översyn av sanktionsavgifternas (fråga är nog inte bara om skattetilläggen; jfr Warnling Nerep, Sanktionsavgifter: särskilt i näringsverksamhet, Stockholm 2010) plats i systemet. (I sammanhanget kan hänvisas till tilläggen från Lindskog och Lambertz samt till SOU 2009:58 s. 556 ff.)

Med detta sagt vill jag emellertid också framhålla att det förhållandet att ett system är konventionsenligt naturligtvis inte betyder att det också är rimligt och rättvist. Jag vill – som jag tidigare har gjort i annat sammanhang – framhålla vikten av att vi inte, till följd av möjligheterna att använda Europakonventionen som ett rättsligt verktyg, glömmar bort att föra den rättspolitiska debatt som vi så väl behöver.

Att ålägga ingripande sanktioner utan krav på personligt ansvar (eller med mycket uttunnade krav på personligt ansvar) kommer alltid att vara en verksamhet om vilken det riskerar att lukta litet unket. Det betyder inte med nödvändighet att man skall avstå från ett sådant system, men det finns mycket goda skäl att se svårigheterna och problemen och att just därför vara noga med utformningen av systemet i övrigt. Kort sagt: mycket som kan betecknas som hårdhänt och brutalt kan göras inom ramen för vad Europakonventionen tillåter och huruvida konventionen slår till eller inte kan ofta bli en fråga om juridiska teknikaliteter. Det skulle vara olyckligt om den positiva utveckling som skett avseende Europakonventionens ställning och betydelse i svensk rätt skulle ha som bieffekt att den mer uttalat rättspolitiska dimensionen av hithörande frågor hamnade i skymundan.

3.5 Svensk rätt och Europakonventionen

Som ovan antytts är det kanske mest intressanta med de här aktuella avgörandena emellertid inte ne bis in idem-frågan i sig, utan det sätt på vilket denna fråga behandlas av domstolarna.

Jag har i inledningen till avsnitt 3.3 ovan talat om den fråga ”som Högsta domstolen sökte besvara”. Kanske skulle man istället säga ”försökte hantera”. Såsom domen är utformad – med klart stöd-doktrinen som ett slags nav – kan det nämligen knappast sägas att Högsta domstolen självständigt tar ställning till det som jag har kallat den första frågan (är det nuvarande systemet förenligt med artikel 4 protokoll 7?), utan besluten kan snarare sägas indikera ett *visst förhållnings-sätt* till frågan. Hur skall man hantera den osäkerhet som föreligger avseende det svenska systemets förenlighet med artikel 4 protokoll 7? Högsta domstolens svar i denna del byggde alltså på vad jag ovan har kallat klart stöd-doktrinen.

Jag har tidigare (se JT 2000-01 s. 616) – även om jag också då insåg att det var åtminstone delvis inopportunt – uttryckt viss sympati för den hållning som Högsta domstolen gjort till sin. Kanske är det inte alldeles orimligt att man, såsom domstol, inte kullkastar hela regelsystem på osäkra grunder (Europadomstolen har onekligen förvånat emellanåt)? I sammanhanget kan noteras att t.ex. norska Høyesterett, åtminstone såvitt mina intryck är riktiga, måste sägas ha intagit en mer offensiv, eller mindre försiktig hållning, i denna del.

Ytterst handlar det om hantering av osäkerhet och även om det låter sig sägas att ett offensivt synsätt (där man bryr sig mindre om att ha säkert stöd för att underkänna nationell lagstiftning med stöd av Europakonventionen) är sympatiskt i ett människorättsperspektiv, saknas inte skäl som talar för den valda lösningen (bl.a. skäl som har att göra med demokrati i mer bokstavlig mening). En annan sak är naturligtvis att man – också om man accepterar klart stöd-doktrinen – kan ha mycket delade meningar om vad som utgör ”klart stöd”, liksom till vad som är uppenbart, till om det föreligger *acte clair* osv.

Fråga är emellertid *inte bara* om en mer allmän rimlighetsbedömning. Det kan i sammanhanget finnas skäl att framhålla att det i (eller bakom) denna fråga, dvs. bakom klart stöd-doktrinen, finns dolt ett *inte obetydligt mått av juridik*. För att göra en lång historia kort kan t.ex. hänvisas till justitierådet Victors särskilda tillägg i NJA 2004 s. 840 (där det särskilt hänvisas till den proposition och det utskottsbetänkande som föregick inkorporeringen av Europakonventionen). Litet tillspetsat uttryckt sägs där att förarbetsuttalandena vid inkorporeringen av konventionen visserligen kom att bli smått obegripliga men att de tillsammans med lagstiftningens utformning rimligen – och alldeles särskilt när det gäller lagstiftning som antagits efter det att konventionen trätt i kraft – måste tilläggas den innebörden man skall vara någorlunda försiktig när det gäller att med stöd av inkorporeringslagstiftningen underkänna annan svensk lagstiftning. Man kan naturligtvis ha mycket olika uppfattning om vilken betydelse som bör tilläggas de aktuella förarbetsuttalandena och det svenska sättet att implementera konventionen, men det synes ändå böra betonas att frågan om hur Europakonventionen skall hanteras i svenska domstolar inte bara bör ses som en fråga om tycke och attityd, utan också som en fråga om lagtolkning och rättstillämpning.

Det sagda innebär att jag tror att Hovrätten för Västra Sverige hamnar litet snett när den till synes söker klart stöd-doktrinen ursprung på konventionsnivå; fråga är närmast om ett svenskt ställningstagande avseende Europakonventionens ställning i svensk rätt och därmed också avseende förhållandet mellan lagstiftare och rättstillämpare. (I tillägg kan måhända också finnas skäl att framhålla att klart stöd-doktrinen knappast kan tillämpas i fall där fråga inte är om ”mer allmänna frågor om svensk lagstiftnings förenlighet med konventionen” utan om ”frågor om

Europakonventionens tillämpning i enskilda fall”, se punkt 32 i Högsta domstolens beslut. Här kan jämföras med domen från Hovrättens för Västra Sverige (s. 12) där de nu aktuella avgörandena ställs mot NJA 2005 s. 805 och principen om fördragskonform tolkning.)

Ett annat urskiljbart drag i Högsta domstolens argumentation är att domstolen inte bara kräver klart stöd, utan också argumenterar utifrån vad Europadomstolen kan eller inte kan tänkas komma fram till (se t.ex. punkt 35: ”Det får anses uteslutet att Europadomstolen med tillämpning av sin nya praxis skulle anse...”). I sak kan det av Högsta domstolen använda *prognostänkandet* sägas innebära att domstolen behandlar den mer exakta innebörden av Europakonventionen mindre såsom en rättsfråga som domstolen har att lösa efter eget huvud och bästa förmåga, än som en sakfråga beträffande ett framtida förhållande rörande vilken det gäller att göra en bedömning. Motsvarande sätt att tänka har kommit till uttryck bl.a. i NJA 2005 s. 805 (i det målet aktualiserades dock inte alls på samma sätt som här allmänna frågor om den svenska ordningens förenlighet med Europakonventionen).

Ett dylikt skrivsätt har både för- och nackdelar. Positivt är att skrivsättet indirekt understryker att svaret på juridiska frågor ytterst är beroende av bedömningar och att dessa bedömningar alltid görs av någon. Fråga är inte om ett skrivsätt som döljer rättens relativa öppenhet genom ett språk som ger sken av förment faktafinnande.

Samtidigt kan man inte komma ifrån att skrivsättet också kan ge intryck av en aktör som delvis och indirekt fjärrmar sig från ansvar. Om man klargör att det (för närvarande) inte finns något klart stöd och sedan kombinerar detta med ett tänkande som bygger på prognoser om vad någon annan kan tänkas komma fram till, har man garderat sig genom att indirekt säga att det är möjligt med ”både och”. Det kan nog diskuteras om inte Högsta domstolen härigenom retirerar litet och avstår från att ta en position som den skulle kunna ha vad gäller uttolkandet av svensk rätt och dess relation till konventionen. Skrivningar som tydligt indikerar vad Högsta domstolen själv menar – och varför – skulle kanske inte sakna all betydelse för den fortsatta utvecklingen?

3.6. Avslutning

Som redan framgått skulle jag, liksom de flesta andra som har hållit på med dessa frågor, göra den (någorlunda kvalificerade) gissningen (prognosen!) att det är möjligt och förmodligen övervägande sannolikt att det svenska systemet skulle underkännas av Europadomstolen. I den meningen är det inte svårt att känna sympati med t.ex. avgörandet från Hovrätten över Västra Sverige.

En annan sak är emellertid att man kan vara mycket tveksam till att hovrätten väljer att gå rakt emot Högsta domstolens avgöranden. Man kan kanske – med

hovrätten – säga att Högsta domstolen inte har sista ordet när det gäller tillåtligheten av att laborera med dubbla sanktioner för samma gärning, men också med den utgångspunkten borde kanske Högsta domstolens avgöranden ses om vägledande när det gäller *hanteringen av den potentiella konfliktsituationen på nationell nivå?*

Till sist: I en skiljaktig mening i ett färskt avgörande från Hovrätten för Övre Norrland från den 8 september 2010 (B 801-09) läggs (av hovrättsrådet Sundberg) ytterligare aspekter på problematiken genom att EU-rätten dras in i bedömningen. Litet förenklat kan poängen sägas vara att ett dubbelbestraffningsförbud följer också av EU-rätten (se artikel 50 i EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna) och att det i förhållande till EU-rätten inte kan uppställas något krav på klart stöd. Den skiljaktiga meningen väcker – jag har själv varit inne på liknande tankegångar (jfr Asp, EU & straffrätten, Uppsala 2002 s. 125); dock inte i relation till frågan om *ne bis in idem* – onekligen flera intressanta frågor som förtjänar att diskuteras vidare. Som framgår av yttrandet väcks bl.a. frågor om huruvida man s.a.s. ska beakta EU-rätten också utanför dess egentliga betydelseområde.

Man torde tryggt kunna utgå ifrån att nya kapitel i denna följetong inom kort kommer att köras ut från tryckeriet.

Adresse:

Juridiska institutionen
Stockholms universitet
SE – 106 91 Stockholm