PETTER ASP

EG:s SANKTIONSRÄTT

ETT STRAFFRÄTTSLIGT PERSPEKTIV

IUSTUS FÖRLAG

Juridikbok.se

Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

• Kopiera och vidaredistribuera materialet oavsett medium eller format

• Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

• Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.

• Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.

• Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att gör något som licensen tillåter.

Se även information på
https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv

http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:juridikbokse-f4299

SKRIFTER FRÅN
JURIDISKA FAKULTETEN I UPPSALA

62

Redaktör: Nils Jareborg

EG:S SANKTIONSRÄTT

ETT STRAFFRÄTTSLIGT PERSPEKTIV

Petter Asp

IUSTUS FÖRLAG
Juridiska Föreningen i Uppsala

Abstract

Asp. P. 1998. EG:s sanktionsrätt. Ett straffrättsligt perspektiv. Administrative sanctions in EC law. A criminal law perspective. Iustus förlag 456 pp. Uppsala 1998. ISSN 0282-2040. ISBN 91-7678-384-7.

This is a thesis in criminal law that mainly deals with questions concerning EC law. This may appear a bit strange since the commonly accepted view is that the EC lacks competence in the field of criminal law. Whether the popular opinion is correct depends, however, on what you mean by words such as "criminal law" and "punishment". It is clear that EC law affects national criminal law in various ways and that the EC has competence with regard to certain administrative sanctions which are hard to distinguish from traditional punishment. This thesis is devoted to these *supranational* sanctions.

When it is said that a sanction is supranational (or belongs to EC law) this means that EC authorities have legislative competence, i.e. competence to enact the rule in question.

Examples of supranational sanctions are the fines that are imposed for infringements of the competition rules and sanctions such as exclusion from aid-schemes, reduction of aid etc. The latter types of sanctions are used above all within the CAP.

The overarching purpose of the study is to analyse EC law sanctions from a criminal law perspective. This purpose can be stated more concretely in the following way:

(1) to put the EC sanctions in context. The first task has therefore been to describe the structural connections between EC law, national criminal law and the supranational sanctions.

(2) to analyse and evaluate the supranational sanctions from a criminal law perspective.

(3) to analyse the relationship between punishment and other types of (administrative) sanctions.

Petter Asp, Juridiska institutionen, Uppsala universitet,
Box 512, S-751 20 Uppsala

© Författaren och Iustus Förlag AB, Uppsala 1998
ISSN 0282-2040
ISBN 91-7678-384-7
Omslag: IdéoLuck AB
Tryck: Graphic Systems AB, Göteborg 1998

Förord

Att få möjlighet att skriva en straffrättslig avhandling vid Uppsala universitet är på många sätt en stor förmån. För egen del har jag svårt att tänka mig en bättre straffrättslig skola. Inte mindre viktigt är att jag under avhandlingstiden haft förbålt roligt. Jag kan bara hoppas att dessa båda förhållanden avspeglar sig i den kommande texten.

En annan, kanske fåfäng, förhoppning är att framställningen inte bara skall vara av intresse såsom en bearbetning av EG-rätten, utan också i någon mening kan ses som ett bidrag till behandlingen av de allmänna straffrättsliga spörsmål som har aktualiserats.

Det övergripande ämnesområdet, EG och straffrätten, innefattar många frågor som jag i denna avhandling har måst lämna obehandlade. Till dessa hoppas jag få återkomma i någon kommande framställning.

Så till andra väsentligheter ...

Nils Jareborg har varit min handledare under avhandlingsarbetet. Nils har på ett flertal sätt betytt mycket för mig. Den inspiration som stått att finna i Nils skrifter har varit av avgörande betydelse för denna avhandlings tillblivelse. Nils har också fullgjort sitt handledarskap på ett sätt som inte lämnar något i övrigt att önska: tillgänglighet, skarpsinnighet, trygghet, frihet och vänskaplig uppmuntran är ord som någorlunda väl beskriver min gynnsamma situation. Inte minst viktigt har varit att då och då bli påmind om att straffrätt inte är att likställa med livet. Tack Nils!

Ett varmt tack riktas också till Håkan Andersson, Torbjörn Andersson, Carl Martin Gölstam, Peter Lundkvist, Ulf Lundqvist, Alvar Nelson, Lars Wallinder och Håkan Westin vilka i olika skeden läst hela eller delar av manuskriptet och lämnat många värdefulla synpunkter. Vidare går ett tack till deltagarna – Carl Erik Herlitz, Ulrika Kvarnsjö, Karin Påle och ett antal redan omnämnda personer – i det straffrättsliga kammarseminarium vid vilket delar av kapitel 12 ventilerades, samt till Andrew von Hirsch som lyssnat till och diskuterat vissa idéer.

På hemmaplan har personalen vid det juridiska biblioteket i Uppsala, alltid lika vänligt och tålmodigt, hjälpt mig att lösa allehanda biblioteksrelaterade problem. I övrigt har jag givits möjlighet att få botanisera i

biblioteken vid Kriminalistisk Institut i Köpenhamn (numera det retsvidenskabelige institut D) och vid Max-Planck-Institutet i Freiburg. Jag vill särskilt nämna Vagn Greve som inte bara möjliggjorde besöket vid institutet i Köpenhamn utan också försåg mig med en riklig mängd litteratur. Vad gäller litteratur har vidare Helen Örnemark Hansen, Carl Erik Herlitz och Bettina Schütz hjälpt mig att få tag i material som av en eller annan anledning varit svårtillgängligt. Iain Cameron har språkgranskat min sammanfattning och därutöver försett mig med visst material rörande Europakonventionen. Många i min närhet – däribland mamma, pappa, Kerstin, Rune och Anders – har gjort det praktiskt möjligt att bo och arbeta på två orter. För allt detta är jag mycket tacksam.

Det behöver knappast sägas att jag härutöver står i tacksamhetsskuld till ett stort antal andra personer, i grottan och annorstädes, vilka på olika sätt och i olika skeden hjälpt mig. Som så många andra får jag konstatera att det inte är möjligt att tacka er alla.

Skrivandet har möjliggjorts genom att jag under avhandlingstiden innehaft en doktorandtjänst vid Uppsala unversitet. Fakulteten har också tillsammans med Emil Heijnes stiftelse för rättsvetenskaplig forskning bidragit med medel till tryckning.

Slutligen vill jag rikta en särskild tanke till Hanna och Ebba. Att ni har stått ut med mig – Hanna också med många och långa korrektur – är i sig en prestation. Dessvärre markerar detta förord knappast början till slutet på era uppoffringar.

Göteborg i december 1997

Petter Asp

Jag försåg mina tankar med så många paragrafer, över- och underavdelningar, anmärkningar, citat och bevis, att det hela tedde sig ganska finurligt och rimligt.

BROR BENJAMIN CARLANDER

Innehållsöversikt

DEL I INTRODUKTION

1 Inledning 23

2 Några teoretiska och metodologiska anteckningar 31

3 Förhållandet mellan EG-rätten och straffrätten 50

4 Proportionalitet 92

DEL II OM BÖTESSANKTIONEN I EG-RÄTTEN

5 Bötesbelagd gärning 118

6 Rättsstridighet 135

7 Skuld 173

DEL III OM DE EG-RÄTTSLIGA SANKTIONERNAS KARAKTÄR

8 Frågeställningen 245

9 Ordnungswidrigkeiten 261

10 Den svenska diskussionen 296

11 Europadomstolen och sanktioner 316

12 Konfrontation 339

Summary 402

Litteratur m.m. 418

Rättsfall 443

Sakregister 453

Innehåll

Förkortningar 19

DEL I INTRODUKTION

1 Inledning 23

1.1 Om ämnet 23
1.2 Om syftet 25
1.3 Om dispositionen 26
1.4 Om forskningsläget 28
1.5 Om terminologin 29

2 Några teoretiska och metodologiska anteckningar 31

2.1 Teori 31
2.1.1 Något om rätt och moral 31
Om den begreppsliga relationen 31
Reservationer 34
Rätt och moral i juridisk argumentation 35
2.1.2 Något om giltighet 37
2.1.3 Kort om rättsvetenskap och rättsdogmatik 39
2.2 Metod 40
2.2.1 Allmänt 40
2.2.2 Metoden rörande de EG-rättsliga partierna 41
Om EG-rättens rättskällor 42
Om EG-rättens metod 46
Om användningen av det komparativa materialet 49

3 Förhållandet mellan EG-rätten och straffrätten 50

3.1 Inledning 50
Allmänt 50
Om EU och straffrätten 52
3.2 EG-rättslig påverkan på nationell rätt 53
3.2.1 Positiv påverkan 53

3.2.1.1 Primärrättslig påverkan 54
A Allmän primärrättslig påverkan 54
B Specifik primärrättslig påverkan 58
Artiklarna om mened 59
Artikeln rörande brott mot tystnadsplikt 60
Artiklarna om bedrägerier 61
Gemensamma frågor 63
3.2.1.2 Sekundärrättslig påverkan 66
A Sekundärrättslig påverkan genom direktiv 66
B Sekundärrättslig påverkan genom förordningar 68
3.2.2 Negativ påverkan 70
3.3 Övernationell sanktionsrätt 74
3.3.1 Omedelbar övernationell sanktionsrätt 75
3.3.2 Medelbar övernationell sanktionsrätt 75
3.3.3 Om de medelbara sanktionerna 77
3.3.3.1 Förverkande av ställd säkerhet 77
3.3.3.2 Tillbakabetalning med strafftillägg eller straffränta 82
3.3.3.3 Minskning av bidrag 84
3.3.3.4 Uteslutning från bidragssystem 85
3.3.3.5 Vissa särskilda sanktioner 86
3.3.3.6 Ramförordningen 2988/95 88
3.4 Om förhållandet mellan systemen 88
3.5 Sammanfattning i tabellform 91

4 Proportionalitet 92

4.1 Introduktion 92
4.2 A-proportionalitet 95
4.2.1 Duglighet 97
4.2.2 Nödvändighet 98
4.2.3 Rimlighet (proportionalitet i strikt mening) 100
4.3 S-proportionalitet 101
4.4 EG-domstolen och proportionalitet 103
4.5 Om förhållandet mellan principerna 106
4.5.1 A-proportionalitet och S-proportionalitet 106
4.5.2 S-proportionalitet som en del av rimlighetsbedömningen? 109
4.6 A-proportionalitet och allmänprevention 110

DEL II OM BÖTESSANKTIONEN I EG-RÄTTEN

5 Bötesbelagd gärning 118

5.1 Böterna inom konkurrensrätten 118
5.1.1 Allmänt 118
5.1.2 Förekomst m.m. 119
5.1.3 De bötesbelagda gärningarna 121
5.1.3.1 Allmänt 121
5.1.3.2 Artikel 85 122
5.1.3.3 Artikel 86 126
5.1.3.4 Artikel 8.1 127
5.1.3.5 De lätta böterna 128
5.1.4 Samarbete som grund för befrielse eller nedsättning av böter 129
5.2 Böter inom transportsektorn 130
5.3 Bötesstadganden avseende oegentligheter med bidrag 130
5.3.1 Allmänt 130
5.3.2 Oegentligheterna 131
5.4 Bötesstadganden i Parisfördraget 133
5.5 Sammanfattning 134

6 Rättsstridighet 135

6.1 Allmänt 135
6.2 Nödvärn 136
6.2.1 Nödvärn i rättspraxis 136
Modena 137
Kommentar till Modena 138
Valsabbia 139
Kommentar till Valsabbia 141
Pioneer 141
Kommentar till Pioneer 142
Thyssen 142
Kommentar till Thyssen 142
6.2.2 Rättsjämförelse och konstruktion 143
6.2.3 Sammanfattning 146
6.3 Nöd 148
6.3.1 Allmänt 148
6.3.2 Existensen av en nödrätt 148

6.3.3 Hotet 151
Det hotade intresset 151
Hotets intensitet 152
Hotet får ej vara självförvållat 153
6.3.4 Nödhandlingen och dess försvarlighet 155
Nödhandlingen skall vara erforderlig 156
Avvägningen mellan olika intressen 158
Särskilt om nödhjälp 159
6.3.5 Nödrätt och företag 159
6.3.6 Ursäktande eller rättfärdigande nöd? 163
6.3.7 Sammanfattning 164
6.4 Force majeure 165
6.4.1 Inledning 165
6.4.2 Force majeure inom jordbruksområdet 166
6.4.3 Force majeure inom bötesrätten? 168
6.4.4 Rättsfall avseende omöjlighet och ofrivillighet inom bötesrätten 170
6.4.5 Avslutande synpunkter 171
6.5 Bevisbördan 172

7 Skuld 173

7.1 Skuldprincipen och dess tillämpning inom EG-rätten 173
7.1.1 Allmänt 173
7.1.2 Skuldprincipen i EG-rätten 177
7.1.3 Skuldrekvisiten inom ramen för Romfördraget 181
7.1.4 Skuldrekvisiten inom ramen för Parisfördraget 183
7.1.5 Sammanfattning 185
7.2 Uppsåt och oaktsamhet 186
7.2.1 Allmänt 186
7.2.2 Uppsåtsformerna 189
Direkt uppsåt 189
Indirekt uppsåt eller vetskap 191
Eventuellt uppsåt 193
7.2.3 Oaktsamhet 194
7.2.4 Sammanfattning 197
7.3 Täckningsprincipen 198
7.3.1 Uppsåt avseende straffbudets existens och omfattning 198
Doktrinen 198
Kommissionen 201
EG-domstolen 202

7.3.2 Uppsåt avseende den bötesbelagda gärningen 205
Artikel 85 206
Artikel 86 208
Sammanfattning 209
7.3.3 Uppsåt avseende frånvaron av rättfärdigande omständigheter 210
7.4 Ursäktlig straffrättsvillfarelse 211
7.4.1 Allmänt 211
7.4.2 Om uppsåt, villfarelse, ursäkt och oaktsamhet 212
7.4.3 Typfall av ursäktlighet 213
Villfarelser föranledda av myndigheter eller ombud 213
Svårigheter att få kännedom om förbudet eller dess omfattning 215
Oklart rättsläge 217
Giltighetsvillfarelse 218
7.5 Företagsskuld eller tillräknande? 220
7.5.1 Allmänt 220
7.5.2 Organisationsskuld 221
Allmänt 221
Organisationsskulden och EG:s sanktionsrätt 223
7.5.3 Tillräknande av skuld från naturliga personer 225
Tillräknande som förklaringsmodell avseende EG-rätten 225
Tillräknande och skuldprincipen 228
7.5.4 Är företagsansvar utan skuld legitimt? 230
Utgångspunkter 231
Bedömning 232
7.5.5 Sammanfattning 238

DEL III OM DE EG-RÄTTSLIGA SANKTIONERNAS KARAKTÄR

8 Frågeställningen 245

8.1 Varför är det viktigt att skilja på straff och sanktioner? 245
8.2 Undersökningens karaktär 247
8.3 Motstridiga intressen 249
8.4 Om begreppsjurisprudens 250
8.5 Om bedömningen av avgränsningsteorier 252
8.6 Något om bakgrunden till dagens situation 253
8.6.1 Traditionell straffrätt 253
8.6.2 Behovet av förenkling 255

8.6.3 Liknande behov inom civilprocessen 256
8.6.4 Om syftet med uppdelningen 258
Processekonomi 258
Bevarande av straffrätten 259
Bevarande av positiva generalpreventiva effekter 259

9 Ordnungswidrigkeiten 261

9.1 Historisk introduktion 261
9.2 Materiellrättslig översikt 265
9.3 Allmänt om de tyska avgränsningsförsöken 267
9.4 Kvalitativa teorier 270
9.4.1 Ett allmänt problem med de kvalitativa lärorna 271
9.4.2 Den förvaltningsstraffrättsliga teorien 271
Goldschmidt 272
Wolf 274
Schmidt 275
Kritik 277
9.4.3 Naturrätten som kriterium (Feuerbach) 280
9.4.4 Kulturen som kriterium (Max Ernst Mayer) 283
9.4.5 Moralen som kriterium 284
9.4.6 Skuldrekvisit och angreppsintensitet 285
9.4.7 Brottet som sjukdomsindikation 287
9.4.8 Avgränsning efter rättsföljden 288
9.4.9 Sammanfattning 288
9.5 Kvantitativa läror 289
9.5.1 Eser om Strafwürdigkeit 289
9.5.2 Tre standardverk 291
9.5.3 Kommentarer 293
9.6 Tysk rättspraxis 294

10 Den svenska diskussionen 296

10.1 Allmänt 296
10.2 Materiellrättslig översikt 299
10.3 Utredningar 300
SOU 1977:6 300
BRÅ 1977:7 300
Ds Ju 1978:5 301
Ds Ju 1981:3 302
SOU 1996:116 302

10.4 Doktrinen 304
Thornstedt 304
Agge 305
Kommentarer till Agge 307
Jareborg 308
Leijonhufvud & Wennberg 309
Nelson 309
Warnling-Nerep 310
Zila 312
Debatten kring skattetilläggen 312
Något om diskussionen kring normgivningsfrågor 313
10.5 Sammanfattning 314

11 Europadomstolen och sanktioner 316

11.1 Inledning 316
11.2 Element 1: klassifikationen i den ifrågavarande konventionsstaten 320
11.3 Element 2: brottets natur 323
Generell tillämpbarhet 323
Brottets svårhetsgrad 326
Klassifikationen i andra konventionsstater 326
Den normala innebörden av begreppet brott 327
Skyddsobjektet 327
Skillnader i processuella regler 328
11.4 Element 3: sanktionens natur och stränghet 328
11.5 Fall som inte kan inordnas i modellen 331
11.5.1 Deweer, Bendenoun och Air Canada 331
11.5.2 Särskilt om strukturen av domstolens resonemang 333
11.6 Europakonventionen och EG:s sanktionsrätt 335
11.6.1 Europakonventionen och EG 335
11.6.2 Europakonventionen och företag 337

12 Konfrontation 339

12.1 Tidigare framställningar 339
12.1.1 Bötessanktionen 339
Winkler 339
Schroth 341
Oehler 342
Dieblich 343
Tiedemann 344

Greve 345
EG-domstolen och generaladvokaterna 345
12.1.2 Förverkandesanktionen 347
P. Tiedemann 347
Möller 348
EG-domstolen 350
12.1.3 Övriga sanktioner 351
Heitzer 351
Övrigt 352
12.2 Utvärdering av den tidigare diskussionen kring de EG-rättsliga sanktionernas karaktär 353
12.3 Konstruktion av straffbegreppet 356
12.3.1 Om förhållandet mellan brott, straff och straffprocess 356
12.3.2 Preliminär utgångspunkt: skälen talar i två riktningar 358
12.3.3 Struktur 363
12.3.4 Konstruktion 364
12.3.4.1 Lagstiftarens klassifikation 364
Inventering de lege lata 364
MR-straff 364
K-straff 365
12.3.4.2 Rättsfaktumsidan 365
Inventering de lege lata 365
Om betydelsen för MR- och K-straffen 370
12.3.4.3 Rättsföljdsidan: tillfogande av lidande 371
Inventering de lege lata 371
Om betydelsen för MR- och K-straffen 372
12.3.4.4 Särskilt om rättsföljdens klandrande karaktär 376
Inledning 376
Varför innefattar straff klander? 378
Om klander och MR-straff 380
Om klander och K-straff 382
12.3.4.5 Sanktionens ändamål 389
12.3.4.6 Den processuella regleringen 391
Inventering de lege lata 391
Om MR- och K-straffen 391
12.3.4.7 Sammanfattning 392
12.4 Bedömning av de EG-rättsliga sanktionerna utifrån de konstruerade begreppen 394
12.4.1 Bötessanktionen 394

12.4.2 Förverkandesanktionen 395
12.4.3 Strafftillägg, minskning av bidrag och uteslutning från bidragssystemen 396
12.5 Sammanfattning och avslutande synpunkter 397
12.5.1 EG-domstolen och Europadomstolen 397
12.5.2 Analogier till straffrättsliga grundsatser 398
12.5.3 Något om användningen av MR- och K-straff 399

Summary 402

Litteratur m.m. 418

Rättsfall 443

Sakregister 453

Förkortningar

A-proprortionalitet	den administrativa proportionalitetsprincipen
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH(St)	Bundesgerichthof (Strafsachen)
BrB	Brottsbalken (1962:700)
BRÅ	Brottsförebyggande rådet
BVerfG(E)	Bundesverfassungsgericht (Entscheidungen)
CAP	Common Agricultural Policy
CMLRev	Common Market Law Review
Crim. LR	The Criminal Law Review
DM	tyska mark
D.R.	Decisions and Reports of the European Commission of Human Rights
Ds (Ju)	departementsserien (Justitiedepartementet)
ECR (II)	European Court Reports (avdelningen med förstainstansrättens domar)
ECHR	European Court of Human Rights
ECU	European Currency Unit
EES	Europeiska ekonomiska samarbetsområdet
EG	Europeiska gemenskaperna
EGT	Europeiska gemenskapernas officiella tidning
ELRev	European Law Review
EU	Europeiska unionen
Euratomfördraget	Fördraget om upprättandet av Europeiska atom-energigemenskapen (Euratom) av den 25 mars 1957
Europakonventionen	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna av den 4 november 1950
f	och följande sida
ff	och följande sidor
FT	den förvaltningsstraffrättsliga teorin
fusionsfördraget	Fördraget om upprättande av ett gemensamt råd och en gemensam kommission för Europeiska gemenskaperna av den 8 april 1965
GG	Grundgesetz
h.M	herrschende Meinung

hsp.	högerspalt
jfr	jämför
JT	Juridisk tidskrift
KBrB	kommentar till brottsbalken (Norstedts blå)
KOMB	kommissionsbeslut
K-straff	kriminalstraff: term som används för att beteckna ett konstruerat straffbegrepp
LPT	lag (1991:1128) om psykiatrisk tvångsvård
LVM	lag (1988:870) om vård av missbrukare
Maastrichtfördraget	Fördraget om Europeiska unionen av den 7 februari 1992
MR-straff	människorättsstraff: term som används för att beteckna ett konstruerat straffbegrepp
NJA	Nytt juridiskt arkiv, avd. I
NJW	Neue juristische Wochenschrift
NTfK	Nordisk tidsskrift for Kriminalvidenskab
OJ (L) (C)	Official Journal (Legislatio) (Communicatio)
OLG	Oberlandsgericht
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz
Parisfördraget	Fördraget om upprättandet av Europeiska kol- och stålgemenskapen av den 18 april 1951
prop.	proposition
RB	Rättegångsbalken (1942:740)
rdnr	randnummer
REG	Rättsfall från Europeiska gemenskapens domstol
RF	Regeringsformen (Kungjord genom KK 1974:152)
Romfördraget	Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen av den 25 mars 1957
RÅ	Riksåklagaren
s.	sida
SBL	Skattebrottslagen (1971:69)
SEA	Single European Act (Europeiska enhetsakten av den 17 och 28 februari 1986)
st.	stycke
StPO	Strafprozessordnung
SOU	Statens offentliga utredningar
S-proportionalitet	den straffrättsliga proportionalitetsprincipen
StGB	Strafgesetzbuch
SvJT	Svensk juristtidning
TfR	Tidskrift for rettsvitenskap
VSL	Lag (1960:418) om straff för varusmuggling
vsp.	vänsterspalt
WiStG	Wirtschaftsstrafgesetz
ZStW	Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft

DEL I

INTRODUKTION

1 Inledning

1.1 Om ämnet

Detta är en straffrättslig avhandling som huvudsakligen behandlar EG-rättsliga frågor. Detta kan måhända framstå som något märkligt eftersom en allmänt utbredd uppfattning är att EG saknar straffrättslig kompetens. Huruvida den allmänna uppfattningen är korrekt beror emellertid på vad man lägger in i begreppet straff. Klart är att när EG grundades på 1950-talet så var avsikten att den nationella straffrätten i princip skulle falla utanför samarbetet. Lika klart är idag att EG-rätten i viss, ännu så länge ganska begränsad, utsträckning påverkar nationell straffrätt samt att det inom EG-rätten förekommer sanktioner vilka uppvisar straffrättsliga drag. Detta arbete ägnas huvudsakligen åt de sistnämnda sanktionerna vilka vi tills vidare kan kalla övernationella.

Övernationella EG-rättsliga sanktioner (med straffrättsliga drag) har existerat i stort sett från den allra första början. Redan år 1962 utfärdades förordning 17/62 med stöd av vilken kommissionen kan utdöma böter mot företag vilka bryter mot konkurrensföreskrifterna i artiklarna 85 och 86 i Romfördraget. Dessa böter uppvisar, trots att de formellt sägs vara av icke straffrättslig art, stora likheter med straff och uppgår inte sällan till drakoniska belopp. Tetra Pak dömdes t.ex. år 1992 att betala rekordhöga 75 miljoner ECU i böter för att ha överträtt artikel 86 i Romfördraget.[1]

Under senare tid har det också utfärdats förordningar vilka innehåller bestämmelser om olika former av administrativa sanktioner vilka är avsedda att handhas av nationella myndigheter. Dessa sanktioner återfinns främst inom jordbruksområdet inom ramen för den gemensamma jordbrukspolitiken (CAP) vars närmast planekonomiska system med olika former av bidrag (och tullar) har medfört obegränsade möjligheter

[1] Se KOMB 92/163 *Tetra Pak* OJ L 72/1, T-83/91 *Tetra Pak* [1994] ECR II-755 samt C-333/94 P *Tetra Pak* [1996] ECR I-5951.

att genom allehanda fantastiska transaktioner orättmätigt tillskansa sig pengar.[2] Sanktionerna avses således bidra till att skydda EG:s finanser mot bedrägerier och andra former av oegentligheter.

Det låter sig sägas att intresset för de övernationella sanktionerna har ökat i takt med att frågan om olika former av bidragsbedrägerier rönt allt större uppmärksamhet. Stort intresse har också visats frågan om harmonisering av den nationella straffrätten.[3]

I detta sammanhang har, särskilt från kommissionens sida, hävdats att det är nödvändigt att såväl göra bruk av övernationella sanktioner som att harmonisera den nationella straffrätten.

Området karaktäriseras av ett visst spänningsförhållande mellan å ena sidan kommissionens vilja till harmonisering och övernationell kompetens och å andra sidan medlemsstaternas motvilja mot att se sin suveränitet på straffrättens område förminskas. Att straffrätten anses utgöra en del av kärnan i den nationella suveräniteten[4] avspeglas inte minst i det förhållandet att det har visat sig vara mycket svårt att få igenom initiativ på straffrättens område i ministerrådet.

Frågor som omedelbart anknyter till bidragsbedrägerierna kommer visserligen inte att behandlas i denna avhandling,[5] men man kan säga att

[2] För exempel på mer eller mindre spektakulära fall och tillvägagångssätt se t.ex. Tiedemann 1974 s. 903, Bruns 1980 s. 25 ff, Greve 1993 s. 47 ff samt Reisner 1995 s. 33 ff.

[3] Harmonisering diskuterades visserligen redan av Johannes 1971 och 1971a (jfr också Allen 1974 vilken helt bygger på Johannes), men diskussionen har onekligen ökat i intensitet. Jfr också den på initiativ av kommissionen utarbetade Corpus Juris, ett förslag till straff- och straffprocessrättsliga bestämmelser till skydd för Europeiska unionens finansiella intressen, som finns utgiven på franska och engelska, samt tillgänglig i svensk översättning. Att intresset för EG-rättens implikationer för nationell straffrätt har ökat avspeglas inte minst däri att det i den senaste upplagan av Eser & Huber (1995) i varje landsredogörelse finns ett avsnitt avsatt åt EG-straffrätten.

[4] Se t.ex. Jung & Schroth 1983 s. 242 och 253, Jung 1990 s. 509 och 1993 s. 237, Tiedemann 1988a s. 113 f, Buruma 1992 s. 659, Vervaele 1992 s. 53 f samt Weigend 1993 s. 775 och 778.

[5] Bidragsbedrägerierna brukar behandlas under temat *Skyddet för EG:s finansiella intressen.* Så framställt omfattas inte enbart straff- och sanktionsrätt utan också bidragspolitik, kontrollpolitik, revision etc. Se t.ex. artiklarna av Tiedemann 1988a och 1990, Sherlock & Harding 1991, Allkemper 1992, Martyn 1992, Schmidt 1992, Spannowsky 1992, Prieß & Spitzer 1994, Stoffers 1994 samt Klem 1996 vilka sammantaget täcker en stor del av problematiken. Se också t.ex. Legal Protection of the Financial Interests of the Community (1989) och Seminar on the Legal Protection of the Financial Interests of the Community: Progress and prospects since the Brussels seminar of 1989 (1993), båda utgivna av kommissionen, samt Vervaele 1992, van der Hulst 1993 och Dannecker 1993a. Här må också hänvisas till de årliga rapporter om bidragsproblematiken som presenteras av kommissionen under namnet *Skydd för gemenskapens finansiella intressen* (rapporterna återfinns bl.a. i kommissionens dokumentserie; de tre senaste

avhandlingsämnet – den EG-rättsliga sanktionsrätten – aktualiseras på grund av att bidragsbedrägerierna har medfört att den övernationella sanktionsrätten kommer att få allt större betydelse. Det torde också låta sig sägas att vad jag kallar sanktionsrätt är i större behov av analyser från olika infallsvinklar[6] än den nationella straffrätten, om också den står under EG-rättsligt inflytande.

Ett kännetecknande drag för området, sett utifrån vår nationella systematik, är att det kan sägas ligga i gränslandet mellan ett flertal rättsområden; mest tydligt är att sanktionsrätten har sitt hemvist någonstans emellan straffrätt och förvaltningsrätt. Men också frågor som anknyter till mänskliga rättigheter, konkurrensrätt och konstitutionell (EG-)rätt aktualiseras i sammanhanget.

1.2 Om syftet

Syftet med avhandlingen kan sägas vara att utifrån ett straffrättsligt perspektiv analysera EG:s sanktionsrätt. Detta övergripande syfte kan sedan preciseras i mer konkreta uppgifter enligt följande.

Avhandlingen syftar till att:

(1) placera den övernationella sanktionsrätten i ett sammanhang. En första uppgift har därför varit att, på ett strukturellt plan, besvara frågan hur förhållandet mellan EG-rätt, nationell straffrätt och övernationell sanktionsrätt kan beskrivas.

(2) analysera och utvärdera den övernationella sanktionsrätten från ett straffrättsligt perspektiv.

(3) analysera förhållandet mellan straff och andra typer av sanktioner.

Den första uppgiften kan med andra ord sägas vara att placera in EG-rätten i den svenska straffrättsliga verkligheten. I och med EG-inträdet och allt det som följt därmed (bl.a. konventionen om skydd av Europeiska gemenskapernas finansiella intressen)[7] har visserligen frågor som rör EG och straffrätten aktualiserats på t.ex. departement (och universitet), men det torde fortfarande vara berättigat att säga att kunskapsnivån beträffande dessa frågor generellt sett är låg. Viktigast i detta sammanhang är kapitel 3 i vilket jag på ett relativt kortfattat sätt redogör för en

---

rapporterna har följande nummer: KOM(95) 98 slutlig, KOM(96) 173 slutlig, KOM(97) 200 slutlig).

[6] Jfr t.ex. Träskman 1983 s. 698 om sanktionsrätten i allmänhet och Als Andersen 1994 s. 115 beträffande den EG-rättsliga sanktionsrätten i synnerhet.

[7] EGT nr C 316, 27.11.1995, s. 48.

framarbetad grundstruktur i förhållandet mellan EG, straff och sanktioner.

Den andra uppgiften innefattar att utsätta den EG-rättsliga sanktionsrätten för en kritisk granskning utifrån straffrättsdogmatiska utgångspunkter. Detta sker i avhandlingens andra del. Dylika försök har tidigare gjorts framför allt i Tyskland. Som kommer att framgå för den som läser avhandlingens andra del, är jag kritisk emot mycket av det som denna forskning hittills resulterat i. Att jag ställer mig kritisk till de resultat som tidigare framkommit innebär inte att värdet av denna forskning på något sätt förringas; den har ofta skrivits utifrån förutsättningen att mycket litet tidigare utretts. Inte sällan ligger ett enormt grundarbete i botten.

Den tredje uppgiften är att ge en grund för en fortsatt diskussion kring frågan om hur man kan och bör särskilja straffen från andra sanktionsformer. Denna fråga aktualiseras i detta sammanhang eftersom EG-domstolen bygger sin praxis på en distinktion härvidlag. Frågan aktualiseras även av Sveriges inkorporering av Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. Beträffande denna uppgift kan sägas att det viktigaste kanske inte är att klassificera de EG-rättsliga sanktionerna. Istället kan man säga att de EG-rättsliga sanktionerna utgör en utmärkt fond mot vilken frågan om straffbegreppets gränser synes kunna analyseras på ett fruktbart sätt.

1.3 Om dispositionen

Detta arbete består av tre huvudavdelningar. I den första huvudavdelningen finns fyra kapitel av allmän karaktär. I detta inledande kapitel har givits (1) en allmän introduktion, (2) en precisering av syftet med arbetet samt (3) i detta avsnitt en översikt över dispositionen. Dessutom skall (4) forskningsläget beskrivas och (5) några terminologiska påpekanden göras.

I kapitel 2 diskuteras vissa rättsteoretiska och metodiska frågor relativt översiktligt. Kapitlet syftar dels till att ge läsaren en bild av min grundsyn i teoretiska och metodiska frågor, dels till att klargöra vissa särdrag hos EG-rätten som objekt för rättsdogmatisk forskning.

I kapitel 3 behandlas EG-rättens förhållande till straff- och sanktionsrätt. Tonvikten läggs på att *skapa en korrekt och begriplig struktur*, och det är främst i detta hänseende som kapitlet kan sägas redovisa resultat av självständig forskning. I kapitlet beskrivs därtill olika fördragsstadganden av straffrättslig relevans samt EG-rättsliga sanktionsregler

översiktligt. För den läsare som önskar en översikt över rättsområdet kan kapitel 3 således rekommenderas.

I kapitel 4, som delvis kan sägas ha exkurskaraktär, behandlas den inom EG-rätten så ofta förekommande proportionalitetsprincipen. Denna allmänna EG-rättsliga princip kan sägas vara av stor betydelse för bedömningen av olika sanktionsrättsliga frågor. I kapitlet analyseras principens förhållande till vissa straffrättsliga principer.

Den följande andra delen av avhandlingen består av tre kapitel. I denna del behandlas den EG-rättsliga bötessanktionen. Tillvägagångssättet här kan huvudsakligen beskrivas som straffrättsdogmatisk analys.

Avdelningen är disponerad utifrån den traditionella tredelningen av brottsbegreppet i beståndsdelarna *straffbelagd gärning, rättsstridighet* och *skuld*. I kapitel 5 beskrivs således innehållet i de stadganden vars överträdelser kan föranleda att böter utdöms. I kapitel 6 diskuteras huruvida straffrättsliga koncept som nöd och nödvärn kan medföra att en i och för sig bötesbelagd gärning inte anses rättsstridig. I kapitel 7 diskuteras slutligen skuldkravet såsom det framtonar i samband med bötessanktionerna. Härvid är av särskilt intresse att de EG-rättsliga böterna främst vänder sig till företag av olika slag.

I avhandlingens tredje del behandlas frågan om de EG-rättsliga sanktionernas rättsliga karaktär. Arbetet är härvidlag upplagt så att jag i kapitel 8 inledningsvis närmare preciserar uppgifter och utgångspunkter för den fortsatta analysen.

I kapitel 9 behandlas de tyska lärorna i hithörande hänseenden. I tysk doktrin behandlas denna fråga i regel under rubriken "Rechtsnatur der Ordnungswidrigkeiten".[8] Därefter behandlas i kapitel 10 den svenska diskussionen i frågan. I kapitel 11 övergår så framställningen till Europadomstolens praxis när det gäller de straffprocessrättsliga rättssäkerhetsgarantiernas tillämpningsområde. Noteras kan härvid att de tre kapitlen erbjuder var sitt perspektiv på frågan. I Tyskland har debatten främst förts inom rättsvetenskapen, i Sverige i samband med lagstiftningsarbete och i Europadomstolen har bedömningen skett ur ett domstolsperspektiv.

Avslutningsvis görs så i kapitel 12 en egen och sammanfattande analys av de EG-rättsliga sanktionernas karaktär. Kapitel 8 och 12 torde, även om framställningen i kapitel 12 delvis bygger på de tidigare tre kapitlen, kunna läsas självständigt av den som önskar.

[8] Se t.ex. Jung 1996 s. 370.

1.4 Om forskningsläget

Forskningsläget ser givetvis olika ut beroende på om man ser saken i ett nationellt eller internationellt perspektiv. Det ser också olika ut beroende på hur man definierar ämnet. Det följande är inte avsett att utgöra en redogörelse för hur de frågor jag behandlar var behandlade innan jag började skriva; här får hänvisas till notapparaten. Istället anläggs här ett brett perspektiv där något sägs om vad som skrivits inom ämnet "EG och straffrätten".

Även med ett dylikt perspektiv är ämnet i praktiken obearbetat i svensk doktrin. I den rättsvetenskapliga litteraturen finns i princip inget skrivet vare sig om EG:s sanktionsrätt eller om EG:s förhållande till svensk straffrätt.[9]

Om vi vidgar perspektivet något, till ett av våra nordiska grannländer, så blir situationen delvis en annan. I Danmark har *Vagn Greve* skrivit dels en bok i ämnet, dels ett större antal artiklar som behandlar olika frågeställningar av relevans för ämnet.

I övriga Europa finns också viss litteratur som behandlar olika frågor inom ämnet. Frågor som anknyter till skärningspunkten mellan straffrätt och EG-rätt har behandlats i ett antal tyska dissertationer,[10] i ett mindre antal andra monografier,[11] i ett större antal tidskrifts- och festskriftsartiklar samt i vissa samlingsverk.[12] Bland de namn som, utöver Vagn Greve, förtjänar att nämnas särskilt finns bl.a. *Klaus Tiedemann, Gerhard Dannecker* och *John Vervaele.*

Även om det finns mycket gott att säga om det som redan gjorts torde det stå klart att ämnet inte kan sägas vara särskilt ingående behandlat. Just det faktum att mycket sagts i tidskrifts- och festskriftsartiklar har medfört ett, om man nu får uttala sig på det viset, många gånger litet ytligt, och ibland också slarvigt, förhållningssätt.

Jag vet att olika frågor som anknyter till ämnet behandlats också på franska (Delmas-Marty), holländska (Guldenmund och Vervaele), italienska (Grasso) och spanska (Bacigalupo). P.g.a. bristande språkkunskaper har jag emellertid inte kunnat tillgodogöra mig denna litteratur.

[9] Vissa undantag finns t.ex. avsnitt 1.8 i Jareborg 1995 och avsnitt 6.5 i Leijonhufvud & Wennberg 1997. Även Eerola 1994 skriver på svenska. (Eerola är dock finländsk.) Se även Ds 1997:51 kapitel 4 samt SOU 1997:127, del A kapitel 6. Dessutom kan man i konkurrensrättsliga verk finna mycket korta framställningar om de konkurrensrättsliga böterna. Se t.ex. Coyet m.fl. 1994.

[10] Här kan nämnas Pabsch 1965, Winkler 1971, Bruns 1980, Schroth 1983, Dieblich 1985, Siohl 1986, Hildebrandt 1990, Hamann 1992, Wagemann 1992, Reisner 1995, Gröblinghoff 1996 och Heitzer 1997.

[11] Se t.ex. Dannecker & Fischer-Fritsch 1989, Vervaele 1992 och Dannecker 1995.

[12] Se särskilt kommissionens utgåvor (ovan not 5) samt Delmas-Marty 1996.

Detta är naturligtvis en brist. Å andra sidan torde man, med stöd av en genomgång av notapparaten i den litteratur som skrivits på de språk jag förstår (engelska, tyska, danska och svenska) kunna hävda att den tyska litteraturen är den i sammanhanget viktigaste. Intrycket består också efter att ha läst framställningar på engelska av rättsvetenskapsmän från Frankrike, Holland och Italien; det är sålunda inte bara en fråga om internt hänvisande inom Tyskland. Därtill kan man litet cyniskt säga att varje bok man läser i slutändan utesluter en annan; med tanke på att EG-rätten nu behandlas rättsvetenskapligt i femton stater kan man sålunda ändå inte beakta allt.

1.5 Om terminologin

Min förhoppning är att de termer som används i denna avhandling i den kontext de förekommer inte skall kunna missförstås. Något bör emellertid sägas om vissa termer.

Termen *sanktionsrätt* syftar regelmässigt på det rättsområde som kan sägas bestå av straffrättsliknande administrativa sanktioner såsom t.ex. administrativa böter och sanktionsavgifter. Att i detta läge närmare beskriva vad som skiljer dessa sanktioner från andra sanktioner, t.ex. civilrättsliga, är ogörligt. Generellt förefaller det mig lämpligt att använda termen *sanktionsrätt* på detta sätt, och således inte använda termen i den vidare mening som t.ex. Ekelöf gör (dvs. som övergripande beteckning för området för de rättsliga sanktionerna).[13] Det är ju ytterst sällan det finns ett behov av att tala om summan av de rättsliga sanktionerna som ett *rättsområde.* I kapitlet som handlar om de tyska Ordnungswidrigkeiten används termen *ordningsrätt* i motsvarande mening.

Att en sanktion är *övernationell* eller *supranationell* etc., innebär att den reglering som innehåller sanktionsföreskriften är EG-rättslig. (Sanktionsföreskrifterna finns nästan uteslutande i förordningar.) Att en sådan sanktion eventuellt skall utdömas och verkställas av nationella myndigheter hindrar således inte att den är övernationell.

Termerna *A-proportionalitet* och *S-proportionalitet* används för att beteckna den administrativa (konstitutionella) proportionalitetsprincipen respektive den straffrättsliga proportionalitetsprincipen. Se närmare kapitel 4.

Termerna *MR-straff* och *K-straff* används för att beteckna två av mig konstruerade straffbegrepp. Se närmare kapitel 12.

[13] Se Ekelöf 1991 s. 9.

Beträffande tyska termer har jag konsekvent skrivit dem i tysk form utan citationstecken. Eftersom tyska termer används relativt flitigt hade ett användande av citationstecken eller kursiverad stil stört framställningen alltför mycket.

Om termerna någon gång används på ett annat sätt än som här förklarats framgår antingen av kontexten eller av ett explicit förtydligande vad som avses.

2 Några teoretiska och metodologiska anteckningar

2.1 Teori

Det är givetvis fåfängt att tro att man i en avhandling med främst rättsdogmatiska syften skall kunna säga något av värde beträffande utpräglat rättsteoretiska frågor.[1] Detta avsnitt kan därför närmast ses som ett försök att precisera vissa utgångspunkter för vad som kännetecknar rättslig argumentation. Dessutom ger det läsaren en möjlighet att få en ungefärlig uppfattning om vad sorts jurist som skrivit denna avhandling.

2.1.1 Något om rätt och moral

Om den begreppsliga relationen. Att diskutera rättens natur i termer av rättspositivism och naturrätt är ofta inte särskilt givande, inte minst eftersom begreppen uppenbarligen inte har samma innehåll för olika människor. Man finner inte sällan att folk som etiketterar sig som rättspositivister respektive naturrättare vid närmare påseende har mycket likartade uppfattningar (liksom man finner stora skillnader inom respektive klass).[2]

Jag vill ändå nämna att jag inte kan finna någon naturrättslig teori övertygande.[3] Trots att många mer eller mindre öppet (och oftare i tal än

[1] Jag vill reservera mig såtillvida att jag måhända inte uttrycker mig på ett sätt som är teoretiskt korrekt. Innebörden av det sagda torde dock kunna förstås.

[2] Se t.ex. MacCormick 1981 s. 161 f. Se även Hellner 1997 som effektivt illustrerar att man kan avse mycket med positivism.

[3] Jfr H. Andersson 1993 s. 193 not 70. En plausibel förklaring till naturrättens popularitet kan vara att begreppet används i en ytterst uttunnad mening. Om man använder begreppet naturrätt och därmed inte avser annat än att regler ofta har sin grund i (eller är framtvingade av) moralen samt att moraliska argument kan få betydelse inom ramen för

i skrift) uttrycker naturrättsliga sympatier är det inte särskilt många som direkt argumenterar för en *naturrättslig rättsteori.*

En fördel med debatten om naturrätt och rättspositivism är vidare att den direkt anknyter till frågan om moralens betydelse för rätten. Att jag anser detta vara en fördel beror på att frågan är central, och om den diskuteras konkret kan ge en väldigt god bild av vad sorts rättsuppfattning som hävdas.

Om man beskriver rättspositivismen på följande sätt kan jag i princip anses vara positivist.[4]

Rätt och moral är i princip särskilda, i den meningen att rätten inte nödvändigtvis sammanfaller med moralen.[5] Dvs. det juridiskt rätta är inte att likställa med det moraliskt rätta.[6]

Detta bör givetvis vara *fullständigt okontroversiellt.*[7] Att rätten är något annat än moral följer redan av att för rättslig argumentation finns fasta förutsättningar, eller utgångspunkter för argumentationen (vilka hittas i de s.k. rättskällorna) på ett helt annat sätt än då det gäller moral. Dessa källor (åtminstone såvitt gäller lagar, förarbeten och rättsfall) återfinner vi – idealtypiskt sett – i av människor skapade skrifter. Att rätt och moral begreppsligt är särskilda är också en konsekvens av att medan rätten i princip är en är moralen flera.[8]

En annan fråga är huruvida det begreppsligt finns skäl att ställa vissa etiska minimikrav på rätten. Peczenik uppställer t.ex. ett krav på att

---

rättslig argumentation hamnar man mycket nära vad jag nedan beskriver som en positivism med reservationer. Jfr här Frändberg 1984 s. 59 f. Omvänt kan hävdas att den positivism som här förordas är av ett relativt uttunnat slag. Jfr här Peczenik 1996a s. 7 och 9.

[4] Jag tror dock att positivismen även med de mest nyanserade reservationer aldrig kan bli annat än en idealtyp, men som sådan har den i allt fall ett överlägset förklaringsvärde gentemot naturrättsliga teorier. Att jag beskriver mig själv som rättspositivist innebär inte att jag anser mig vara vetenskapsteoretisk (logisk) positivist. Möjligen kan en koppling härvidlag vara en förklaring till att rättspositivismen fått så många motståndare. En sådan koppling kan ses som naturlig i Sverige där många realistiska rättspositivister utgått från en logisk positivistisk vetenskapssyn.

[5] Beträffande frågan om vad moral är kan kort sägas att det är någon form av regler som har att göra med hur man bör beakta andra människors intressen. Här kan hänvisas till Jareborg 1975 kapitel 5 och 1992 kapitel 2.

[6] Såvitt jag kan förstå är det just detta Hart avser i Hart 1958. Det tycks finnas en outsinlig vilja att i hans skrifter lägga mer extrema ståndpunkter än han egentligen uttalar. Se också Spaak 1994 s. 58.

[7] Se Peczenik 1995a s. 23: "ingen förnuftig rättsteoretiker påstår att all rätt är etisk" samt Dworkin 1986 s. 35 som kallar en naturrättslig lära som förnekar att rätt och moral är särskilda på detta vis för "[t]he most extreme theory of this kind".

[8] Se Jareborg 1992 s. 40.

rättssystemet inte får vara extremt oetiskt om det skall vara giltigt.[9] Likaså menar Peczenik att man som jurist kan ställa sig följande fråga: "visserligen var de tyska judarnas medborgarskapsförlust 1941 lagenlig, men var denna lag *gällande* rätt?"[10]

För egen del finner jag det ytterst tveksamt om dylika etiska minimikrav är motiverade. För det första kan man fråga sig om det för rättstillämparen i Nazityskland som skall beröva judarna deras medborgarskap går att se någon praktisk skillnad mellan

(1) att hävda att reglerna är extremt oetiska och därför inte är giltiga, och
(2) att vägra att tillämpa en i och för sig giltig regel.

Än tydligare är att ett ifrågasättande av hela det nazistiska rättssystemets giltighet i praktiken är att likställa med att ta steget ut ur rätten.

För det andra torde ett sådant krav göra det svårare att kritisera rätten från moralisk synpunkt. Vad som är extremt oetiskt torde i många fall vara ytterst kontroversiellt, åtminstone i det samhälle där en sådan prövning skulle aktualiseras.

Om en extremt oetisk regel skulle klara en test mot eventuell författning (inkluderande normprövning) är min mening att juristen (rättstillämparen) får lov att välja; antingen väljer han att delta i dömandet och då utgör regeln en giltig rättsregel som måste beaktas eller så ställer han sig utanför och vägrar att tillämpa regeln (dvs. begår tjänstefel). I detta ligger inget orimligt. Om regeln är extremt oetisk är det inte för mycket begärt av den enskilde att han tar ställning.[11]

En nödutgång för den enskilde rättstillämparen kan vara att med stöd av värderingar som kommer till uttryck i rättssystemet i övrigt, i det konkreta fallet söka reducera tillämpningsområdet.[12] Detta fungerar dock endast när den extremt oetiska regeln på något vis kan sägas vara systemstridig.

Poängen med detta är att rätten aldrig kan eller bör bli det slutgiltiga svaret på vad en människa bör göra; rätten skall utgöra svar på vad en domare (som väljer att stanna i systemet) bör göra. I vissa fall kan det t.o.m. föreligga en moralisk plikt att ta steget ut ur rätten: att protestera. Som Hjalmar Bergman skriver i Clownen Jac: "Rätt är rätt, naturligtvis, men är det alltid rätt att handla rätt?"

[9] Jfr Peczenik 1995 s. 193 f.
[10] Peczenik 1995 s. 141.
[11] Ställningstagandet kan naturligtvis ske på så vis att den enskilde, medvetet, dömer (mer eller mindre) fel.
[12] Liknande Frändberg 1997 s. 244.

Motstånd mot vapen och förtryck görs inte heller primärt genom rättsfilosofiska påståenden. Tvärtom underlättas motståndet om vi klart betonar att rätten inte alltid är god och inte heller alltid bör vara en människas avgörande handlingsskäl.[13]

Reservationer. Ovan har ståndpunkten intagits att rätt och moral är åtskilda och att rätten i princip inte behöver uppfylla några etiska krav för att vara rätt. För undvikande av missförstånd bör kanske tilläggas att det sagda inte innebär ett förnekande av:

– att rättslig argumentation kan sägas vara en sorts moralisk argumentation,

– att moraliska argument kan få rättslig betydelse (ett efter min mening klart exempel är när argumentationen efter det att rättskällorna s.a.s. är tömda inte har gett utslag; som skall diskuteras nedan tror jag dock inte att man bör underskatta möjligheten att förankra moraliska argument i rättskällorna),

– att rättslig argumentation alltid förutsätter och innefattar värderingar,

– att rätten i mångt och mycket kan sägas utgöra institutionaliserad och formaliserad moral (rätt och moral kan sålunda innehållsmässigt vara mycket lika),[14]

– att det finns en koppling mellan rätt och moral såtillvida att rätten, genom sitt nyttjande av generella normer vilka tillämpas lika i lika fall, i sig bär ett moraliskt värde,

– att vår egen individuella moral måste avgöra när vi, antingen såvitt gäller en speciell regel, eller beträffande rättssystemet som helhet, måste lämna rätten; det vill säga vägra att lyda eller medverka. I detta sammanhang bör dock värdet av en fungerande rättsordning inte underskattas; inte varje svaghet hos rättsordningen kan motivera ett avhopp,

[13] Se här MacCormick 1981 s. 160 och 162 som i en diskussion om Harts positivism betonar att skälet till att insistera på en begreppslig distinktion mellan rätt och moral är *moraliskt*: "Paradoxical as some may find it, Hart's reason for insisting on the conceptual separateness of 'law' and 'morality' is thus a moral reason. Hart is a positivist because he is a critical moralist. His aim is not to issue a warrant for obedience to the masters of the state. It is to reinforce the citizen's warrant for unrelenting moral criticism of the uses and abuses of state power."

[14] Se t.ex. Bengoetxea 1991 s. 196 f och Jareborg 1992 s. 60 f (med hänvisning till MacCormick). Att rätten utgör institutionaliserad moral är naturligtvis särskilt sant när det gäller straffrätten. Det är således missvisande att, såsom Naucke 1991 s. 298 gör, skriva att skiljelinjen mellan rätt och moral suddas ut när underlåtenhet straffas. Den linje han avser har troligen aldrig funnits. Den regel som förbjuder oss att döda genom aktivt handlande är lika mycket byggd på moral som den regel vilken under straffansvar förelägger oss att t.ex. hjälpa en drunknande.

– att vissa regler, på grund av att vissa behov är gemensamma för alla människor, i en eller annan form kommer att återfinnas i alla samhällen.[15] Som en deskriptiv utsaga är denna iakttagelse givetvis fullt förenlig med en rättspositivistisk teori.

Den positivism som här förordas innebär således inte att rätten låter sig fastställas utan värderande operationer; däremot företas dessa värderande operationer med givna förutsättningar.[16]

Att en till synes otvetydig rättslig reglering får vika för vad Dworkin kallar principer behöver givetvis inte heller det omkullkasta det sagda.[17] Tvärtom måste det vara helt förenligt med positivismen att man *induktivt* söker allmänna värderingar, principer eller om man så vill normativa grundmönster inom ramen för den rättsliga materian vilka sedan kan användas t.ex. för att argumentera för ett reduktionsslut eller för att lösa mer eller mindre oreglerade fall. I ett allmänt sett moraliskt godtagbart rättssystem kan man t.ex. argumentera för ett reduktionsslut om tillämpningen av en regel i vissa fall skulle få uppenbart omoraliska konsekvenser. Argumenten för ett reduktionsslut måste bli avsevärt mycket svagare om regeln utgör del av ett rättssystem som enligt vår moraluppfattning genomgående präglas av denna omoral. Rättsprinciperna, om man nu vill kalla dem det, är således förankrade i systemet. Beträffande mitt exempel med en omoralisk regel i ett annars moraliskt godtagbart system skulle man sålunda kunna säga att det inte är regelns allmänna karaktär av att vara moralstridig som kan frammana ett reduktionsslut, utan det faktum att regeln strider mot en i rätten förankrad moral.[18]

Rätt och moral i juridisk argumentation. Den uppfattning som här förordas innebär således att man så långt det är möjligt (vilket i praktiken inte alltid innebär så mycket) bör söka värderingsmässigt stöd i rättskällorna för de allmänna rättsprinciper som man önskar hävda. Detta bör nu i de allra flesta fall inte vara särskilt svårt. Det är rent av svårt att tänka sig att någon relevant moralisk värdering inte skulle kunna finna något stöd i författningar, förarbeten, praxis, doktrin eller sedvana. Därmed inte sagt att det man finner alltid kommer att räcka.

Att en sådan förankring sker ligger egentligen bara i den argumenterandes intresse. Ju högre upp i rättskällehierarkin och ju mer robust man lyckas förankra den princip eller allmänna värdering som man hävdar

[15] Se här t.ex. Hart 1958 s. 621 ff och 1994 s. 193 ff.

[16] Se t.ex. MacCormick 1990 s. 554. Att värderingar hör hemma i den rationella sfären visas av Jareborg 1975. Se också Peczenik 1995 s. 394 f och 1996a s. 5.

[17] Jfr här Dworkin 1977 s. 57 f.

[18] Också Dworkin laborerar ju med ett krav på att principerna skall passa in i rättens institutionella historia.

bör slå igenom i det aktuella fallet desto större chans att den (sett ur en parts synvinkel) beaktas eller (sett ur en domares synvinkel) godtas.

Det sagda innebär också att rättskälleläran egentligen inte har någon botten. Efter de traditionella rättskällorna följer allmänna lämplighetsresonemang, moraliska argument osv. Dessa kan i mångt och mycket bli relevanta och därmed sägas tillhöra rättskällorna i vid mening.[19]

Det har på sistone i många sammanhang gjorts gällande att den svenska positivismen har lett till ett kantigt juridiskt-teknisk tänkande istället för en allsidig moralisk bedömning, byggd på principer, rättskänsla och förnuft.[20] Att betänka, när det gäller att öppna rätten – åtminstone straffrätten och annan offentlig rätt – för allehanda moralisk argumentation, är att det är människor som i sitt dagliga värv och ofta under tidspress skall utföra rättstillämpningen. I en konkret situation och för en enskild människa är det inte alltid lätt att skilja mellan konstruktiv moralisk argumentation och ren moralism; jag är för egen del helt på det klara med att jag föredrar domare som försöker undvika att döma efter sina egna moraliska värderingar jämfört med dem som strävar efter att göra det.[21] Värdet av *en viss* kantighet underskattas i allmänhet.[22,23]

Jämför här Töllborg som under ifrågasättande av *rationaliteten* (!) menar att den domare som med stöd av offentlighetsprincipen lämnade ut barnpornografi borde ha ifrågasatt det sammanhängande rationella rättssystemet med stöd av underliggande normativa värden.[24] Om Töllborg menar att man genom stöd i det övriga rättssystemet skall söka argumentera för ett reduktionsslut – vilket alltså skulle innebära att man trots lagens ord inte skulle lämna ut pornografin – är i och för sig inget att invända. Även i detta fall kvarstår emellertid frågan om inte rättssäkerheten, inte minst på ett område som detta, bör väga tyngre än etiken. (Eller mer korrekt: om den etik som ligger i rättssäkerheten bör väga tyngre än den etik som ligger bakom ett vägrat utlämnande.) På detta sätt kan man dock knappast förstå Töllborg eftersom han sätter åberopandet av "ett sammanhängande rationellt rättssystem" i motsatsställning till att "in casu [bortse] från den skrivna lagen" och att "under per-

[19] Jfr här de olika nivåer som diskuteras av Peczenik 1986 och Klami 1989 s. 77 och 1996 s. 149.

[20] Jfr t.ex. Peczenik 1996a med hänvisningar.

[21] Jfr också Peczenik 1995 s. 553 och H. Andersson 1997 s. 327 not 1246.

[22] Se här MacCormick 1990 s. 554: "It is one of the gifts of law to civilization that it can subject practical questions to more narrowly focused forms of argument than those which are available to unrestricted practical reason."

[23] Detta innebär givetvis inte att inte kantigheten, för svenskt vidkommande kanske särskilt troheten till förarbeten, emellanåt kan bli *för* stor.

[24] Töllborg 1996 s. 40 hsp.

sonligt ansvar ... öppet resonera kring vilka underliggande normativa värden som lämnar bindande anvisning om vilket domslut" som bör fattas. Mer näraliggande är således att förstå Töllborg så att domaren bör lita på "sitt etiska omdöme". Med en sådan inställning hos domarkåren är våra friheter inte mycket värda; i vart fall inte för människor som inte kan sägas vara etablerade. Skulle t.ex. en människa med rakat huvud och kängor komma att ha samma rättigheter som en propert klädd människa?[25]

2.1.2 Något om giltighet

Rättssystemets viktigaste beståndsdel får sägas vara rättsregler. Enskilda rättsreglers giltighet diskuteras ofta som en fråga om *intern giltighet.*[26] En rättsregels interna giltighet kan i stora drag beskrivas så att regeln har sin plats i en normpyramid där normer på en lägre nivå hämtar sin giltighet från normer på en högre nivå. Till sist finner man en norm vars giltighet inte kan bero av någon högre norm; ty det finns ingen högre. Då får man istället fråga sig varur systemet av rättsregler hämtar sin externa giltighet.[27]

Beträffande den externa giltigheten är min uppfattning att rättssystemet ytterst hämtar sin giltighet från makt och/eller acceptans. I praktiken torde dock inget regelsystem kunna upprätthållas under någon längre tid enbart på grundval av acceptans; således torde i slutändan alltid fordras någon form av makt. Jag finner det helt enkelt vara svårt att förneka att det i praktiken fordras makt (i den mening som här avses) om förmåga att skapa juridisk rätt skall föreligga. Omvänt torde ett rättssystem som enbart bygger på makt förr eller senare vittra sönder.

Sammanfattningsvis kan man uttrycka min uppfattning om intern och extern giltighet så att den beträffande den interna giltigheten anlägger ett *normativt perspektiv*, medan den beträffande den externa giltigheten anlägger ett *realistiskt perspektiv*. Uppfattningen är väl ganska traditionell.

Att jag tar visst utrymme i anspråk för att diskutera giltighetsproblematiken beror på att frågan kan sägas ha vissa implikationer i en EG-rättslig kontext.

Stater förfogar i regel över vissa maktmedel. Detta innebär att en stat, om det skulle behövas, kan upprätthålla rättssystemet med våld. Visser-

[25] Jfr också Peczenik 1996 s. 81 som frågar sig om ett sådant förhållningssätt inte skulle leda till ett odemokratiskt domarvälde.
[26] Se t.ex. Jareborg 1994 s. 343 och Peczenik 1995 s. 183 ff.
[27] Se härom t.ex. Jareborg 1994 s. 344 och Peczenik 1995 s. 186 ff.

ligen är staten en abstrakt entitet som bara kan utöva tvånget genom människor, men såvitt inte ett alltför stort antal (eller alltför strategiskt centrala människor) sviker så kan staten sägas ha tillräcklig makt härvidlag.

Med EG förhåller det sig annorlunda. EG har inga maktmedel utöver de som utövas genom medlemsstaterna. Gentemot medborgarna bygger således EG-rätten liksom nationell rätt ytterst på makt. I förhållande till medlemsstaterna bygger EG-rätten däremot i huvudsak på acceptans.[28] Frågan är således om det EG-rättsliga systemet går att upprätthålla om medlemsstaterna börjar trilskas. En enstaka mindre medlemsstat kan kanske tvingas in i leden, med ekonomisk makt (dvs. i praktiken ekonomiska sanktioner), men om flera mindre medlemsstater eller någon av de större medlemsstaterna börjar bråka finns helt enkelt inte tillräckliga maktmedel att ta till; maktmedel finns måhända, men på statsnivå är bruk av maktmedel att likställa med krigsrisker.[29]

Bl.a. detta förhållande gör att realistiska faktorer, inom EG-rätten, får betydelse också för frågor om intern giltighet, inte minst när det gäller frågor om EG:s kompetens i olika hänseenden. Eftersom EG-rätten enligt ett smått cirkulärt resonemang står över t.o.m. nationella författningar och EG-domstolen är prejudikatinstans vad gäller EG-rättsliga frågor är man enligt min mening, från ett strikt rättsdogmatiskt perspektiv, tvungen att acceptera en klar praxis från EG-domstolen såsom gällande EG-rätt.[30] (I enstaka fall kan man naturligtvis hävda att EG-domstolen har dömt fel. Detta är dock väsentligt svårare än då det gäller nationell rätt eftersom EG-rätten i allmänhet, och fördragen i synnerhet, inte sällan kännetecknas av en sällsam öppenhet; se nedan om rättskällorna i EG-rätten.)[31] En annan sak är att det fordras att EG-domstolens praxis tolereras av medlemsstaterna (inte minst de nationella domstolarna) för att EG-rätten skall kunna få genomslag. Huruvida EG-domstolens praxis tolereras av medlemsstaterna kan i sin tur bero av hur deras (författnings)domstolar bedömer den aktuella frågan. Vi kan säle-

[28] Jfr Wiklund 1994/95 s. 336 och T. Andersson 1997 s. 37.

[29] Denna tankegång bygger i och för sig på att människorna i de olika medlemsstaterna i första hand är lojala mot sitt land och inte mot EG. Att det åtminstone i dag förhåller sig på detta sätt torde vara svårt att förneka.

[30] Med detta synsätt kan man i vart fall säga att det som Rasmussen, se t.ex. Rasmussen 1988 s. 35 ff, benämner "negative policy-inputs" är allvarliga, eftersom de antyder att medlemsstaterna, på vars acceptans EG-rätten vilar, inte är helt tillfreds med domstolens sätt att döma.

[31] Se Wiklund 1994/95 som diskuterar hur man fruktbart skall kunna rättsvetenskapligt forska om den konstitutionella sidan av EG-rätten.

des se att det är en sorts blandning av normativa och realistiska faktorer som ytterst avgör t.ex. en EG-rättslig kompetensfråga.[32]

2.1.3 Kort om rättsvetenskap och rättsdogmatik

Ytterligare bör nämnas att man ofta tycks förknippa en teori om vad som utgör gällande rätt, med särskilda påbud om vad rättsvetenskaplig forskning får omfatta.[33] På ett teoretiskt helt felaktigt sätt sammankopplas ofta en rättspositivistisk rättsteori med tanken att rättsvetenskapen "bara" ska systematisera rättsregler och fastställa gällande rätt.[34] En teori om vad rätten är har inga nödvändiga implikationer för vad som är värt att veta. Inte heller innebär det faktum att man inte kan godta att rent rättssociologiska undersökningar, om hur lägre domstolar faktiskt tillämpar en lag, räknas som rättsdogmatik ett ifrågasättande av denna forsknings värde.[35] Att gällande rätt ofta har mycket att göra med rättskällorna innebär kort och gott inte att kunskapsintresset måste vara ensidigt. All kunskap som rättsvetenskapen frambringar behöver ju inte omedelbart kunna användas av praktiskt verksamma jurister. Däremot bör det enligt min mening vara klokt att skilja på rättsdogmatik och annan rättsvetenskap (om också gränserna kan vara flytande[36]).

[32] Jfr Bull 1997 s. 256 beträffande dylika realistiska hänsyn inom statsrätten, där konstitutionell praxis kan komma att "fjärma verkligheten från grundlagens innehåll".

[33] Det är svårt att finna skriftligt belägg för detta påstående (jfr dock Hellner 1997 s. 362). På olika seminarier, där inte bara doktorander deltagit, har emellertid denna koppling gjorts upprepade gånger. Den som inte godtar detta som grund för påståendet kan ju se det som att jag på dessa rader argumenterar emot en uppfattning som inte finns.

[34] Om att rättsdogmatiken är, och bör vara, en konstruktiv verksamhet, se Frändberg 1984 s. 66 ff, MacCormick 1990 s. 555 ff och Jareborg 1992 s. 68. Se även Agell 1997 passim, som dock hellre vill tala om konstruktiv rättsvetenskap än om rättsdogmatik (s. 46). Se om rättsvetenskapens förhållande till praktiken också H. Andersson 1993 s. 177 ff.

[35] Jfr här Kleineman 1987 s. 10 som hävdar att endast rättsdogmatik bör benämnas juridisk forskning eftersom det är den enda juridiska forskning som använder en egen metod. Denna snäva kategorisering av juridisk forskning fick kritik i Roos (Roos 1988 s. 46) anmälan av Kleineman 1987. Kleineman försvarade sedan sin ståndpunkt i JT 1994/95a s. 626 not 16. I sak misstänker jag att jag är överens med Kleineman. Däremot är det olyckligt att han använder termen juridisk forskning, eftersom det han säger därmed blir oacceptabelt. Det bör istället heta: endast rättsdogmatik bör benämnas rättsdogmatik; juridisk eller rättsvetenskaplig forskning omfattar dock mer än rättsdogmatik. Se också Dalberg-Larsen 1996 s. 919 ff.

[36] Jfr t.ex. replikskiftet mellan Lavin 1989, Peczenik 1990 och Lavin 1990.

En metodologisk mångfald är att välkomna. Vägen dit går emellertid knappast enbart genom rättsdogmatiken.

2.2 Metod

2.2.1 Allmänt

Vilken metod man bör använda beror på vad man vill uppnå. Om syftet med en viss undersökning är att "fastställa gällande rätt", är det därför högst olämpligt att använda sig av en metod som innefattar moment vilka är utan relevans enligt en föregiven uppfattning av vad som är gällande rätt. Är syftet något annat, t.ex. att visa på hur tillämpningen faktiskt sker är en rättsdogmatisk metod givetvis helt förfelad. (Det kan visserligen antas att en beskrivning av gällande rätt i många fall ger en fingervisning om hur tillämpningen faktiskt sker, men detta är inget annat än ett optimistiskt antagande.) Man kan naturligtvis också kombinera de två givna exemplen såtillvida att man å ena sidan visar vad som utgör gällande rätt för att å andra sidan påvisa en diskrepans mellan denna bild och myndigheternas eller domstolarnas tillämpning.

Med detta synsätt som utgångspunkt skall här på ett ganska kortfattat sätt ges en beskrivning av de metoder som använts i detta arbete.

Enligt min mening finns ingen anledning att utförligt diskutera metodfrågor i juridiska avhandlingar, såvitt inte metoddiskussionen går utöver den metod (eller de metoder) som faktiskt används i avhandlingen. Anledningen till detta är att hela avhandlingen kan ses som en enda lång rad av exempel på den använda metoden. I juridiska avhandlingar presenteras resultaten nästan alltid i form av argumentation varvid läsaren lätt kan kontrollera vilken metod som används. Om resultaten däremot presenteras i mer renodlad form t.ex. som teser eller tabeller blir ett metodkapitel oundgängligt. (Det är knappast en slump att juridiska avhandlingar tenderar att bli omfattande.) Man kan uttrycka det så att i och med juridikens argumentativa karaktär framgår metoden alltid implicit av framställningen; vägen till målet kan till och med sägas utgöra kärnan i framställningen.

Det kan likväl vara befogat att säga något om hur man gått till väga och därtill i någon mån försvara varför man gjort just på detta vis. Därtill kan en kort sammanfattning ses som en service till läsaren.

Mycket generellt kan sägas att den metod som används inom juridiken, och i denna avhandling, är elementär logik, och ibland s.a.s. lösare

slutledningar, utifrån vissa givna förutsättningar (som väldigt förenklat kan sägas bestå i att rättskällorna skall beaktas). Ofta handlar det om att induktivt söka värderingsmässigt stöd, i rättssystemet, för vissa lösningar. Man kan t.ex. som ovan antytts genom att påvisa att ett visst intresse givits genomslag på en mängd olika ställen i normmassan argumentera för att detta intresse bör väga tungt också i ett annat fall. Lika ofta handlar det om att utifrån materialet deduktivt söka dra "nya" slutsatser. Med deduktion avser jag inte i första hand det förhållandet att varje tillämpning kan uppställas i form av en syllogism (med regeln som översats, sakförhållandet som undersats, och tillämpningen som slutsats)[37] utan istället att man genom att sammanställa olika givna satser kan utvinna "nya"[38] slutsatser; två satser som kan tas för givna t.ex. därför att de återfinns i lagtext kan s.a.s. innehålla en viktig outtalad tredje.

I avhandlingens inledande fyra kapitel finns förutom inledningskapitlet och detta kapitel andra kapitel med mer materiellt innehåll. Dessa kapitel innehåller båda analyser av EG-rättsliga frågor. I dessa delar hänvisas till vad som sägs i avsnitt 2.2.2. Kapitlen innehåller också mer allmänna strukturella och begreppsliga analyser. Beträffande metoden i detta hänseende har jag inte mycket att säga mer än att den utgår från allmänna krav på logik och sammanhangsrationalitet.

Den metod som använts i del III av avhandlingen har synts mig vara så intimt förknippad med den aktuella frågeställningen att dessa frågor förlagts till det inledande kapitlet av denna del.

2.2.2 Metoden rörande de EG-rättsliga partierna

Syftet med avhandlingens del II är att utifrån ett straffrättsdogmatiskt perspektiv analysera vissa allmänna frågor rörande den övernationella

[37] Man kan rikta kritik mot bilden av juridik som deduktion med rättsregler som översats. Bl.a. därför att den döljer de hänsynstaganden som görs vid det som regelmässigt är problemet, dvs. formulerandet av undersatsen (eller i förekommande fall översatsen). Vid denna verksamhet är givet att rena deduktioner ofta är till liten hjälp. Det kan dock inte bortses från att syllogismformen liksom all logik utgör ett mycket värdefullt verktyg i tänkandet, vilket säkerställer att elementära logiska krav på argumentationen uppfylls. Jfr Klami 1989 s. 25: "I varje fall är rationaliteten en *nödvändig* betingelse för juridisk justifiering, och även om den inte är en tillräcklig betingelse för den, är det bra att börja med rationalitetens logiska struktur."

[38] Att "nya" satts inom citationstecken beror på att deduktiva slutsatser egentligen inte säger mer än vad som framgår av premisserna; det låter sig likväl sägas att slutsatserna i vissa fall är nya (eftersom de inte dragits tidigare).

sanktionsrätten. (En definition av vad som avses med detta begrepp ges i avsnitt 1.5 samt utförligare i kapitel 3.)

Man kan sålunda säga att framställningen gör anspråk på att konstruera och presentera gällande rätt på ett visst område.[39]

Om EG-rättens rättskällor.[40] Till grund för konstruktionen av gällande rätt på EG-rättens område ligger först och främst de EG-rättsliga rättskällorna. Dessa kan presenteras på följande sätt:[41]

(1) Primär rätt (fördragstexter)
(2) Sekundär rätt (förordningar, direktiv, beslut osv.)
(3) Praxis (från i första hand EG-domstolen, förstainstansrätten och kommissionen)[42]
(4) Doktrin
(5) Andra rättsordningar (inklusive internationell rätt)

Det bör framhållas att uppräkningen inte är avsedd att ge en bild över rättskällehierarkin, vilken inom EG-rätten sannolikt är för komplex för att kunna listas i fem punkter (se vidare nedan). Därtill bör framhållas att uppräkningen i enlighet med vad som ovan sagts kan kompletteras med mindre bundna argument (av moralisk karaktär eller av lämplighetskaraktär), som kan bli av relevans när de uppräknade rättskällorna inte ger tillräcklig ledning.

Den primära EG-rätten kan sägas bestå av de grundläggande fördragen och ändringar i dessa.[43] Primärrätten står normhierarkiskt över de andra rättskällorna och kan därför sägas utgöra det översta lagret i normpyramiden.[44] Kännetecknande för den primära EG-rätten är många

[39] Med gällande rätt avses då det färdiga konstruerade systemet, inte gällande rätt i den mening som avses i t.ex. Frändberg 1984, jfr s. 64 f och 67 (där Frändberg argumenterar för att gällande bör innebära att en regel faktiskt tillämpas).

[40] Termen rättskälla kritiseras emellanåt för att den kan underblåsa uppfattningen att rätten är något som bara kan ösas upp ur en källa, se t.ex. Eckhoff 1993 s. 17 ff; jfr även H. Andersson 1996 s. 98 hsp. En sådan kritik förutsätter emellertid att källvattnet är att likställa med gällande rätt och inte med, för konstruktionen av gällande rätt, relevant material. Hur som helst synes termen vara så inarbetad att det är befogat att använda den.

[41] Se för andra presentationer t.ex. Rasmussen 1995 s. 117 ff, Droege & Lysén 1997 s. 82 ff och Wiklund 1997 s. 93 ff.

[42] Beträffande de typer av avgöranden och beslut som de olika institutionerna har behörighet att meddela, se Droege & Lysén 1997 s. 45, 54 f och 134 ff.

[43] Se t.ex. Bengoetxea 1993 s. 66 f, Geiger 1995 s. 560 rdnr 19–21, Droege & Lysén 1997 s. 82 och Wiklund 1997 s. 93 f. Jfr även Brown & Kennedy 1994 s. 6 som synes ställa sig kritiska till uppdelningen i primär och sekundär rätt.

[44] Jfr Bengoetxea 1993 s. 66 som vill karaktärisera artikel 1 stycke 2 i SEA som en sorts "rule of recognition".

gånger dess öppna karaktär; dvs. generellt sett är de normer som uttrycks mycket obestämda.[45]

Den sekundära EG-rätten består av rättsakter utfärdade av EG:s institutioner.[46] Till skillnad från primärrätten är sekundärrätten inte sällan mycket detaljerad. Sekundärrätten är på de områden där det finns t.ex. förordningar mycket viktig.

Praxis[47] har inom EG-rätten kommit att inta en viktig roll. Framförallt kan hävdas att det är svårt att veta vad som gäller inom EG-rätten om man bortser från praxis. Detta torde i första hand bero på två faktorer: dels den obestämdhet som karaktäriserar många regler i de grundläggande fördragen, dels det faktum att EG-rätten kan sägas vara ofärdig; det finns så att säga inget (färdigt eller ens halvfärdigt) system varpå man kan bygga.

Till detta skall också läggas att EG-domstolen har varit mycket dynamisk i sitt sätt att tillämpa EG-rätten. Tillspetsat kan man uttrycka det så att EG-domstolens slutsatser inte alltid är förenliga ens med vad som med en välvillig tolkning går att utläsa ur rättskällorna. EG-domstolen kan helt enkelt sägas ha varit rättsskapande i en omfattning som är främmande för åtminstone en svensk jurist.[48]

Dessa båda förhållanden kombinerade får till följd att det är ytterst svårt att på *ett tillfredsställande sätt* kritisera EG-domstolen för att ha dömt fel,[49] eftersom (1) reglerna och den kontext i vilken de verkar ofta tillåter många slutsatser, och (2) domstolen tolkar denna vaga normmassa på ett dynamiskt sätt. Detta innebär att EG-domstolens roll blir ytterst central. Man kan uttrycka det så att domstolen har makt att auktoritativt

[45] Jfr t.ex. Brown & Kennedy 1994 s. 302 f.

[46] Se t.ex. Bengoetxea 1993 s. 67 ff, Geiger 1995 s. 560 rdnr 22, Droege & Lysén s. 83 och Wiklund 1997 s. 94 ff.

[47] Se t.ex. Bengoetxea 1993 s. 69, Droege & Lysén s. 84 och Wiklund 1997 s. 96 ff. Jfr också T. Andersson 1997 s. 36.

[48] Det bör betonas att jag på intet sätt vill hävda att en domstol kan eller bör avhålla sig från all kreativ rättsskapande verksamhet; men det kan åtminstone diskuteras om inte EG-domstolen, med Rasmussens (1988 s. 37) ord, gått för långt för ofta.

[49] Jfr Wiklund 1995/96 passim och 1997 passim, se t.ex. s. 90 och (sammanfattande) 474 f. Härvid kan också noteras att den debatt som förts mellan Rasmussen (1986 och 1988) och Cappelletti (1987) kan ses ur detta perspektiv. (Se också Nergelius 1996 s. 510 ff.) Rasmussen kan sägas hävda att EG-domstolen har gått för långt i den meningen att den har avlägsnat sig alltför mycket från dömande till policyskapande. Cappelletti hävdar gentemot detta bl.a. att domstolens praxis kan försvaras utifrån fördragens syfte osv. som utgör en del av EG-rätten, Cappelletti 1987 s. 8 ff. I den meningen att det från ett internt EG-rättsdogmatiskt perspektiv kan vara svårt att hävda att EG-domstolen faktiskt gått för långt vill jag ansluta mig till Cappelletti. Att det förhåller sig på detta vis ser jag emellertid som ett problem.

tolka de öppna rättskällorna på sitt eget sätt. Många gånger ligger den största möjligheten till kritik i att påvisa att praxis är internt inkonsistent.

Avgöranden i EG-domstolen föregås av ett yttrande som avges av en *generaladvokat.* Dessa yttranden är ofta mycket utförliga och till stor hjälp när man söker förstå olika rättsfall. Rättskällevärdet hos yttrandena torde i praktiken vara ganska stort, men variera beroende på om domstolen följt yttrandet eller ej.[50] Det har sagts att ett yttrande som inte följts av domstolen kan liknas vid en avvikande mening.[51]

Också förstainstansrätten och kommissionen levererar avgöranden i olika frågor. Dessa avgöranden har givetvis inte samma auktoritet som EG-domstolens och vid konflikt mellan EG-domstolen och förstainstansrätten/kommissionen måste följaktligen som huvudregel domstolens ord gälla.

Doktrinen räknas som en rättskälla också inom EG-rätten. I jämförelse med svenska förhållanden torde dock doktrinens ställning vara relativt blygsam.[52] Även om doktrinen kan sägas ha en relativt låg rättskällestatus också i Sverige,[53] så är den efter min uppfattning stark om man jämför med EG-rätten. Detta har ganska naturliga förklaringar. EG-rättsdogmatiska framställningar författas i femton länder och på ett tiotal språk; det säger sig självt att enskilda framställningar endast undantagsvis kan bli av omedelbar betydelse. Däremot torde doktrinens konstruktioner i den mån de blir accepterade av en större krets författare kunna bli ganska betydelsefulla.

Som en rättskälla kan också medlemsstaternas rättsordningar betraktas. På grund av EG-rättens fragmentariska karaktär behövs material på grundval av vilket luckor kan fyllas. Detta material har hämtats från medlemsstaternas rättsordningar. För att hitta *en* lösning i *femton* rättsordningar fordras givetvis någon form av metod. Här gäller dock inte någon sorts överviktsprincip, såtillvida att det inte med automatik blir den mest frekventa lösningen eller någon form av minsta gemensamma nämnare som avgör. Istället torde gälla att den lösning väljs som är att föredra från gemenskapsrättslig synpunkt; rättsjämförelsen kan därför

[50] Jfr Wahl 1995 s. 24 och Droege & Lysén 1997 s. 84.

[51] Schermers & Waelbroeck 1992 s. 454 § 783.

[52] Se Klami 1996 s. 146. Jfr dock Pehrson 1991/92 s. 636.

[53] Jfr t.ex. Kleinemann 1994/95a passim. Se också Jareborg 1994 s. 353: "Doktrinen (rättsdogmatiska arbeten) brukar inte klassificeras som egentlig rättskälla." I realiteten torde doktrinen, alldeles oberoende av dess ställning inom rättskälleläran, ha mycket stor betydelse för det juridiska tänkandet bl.a. eftersom den i inte obetydlig omfattning används i den juridiska utbildningen och eftersom den tillhandahåller lösningar på konkreta rättstillämpningsproblem.

karaktäriseras som värderande.[54] Tillvägagångssättet har den fördelen att de EG-rättsliga lösningarna åtminstone kan komma att på ett naturligt sätt harmoniera med nationell rätt.

Efter min mening finns emellertid skäl att ställa sig kritisk till den värderande rättsjämförelsen som arbetsmetod i rättsvetenskapliga arbeten eftersom den ställer krav på kunskaper och förmåga hos tillämparen som sannolikt ingen kan uppfylla.[55] Skall man inledningsvis göra en rättsjämförelse som omfattar 15 rättsordningar så fordrar redan denna uppgift, om den skall göras på ett seriöst sätt, ett enormt antal arbetstimmar. Vidare är det en uppgift av yttersta svårighetsgrad att i ljuset av EG:s målsättningar välja ut den lösning som skall användas. Jämförelsen ger helt enkelt inte tillräcklig styrning. En lösning skulle kunna vara att koncentrera sig på extrema detaljfrågor, men var och en som kommit i kontakt med juridiken vet att detaljer mycket sällan kan tas ur sitt sammanhang utan att något väsentligt går förlorat. Möjligen kan det gå att nå resultat genom att arbeta i grupp, men också här uppstår svårigheter vad gäller att tillgodogöra sig hela materian. Det sagda kan ses som ett försvar för att jag i denna avhandling nästan uteslutande behandlar svensk och tysk rätt.

Också den internationella rätten används som rättskälla av EG-domstolen. Exempelvis utgör internationella traktater som medlemsstaterna har ratificerat en faktor som beaktas av domstolen.[56]

Ibland sägs också att allmänna rättsgrundsatser utgör en rättskälla i EG-rätten.[57] Jag ställer mig emellertid tveksam till ett sådant uttrycksätt. De allmänna rättsgrundsatserna är ju inget som man kan hämta relevant material ur; tvärtom måste de utvinnas ur relevant material. Den som söker härleda de allmänna rättsgrundsatserna skall också finna att de ytterst bottnar i någon annan rättskälla (ofta i medlemsstaternas rättsordningar). De allmänna rättsgrundsatserna bör därför enligt min mening inte kallas för en rättskälla.

Däremot är de allmänna rättsgrundsatserna av yttersta vikt inom EG-rätten. Normhierarkiskt står rättsgrundsatserna över sekundärrätten,[58] vilket har medfört att de intar en central ställning när det gäller norm-

[54] Se t.ex. Bredimas 1978 s. 125 ff, Bleckmann 1982 s. 1182 vsp., Pipkorn 1989 s. 24, Nan Rasmussen & Schønberg 1994 s. 131 ff samt Vogel 1995 s. 336 hsp.–vsp. Uttrycket "wertenden Rechtsvergleichung" torde härstamma från Zweigert 1964 s. 111.

[55] Jfr här Lindblom 1989 s. 40 not 163 som mer allmänt menar att de krav som ställs på komparativ forskning är orimliga.

[56] Se t.ex. Nan Rasmussen & Schønberg 1994 s. 132 f.

[57] Se t.ex. Hansen Jensen 1990 s. 26, Hartley 1994 s. 137 ff, särskilt 139, Gydal 1996 s. 8 och Persson i Strömholm 1996 s. 323.

[58] Wahl 1995 s. 30.

prövning. Till de viktigaste allmänna rättsgrundsatserna hör mänskliga rättigheter, principen om grundade förväntningar, likhetsprincipen (eller icke-diskrimineringsprincipen), proportionalitetsprincipen och rättssäkerhetsprincipen (i vilken ett förbud mot retroaktiv lagstiftning får sägas ingå).[59]

Jämfört med traditionell svensk rättskällelära är främst att notera att förarbetena i praktiken saknar, eller åtminstone har mycket begränsad, betydelse.[60] Detta beror först och främst på att förarbetena till den primära EG-rätten inte är offentliga. Beträffande sekundärrätten finns förvisso förberedande undersökningar osv. som är tillgängliga men dessa innehåller oftast endast förklarande bakgrundsmaterial och mycket sällan material som är direkt användbart för en konstruktion av gällande rätt.[61]

Om EG-rättens metod. Det kan inte inom EG-rätten, lika lite som beträffande nationell rätt, sägas finnas någon auktoritativ metod som en gång för alla fastslår hur man bör gå till väga vid lösningen av ett EG-rättsligt problem.

En naturlig utgångspunkt för en domstol som har att avgöra ett fall kan sägas vara någon form av språklig tolkning av den ifrågavarande rättsregeln.[62] Med hjälp av allmänna[63] språkliga "regler" och den kontext i vilken orden förekommer söker man klarlägga betydelsen hos texten.[64] En dylik metod leder sällan till att texten blir klarlagd; oftare klarläggs "att betydelseområdet är obestämt på ett eller flera sätt".[65] Detta gäller inte minst inom EG-rätten. För det första är texterna, bortsett från Parisfördraget, autentiska på flera språk. Primärrätten, i bl.a. Romfördraget och Euratomfördraget, och den sekundärrätt som nu skapas är autentisk på inte mindre än elva språk.[66] För det andra är många

[59] Se t.ex. Weatherill & Beaumont 1995 s. 254 ff, Droege & Lysén 1997 s. 85 ff och Wiklund 1997 s. 104 ff.

[60] Se t.ex. Zuleeg 1969 s. 100 ff, Gulman 1980 s. 198 f, Pehrson 1991/92 s. 635, Bengoetxea 1993 s. 71 (jfr även s. 225 där det sägs att förberedande material är att betrakta som en "may-source", dvs. en källa som får beaktas) samt Wahl 1995 s. 15 ff. Att EG-inträdet inte med nödvändighet behöver innebära att vi tvingas ändra vår inställning till förarbetena som rättskälla påvisas av Peczenik 1994/95.

[61] Jfr här Pehrson 1991/92 s. 635 som anger att de utredningar som finns tillgängliga "inte [är] skrivna för att kunna utgöra tolkningsunderlag."

[62] Brown & Kennedy 1994 s. 302 och Weatherill & Beaumont 1995 s. 167. Jfr också Gulman 1980 s. 198.

[63] Att tolkningen är "rent" språklig kan sägas vara att likställa med att man inte utnyttjar specifikt juridiska sätt att klarlägga betydelsen.

[64] Jfr Jareborg 1994 s. 358 f.

[65] Jareborg 1994 s. 358.

[66] Jfr artikel 176 i anslutningsfördraget mellan de tolv tidigare medlemsstaterna och Österrike, Finland och Sverige.

fördragsbestämmelser mycket vaga och även rekvisit som ingår i mer detaljerade förordningar kan vara vaga.[67] Mot bakgrund av detta är det inte ägnat att förvåna att en rent språklig tolkning nästan alltid ger utrymme för flera tolkningar. Det sagda innebär dock bara att en språklig tolkning inte är tillräcklig eller bestämmande.[68]

Kan man då säga att tolkningsalternativen *begränsas* av ordalydelsen? Det gör de naturligtvis i den meningen att vissa lösningar faktiskt är uteslutna (dvs. åtminstone sådana lösningar som man överhuvudtaget inte med bästa vilja skulle kunna associera till). Men man torde å andra sidan kunna säga att EG-domstolen känner sig betydligt mindre styrd av ordalydelsen än vad t.ex. svenska domstolar gör:[69]

> "It is probably fair to say that the Court does not feel so closely bound by the wording of the provisions as most other courts do."[70]

Härvid räcker med att jämföra med företagsbegreppet i artiklarna 85 och 86 i Romfördraget, vilket av EG-domstolen givits en mening som visserligen inte står i strid med ordalydelsen men ändå går klart därutöver.[71]

Metodiskt torde vidare gälla att s.k. historiska (objektiva och subjektiva) metoder är av ringa värde.[72] De subjektiva inslagen faller eftersom det inte finns någon källa varur man kan hämta någon mer tydlig lagstiftarvilja.[73] En objektiv historisk metod blir många gånger förfelad eftersom den funktion som regeln fyller förändras med tiden. Detta gäller inte minst för EG-rätten på grund av dess snabba utveckling.

En vanlig allmän karaktäristik av EG-domstolens (och därmed EG-rättens) metod är att den är kontextuell och teleologisk.[74] De kontextuella

[67] Brown & Kennedy 1994 s. 303, Weatherill & Beaumont 1995 s. 168, Klami 1996 s. 149 och Zahle 1996 s. 10.
[68] Rasmussen 1995 s. 397.
[69] Jfr dock Pehrson 1991/92 s. 636.
[70] Gulman 1980 s. 198. Se också Bleckmann 1982 s. 1178 hsp.–vsp samt Wiklund 1997 s. 22.
[71] Se t.ex. Geiger 1995 s. 247 rdnr 7 för en kort beskrivning av begreppet.
[72] Se t.ex. Brown & Kennedy 1994 s. 308 och (beträffande den subjektiva) Bredimas 1978 s. 54 ff.
[73] Begreppet lagstiftarvilja kan för övrigt också nationellt sägas vara något av en fiktion. Fiktionen är emellertid användbar när en skriven text med avsikter etc. (dvs. förarbeten) publiceras och antas genom majoritetsbeslut. Paradoxalt nog kan man således säga att det är svårare att tala om en lagstiftarvilja om rättsakten i fråga måste antas enhälligt.
[74] Se t.ex. Gulman 1980 s. 197 f, Due 1991/92 s. 412, Brown & Kennedy 1994 s. 311 ff och 316 ff, Geiger 1995 s. 558 rdnr 11, Weatherill & Beaumont 1995 s. 172 ff, Droege & Lysén 1997 s. 132 ff och Wiklund 1997 s. 114 ff.

och teleologiska inslagen är i själva verket svåra att särskilja; kontexten kan i en mening sägas bestå av den värld i vilken regeln skall verka.[75]

Om något ändå skall sägas om båda inslagen i metoden är det följande. Att metoden är kontextuell innebär att den aktuella bestämmelsen för att rätt kunna förstås måste placeras i ett större sammanhang och att dess relation till övriga bestämmelser måste klargöras.[76] Exempelvis har EG-domstolen betonat att det förhållande att en artikel, artikel 12, placerats i den del av Romfördraget som behandlar gemenskapens grunder, bör föranleda en extensiv tolkning.[77]

Att metoden är teleologisk kan sägas innebära att stor hänsyn tas till gemenskapens syfte såsom det uttrycks bl.a. i artiklarna 2 och 3 i Romfördraget.[78] Man kan säga att den EG-rättsliga metoden kräver hänsynstaganden till sådana stadganden som i andra sammanhang (rättsordningar) endast skulle uppfattas som juridiskt oförbindande målsättningsstadganden.[79] Vid tillämpning av sekundärrätt kan på motsvarande sätt hänsyn tas till den preambel som inleder ifrågavarande förordning.[80]

Det teleologiska anslaget har bl.a. inneburit att principen om *effet utile* kommit att utvecklas av domstolen. Denna innebär i korthet att den tolkning skall väljas som ger regeln bästa effekt och största praktiska värde.[81]

Den nuvarande danske domaren i EG-domstolen, tidigare generaladvokaten, Claus Gulman har i en artikel framhållit att det knappast är domstolens tolkningsmetoder som ger upphov till osäkerhet kring EG-rättens innehåll. Tvärtom, menar han, har domstolen använt sina tolkningsmetoder på ett mycket konsistent sätt. Man kan enligt Gulman t.ex. vara ganska säker på att domstolen kommer att tolka de mest grundläggande fördragsbestämmelserna så extensivt som möjligt, undantag så restriktivt som möjligt och, vid valet mellan två lösningar, välja den som i högre grad kommer att främja integrationen. Allt detta kan samman-

[75] Se Weatherill & Beaumont 1995 s. 172 som av denna anledning behandlar de båda metoderna under samma rubrik.

[76] Se t.ex. Brown & Kennedy 1994 s. 311. Se också Due 1991/92 s. 412 som framhåller att "[d]omstolen oppfatter konteksten som langt bredere end den, der normalt ville blive tillagt betydning af en national domstol." Jfr också Gydal 1996 s. 11.

[77] C-2 & 3/62 *Commission v Luxembourg* [1962] ECR 425 s. 431. Artikeln återfinns efter Maastricht inte längre under samma rubrik.

[78] Se t.ex. Pehrson 1991/92 s. 636, Brown & Kennedy 1994 s. 316 f och Gydal 1996 s. 8.

[79] Jfr t.ex. Rasmussen 1986 s. 31 f och Cappelletti 1987 s. 8.

[80] Se härom t.ex. Persson i Strömholm 1996 s. 265 f.

[81] Brown & Kennedy 1994 s. 320.

fattas i den av Ipsen myntade tolkningsmaximen *in dubio pro communiate.*[82]

Själv är jag, som ovan antytts, mer skeptisk. Vad är t.ex. så extensivt som möjligt? (Någonstans finns en gräns och när denna inte längre kan kopplas till de ord som används i den skrivna rätten eller till andra faktorer av relevans blir det mycket svårt att säga när den gränsen är nådd.)[83] Vilken lösning är den som i högre grad kommer att främja integrationen? (Avses t.ex. på lång eller kort sikt? Skall reglernas genomslag och acceptans tas med i bedömningen? Osv. Osv.)

Om användningen av det komparativa materialet. Föremålet för den undersökning som företas i avhandlingens andra del är EG-rättens sanktioner. Det är således i princip EG-rättsliga frågor som behandlas. Utöver material som anknyter till EG-rätten beaktas i denna del också internt svenskt och tyskt material.[84] I enlighet med vad som ovan sagts kan denna användning av nationell rätt på ett sätt sägas innefattas i en konstruktion av gällande EG-rätt, eftersom EG-rätten, inte minst på områden där det finns legislativa luckor, faller tillbaka på medlemsstaternas rättsordningar. Som ovan nämnts kan det i detta avseende sägas vara en brist att enbart två rättsordningar beaktas.

Det svenska och tyska materialet tjänar emellertid inte enbart som en källa för konstruktion utan också som jämförelsematerial och som grund för kritiska synpunkter.

Det förekommer i avhandlingens andra del ingen direkt uttalad komparativ undersökning i den meningen att det i tur och ordning görs länderundersökningar vilka sedan jämförs. Det komparativa materialet används istället löpande.

[82] Gulman 1980 s. 201.
[83] Jfr här Wiklund 1997 passim.
[84] Enstaka gånger beaktas också visst brittiskt och danskt material.

3 Förhållandet mellan EG-rätten och straffrätten

3.1 Inledning

Allmänt. Utgångspunkten i en diskussion om EG-rättens förhållande till straffrätten kan sägas vara att EG saknar straffrättslig kompetens[1] och att straffrätten därför i princip inte påverkas av samarbetet.[2] Huruvida EG har kompetens i straffrättsliga frågor beror emellertid, som ovan nämnts, främst på vad man menar med ord som "kompetens" och "straffrätt". Alldeles oberoende av dylika terminologiska frågor står dock klart att EG inom vissa ramar har kompetens både att utfärda regler som föreskriver att vissa normöverträdelser möts av bötessanktioner samt att (i vissa fall) utdöma dessa sanktioner. Att nationell straffrätt inte påverkas av EG-rätten kan därtill sägas vara direkt felaktigt. EG-rätten har, även om den inte innebär några genomgripande förändringar, betydelse för nationell straffrätt på flera sätt.[3]

Detta kapitel ägnas åt att närmare utreda förhållandet mellan EG-rätten och straffrätten. Uppgiften kan sägas vara att skapa en korrekt men ändå begriplig struktur. Den materia som skall inordnas i strukturen är dels de sanktioner av olika slag som EG har kompetens att reglera och utdöma, dels EG-rättens påverkan på nationell straff- och sanktionsrätt.

[1] Se t.ex. Bridge 1976 s. 88, van den Wyngaert 1983 s. 249, Thomas 1991 s. 2234, Jung 1993 s. 241, Schutte 1992 s. 385, Tiedemann 1993 s. 24 vsp., Guldenmund, Harding & Sherlock 1995 s. 107, Vogel 1995 s. 332 och Gröblinghoff 1996 s. 1.

[2] Jfr här Greve 1993 s. 11.

[3] Se allmänt om att EG-rätten sätter gränser för den nationella lagstiftarens frihet också inom det straffrättsliga området C-203/80 *Casati* [1981] ECR 2595 s. 2618 punkt 27 och C-186/87 *Cowan* [1988] ECR 195 s. 221 f punkt 19. Att det inte finns något hinder mot att EG-rätten får straffrättsliga konsekvenser framgår redan av C-82/71 *SAIL* [1972] ECR 119 s. 135 punkterna 4 och 5 där det fastslogs att EG-domstolen har kompetens att meddela förhandsavgöranden i straffrättsliga mål.

Det bör dock redan här framhållas att den struktur som framläggs bara är en av flera möjliga.[4] Skillnader beror främst på vad man finner viktigt att framhålla i systematiken. Hur många "burkar" man väljer att dela upp verkligheten i är något av en smaksak. Just när det gäller att systematisera den materia som vi här behandlar finns en i många avseenden förvirrande oenhetlighet.[5]

En grundläggande distinktion är, som ovan antytts, den mellan EG-rättslig sanktionsrätt och EG-rättslig påverkan på nationell straff- och sanktionsrätt. Den indelningsgrund som jag använt här är i vertikal riktning huruvida själva sanktionsstadgandet återfinns i EG-rätten eller i nationell rätt. Alla sanktionsstadganden som återfinns i nationell rätt betraktar jag som nationella straff- eller sanktionsstadganden, och detta gäller oavsett om själva förhållningsregeln finns i EG-rätten. För att en sanktion skall betraktas som nationell räcker alltså att själva blankettstraffbudet finns i den nationella lagstiftningen. Efter min mening är denna indelning naturlig när perspektivet är straffrättsligt. Det som är av intresse är vilken institution som skapar den straffrättsliga eller sanktionsrättsliga regeln. Enbart en förhållningsregel kan inte sägas utgöra någon form av straffrätt.

Denna uppdelning motsvarar, och detta är egentligen viktigast, skiljelinjen mellan EG-rätt och nationell rätt. Detta är centralt därför att EG-rätten åtminstone i teorin ser likadan ut i alla medlemsstater. EG-rätten skall tillämpas med hjälp av en särskild EG-rättslig metod,[6] medan rättstillämpningsmetoderna i de olika medlemsstaterna skiljer sig åt i viss mån. Visserligen influerar EG-rätten tillämpningen även av den nationella rätten (t.ex. kravet på att nationella regler som bygger på direktiv skall tolkas i ljuset av direktivets bestämmelser), men än så länge finns en, i vissa fall suddig, gränslinje mellan EG-rätt och nationell rätt. Man kan uttrycka det så att den nationella straffrätt som påverkas av EG-rätten är flera och inte nödvändigtvis inbördes enhetliga regelverk, medan den övernationella sanktionsrätten är en och enhetlig.

[4] Jfr t.ex. min struktur beträffande EG-rättens påverkan på nationell straff- och sanktionsrätt med den som framgår av Delmas-Marty 1989 passim och Greve 1996 s. 184 ff. En sorts struktur över området kan också Jescheck 1972 s. 592 ff sägas förmedla. Jfr också allmänt om att konstruktions- och systematiseringsmöjligheterna ökar på grund av interrelationen mellan EG-rätt och nationell rätt Wilhelmsson 1996 s. 44 ff.

[5] Detta kan sannolikt förklaras på följande sätt. För det första är varje författare i någon mån fångad av den nationella begreppsbildning med vars hjälp man verkar. För det andra läser inte alla olika författare varandras alster. För det tredje kan man, som sagt, vara ute efter att framhäva olika saker. Att jag påpekar att systematiken är oenhetlig behöver således inte läsas som kritik.

[6] Se ovan kapitel 2.

En första och grundläggande dikotomi är således:

Övernationell sanktionsrätt (Sanktionsregel i EG-rätten)	EG-rättslig påverkan på nationell straff- och sanktionsrätt (Sanktionsregel i nationell rätt)

Denna dikotomi ligger till grund för den fortsatta framställningen. Kapitlet disponeras så att den EG-rättsliga påverkan på nationell straff- och sanktionsrätt presenteras först och därefter den övernationella sanktionsrätten. Eftersom den övernationella sanktionsrätten är avhandlingens huvudobjekt, och därför kommer att behandlas utförligt i kommande kapitel, har framställningen i detta kapitel gjorts mycket kortfattad. Blott vissa frågor som inte diskuteras senare har behandlats mer ingående.

Om EU och straffrätten. Det allt intensivare samarbete som på mellanstatlig grund försiggår inom ramen för den tredje pelaren faller i princip utanför framställningen. I princip handlar det här om att medelst traditionella konventioner åstadkomma harmoniserade lösningar på vissa områden. Detta sker på grundval av avdelning VI i Maastrichtfördraget, se särskilt artikel K 3.[7]

Detta samarbete skiljer sig dock från annat mellanstatligt samarbete, t.ex. det som förekommit inom Europarådet, på åtminstone två punkter. För det första torde man kunna säga att om en konvention antas i rådet, så innebär detta någon form av ett politiskt åtagande att också ratificera konventionen. För det andra kan konventioner som tas under tredje pelaren föras in under EG-domstolens kompetens genom uttryckliga konventionsbestämmelser härom.

Inom ramen för det straffrättsliga samarbetet inom EU[8] har utöver den tidigare omnämnda konventionen om skydd för gemenskapernas finansiella intressen bl.a. också antagits två protokoll till konventionen (rörande korruption respektive penningtvätt och ansvar för juridiska personer),[9] ytterligare en överenskommelse om korruption[10] samt en konvention om ett förenklat utlämningsförfarande mellan medlemssta-

[7] Amsterdamfördraget kommer att innebära förändringar i detta hänseende. Se härom Frennered 1997 s. 300 ff samt Jareborg & Asp 1997.
[8] Se allmänt härom Wersäll 1997 s. 419 ff.
[9] Konventionen finns i EGT nr C 316, 27.11.1995, s. 48. Se vidare om innehållet Gröblinghoff 1996 s. 153 ff. Det förstnämnda protokollet finns i EGT nr C 313, 23.10.1996, s. 1, det andra i EGT nr C 221, 19.7.1997, s. 11.
[10] EGT nr C 195, 25.6.1997, s. 1.

terna.[11] Därutöver finns ett protokoll om förhandsavgöranden av EG-domstolen vad gäller frågor som berör bedrägerikonventionen.[12]

Vidare har rådet beslutat om gemensamma åtgärder bl.a. avseende människohandel och sexuellt utnyttjande av barn[13] samt avseende narkotikabrott.[14]

3.2 EG-rättslig påverkan på nationell rätt

När det gäller EG-rättens påverkan på nationell straff- och sanktionsrätt är för det första av vikt att skilja mellan positiv och negativ påverkan.[15] Positiv påverkan innebär i detta sammanhang en plikt att möta ett visst beteende med ett straff eller annan sanktion. Negativ påverkan innebär tvärtom en plikt att icke möta ett visst beteende med ett straff eller en sanktion. Vidare kan negativ påverkan, till skillnad från positiv, ha betydelse även om den nationella lagstiftaren inte uppfyller sin plikt. Detta kan nämligen leda till att den nationella regeln förlorar sin giltighet. Se vidare nedan i avsnitt 3.2.2.

3.2.1 Positiv påverkan

Positiv påverkan innebär att det av EG-rätten följer en plikt att möta ett visst beteende med ett straff eller en annan typ av sanktion.

Inom ramen för positiv påverkan är vidare väsentligt att skilja mellan primärrättslig påverkan och sekundärrättslig påverkan. Detta är av betydelse därför att primärrätten, trots EG-domstolens ganska frigjorda tolkningsstil, i en mening är statisk. Fördragen kan inte ändras inom ramen för EG utan fordrar i princip ytterligare multilaterala traktater.[16] Sekundärrätt däremot kan skapas av EG:s institutioner, och ofta räcker det med majoritetsbeslut.

[11] EGT nr C 313, 23.10.1996, s. 11.
[12] EGT nr C 151, 20.5.1997, s. 1.
[13] EGT nr L 63, 4.3.1997, s. 2.
[14] EGT nr L 342, 31.12.1996, s. 6.
[15] Se Guldenmund, Harding & Sherlock 1995 s. 108 och 115.
[16] Jfr dock artikel 235 i Romfördraget som tillåter ett visst mått av fördragsutfyllnad efter beslut av rådet.

3.2.1.1 Primärrättslig påverkan

Med primärrättslig påverkan avser jag påverkan vilken sker redan genom fördragen, dvs. utan att några kompletterande regler ges i sekundärrätten.

Nu räcker det tyvärr inte att skilja mellan primär- och sekundärrättslig påverkan eftersom det inom ramen för den primärrättsliga påverkan finns dels specifika, dels allmänna förpliktelser. Denna distinktion har också viss koppling till begreppsparet statisk-dynamisk. Medan de specifika primärrättsliga förpliktelserna är fastslagna uttryckligen i fördragen, är den allmänna förpliktelsen mer eller mindre kontextberoende såtillvida att den kan påverkas av utvecklingen och av nytillkommen sekundärrätt.

A Allmän primärrättslig påverkan

Den allmänna primärrättsliga påverkan följer av den allmänna lojalitetsplikten, vilken i sin tur följer av artikel 5 i Romfördraget. Det viktigaste rättsfallet i sammanhanget är EG-domstolens dom i den s.k. grekiska majssaken.[17] I detta mål fastslogs bl.a. att lojalitetsplikten innefattar en assimileringsplikt: EG:s intressen skall skyddas på samma sätt som nationella intressen. Utvecklingen inleddes emellertid inte med denna dom.[18]

Artikel 5 kan noga taget sägas innebära två handlingsplikter och en passivitetsplikt[19] för medlemsstaterna.[20] De skall vidta alla lämpliga åtgärder för att fullfölja förpliktelser som följer av EG-rätten, de skall underlätta att gemenskapens uppgifter fullgörs samt avstå från att vidta åtgärder som kan äventyra att fördragets mål nås.

Det är främst den första handlingsplikten som kan grunda en skyldighet att utfärda straff- och andra sanktioner.

Ursprungligen var det på intet sätt självklart att det gick att härleda konkreta förpliktelser ur artikel 5.[21] Den som t.ex. läser artikelns första mening finner också att den tycks hänvisa till andra skyldigheter vilka följer av fördraget eller andra bestämmelser. Artikelns ordalydelse tyder således snarast på att den syftar till att slå fast att skyldigheter som stad-

[17] C-68/88 *Commission v Hellenic Republic* [1989] ECR 2965.

[18] Se allmänt t.ex. Pipkorn 1989 s. 28 f.

[19] Termen passivitetsplikt är kanske inte helt lyckad. Att använda ord som underlåtenhetsplikt, vilket bl.a. Pache 1994 s. 239 gör, är emellertid än värre.

[20] Pache 1994 s. 239.

[21] Jfr von der Groeben, Boeckh & Thiesing 1974 s. 102, Pache 1994 s. 240, Rasmussen 1995 s. 297 f och Gröblinghoff 1996 s. 30 f för ytterligare diskussion och vidare hänvisningar.

gas annorstädes måste fullgöras lojalt. Att en sådan läsning inte är förenlig med gällande EG-rätt kan emellertid inte betvivlas. Artikeln anses idag ha självständig rättslig betydelse.

När det gäller artikel 5 och nationell strafflagstiftning var det till en början högst oklart om medlemsstaterna överhuvudtaget hade *kompetens* att utfärda sanktionsföreskrifter för att bemöta överträdelser av gemenskapsrättsliga förordningar. En sådan föreskrift kunde nämligen eventuellt ses som en sorts implementering av förordningen (vilken i princip är otillåten). I rättsfallen *Bollman* och *Waren-Import-Gesellschaft Krohn*,[22] båda avgjorda år 1970, hade EG-domstolen slagit fast att medlemsstaterna inte kunde komplettera EG-förordningar med nationella bestämmelser ens om syftet var att garantera deras genomslag. Ratio bakom domstolens domar var att säkra EG-rättens självständighet och uniforma tillämpning i de olika medlemsstaterna.[23]

Just dessa argument återkom under 1970-talet i rättsfallet *Amsterdam Bulb* vari klaganden menade att om medlemsstaterna utfärdar sanktionsföreskrifter så hotas principen om att EG-rätten skall tillämpas lika i alla länder.[24] EG-domstolen biföll emellertid inte klagandens talan i denna del utan fann istället att i frånvaro av sanktionsregler i de gemenskapsrättsliga reglerna har medlemsstaterna kompetens att utfärda sådana sanktionsföreskrifter som de anser lämpliga.[25] Att detta kunde innefatta kriminalisering framhölls uttryckligen i domen.[26] Avgörandet måste sägas innefatta en ganska tydlig kursändring av EG-domstolen.[27]

Domen är avfattad på ett sätt som klargör att medlemsstaterna *får* utfärda sanktionsföreskrifter ("it allows the various Member States",[28] "the Member States are competent"[29]); huruvida de också är förpliktade att göra detta framgår emellertid inte explicit. Det sägs visserligen att medlemsstaterna har en plikt att vidta alla lämpliga åtgärder, men samtidigt understryks att det är medlemsstaterna som har att välja de åtgärder de finner lämpliga.

Det tredje steget i utvecklingen kom år 1989. Att artikel 5 och den allmänna lojalitetsplikten kan innebära en skyldighet att utfärda sank-

[22] C-40/69 *Bollman* [1970] ECR 169 s. 79 ff punkterna 1–10 och C-74/69 *Waren-Import Gesellschaft Krohn* [1970] ECR 451 s. 458 ff punkterna 1–11.
[23] Se Lamassoure 1996 s. 10 f.
[24] C-50/76 *Amsterdam Bulb* [1977] ECR 137 s. 155 vsp. Se också Gröblinghoff 1996 s. 9 f.
[25] C-50/76 *Amsterdam Bulb* [1977] ECR 137 s. 150 punkt 33.
[26] C-50/76 *Amsterdam Bulb* [1977] ECR 137 s. 150 punkt 32.
[27] Jfr Lamassoure 1996 s. 11.
[28] C-50/76 *Amsterdam Bulb* [1977] ECR 137 s. 150 punkt 32.
[29] C-50/76 *Amsterdam Bulb* [1977] ECR 137 s. 150 punkt 33.

tionsföreskrifter slogs, som nämnts, fast i den s.k. *grekiska majssaken*.[30] I detta fall förde kommissionen talan mot Grekland och hävdade att Grekland, bl.a. genom att inte vidta straffrättsliga åtgärder mot vissa personer som begått eller medverkat i bedrägerier, hade brutit mot de förpliktelser staten har enligt Romfördraget.[31] Av straffrättsligt intresse var främst att kommissionen hävdade att artikel 5 i Romfördraget innebär en skyldighet för medlemsstaterna att straffa överträdelser av EG-rätten på samma sätt som de straffar överträdelser av nationell rätt. Denna *assimilationsprincip* godtogs av EG-domstolen.[32] Den förpliktelse som framgår av domen är generell och sålunda inte begränsad till att gälla sanktioner för att bemöta bedrägerier.[33]

Kontentan av domstolens dom i denna del var att såvitt det i en gemenskapsrättslig reglering saknas sanktionsbestämmelser så föreligger en allmän plikt för medlemsstaterna att medelst sanktioner säkra regleringens genomslagskraft.[34] Domen säger inte särskilt att det måste vara fråga om straffrättsliga sanktioner men som allmänna krav anges att sanktionen måste vara *effektiv, proportionell och avskräckande*.[35]

Vad detta uttryck står för är det ingen som egentligen vet. Det torde visserligen kunna sägas att kraven är uppställda främst för att man skall ha något att sätta emot medlemsstater som i praktiken inte gör någonting, men å andra sidan har det tidigare visat sig att EG-domstolen inte är sen att lägga in verklig betydelse i dylika begrepp.[36]

Kravet på att sanktionen skall vara effektiv torde kunna förstås som ett krav på att den faktiskt skall tillämpas, om det visar sig att överträdelser av de ifrågavarande reglerna faktiskt sker. Det skulle, om denna

[30] C-68/88 *Commission v Hellenic Republic* [1989] ECR 2965. Se vidare om domen t.ex. Bleckmann 1993 s. 109 f och Gröblinghoff 1996 s. 12 ff.

[31] Se om kommissionens talan i allmänhet C-68/88 *Commission v Hellenic Republic* [1989] ECR 2965 s. 2968 f.

[32] Assimilationskravets närmare innebörd behandlas nedan i den text som följer efter not 63.

[33] Rättsläget har senare bekräftats i bl.a. C-2/88 *Zwartveld* [1990] ECR I-3365 s. 3372 punkt 17, C-7/90 *Vandevenne* [1991] ECR I-4371 s. 4387 punkt 11, C-352/92 *Milchwerke* [1994] ECR I-3385 s. 3407 f punkt 23, C-382/92 *Commission v United Kingdom* [1994] ECR I-2435 s. 2475 punkt 55 och C-383/92 *Commission v United Kingdom* [1994] ECR I-2479 s. 2494 punkt 40. Att förpliktelsen också gäller direktiv som saknar sanktionsbestämmelser framgår bl.a. av de två sistnämnda fallen.

[34] Se Gröblinghoff 1996 s. 20 ff.

[35] C-68/88 *Commission v Hellenic Republic* [1989] ECR 2965 s. 2985 punkt 24. Dessa krav torde inte ha sitt ursprung i denna dom. Liknande tankar har uttryckts tidigare; jfr t.ex. C-14/83 *Von Colson and Kamann* [1984] ECR 1891 s. 1909 punkt 28.

[36] Jfr beträffande användningen av, i praktiken, samma kriterier inom den mer civilrättsliga sfären T. Andersson 1997 t.ex. s. 83 ff och avsnitt 4.3.

tolkning godtas, sålunda inte vara tillräckligt med en utpräglad pappersprodukt.[37]

Proportionalitetskravet är på sitt sätt besvärligt i en straffrättslig kontext. Inom EG-rätten har den konstitutionella eller förvaltningsrättsliga proportionalitetsprincipen spelat en mycket viktig roll. Denna princip innebär i korthet att ett medel inte får stå utom rimlig proportion till det mål som eftersträvas.[38] Inom straffrätten förstås normalt med proportionalitetsprincipen att straffet skall stå i proportion till brottet. Att dessa båda principer inte alltid ger samma resultat inses lätt.[39] Vilken av principerna som avses i domen är inte helt klart. Med tanke på den icke straffrättsliga proportionalitetsprincipens ställning i EG-rätten finns skäl att tro att det är denna som avses.[40] Eftersom den icke straffrättsliga proportionalitetsprincipen är mer instrumentell, och tillåter mer, än den straffrättsliga innebär detta en begränsning av kravets betydelse.

Att sanktionen skall vara avskräckande torde böra förstås så att det upprätthålls ett visst krav på stränghet. I vart fall bör rent symboliska sanktioner inte anses tillräckliga.[41] Det är främst detta krav (dvs. att sanktionen skall vara avskräckande), som om det sammankopplas med domstolens dynamiska tolkningsstil, ger anledning till oro. Det kan förvisso sägas att de tre kriterierna hittills inte använts på ett sätt som ger anledning till oro; tvärtom får de sägas ha använts försiktigt.[42] Likväl kan det idag knappast uteslutas att EG-domstolen kan komma att använda kriterierna, särskilt kravet på att sanktionen skall vara avskräck-

[37] Jfr Gröblinghoff 1996 s. 25 som menar att effektivitetskravet syftar på individualprevention och positiv generalprevention medan avskräckningskravet syftar på negativ generalprevention.

[38] Tiedemann 1993 s. 25 menar med åberopande av den förvaltningsrättsliga proportionalitetsprincpen att alltför stränga straffstadganden kan stå i strid med EG-rätten och därför vara icke tillämpliga.

[39] Förhållandet mellan principerna behandlas utförligt i kapitel 4.

[40] Jfr Gröblinghoff 1996 s. 26.

[41] Se här C-14/83 *Von Colson and Kamann* [1984] ECR 1891 s. 1909 punkt 28 där det sägs att "if a Member [State] chooses to penalize breaches of that prohibition by the award of compensation, then in order to ensure that it is effective and that it has a deterrent effect, that compensation must in any event be adequate in relation to the damage sustained and must therefore amount to more than purely nominal compensation such as, for example, the reimbursement only of the expenses incurred in connection with the application". Se här också Gröblinghoff 1996 s. 26 samt ovan not 37.

[42] Se t.ex. Eerola 1994 s. 22 f: "Domstolens [uttalande i Vandevenne punkt 13] kan läsas så att också grundläggande principer i det nationella straffrättsliga systemet kunde utträngas av dessa kvalitativa kriterier. Man måste ändå vara mycket försiktig med att draga sådana slutsatser. De uppställda *kraven är nämligen ganska allmänna* och man har i alla fall lämnat medlemsstaterna ett ganska stort utrymme för nationella variationer."

ande, för att lägga sig i, och skärpa, nationella straffstadganden som är av betydelse för EG-rätten.[43] Man kan naturligtvis invända att domstolen med tiden blivit mer försiktig och att de uttalade farhågorna är spekulationer som bygger på en alltför misstänksam läggning, men den som tittar tillbaka på vad som hänt inom EG-rätten under de gångna årtiondena bör i vart fall fundera över om farhågorna är så orealistiska att det är värt att ta risken.[44,45]

Förhållandet mellan assimilationsprincipen och de tre särskilda kraven måste förstås så att de senare utgör en minimistandard som i varje fall, dvs. oberoende av hur den nationella reglering vilken används som grund för assimilationen ser ut, måste vara uppfylld.[46] EG-domstolens skrivning (sanktionerna skall assimileras, men i *varje fall vara effektiva, proportionella och avskräckande*) ger inte utrymme för något tvivel härvidlag.

B Specifik primärrättslig påverkan

Specifik primärrättslig innebär att det i fördragen finns föreskrivet förpliktelser i straffrättsligt hänseende som rör vissa speciella förhållanden eller områden. Sådan påverkan finns bara i mycket begränsad omfattning. I och med Maastrichtfördraget har ytterligare ett antal bestämmelser införts i fördragen, men de är fortfarande lätträknade.

Den specifika primärrättsliga påverkan kan indelas i tre grupper: (1) tre artiklar som berör mened samt ovarsamma utsagor inför EG-domstolen, (2) en artikel som rör brytande av tystnadsplikt inom ramen för Euratomfördraget samt (3) tre artiklar som rör bekämpandet av bedrägerier riktade mot EG:s finansiella intressen.

Generellt kan sägas att bestämmelserna syftar till att täppa till luckor i skyddet för EG:s intressen. Sådana luckor beror framför allt på att natio-

[43] Jfr hur de nämnda kriterierna använts för att underkänna vissa icke straffrättsliga sanktioner såsom varande otillräckligt avskräckande i rättsfallen C-382/92 *Commission v United Kingdom* [1994] ECR I-2435 s. 2474 punkt 52 och 2477 punkt 60 samt C-383/92 *Commission v United Kingdom* [1994] ECR I-2479 s. 2493 punkt 38 och 2495 punkt 44.

[44] Man kan här jämföra med Rasmussens (1986 och 1988) kritik av domstolen. Se även Eerola 1994 s. 23.

[45] Man skulle till och med kunna driva det så långt som att säga att redan en ganska försiktig tolkning av "avskräckande" ger stöd för drastiska straffskärpningar. Ty om upptäcktsrisken är mycket liten, och det torde den vara t.ex. vad gäller EG-bedrägerier, så fordras sannolikt *mycket stränga* sanktioner om de skall vara *avskräckande*.

[46] Se Grasso 1989 s. 249 och Gröblinghoff 1996 s. 24. Jfr här den diskussion som T. Andersson 1997 s. 197 för kring motsvarande krav på civilrättsliga sanktioner.

nella straffbud inte alltid är tillämpliga på övernationella intressen,[47] men kan även ha sin grund däri att internationellt straffrättsliga regler inte är anpassade till övernationella organisationer.[48]

Artiklarna om mened. De fördragsartiklar som innehåller specifika primärrättsliga strafförpliktelser rörande mened m.m. återfinns i stadgorna för EG-domstolen. De aktuella stadgandena är artikel 27 i stadgan avseende Romfördraget (gäller enligt artikel 46 också förstainstansrätten), artikel 28 i stadgan avseende Euratomfördraget samt artikel 28 st. 4 i stadgan avseende Parisfördraget.

Trots att EG-domstolen sedan länge är en domstol med verksamhet inom ramen för alla tre fördragen så gäller de olika stadgorna fortfarande.[49]

I artikel 27 i stadgan avseende Romfördraget stadgas följande:

> "En medlemsstat skall behandla mened eller ovarsam utsaga som ett vittne eller sakkunnig gjort sig skyldig till, som om motsvarande brott begåtts inför nationell domstol i tvistemål. På anmodan av domstolen skall den berörda medlemsstaten väcka åtal mot gärningsmannen vid behörig nationell domstol."

Bestämmelsen i stadgan avseende Euratomfördraget är likalydande. Däremot skiljer sig motsvarande reglering i stadgan avseende Parisfördraget i såväl språkligt som innehållsmässigt hänseende från de båda andra artiklarna.[50]

Den viktigaste innehållsmässiga skillnaden är att det enligt stadgan avseende Parisfördraget endast är den stat i vilken gärningsmannen är medborgare som har kompetens över menedsbrott begångna inför domstolen; i de båda andra stadgorna har varje medlemsstat jurisdiktion oberoende av gärningsmannens nationalitet.[51]

[47] Se t.ex. Pache 1994 s. 234.

[48] Se härom Johannes 1968 s. 120 ff.

[49] Se t.ex. von der Groeben, Thiesing & Ehlermann 1991 s. 4694 rdnr 16, Geiger 1995 s. 639 f rdnr 1–2 samt Pache 1994 s. 232.

[50] Jfr dock Pache 1994 s. 232 som menar att endast ordalydelsen skiljer artikel 28 st. 4 i stadgan avseende Parisfördraget från de båda andra artiklarna.

[51] Se vidare härom Oehler 1983 s. 549 f rdnr 913 samt Dannecker 1995 s. 35 f. Oehler kritiserar denna reglering för att vara alltför vidsträckt och menar att "die vielen Zuständigkeiten keinen rechten Sinn haben". Vidare finns i tysk doktrin viss diskussion om huruvida dessa stadganden ger uttryck för en gemenskapsrättslig territorialitetsprincip eller för en sorts universalitetsprincip. Beträffande denna diskussion se t.ex. Johannes 1968 s. 70 f och 81, Oehler 1983 s. 550 samt Dannecker 1995 s. 36 not 123. Se också van den Wyngaert 1983 s. 251 f. Det mest näraliggande är enligt min mening att se det

I Sverige anses BrB 15:4b, som infördes i samband med EES-avtalet och som ändrades vid EG-inträdet, täcka de fall som krävs.[52]

Artikeln rörande brott mot tystnadsplikt. I artikel 194.1 st. 1 Euratomfördraget stadgas att personer, som genom verksamhet i atomenergigemenskapen får vetskap om förhållanden vilka är sekretessbelagda antingen av en medlemsstat eller atomenergigemenskapen, är skyldiga att bevara denna sekretess.

Därefter stadgas i artikel 194.1 st. 2 följande:

> "Varje medlemsstat skall betrakta ett åsidosättande av denna skyldighet som ett brott mot statens sekretessregler; staten skall därvid både i sakligt hänseende och när det gäller behörigheten tillämpa sina rättsregler om brott mot statens säkerhet eller om brott mot tystnadsplikt. Staten skall på begäran av varje berörd medlemsstat eller kommissionen väcka talan mot var och en under dess jurisdiktion som begår ett sådant brott."

Liksom menedsartiklarna bygger denna regel på assimilationsprincipen[53] vilken inte innefattar någon harmonisering av straffföreskrifterna inom EG utan endast ett likställande av EG:s intressen med nationella intressen. Förutsatt att medlemsstaterna har straffbelagt motsvarande brott mot sina egna intressen leder assimilationsprincipen till ett geografiskt heltäckande, men inte likriktat, skydd för gemenskapens intressen.[54]

I Sverige ansågs det inte nödvändigt att införa särskild lagstiftning för att tillgodose de krav som artikeln uppställer. Detta berodde emellertid inte på att man var övertygad om att redan de EG-rättsliga sekretessreglerna i kombination med BrB 20:3 (brott mot tystnadsplikt) möjliggör bestraffning i tillräcklig omfattning. Tvärtom fick det anses osäkert huruvida hänvisningen i BrB 20:3 till "lag eller annan författning" också innefattar sekretess enligt EG-rättsliga regler.[55]

Däremot anförde utredaren följande:

> "Euratomfördraget anses emellertid delvis inaktuellt och veterligt har den angivna bestämmelsen aldrig tillämpats i praktiken. Mot denna bakgrund anser jag att det inte finns någon anledning att föreslå ändringar i svensk lagstiftning för att därigenom försöka tillgodose krav på genomslag som en

---

som en gemenskapsrättslig skyddsprincip, vilken givetvis måste understödjas av medlemsstaterna.

[52] Se prop. 1994/95:133.

[53] Se van den Wyngaert 1983 s. 251.

[54] Se Pache 1994 s. 235.

[55] SOU 1994:49 s. 81.

sådan EG-rättslig bestämmelse [dvs. artikel 194] skulle kunna visa sig ställa."[56]

Artiklarna om bedrägerier. Genom Maastrichtfördraget infördes 1993 i de tre grundfördragen artiklar vilka uttryckligen stadgar att assimilationsprincipen skall tillämpas beträffande bedrägerier som riktar sig mot EG:s finansiella intressen. Artiklarna (artikel 209a i Romfördraget, artikel 183a i Euratomfördraget och artikel 78i i Parisfördraget) har i första stycket[57] följande lydelse:

> "Medlemsstaterna skall vidta samma åtgärder för att bekämpa bedrägerier som riktar sig mot gemenskapens ekonomiska intressen, som de vidtar för att bekämpa bedrägerier som riktar sig mot deras egna ekonomiska intressen."

Mot bakgrund av EG-domstolens dom i den grekiska majssaken,[58] får artiklarna sägas vara deklaratoriska snarare än konstitutiva.[59] Det bör dock i förhållande till vad som fastslogs i den nämnda domen noteras att fördragsartiklarna inte innehåller de minimikrav som av domstolen uttrycktes med orden *effektiv, proportionell och avskräckande*.[60]

Det kan vidare påpekas att medan domstolen ställer kravet att sanktionerna skall vara "analogous"[61] i förhållande till dem som används för att skydda nationella intressen så använder fördragstexten ordet "same" (samma).[62] Kravet på assimilering skulle således kunna sägas ha skärpts något.

Den svenska uppfattningen torde vara att den svenska lagstiftningen redan uppfyller assimileringskravet. Däremot fordras viss lagstiftning i anledning av den s.k. bedrägerikonventionen. För närvarande utarbetas en departementspromemoria avseende bedrägerikonventionen inom justitiedepartementet.[63]

[56] SOU 1994:49 s. 81 f. Utredaren menade också att det kan ifrågasättas huruvida artikeln är förenligt med den svenska meddelarfriheten, de svenska åtalsreglerna och bestämmelsen i RF 12:3.

[57] I andra stycket stadgas att medlemsstaterna skall samarbeta och samordna sitt arbete mot EG-bedrägerier.

[58] C-68/88 *Commission v Hellenic Republic* [1989] ECR 2965.

[59] Så också Gröblinghoff 1996 s. 151.

[60] Se kommissionen, Comparative analysis, s. 9 och Gröblinghoff 1996 s. 151.

[61] C-68/88 *Commission v Hellenic Republic* [1989] ECR 2965 s. 2985 punkt 24.

[62] Se kommissionen, Comparative analysis, s. 9.

[63] Se i anslutning till detta också fallet C-476/93 P *Nutral* [1995] REG I-4125 s. 4144 punkt 21 där det sägs att artikel 209a bekräftar att det är medlemsstaterna som har ansvaret för bedrägeribekämpningen.

Vad assimileringskravet i slutändan innebär beror på hur assimileringskravets närmare innebörd formuleras.[64] Den principiella frågan är hur man ska avgränsa de svenska intressen med vilka EG:s intressen skall assimileras, dvs. vad (vilka stadganden) som skall utgöra underlag för assimileringen. Denna fråga kan ställas såväl i förhållande till det krav på assimilering som följer av den allmänna primärrättsliga påverkan som i förhållande till det mer specifika kravet enligt t.ex. artikel 209a i Romfördraget.

Ett första alternativ är att avgränsa efter lagstiftningen. Detta innebär att om det i en bestämmelse i svensk lag stadgas ett visst sorts straffskydd så måste EG:s intressen *inom ramen för denna bestämmelse* erhålla samma skydd. (När det t.ex. stadgas ansvar för oaktsamma skattebrott, måste också skatter som berör EG skyddas på motsvarande sätt.) Med andra ord skulle det räcka med att göra alla straffstadganden universiellt tillämpliga samt utsträcka rekvisit som begränsar tillämpligheten till nationella angelägenheter till att gälla också EG:s intressen.

För denna första lösning talar framförallt att den är enkel att tillämpa och kontrollera. Endast om man utgår ifrån hur skyddet för de nationella intressena är uppbyggt kan man vara säker på att få *en särskild bestämmelse* som utgångspunkt för assimileringen. Det viktiga är att straffstadganden inte diskriminerar mellan nationella och EG-rättsliga intressen.

Ett annat mer långtgående alternativ är att avgränsa intresset inte efter en viss bestämmelse utan efter intresset som sådant. Man kan t.ex. tänka sig att skyddet måste assimileras inte vad gäller skatteintäkter, utan intäkter i stort eller t.o.m. finansintressen överhuvudtaget.

För denna lösning talar främst det faktum att den första lösningsmodellen kan leda till en viss faktisk diskriminering av EG:s intressen beroende på att intressestrukturen inte behöver se likadan ut på nationell och på EG-rättslig nivå. En ren assimilering enligt det första lösningsalternativet kan således leda till ett otillräckligt skydd för de EG-rättsliga intressena därför att det nationella skyddet är utformat med den nationella intressestrukturen för ögonen. Ett något tillspetsat exempel kan förtydliga det sagda. Ponera att ett land har intäkter som till 95 procent härör från skatter och till 5 procent från tullar och att det omvända gäller EG. Lägg därtill att det på grund av skatternas betydelse är så att oaktsamma skattebrott, men inte oaktsamma tullrelaterade brott är kriminaliserade i den ifrågavarande medlemsstaten. En assimilering enligt den första lösningsmodellen innebär här att EG:s finanser i praktiken kommer att ha ett svagare skydd än den ifrågavarande nationalstatens

[64] Se härom också Gröblinghoff 1996 s. 22 ff.

(eftersom det starkare skyddet bara gäller delintressen som i praktiken är mindre viktiga för EG). Detta skulle man kunna motverka genom att inte definiera det intresse som skall assimileras på ett mer allmänt plan. Med en sådan modell blir emellertid de praktiska problemen vid själva assimileringen stora. Särskilt viktigt är att om man definierar intresset på ett annat sätt än genom hänvisning till särskilda bestämmelser så kommer man att finna att intresset skyddas på olika sätt (och ju mer allmänt intresset formuleras desto fler former av straffskydd kommer det att finnas).

Om man t.ex. identifierar intresset så brett att det gäller statens finanser överhuvudtaget, så finns bl.a. följande stadganden till skydd för den svenska statskassan:

9:1 BrB (uppsåtligt brott som kan leda till fängelse i högst två år).

1 & 4 §§ VSL (uppsåtliga brott som kan leda till fängelse i högst två år).

5 § VSL (grovt oaktsamma brott som kan leda till böter eller fängelse i högst två år).

2 § SBL (uppsåtligt brott som kan leda till fängelse i högst två år).

5 § SBL (grovt oaktsamma brott som kan leda till böter eller fängelse i högst ett år).

Här blir frågan således vilken av dessa olika skyddsnivåer och skyddsmodeller som skall användas. Ett alternativ är att alltid ge EG:s intressen det bästa (strängaste) straffskydd som finns inom ramen för det intresse som är aktuellt. Detta alternativ skulle innebära att när det stadgas ansvar för oaktsamhetsbrott avseende statens finanser måste det finnas oaktsamhetsansvar vad gäller oaktsamma brott mot EG:s finanser (innehållande samma straffskala). Detta skulle i praktiken leda till att EG erhöll ett bättre skydd än de nationella intressena. Ett annat alternativ är att göra en kvalitativ bedömning, där eventuella skillnader i intressestrukturen beaktas, och därefter tillse att EG-rätten åtnjuter ett skydd "motsvarande" nationella intressen.

Hur man skall se på denna fråga är i dagsläget svårt att säga. Möjligen kan man säga att assimilering enligt den första modellen ändå är mest tilltalande: dvs. det räcker att nationella straffbestämmelser görs tillämpliga också vad gäller EG:s intressen. (En annan sak är att sanktionerna i vart fall, dvs. oberoende av om det överhuvudtaget finns bestämmelser som skyddar nationella intressen, måste vara effektiva, proportionella och avskräckande.)

Gemensamma frågor. En relativt omdiskuterad fråga har varit om de ovan nämnda reglerna kan betraktas som självverkande (self-executing). Dvs. kan nationell domstol redan på grundval av de nationella regler

som gäller i berörda hänseenden och de nämnda artiklarna döma ut straff för exempelvis mened inför EG-domstolen?

Såväl Oehler[65] som Pache,[66] Pabsch,[67] Johannes[68] och Gröblinghoff[69] (alla tyskar) utgår ifrån att såväl artikel 27 i domstolens stadga som artikel 194 i Euratomfördraget är självverkande.[70] Denna ståndpunkt har, beträffande den sistnämnda bestämmelsen, för övrigt också intagits av BGH.[71]

Som ett skäl för direktverkan anger Oehler, såvitt gäller menedsartiklarna, fördragstextens apodiktiska karaktär.[72] Vidare, menar Johannes, finns i förfarandereglerna bestämmelser som reglerar frågor som uppkommer först när mened inför EG-domstolen är möjlig. Dessa artiklar förutsätter sålunda att det senast vid ikraftträdandet av förfarandereglerингen är möjligt att nationellt åtala mened inför domstolen.[73]

Tvivel om fördragsartiklarnas direktverkande karaktär uttrycks av Nehring som dock endast diskuterar menedsartiklarna i stadgorna avseende Euratom- och Parisfördraget samt artikel 194 i Euratomfördraget. Nehring finner att artikel 28 i stadgan avseende Euratomfördraget[74] samt artikel 194 i Euratomfördraget[75] är direktverkande. Framförallt betonar han att man inte kan avfärda direktverkan med att bestämmelserna är för obestämda och därmed strider mot legalitetsprincipen.[76] Däremot anser Nehring att artikel 28 st. 4 i stadgan avseende Parisfördraget inte kan tilläggas direktverkan. Orsaken till detta synes vara den mångtydiga lydelsen.[77]

[65] Oehler 1983 s. 549 rdnr 912 och not 4 samt 555 rdnr 920.
[66] Pache 1994 s. 232 f och 234.
[67] Pabsch 1959 s. 2002 f. Se särskilt s. 2003 vsp.: "Diese norm [artikel 194 Euratom] dehnt also den strafrechtlichen Geheimnisschutz über die klaren Grenzen der Tatbestände des nationalen Strafrechts aus und kann daher nicht mehr als bloße Auslegungsregel angesehen werden. Sie hat vielmehr den Charakter eines materiellen Strafgesetzes und bildet in Verbindung mit einer der in §§ 100 ff. umschriebenen Verhaltensweisen den gesetzlichen Tatbestand, das 'Strafgesetz' i.S. des § 2 StGB."
[68] Johannes 1968 s. 69 f och 81.
[69] Gröblinghoff 1996 s. 52 f.
[70] Jfr också Jescheck 1991 s. 959 not 50.
[71] BGHSt 17, 121, 122.
[72] Se Oehler 1983 s. 549 not 4.
[73] Johannes 1968 s. 70.
[74] Nehring 1965 s. 168 ff.
[75] Nehring 1965 s. 160 ff.
[76] Se Nehring 1965 s. 161 f och 168 (på sistnämnda ställe talas om nulla poena sine lege i allmänhet, men Nehring hänvisar till den tidigare diskussionen varför det torde stå klart att det är just obestämdheten som avses).
[77] Nehring 1965 s. 170.

Att den allmänna uppfattningen i Sverige varit att lagstiftning krävts för att tillmötesgå kraven som uppställs i de olika domstolsstadgorna framgår av BrB 15:4b. Men eftersom den svenske lagstiftaren trots detta medvetet underlåtit att införa någon särskild bestämmelse för att tillgodose de krav som artikel 194 i Euratomfördraget uppställer kan frågeställningen bli av relevans också i Sverige. Om ett fall enligt artikel 194 i Euratomfördraget skulle aktualiseras kommer också svenska domstolar att tvingas ta ställning till huruvida artikeln är direktverkande.

Man skulle möjligen kunna hävda att det faktum att en fördragsbestämmelse kan anses direktverkande i en medlemsstat inte behöver innebära att den är det också i en annan. Beroende på om landet har en monistisk eller dualistisk syn på folkrättens förhållande till nationell rätt skulle således resultatet variera. Med en sådan syn skulle kunna hävdas att det i Sverige, men inte i Tyskland, krävdes lagstiftning för att mened inför EG-domstolen skulle vara straffbar. En sådan syn är emellertid knappast förenlig med grundläggande tankar bakom EG-rätten. En grundprincip är att EG-rätten är en och densamma i samtliga medlemsstater. Vidare står EG-rätten, åtminstone från EG-rättslig utgångspunkt, över t.o.m. nationell grundlag. I kombination måste detta innebära att om EG-rätten innebär ett direkt utvidgande av nationella straffbestämmelser så saknar Sveriges dualistiska traditioner all betydelse.

Den svenska hållningen är dock sympatisk från ett legalitetsperspektiv. Det är föga förenligt med grundtankarna bakom legalitetsprincipen att medborgarna skall tvingas hitta svårtillgängliga fördragstexter från 1950-talet för att därefter sammanställa dem med svenska straffbud i eller utanför BrB för att finna ut vad som är straffbart. Därtill förutsätter ett sådant förfarande att man känner till bestämmelsernas direktverkande karaktär.[78]

Beträffande bedrägeribestämmelserna, vilka är av betydligt senare datum än de båda andra artiklarna, har motsvarande diskussion inte

[78] Jfr här Frände 1989 s. 247 ff och 253 ff angående tekniken med blankettstraffbud och dess förhållande till legalitetsprincipen. I dessa fall är det ju också fråga om att man måste "lägga ihop" straffbud för att få klart för sig vad som är förbjudet. Det bör dock i ärlighetens namn framhållas att denna legalitetsaspekt uppenbarligen har fått vika i andra fall när det gäller samspelet mellan nationella och EG-rättsliga regler. I lagarna (1994:1709) och (1994:1710) om EG:s förordningar om den gemensamma fiskeripolitiken respektive om EG:s förordningar om jordbruksprodukter stadgas att den som bryter mot EG:s förordningar på respektive område döms till böter eller fängelse i högst sex månader. I SFS hänvisas i anslutning till lagarna notvis till kapitel 3 och 4 i den förteckning som finns över gällande EG-rättsakter, men denna hänvisning är i praktiken värdelös eftersom antalet förordningar uppgår till flera tusen. Se härom Wersäll 1997 s. 418 som inte heller uppskattar denna form av reglering. Se också Frände 1994 s. 36 f och 45 f samt nedan vid not 100.

förts. Detta torde bero på att det råder fullständig enighet om att de inte är direktverkande utan endast innefattar en förpliktelse att bekämpa EG-bedrägerier på samma sätt som man bekämpar bedrägerier som riktar sig mot nationella intressen. Detta stöds vidare av ordalydelsen i bedrägeri-artiklarna där det talas om att medlemsstaterna "skall vidta samma åtgärder". Slutligen stämmer en sådan tolkning också bäst överens med artiklarnas ursprung i EG-domstolens dom i den grekiska majssaken.[79]

Ytterligare en fråga som diskuterats beträffande menedsartiklarna är om det är en processförutsättning att EG-domstolen anmodar den aktuella staten att väcka åtal, eller om detta endast utgör en förutsättning för att staten skall vara förpliktad att väcka talan. I Tyskland intar doktrinen den förstnämnda ståndpunkten,[80] medan BGH i ett fall rörande Euratomfördragets artikel 194 (vilken innehåller ett liknande krav på anmodan) har intagit den andra.[81]

3.2.1.2 Sekundärrättslig påverkan

A Sekundärrättslig påverkan genom direktiv

Att EG har kompetens att påverka medlemsstaternas nationella straffrätt genom att utfärda direktiv råder det idag enighet om. Det finns visserligen ingen uttrycklig fördragsbestämmelse som stadgar dylik kompetens men sådan anses följa av artikel 100 (och 100a) i Romfördraget.[82] Viktigt att betona är dock att denna kompetens är begränsad till vissa områden: artikel 100 ger t.ex. bara möjlighet att medelst direktiv tillnärma sådana nationella lagar och andra föreskrifter "som direkt inverkar på den gemensamma marknadens upprättande eller funktion".[83]

Direktiv har ju dock den egenheten att genomförandet helt åvilar medlemsstaten ifråga. Här liksom beträffande den allmänna primärrättsliga påverkan finns således visst diskretionärt utrymme för medlemsstaterna. Enligt artikel 189 gäller att ett direktiv är bindande med avseende på det resultat som skall uppnås, men att medlemsstaterna har att bestämma "form och tillvägagångssätt för genomförandet". Det har dock visat sig att utrymmet för att bestämma hur direktiven skall implemente-

[79] C-68/88 *Commission v Hellenic Republic* [1989] ECR 2965. Beträffande denna dom se avsnitt 3.2.1.1.
[80] Se t.ex. Oehler 1983 s. 551.
[81] Se BGHSt 17, 121, 123, Oehler 1983 s. 551 f och Dannecker 1995 s. 36.
[82] Se t.ex. Dannecker 1995 s. 59 och Vogel 1995 s. 335.
[83] Att denna begränsade kompetens får viss betydelse när syftet bakom direktiven anges framgår av Vogel 1997 s. 337 f.

ras har minskat; detaljrika direktiv har medfört ett allt mindre mått av inflytande för medlemsstaterna.[84] Mot denna bakgrund hävdas ibland att EG har kompetens att förplikta medlemsstaterna till att utfärda bestämmelser om vissa särskilda – straffrättsliga – sanktioner.[85] I regel anges dock endast att medlemsstaten skall föreskriva om sanktioner eller påföljder varvid det lämnas öppet vilken typ av sanktioner som avses.

Som exempel på direktiv vilka innehåller dylika stadganden kan anföras direktiv 592/89 rörande insiderhandel och direktiv 308/91 rörande penningtvätt.[86] I det förstnämnda direktivet föreskrivs först i ett flertal artiklar förfaranden vilka skall förbjudas.[87] Därefter sägs i artikel 13 att:

> "Varje medlemsstat skall bestämma påföljder för överträdelser av bestämmelser som införts för genomförande av detta direktiv. Påföljderna skall vara tillräckliga för att bestämmelserna skall efterlevas."

Redan 1990 genom insiderlagens (1990:1342) införande torde svensk rätt ha motsvarat direktivets krav. Någon direkt implementering har därför inte kommit ifråga. (Straffbestämmelser finns i lagens 21 och 22 §§.)

Också direktivet om penningtvätt är uppbyggt på ett motsvarande sätt: i artikel 2 stadgas att penningtvätt skall förbjudas varefter det sägs i artikel 14 att:

> "Varje medlemsstat skall vidta de åtgärder som behövs för fullständig tillämpning av alla bestämmelser i detta direktiv och skall särskilt föreskriva vilka påföljder som skall gälla vid överträdelse av regler som antagits på grund av detta direktiv."

De krav som detta direktiv ställer har i svensk rätt tillgodosetts genom lag (1993:768) om åtgärder mot penningtvätt. I lagen finns inga straffbestämmelser utan regelefterlevnaden förutsätts kunna upprätthållas med stöd av arbetsrättslig lagstiftning och avtal som träffats på arbetsrättens område samt med stöd av det sanktionssystem som Finansinspektionen förfogar över i sin tillsynsverksamhet.[88] Dessutom omfattas vissa fall av penningtvätt av häleribestämmelserna i BrB 9:6 och 9:7, vilka redan 1991 ändrats för att uppfylla de krav som ställs i FN:s konvention den 19 december 1988 mot olaglig hantering av narkotika och

[84] Geiger 1995 s. 652 rdnr 10 samt Dannecker 1995 s. 61.
[85] Dannecker 1995 s. 60 med vidare hänvisning till Grasso samt Vogel 1997 s. 337. Jfr här Heitzer 1997 s. 32.
[86] Rörande det internationella regelverket om penningtvätt, se Vogel 1997.
[87] Se om direktivet t.ex. Gröblinghoff 1996 s. 48 ff.
[88] Se prop. 1992/93:207 s. 2, 11 och 15.

psykotropa ämnen. Man kan således säga att Sverige i viss utsträckning utnyttjat den möjlighet som ges att välja form för de sanktioner som skall säkra efterlevnaden.[89]

Beträffande direktiv vilka ej har genomförts på föreskrivet sätt eller inom föreskriven tid uppkommer frågan om dessa, likt fördragsbestämmelserna, kan ges direktverkan och således själva skapa eller utvidga straffansvar.[90] EG-domstolens linje i denna fråga har varit klar; icke implementerade direktiv kan aldrig leda till nackdelar för den enskilde i dennes relation till medlemsstaten i fråga.[91] Sålunda slogs i rättsfallen *Pretore di Salò* och *Kolpinghuis Nijmegen* fast att ett icke implementerat direktiv inte heller kan vara tillräckligt för straffansvar.[92]

I det sist nämnda fallet uppkom också frågan om direktivkonform tolkning.[93] Kan man när ett icke implementerat direktiv föreligger tolka nationella straffbestämmelser på ett direktivkonformt sätt och på så vis utvidga straffbarheten? Domstolen framhöll att principen om direktivkonform tolkning begränsades av andra principer såsom "the principles of legal certainty and non-retroactivity".[94] I linje med det ovan sagda menade domstolen därefter, att nationella domstolar generellt sett är skyldiga att tolka nationell rätt på ett direktivkonformt sätt, men att detta inte får leda till att direktivet självständigt skapar eller utvidgar straffansvar.[95]

B Sekundärrättslig påverkan genom förordningar

Under 1960-talet utfärdades vissa förordningar vilka förklarade nationella straffstadganden användbara också på brott som riktade sig mot EG:s intressen. Dessa förordningar antogs, på ett sätt som motsvarar de ovan nämnda direktverkande fördragsartiklarna, omedelbart utvidga de nationella straffbestämmelsernas tillämpningsområde.[96]

Efter hand framstod det dock som alltmer oklart huruvida EG verkligen hade kompetens att på detta sätt, i förordningar, hänvisa till nationella straffbud och därigenom utvidga dem. Av denna anledning an-

[89] Jfr dock de förslag som läggs fram i SOU 1997:36. Se särskilt s. 149 ff.
[90] Detta skulle givetvis förutsätta att direktivbestämmelsen ifråga uppfyller kraven för direkt effekt.
[91] C-14/86 *Pretore di Salò* [1987] ECR 2545 s. 2570 punkt 19.
[92] C-14/86 *Pretore di Salò* [1987] ECR 2545 s. 2570 punkt 20 samt C-80/86 *Kolpinghuis Nijmegen* [1987] ECR 3969 s. 3986 punkt 10.
[93] Se om frågan om direktivkonform tolkning och strafföreskrifter i allmänhet Hugger 1993, Dannecker 1995 s. 64 f och Gröblinghoff 1996 s. 58 ff.
[94] C-80/86 *Kolpinghuis Nijmegen* [1987] ECR 3969 s. 3986 punkt 13.
[95] C-80/86 *Kolpinghuis Nijmegen* [1987] ECR 3969 s. 3987 punkt 14.
[96] Se t.ex. Pache 1994 s. 235 f och Heitzer 1997 s. 30 med not 147.

vänds denna form av förordningar inte längre.[97] Den allmänna uppfattningen, om man kan tala om en sådan, torde således vara att det som gör att förordningar inte kan användas för att direkt utvidga nationella straffstadganden är att EG saknar legislativ kompetens inom det straffrättsliga området.[98]

Även om man skulle anse att kompetensen finns är det av samma skäl som beträffande fördragsbestämmelser och oimplementerade direktiv tveksamt att tillerkänna förordningar direkt effekt i straffrättsligt avseende. Det får anses föga förenligt med legalitetsprincipens grunder att låta sekundär EG-rätt utvidga nationella straffstadganden. Detta skulle nämligen tvinga den enskilde att själv pussla ihop EG-rätt och nationell rätt. Med tanke på mängden EG-rättsliga förordningar, och med tanke på att EG-rätten generellt får sägas vara mer svårtillgänglig än nationell rätt kan jag inte se att en sådan ordning vore acceptabel. I praktiken har dock en sådan ordning – fast omvänt – kommit till stånd genom de blankettstraffbud som införts i svensk rätt (se strax nedan om den svenska lagstiftningen).[99]

I förordningar kan emellertid också föreskrivas att *medlemsstater skall vidta vissa åtgärder*. Dessa åtgärder kan innefatta utfärdande av olika former av sanktionsföreskrifter. Ett bra och aktuellt exempel finns i förordning 746/96 där det i artikel 20.2 stadgas att:

> "Medlemsstaterna skall besluta om det påföljdssystem som skall tillämpas vid överträdelse av gjorda åtaganden och av tillämpliga föreskrifter, samt vidta nödvändiga åtgärder för tillämpningen av detta system. De påföljder som föreskrivs bör vara effektiva, proportionerliga och avskräckande. Medlemsstaterna skall informera kommissionen om sina påföljdssystem."

Det är uppenbart att en dylik föreskrift har en effekt som mycket nära påminner om ett direktiv. Medlemsstaterna ges ett visst uppdrag som de skall genomföra. Härigenom skapas inte omedelbart en sanktionsföreskrift men väl en plikt att utfärda sådana sanktionsföreskrifter. Vad som sagts om icke implementerade direktiv ovan, dvs. att de ensamma ej kan grunda eller utvidga straffansvar, bör gälla också i detta fall.

Kriminaliseringsförpliktelser som beror på förordningar inom området för fiske och jordbruk har i svensk rätt fullgjorts genom stadgandena i 11 § lag (1994:1709) om EG:s förordningar om den gemensamma fiskeripolitiken och 11 och 12 §§ i lag (1994:1710) om EG:s förordningar om jordbruksprodukter. I och med att bestämmelserna bara ger

[97] Pache 1994 s. 236.
[98] Så t.ex. Gröblinghoff 1996 s. 57 och Heitzer 1997 s. 30.
[99] Jfr också ovan vid not 78.

en blank hänvisning till de EG-rättsliga förordningarna aktualiseras de ovan omtalade legalitetsproblemen i högsta grad.[100]

3.2.2 Negativ påverkan

Den negativa påverkan på nationell straffrätt följer liksom den allmänna primärrättsliga påverkan av artikel 5 i Romfördraget. I andra stycket av nämnda artikel sägs att medlemsstaterna skall avstå från varje åtgärd som kan äventyra att fördragets mål uppnås.

Denna påverkan består således i första hand av en inskränkning av handlingsutrymmet när det gäller straffrättslig lagstiftning.[101] I praktiken handlar det oftast om att en kriminalisering inte får genomföras eftersom den skulle stå i strid med EG-rätten. Exempelvis får straffbestämmelser inte vara diskriminerande så att de missgynnar handel över gränserna,[102] eller hindra enskilda att utnyttja regler som syftar till att skapa fri rörlighet för arbetskraften.[103] Det kan också förhålla sig så att straff i någon form är tillåtet, men att EG-rätten samtidigt sätter gränser för straffens stränghet eftersom stränga straff skulle hindra den fria rörligheten.[104]

Om denna plikt att avstå från lagstiftning inte uppfylls, får emellertid EG-rätten likväl betydelse på grund av principen om EG-rättens företräde.[105] Nationell lagstiftning får i händelse av konflikt med en EG-rättslig regel inte tillämpas.[106,107] Att denna princip gäller också straffrättslig

[100] Se om dessa lagar prop. 1994/95:75 och Wersäll 1997 s. 418.

[101] Se t.ex. Zuleeg 1993 s. 42 och Dannecker 1995 s. 75.

[102] Se C-299/86 *Drexl* [1988] ECR 1213 s. 1233 ff punkterna 14–25 samt Dannecker 1995 s. 75 ff. Jfr också t.ex. C-387/93 *Giorgio Domingo* [1995] REG I-4663 där den nationella bestämmelsen godtogs såsom förenlig med gemenskapsrätten.

[103] Se C-271/82 *Auer* [1983] ECR 2739 s. 2745 särskilt punkt 19.

[104] Se här t.ex. C-118/75 *Watson* [1976] ECR 1185 s. 1199 punkt 21, C-41/76 *Donckerwolcke* [1976] ECR 1921 s. 1938 f punkterna 36–42, C-8/77 *Sagulo* [1977] ECR 1495 s. 1506 punkt 12, C-52/77 *Cayrol* [1977] ECR 2261 s. 2281 punkterna 37–39, C-157/79 *Pieck* [1980] ECR 2171 s. 2186 f punkterna 15–20 (särskilt punkt 19), C-203/80 *Casati* [1981] ECR 2595 s. 2618 punkt 27 och C-265/88 *Messner* [1989] ECR 4209 s. 4225 punkterna 12–14. Jfr även C-210/91 *Commission v Hellenic Republic* [1992] ECR I-6735 s. 6753 punkt 20.

[105] Se härom t.ex. Weatherill & Beaumont 1995 s. 367 ff. Grundläggande avgöranden från EG-domstolen i detta avseende är C-6/64 *Costa v ENEL* [1964] ECR 585 s. 593 f (vari principen om EG-rättens företräde skapades), C-11/70 *Internationale Handelsgesellschaft* [1970] ECR 1125 s. 1134 punkt 3 (vari fastslogs att denna princip även gäller i förhållande till medlemsstaternas konstitutioner) samt C-106/77 *Simmenthal* [1978] ECR 629 s. 643 ff punkterna 13–26 (vari fastslogs att även lägre domstolar har befogenhet och skyldighet att utöva denna form av normprövning).

[106] Nationella domstolar behöver således inte ogiltigförklara eller annullera den nationella regeln utan endast låta bli att tillämpa den. Se Weatherill & Beaumont 1995 s. 369.

lagstiftning innebär således att EG-rätten mer eller mindre kan fungera som en ansvarsfrihetsgrund. (En annan möjlig utväg ur en kollision är att man modifierar den nationella straffregeln in casu; dvs. använder en form av EG-rättskonformtolkning. Huruvida detta är möjligt får antagligen anses bero av nationella tolkningsprinciper.)

Hur man ser på denna kollision är emellertid beroende av vilken rättskultur man arbetar inom. I engelsk rätt betraktas oförenlighet med EG-rätten som ett "general defence"[108] – dvs. oförenlighet med EG-rätten ses som en ansvarsfrihetsgrund jämte nöd, nödvärn etc. – medan man i Danmark ser det hela som ett rättskälleproblem.[109] Det svenska synsättet kan väl sägas likna det danska, även om jag själv inte är benägen att karaktärisera det hela som ett rättskälleproblem utan snarare som ett giltighetsproblem eller, annorlunda uttryckt, en kompetensfråga.[110]

Även om den mot EG-rätten stridande bestämmelsen inte tillämpas av de nationella domstolarna torde lojalitetsplikten innebära en plikt för lagstiftaren att upphäva bestämmelsen.[111] EG-rätten kan därför ytterst leda till avkriminalisering.

Den vanligaste orsaken till inkompatibilitet mellan EG-rätt och nationella straffbestämmelser torde vara att den nationella straffbestämmelsen kan sägas vara en åtgärd vilken har motsvarande effekt som en kvantitativ importbegränsning, dvs. att den nationella straffbestämmelsen i praktiken hindrar att importerade varor konkurrerar på likartade villkor som nationella.[112]

Ett fall som väl illustrerar hur en sådan konflikt kan se ut är det s.k. *Franzén*-målet i vilket en livsmedelshandlare som åtalats för olovlig försäljning av alkoholdrycker enligt 10:2 alkohollagen (1994:1738),

---

[107] Detta förhållande leder till att negativ påverkan blir av intresse på rättstillämpningsnivå främst när medlemsstaterna inte uppfyller sin negativa plikt.

[108] Smith & Hogan 1992 s. 263 f där oförenlighet med EG-rätten placerats under rubriken "General Defences". Se även Dine 1993 som talar om "E.C. law as a defence" och Weigend 1993 s. 781.

[109] Se Greve 1993 s. 149.

[110] Det hela kan uttryckas så att den svenske lagstiftaren efter inträdet i EG saknar kompetens att utfärda lagar som står i strid med EG-rätten, vilket är jämförbart med att han saknar kompetens att utfärda lagar som är uppenbart grundlagsstridiga.

[111] Se t.ex. Droege & Lysén 1997 s. 113.

[112] Delmas-Marty 1989 s. 219. Jfr beträffande artikel 30 det grundläggande rättsfallet C-8/74 *Dassonville* [1974] ECR 837 samt för den vidare utvecklingen Weatherill & Beaumont 1995 s. 431 ff samt kapitel 17.

hävdade att denna straffbestämmelse stod i strid med artiklarna 30 och 37 i Romfördraget.[113]

Vad gäller konflikter mellan EG-rätt och nationell rätt kan till att börja med framhållas att det är ytterst svårt att förutse i vilka situationer som EG-rätten kan bli av relevans. EG-rätten kan dyka upp i de mest överraskande situationer: Wilhelmsson talar om en "*Jack-in-the-box-theory* of Community law".[114]

Däremot kan slås fast att alla former av EG-rätt, dvs. såväl fördragsbestämmelser som förordningar, direktiv och beslut har potential att göra nationell rätt icke tillämplig.[115]

Om vi börjar med att titta närmare på fördragsbestämmelserna, så är en förutsättning, för att dessa skall kunna göra nationella straffbestämmelser icke-tillämpliga, att de har direkt effekt.[116] Innebörden av att bestämmelser är direkt effektiva är just att de kan åberopas direkt, utan att några implementeringsåtgärder krävs, inför nationell domstol.[117] För att en EG-rättslig bestämmelse skall ha direkt effekt fordras i princip att två kriterier är uppfyllda: bestämmelsen skall vara ovillkorlig och tillräckligt precis.[118]

En bestämmelse är ovillkorlig såvitt bestämmelsens adressat inte har möjlighet att bestämma över huruvida denne skall effektuera regelns innehåll.[119] Huruvida en bestämmelse är tillräckligt precis för att ha direkt effekt är naturligtvis svårt att avgöra. Pescatore har uttryckt saken så att det krävs att bestämmelsen förser den nationella domstolen med "workable indications".[120]

Förordningar är enligt artikel 189 i Romfördraget direkt tillämpliga i medlemsstaterna; de får överhuvudtaget inte implementeras. Beträffande förordningar kan därför tyckas böra gälla att så snart konflikt råder i förhållande till nationell rätt så måste den senare ge vika.[121] Det som gör att tveksamhet råder är att man förmodligen måste skilja på direkt till-

[113] C-189/95 *Allmänna åklagaren mot Harry Franzén*, dom av den 23 oktober 1997. Se också förslaget till avgörande i samma mål av generaladvokaten Michael B. Elmer, föredraget den 4 mars 1997.

[114] Wilhelmsson 1996 s. 45. Se även T. Andersson 1997 s. 328 som talar om att EG-regler ofta har "en gubben i lådan-effekt".

[115] Dine 1993 s. 249.

[116] Dine 1993 s. 249 not 20.

[117] Se t.ex. Geiger s. 43 rdnr 11.

[118] Se vidare t.ex. Dine 1993 s. 250, Hartley 1981 s. 76 (som även laborerar med ett tredje kriterium), Geiger 1995 s. 43 rdnr 11 och 12 och Weatherill & Beaumont 1995 s. 338 ff.

[119] Se t.ex. Weatherill & Beaumont 1995 s. 338 ff.

[120] Pescatore 1983 s. 175. Se även Weatherill & Beaumont 1995 s. 340 not 15.

[121] Dine 1993 s. 251.

lämplighet och direkt effekt.[122] Direkt tillämplighet innebär då endast att förordningen automatiskt utgör en del av den regelmateria som måste beaktas av rättstillämpare i medlemsstaterna, medan direkt effekt också innefattar att bestämmelserna är av sådan karaktär att de omedelbart kan åberopas inför domstol. Även beträffande förordningar måste man således kontrollera att de är ovillkorliga och tillräckligt precisa.[123] Å andra sidan torde det krävas både en viss precision och ovillkorlighet hos en EG-rättslig regel för att man överhuvudtaget skall kunna hävda att en nationell rättsregel strider mot den EG-rättsliga.[124]

Direktiven är de EG-rättsakter som i detta sammanhang är särskilt besvärliga eftersom de s.a.s. bygger på författningsskapande i två nivåer. Ett direktiv kan således gälla såsom EG-rättslig skapelse men behöver för den skull inte vara tillämpligt i medlemsstaterna. Huvudregeln är att direktiv inte är direkt tillämpliga i medlemsstaterna. I princip fordras att medlemsstaterna genom lagstiftning implementerar direktiven. För frågan om direktivbestämmelser kan göra nationella straffbestämmelser icke tillämpliga får detta följande konsekvenser.

Ett direktiv kan aldrig göra en nationell straffbestämmelse icke tillämplig så länge som tiden för implementering inte löpt till ända. Om ett direktiv därefter inte har omsatts till nationell rätt, endast omsatts delvis eller omsatts på ett felaktigt sätt kan däremot direktivet få sådan verkan under förutsättning att den aktuella direktivbestämmelsen är *direkt effektiv*.[125] Utgångspunkten är här att en medlemsstat inte gentemot individer skall kunna förlita sig på sin egen bristande vilja eller förmåga att fullgöra de skyldigheter som ett direktiv innebär.[126]

[122] Att direkt tillämplighet och direkt effekt inte är samma sak har påvisats av Winter 1972. Se särskilt s. 43 f. Se också Weatherill & Beaumont 1995 s. 344.

[123] Weatherill & Beaumont 1995 s. 344. Se också Lysén 1992 s. 88: "*Förordningar*, vilka har omedelbar giltighet i MS, lämpar sig särskilt väl för att regler i dessa skall ha direkt effekt; huruvida så är fallet beror på reglernas innehåll."

[124] Pescatore 1983 passim, har framfört åsikten att utgångspunkten rimligen bör vara att EG-rättsliga regler är direkt effektiva; endast om det finns praktiska eller teoretiska problem med att ge en regel direkt effekt uppstår problemen. I denna anda skulle man kunna säga att förordningar är direkt tillämpliga (enligt artikel 189) och därtill som utgångspunkt direkt effektiva. Endast i fall när det är svårt att säga att svensk rätt strider mot EG-rätten finns anledning att frångå utgångspunkten.

[125] Ett illustrerande fall härvidlag är C-148/78 *Ratti* [1979] ECR 1629 s. 1642 punkterna 22–24 och s. 1644 ff punkterna 39–42. Se även t.ex. C-358/93 & C-416/93 *Bordessa* [1995] REG I-361 och C-91/94 *Thierry Tranchant* [1995] REG I-3911.

[126] Se t.ex. Geiger 1995 s. 653 rdnr 15 samt Weatherill & Beaumont 1995 s. 346 f.

Även ett beslut torde i vissa lägen kunna göra nationell rätt icke tillämplig.[127]

Slutligen skall också framhållas att det allmänna kravet på EG-rättskonform tolkning kan leda till att nationella straffbestämmelser får ett snävare tillämpningsområde än de eljest skulle ha haft. Mot en dylik inskränkande tolkning är från legalitetssynpunkt knappast något att invända. En dylik negativ påverkan på den nationella rätten torde heller inte förutsätta att den EG-rättsliga bestämmelsen är direkt effektiv.

3.3 Övernationell sanktionsrätt

Att en sanktionsrätt är övernationell innebär att en övernationell entitet har kompetens beträffande den ifrågavarande regleringen. Kompetens indelas vanligen i tre delar: legislativ kompetens, judiciell kompetens och exekutiv kompetens.[128] EG har, vad gäller sanktioner, överhuvudtaget ingen exekutiv kompetens; det finns inga myndigheter på EG-nivå vilka kan verkställa vare sig pekuniära eller frihetsberövande sanktioner. Helt övernationella är således inga av de idag förekommande sanktionsformerna.

Däremot har EG legislativ kompetens såvitt gäller vissa sanktioner och vissa områden, samt viss (mycket begränsad) judiciell kompetens.

Som ovan nämnts har jag valt att indela materien så att alla sanktioner vilka föreskrivs på EG-nivå, dvs. där EG har utnyttjat sin legislativa kompetens, hänförs till den övernationella sanktionsrätten. Att en sanktion anges vara övernationell utgör sålunda inte hinder mot att den utdöms och verkställs av nationella myndigheter eller domstolar. Det som i första hand gör det angeläget att klassificera dylika sanktionsregler som övernationella är att regeln utgör EG-rätt och inte nationell rätt. Sålunda gäller andra regler för tolkning och handhavande av dessa sanktioner.

Eftersom böterna i den övernationella sanktionsrätten kan sägas vara det primära föremålet för denna avhandlings andra del (där de ifrågavarande sanktionsstadgandena och vissa frågor rörande dess tillämpning kommer att behandlas utförligt) är framställningen i dessa delar mycket kortfattad.

[127] Se t.ex. Delmas-Marty 1989 s. 218. Hennes framställning kan dock felaktigt ge intrycket av att nationella bestämmelser är icke tillämpliga så snart de straffbelägger något som är tillåtet enligt EG-rätten. Det räcker emellertid inte med att de båda rättsordningarna skiljer sig åt; skillnaden måste kunna sägas utgöra en konflikt.

[128] Se t.ex. Cameron 1993 s. 3 f.

3.3.1 Omedelbar övernationell sanktionsrätt

Omedelbar övernationell sanktionsrätt innebär att EG har såväl legislativ som judiciell kompetens avseende den ifrågavarande sanktionen *eller* åtminstone att det i fördragen finns sanktionsföreskrifter beträffande vilka EG (kommissionen) har judiciell kompetens.[129] I dag finns en sådan omedelbar övernationell sanktionsrätt främst inom konkurrensrätten.

EG:s kompetens i detta avseende framgår av artikel 87.2 a i Romfördraget. På grundval av denna artikel har det utfärdats ett antal tillämpningsförordningar vilka innehåller sanktionsregler innebärande att böter kan utdömas av kommissionen för överträdelser av EG:s konkurrensregler. Därutöver finns också direkt i Parisfördraget föreskrivet att Höga myndigheten, numera kommissionen, kan utdöma böter i vissa fall. Se närmare om detta i kapitel 5. Slutligen bör nämnas att kommissionen enligt artikel 83 i Euratomfördraget har kompetens att tillgripa vissa sanktioner mot företag som åsidosätter vissa förpliktelser som följer av kapitel 7 i nämnda fördrag.

3.3.2 Medelbar övernationell sanktionsrätt

Med medelbar övernationell sanktionsrätt förstås i det följande regler där EG har legislativ kompetens men där den judiciella kompetensen finns hos medlemsstaterna.[130] Sanktionsregeln föreskrivs alltså i detta fall i EG-rätten, men tillämpas av nationella myndigheter.[131] Sanktionen kan t.ex. bestå av en bot, återbetalning med ett straffpåslag, uteslutning från bidragssystem eller minskning av framtida bidrag.

Det område inom vilket medelbara sanktioner är vanligast är jordbruksområdet. Sanktioner har där införts för att bemöta olika former av bidragsbedrägerier och andra mindre allvarliga former av oegentligheter.

Dessa sanktioner har varit betydligt mer omdiskuterade än de omedelbara. Diskussionen har framförallt gällt huruvida EG, utöver de konkurrensrättsliga böterna, överhuvudtaget har kompetens att utfärda regler om sanktioner med punitiva drag.[132] Att diskussionen blivit så

[129] I dessa senare fall är det missvisande att tala om en legislativ kompetens eftersom det inte är möjligt för EG att på egen hand tillskapa nya sanktionsföreskrifter.

[130] Det bör särskilt framhållas att jag med medelbar sanktionsrätt inte avser detsamma som Greve, t.ex. 1996 s. 187, avser med "den middelbare EU-strafferet" (vilket närmast motsvarar vad som här betecknats som EG-rättslig påverkan på nationell straffrätt).

[131] I Sverige är det i första hand länsstyrelserna och i vissa fall jordbruksverket som handhar påförandet av sanktioner. Se närmare SFS 1994:1710 och 1994:1715, lag respektive förordning om EG:s förordningar om jordbruksprodukter.

[132] För en kortfattad framställning om EG:s kompetens i detta hänseende se t.ex. Martyn 1994 samt för en längre Heitzer 1997 s. 134 ff.

intensiv torde i första hand bero på att fördragen är om inte otydliga så i vart fall öppna på denna punkt.

Stödet för att utfärda sanktioner inom jordbruksområdet utgörs exempelvis av följande utdrag ur artikel 40.3:

> "Den gemensamma organisation som upprättats enligt punkt 2 får omfatta alla de åtgärder som behövs för att uppnå de mål som anges i artikel 39, särskilt reglering av priser, stöd för produktion och saluföring av olika produkter, system för lagring och överföring samt gemensamma anordningar för stabilisering av import och export."

Uppräkningen av åtgärder som den gemensamma jordbruksorganisationen får omfatta är som synes – jfr ordet "särskilt" – inte uttömmande. Huruvida sanktioner kunnat utgöra en tillåten åtgärd har dock, med tanke på att de åtgärder som nämns inte direkt för tanken till sanktioner, framstått som oklart.

År 1992 avgjordes dock saken av EG-domstolen sedan Tyskland fört talan mot kommissionen sedan den senare infört straffliknande sanktioner i vissa förordningar.[133] EG-domstolen avslog Tysklands talan med motiveringen att de sanktioner som kommissionen infört uppfyller det enda krav som följer av artikel 40.3: de behövs för att uppnå de mål som anges i artikel 39.[134]

Domen är skriven på ett mycket öppet sätt. Domstolen framhåller t.o.m. uttryckligen att det i detta mål inte är fråga om att ta ställning till EG:s kompetens i straffrättsligt hänseende.[135]

Vidare slår EG-domstolen fast att medelbara sanktionsföreskrifter kan utfärdas av kommissionen inom ramen för genomförandebestämmelserna (jfr artiklarna 145 och 155 Romfördraget).[136] Detta är av vikt inte minst därför att rådet och kommissionen spelar olika roller inom EG. Där rådets medlemmar är företrädare för medlemsstaterna är kommissionens medlemmar företrädare för EG. Därmed skulle en kompetens för kommissionen medföra att EG:s problem beaktas i större utsträckning än tidigare. Såsom Pache uttrycker det: "die Aussagen des Gerichtshofs zur Zuständigkeit der Kommission ... können in Zukunft erheblich zu einem verbesserten Schutz der Gemeinschaftsfinanzen beitragen."[137] Pache tar måhända i något. Det finns i vart fall skäl att förmoda ett allt ymnigare bruk av dylika sanktionsföreskrifter.

[133] Se beträffande domen Tiedemann 1993, Pache 1993 och Stoffers 1994a.
[134] C-240/90 *Germany v Commission* [1992] ECR I-5383 s. 5429 punkt 18. Se numera också (men mindre tydligt) C-104/94 *Cereol* [1995] REG I-2983.
[135] C-240/90 *Germany v Commission* [1992] ECR I-5383 s. 5431 punkt 24.
[136] Se C-240/90 *Germany v Commission* [1992] ECR I-5383 s. 5432 ff punkterna 30–43.
[137] Se härom Pache 1993 s. 180.

Emellanåt hävdas att EG saknar kompetens att föreskriva dylika sanktioner och att domstolen således dömt fel.[138] Enligt min mening finns som ovan diskuterats i teoriavsnittet skäl att låta en normativ teoretisk syn på rätten kompletteras av en slutpunkt där det antingen fordras makt eller acceptans.

Eftersom frågan om EG:s kompetens i hithörande hänseenden är ytterst öppen får man enligt min mening acceptera att EG-domstolens utslag i målet *Germany v Commission* är gällande EG-rätt så länge som domen accepteras som auktoritativ av medlemsstaterna. Det är helt enkelt föga fruktbart att mot domstolens utslag, jämte medlemsstaternas acceptans, hävda att de förordningar som innehåller sanktionsföreskrifter är ogiltiga.

De sanktioner som införs måste uppfylla proportionalitetsprincipens krav. Dvs. de måste såsom medel stå i rimlig proportion till målet att förhindra bedrägerier och andra oegentligheter. Eftersom detta mål anses mycket viktigt kan också mycket stränga sanktioner vara proportionella i denna mening.[139]

3.3.3 Om de medelbara sanktionerna

I detta avsnitt skall de medelbara övernationella sanktionerna beskrivas översiktligt. Dessa sanktioner hör samtliga hemma i den medelbara övernationella sanktionsrätten; dvs. reglerna utfärdas av EG:s institutioner medan sanktionerna utdöms av myndigheter i medlemsstaterna.

Syftet med att beskriva dessa sanktioner är i första hand att komplettera bilden av den EG-rättsliga sanktionsrätten, men också att ge en grund för den analys av sanktionernas karaktär som företas i avhandlingens tredje del. Genom framställningen illustreras hur flytande gränsen är mellan straff och olika typer av administrativa sanktioner.

3.3.3.1 Förverkande av ställd säkerhet

En särskilt omdebatterad övernationell sanktionsform har varit förverkande av ställda säkerheter. Inom den gemensamma jordbrukspolitiken används ofta systemet att den som önskar erhålla en viss förmån eller ett visst tillstånd får det endast i utbyte mot att säkerhet ställs.[140] Säkerheten skall garantera att de villkor (dvs. den frivilligt påtagna förpliktelse) som

[138] Så t.ex. Jescheck & Weigend 1996 s. 185 och Vogel 1993 passim.
[139] Se bedömningen i C-365/92 *Schumacher* [1993] ECR I-6071 s. 6094 punkt 30.
[140] Systemet med säkerheter används också inom tullrätten samt inom ramen för Parisfördraget. Se härom Pache 1994 s. 257 f.

är förenade med förmånen eller tillståndet uppfylls.[141] Om så likväl inte sker förverkas säkerheten.

Tre exempel på områden där denna form av säkerheter förekommer är följande:[142]

Import och export av varor till och från den gemensamma marknaden. För import och export fordras en licens som endast beviljas mot ställande av säkerhet. Säkerheten skall säkerställa att den självpåtagna förpliktelsen att importera eller exportera utförs och därigenom garantera att myndigheterna får tillförlitliga prognoser avseende framtida varuströmmar.[143]

Lagerhållning av överskottsvaror. Bidrag beviljas mot ställande av säkerhet för lagerhållning av överskottsvaror. Säkerheten skall här garantera att den självpåtagna förpliktelsen att lagra varorna uppfylls.[144]

Försäljning av överskottsvaror till ett subventionerat pris för vissa syften. EG säljer i vissa fall uppköpta överskottsvaror till rabatterat pris. Varorna får i dessa fall användas endast för vissa syften eftersom de annars skulle påverka den ordinarie marknaden. För att få köpa till det rabatterade priset fordras att man ställer en säkerhet motsvarande skillnaden mellan det rabatterade och det ordinarie priset.[145]

Redan år 1970, i fallen *Internationale Handelsgesellschaft* och *Köster*,[146] slog EG-domstolen fast att EG har kompetens att föreskriva dylika regler.[147]

Ett särskilt kännetecken för förverkandesanktionen är, såsom P. Tiedemann uttrycker det, dess "archaische Charakter".[148] Härmed avses att tillämpningen är mycket strikt och att ringa hänsyn tas till omständigheter i det enskilda fallet.[149] Exempelvis tas ingen som helst hän-

[141] Se t.ex. Emiliou 1996 s. 206.

[142] Se för liknande uppräkningar Emiliou 1996 s. 207, Hansen Jensen 1990 s. 49 f, P. Tiedemann 1983 s. 2727 vsp., Barents 1985 s. 240 samt mer ingående Heitzer 1997 s. 47 ff. Vissa gemensamma regler för systemet med säkerheter på jordbruksområdet finns i kommissionens förordning 2220/85.

[143] Se Pache 1994 s. 259 samt Dannecker 1995 s. 43.

[144] Se Pache 1994 s. 259 f.

[145] Pache 1994 s. 260.

[146] C-11/70 *Internationale Handelsgesellschaft* [1970] ECR 1125 samt C-25/70 *Köster* [1970] ECR 1161.

[147] Se Emiliou 1996 s. 208 f.

[148] P. Tiedemann 1983 s. 2727 vsp.

[149] P. Tiedemann 1983 s. 2727 hsp.

syn till skuldfaktorer. Det enda undantag som erkänns är fall av *force majeure*.[150]

En sak som bör noteras, och som i viss utsträckning förbigås av P. Tiedemann, är att det som gör tillämpningen strikt är det faktum att sanktionen är kopplad till en redan tillräknad förpliktelse. Se härom nedan i avsnitt 6.4. Det krävs följaktligen inget tillräknande utan det är från början klart vem som skall drabbas av en sanktion om förpliktelsen inte utförs.

Ett centralt tema i EG-domstolens praxis rörande förverkande av säkerheter har varit huruvida den aktuella regleringen varit förenlig med proportionalitetsprincipen (dvs. den förvaltningsrättsliga A-proportionaliteten; se nedan kapitel 4).[151] Man kan uttrycka det så att proportionalitetsprincipen också i detta fall uppställer en (visserligen mycket generöst tilltagen) gräns för hur strikt en reglering får vara. Regleringen får s.a.s. inte vara mer strikt än vad som krävs för att den skall kunna fylla sitt syfte.

Denna avvägning diskuterades redan i de ovan båda nämnda fallen, *Internationale Handelsgesellschaft* och *Köster,* varvid domstolen fann att det var förenligt med proportionalitetsprincipen att begränsa de fall då säkerheten (trots att förpliktelsen inte utförts) inte förverkas till situationer av force majeure-karaktär.[152]

En viss moderation av den strikta tillämpningen åstadkoms dock genom rättsfallen *Buitoni* och *Man* vari domstolen slog fast att det inte är förenligt med proportionalitetsprincipen att använda samma sanktion, dvs. ett totalt förverkande av den ställda säkerheten, både för brott mot en huvudförpliktelse och för brott mot en biförpliktelse.[153] Om säkerheten gäller en exportlicens kan t.ex. föreskrivas att säkerheten skall förverkas både om (1) exporten inte utförs, och (2) om bevis för detta inte lämnas in inom en viss föreskriven tid. I ett sådant fall är det inte förenligt med proportionalitetsprincipen att sanktionen är densamma för både (1) huvud- och (2) biförpliktelsen.

I fallet *Atalanta* kan man se att domstolen inte bara uttalar att sanktionen inte får vara lika sträng för både huvud- och biförpliktelser utan

[150] Se härom nedan i avsnitt 6.4 och vidare t.ex. Hansen Jensen 1990 s. 50 f samt rättsfallen C-4/68 *Schwarzwaldmilch* [1968] ECR 377, C-42/79 *Milch-, Fett- und Eier* [1979] ECR 3703 samt C-20/84 *De Jong* [1985] ECR 2061.

[151] Se för en redogörelse för ett tiotal olika fall Emiliou 1996 s. 206 ff.

[152] C-11/70 *Internationale Handelsgesellschaft* [1970] ECR 1125 s. 1138 punkt 25 samt C-25/70 *Köster* [1970] ECR 1161 s. 1177 punkt 40. Se även t.ex. Hansen Jensen 1990 s. 52 f.

[153] C-122/78 *Buitoni* [1979] ECR 677 s. 685 punkt 20 samt C-181/84 *Man* [1985] ECR 2889 s. 2903 punkt 20.

därtill uppställer ett generellt krav på att sanktionen måste vara "commensurate with the degree of failure to implement the contractual obligations or with the seriousness of the breach of those obligations".[154]

I vissa andra fall har dock domstolen godtagit att även mycket begränsade överträdelser har medfört förverkande av hela den ställda säkerheten.

Som illustration skall ett antal rättsfall kort refereras.[155]

C-147/81. Ett bolag hade importerat tretton ton fryst kött till Tyskland. Mot ställande av säkerhet och under villkor av att köttet inom tre månader skulle användas för tillverkning av vissa andra varor, behövde någon importavgift inte betalas. Vid kontroll framkom att 8 ton av köttet hade använts i produktionen först 1–12 dagar efter utgången av tremånadersfristen. Säkerheten förklarades förverkad i sin helhet. EG-domstolen fann att det på grund av marknadstekniska skäl var nödvändigt med en strikt tremånadersgräns varför åtgärden också var förenlig med proportionalitetsprincipen.[156]

C-66/82. Ett bolag hade köpt in smör vilket tillhandahölls till ett reducerat pris under förutsättning att smöret inom en viss tid skulle användas för vissa speciella syften. Bolaget överskred den tidsgräns som satts upp varvid myndigheterna beslöt att förverka säkerheten. Bolaget hävdade att det stred mot proportionalitetsprincipen att, på grund av mindre överträdelser av villkoren, förverka hela säkerheten. Samma sanktion användes mot bolag som inte följt några av de villkor som uppställts. Domstolen slog fast att varje överträdelse kunde äventyra syftet med regleringen varför regleringen var förenlig med proportionalitetsprincipen.[157]

C-56/86. Ett bolag hade erhållit uppdraget att leverera 755 ton socker som bistånd till UNWRA.[158] För att få uppdraget var bolaget tvunget att ställa en säkerhet om 37 750 ECU. Säkerheten skulle enligt den förordning som reglerade förfarandet – med undantag för fall av force majeure – förverkas om socker inte levererades i enlighet med de villkor som uppställts. Bolaget levererade socker i föreskriven kvantitet men sockret

[154] C-240/78 *Atalanta* [1979] ECR 2137 s. 2151 punkt 15. Se också Hansen Jensen 1990 s. 56 f (särskilt s. 57).
[155] Se även C-21/85 *Maas* [1986] ECR 3537, C-137/85 *Maizena* [1987] ECR 4587 samt C-199/90 *Italtrade* [1991] I-ECR 5545.
[156] C-147/81 *Merkur Fleisch-Import* [1982] ECR 1389.
[157] C-66/82 *Fromançais* [1983] ECR 395.
[158] United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees.

höll en för låg kvalitetsgrad (3 istället för 2). EG-domstolen fann att det inte fanns några hinder mot att förverka hela säkerheten.[159]

Som närmare skall behandlas i kapitel 4 kan domstolens behandling av proportionalitetsprincipen ifrågasättas; det synes vara så att domstolen i viss utsträckning blandar ihop den EG-rättsliga administrativa principen med den straffrättsliga. Detta kan enligt min mening vara en förklaring till att praxis framstår som så ojämn.[160] Det är nämligen mycket lättare att underkänna en reglering som disproportionell om man tillämpar den straffrättsliga proportionalitetsprincipen.

Att straffrättsliga principer blandas in i bilden kan i en mening sägas vara naturligt eftersom förverkandesanktionen i viss utsträckning uppvisar punitiva drag. Mycket av den debatt som förts om sanktionsformen har handlat om dess rättsliga karaktär.[161]

Härvid är att observera att säkerheterna kan indelas i åtminstone två grupper. För det första har vi säkerheter vilka har som syfte att skydda en – eventuellt uppkommande – fordran som gemenskapen har gentemot den enskilde. Ett exempel på detta är säkerheter som ställs vid köp av överskottsvaror till rabatterat pris. Det rabatterade priset ges här under förutsättning av att varorna används bara för vissa särskilda ändamål. Här kan säkerheten tas i anspråk för att vid felaktig användning av varorna upprätthålla status quo.[162] Denna typ av säkerheter kallas i tysk doktrin "Restitutionskautionen"[163] eller "Sicherheiten zur Abdeckung eines finanziellen Risikos der Verwaltung".[164] I den följande framställningen används termen *restitutiva säkerheter* för denna typ av säkerheter.

För det andra har vi säkerheter vilka inte kan sägas utgöra säkerheter i egentlig mening eftersom de inte säkerställer, utan ersätter, en viss före-

[159] C-56/86 *Société pour l'exportation* [1987] ECR 1423.

[160] Jfr här Barents 1985 s. 247 f som tycker att domstolen (i sin praxis efter *Buitoni* och *Atalanta*) går för långt i riktning mot effektivitet när den godtar att även mindre överträdelser möts av totalt förverkande. Barents menar härvid att den enskilde åtminstone borde kunna exculpera sig. Se häremot Hansen Jensen 1990 s. 60 och 69 som förklarar EG-domstolens hållning utifrån proportionalitetsprincipen. Man kan härvid ge båda rätt: Hansen Jensen har rätt i att den EG-rättsliga proportionalitetsprincipen tillåter ett så långt gående effektivitetstänkande som domstolens praxis ger uttryck för, medan Barents har rätt i att ett dylikt rent effektivitetstänkande är betänkligt från rättssäkerhetssynpunkt.

[161] Se t.ex. P. Tiedemann 1983 passim samt Möller 1990 s. 169 ff samt nedan i kapitel 12.1.2.

[162] Se Dannecker 1995 s. 44.

[163] P. Tiedemann 1983 s. 2728 hsp. Se även Möller 1990 s. 123 och Heitzer 1997 s. 61 f.

[164] Möller 1990 s. 124 och Pache s. 261 f.

teelse. En säkerhet bestående av pengar kan givetvis inte säkerställa annat än att en penningförpliktelse utförs.[165] Exempel på säkerheter som på detta sätt inte är avsedda att säkra en penningförpliktelse är de som ställs för erhållande av exportlicens. Om export inte sker inom viss tid så förverkas säkerheten. Det står i detta fall klart att säkerheten inte garanterar att exportförpliktelsen utförs utan istället utgör en ersättning för att förpliktelsen inte utförts.[166] I det följande kallas denna typ av säkerheter för *punitiva säkerheter.*

När det har talats om att säkerhetsregleringarna utgör en sorts förklädd straffrätt har kritiken riktat sig mot de punitiva säkerheterna. Dessa säkerheter syftar ju – liksom straffen – till rättsenligt beteende genom hot om något ont.[167] En ingående diskussion om de olika EG-rättsliga sanktionernas karaktär skall föras nedan i kapitel 12.

3.3.3.2 Tillbakabetalning med strafftillägg eller straffränta

Tillbakabetalning med ett tillägg används som sanktion inom ramen för den gemensamma jordbrukspolitiken. Sanktionen fungerar helt enkelt så att den som erhållit bidrag på felaktiga grunder får betala tillbaka inte bara bidragsbeloppet jämte ränta utan också ett extra tillägg.

Att det är tillåtet att kräva tillbakabetalning av medel vilka, på grund av slarv eller felaktiga upplysningar från den gynnade, har utbetalats på felaktiga grunder står klart.[168] När återbetalning skall ske med ränta eller särskilda påslag börjar emellertid företeelsen få karaktären av en straffsanktion.

Ett exempel på en reglering som innehåller tillbakabetalning med ett tillägg är den som bedömdes i det ovan omtalade fallet *Germany v Commission.*[169] I detta fall var det förordning 3813/89 i lydelse enligt förordning 1279/90 som var att tillämpa. (Förordningen, som numera är upphävd, innehåller regler om tillämpning av systemet med "transnationellt" stöd till jordbruket.) I denna förordning stadgades att om det kan fastställas att den felaktiga utbetalningen av bidrag beror på "serious irregularities on the part of the farmer" så skall behörig myndighet i den berörda medlemsstaten ålägga jordbrukaren att – utöver bidragsbeloppet

[165] P. Tiedemann 1983 s. 2728 hsp.
[166] Se P. Tiedemann 1983 s. 2728 hsp., Dannecker 1995 s. 45 och Heitzer 1997 s. 62.
[167] Se Pache 1994 s. 262 f samt P. Tiedemann 1983 s. 2729 vsp.–hsp.
[168] Se t.ex. Vervaele 1994 s. 181 f. Krav på återbetalning hanteras av medlemsstaterna, se t.ex. Pache 1994 s. 270 ff.
[169] C-240/90 *Germany v Commission* [1992] ECR I-5383. I fallet ifrågasattes inte EG:s legislativa kompetens rörande tilläggen, men Tyskland hävdade att denna kompetens måste utövas av rådet. Se vidare rättsfallet s. 5387 hsp. samt s. 5432 punkt 30.

jämte ränta – betala ett extra belopp omfattande 30 % av det felaktigt erhållna bidraget eller ett belopp omfattande mellan 20 och 40 % beroende på svårheten i det enskilda fallet.[170]

På ett liknande sätt stadgas idag i artikel 11.3 förordning 3665/87 såsom ändrad enligt förordning 2945/94 – med allmänna tillämpningsföreskrifter för systemet med exportbidrag för jordbruksprodukter – att i de fall ett felaktigt bidrag betalats ut så skall mottagaren återbetala det felaktiga beloppet inklusive ett sanktionsbelopp motsvarande hälften av skillnaden mellan det begärda bidraget och det bidrag som exportören faktiskt haft rätt till. I de fall felaktigheterna beror på att exportören med avsikt lämnat oriktiga uppgifter skall sanktionsbeloppet motsvara två gånger skillnaden mellan det begärda bidraget och det bidrag som faktiskt skulle utbetalas.

En fråga som kan ställas är om det finns några gränser för hur stort detta påslag får vara. Här liksom på andra områden torde EG-domstolen tillmäta proportionalitetsprincipen avgörande betydelse. Som en utångspunkt kan tas rättsfallet *Plange Kraftfutterwerke*, som rörde ett fall där exportersättning utbetalats i förskott. Här menade domstolen att ett påslag om totalt 20 % inte stod utom proportion till målet, som angavs vara att se till att den berörde inte skulle erhålla någon otillbörlig vinst. Som skäl för att godta detta påslag angav domstolen förhållandet att förordningen skulle tillämpas i samtliga medlemsstater, vilka hade olika räntesatser, samt att det var ovisst hur lång tid det skulle ta innan tillbakabetalning faktiskt skedde.[171] I detta fall var dock påslaget endast avsett att kompensera den vinst som det berörda företaget njutit av att ha fått förskottsbetalning på en ersättning som det rätteligen aldrig skulle ha erhållit. Med tanke på detta, dvs. att denna reglering inte hade något punitivt syfte, torde kunna sägas att det bör vara tillåtet med betydligt större påslag om det är fråga om ett regelrätt strafftillägg.

Det har förekommit förordningar som föreskrivit ett strafftillägg motsvarande 100 % av det bidrag som beviljats. Enligt den numera upphävda förordning 3029/90 (som innehöll regler om tillämpning av förordning 1196/90 om stabilisering av EG:s produktion av mandariner) skulle utöver tillbakabetalning jämte ränta erläggas ett belopp som motsvarade den utbetalda premien.[172]

[170] Förordning 1279/90 artikel 13.3 b.

[171] C-288/85 *Plange Kraftfutterwerke* [1987] ECR 611 s. 626 punkt 15.

[172] Se härom även Pache 1994 s. 276. Ett tillägg om 100 % skulle knappast godtas av EG-domstolen om målet med tillägget var att undvika otillbörlig vinst. Däremot är det på intet sätt troligt att domstolen skulle underkänna ett tillägg om 100 % om tillägget var avsett att utgöra en sanktion avsedd att avhålla jordbrukare från att uppge felaktiga uppgifter i sina bidragsansökningar.

3.3.3.3 Minskning av bidrag

En sanktion som återfinns i ett stort antal förordningar är minskning av bidrag. Detta innebär alltså inte endast att den som lämnat felaktiga uppgifter, eller annars förfarit på icke föreskrivet sätt, blir av med den del av bidraget som är hänförligt till felaktigheterna, utan även att han blir fråntagen en del av det bidrag som han faktiskt hade rätt till.

Sanktionen är smidig på så vis att den utan hjälp utifrån kan hanteras av de nationella myndigheter som har att utbetala bidragen. Detta medför att sakförhållandena i fallet bara behöver fastställas en gång.[173] En nackdel med sanktionsformen är dock att den bara kan användas i fall när det faktiskt finns ett anspråk på bidrag. Därför behöver sanktionsformen kompletteras t.ex. med någon form av strafftillägg.[174]

Ett exempel på en dylik reglering finns i kommissionens förordning 2921/90 om stöd till produktionen av kasein från skummjöl. Där stadgas i artikel 5.5 att:

– för felaktigheter vilka motsvarar en avvikelse från verkligheten med mindre än 8 % sker en minskning av bidraget med 15 %,

– för felaktigheter vilka motsvarar en avvikelse från verkligheten med 8–20 % sker en minskning med 50 %,

– för felaktigheter vilka motsvarar en avvikelse på mer än 20 % dras bidraget i sin helhet in.

Det kan noteras att det enda som har betydelse för hur stor minskningen skall bli är den faktiska avvikelsen från verkliga förhållanden. Vad den sökande förstått eller bort förstå är sålunda irrelevant. Denna relativa enkelhet är tillskapad i syfte att göra förfarandet så enkelt som möjligt.[175] Undantag för force majeure-situationer görs dock.

På motsvarande sätt finns i förordning 3887/92 – med tillämpningsföreskrifter för det integrerade administrations- och kontrollsystemet för vissa av gemenskapens stödsystem – regler avseende minskning av bidrag med i det närmaste strikt ansvar (dvs. undantag görs endast för force majeure), se artiklarna 9 och 10. Här beaktas dock skulden på så vis att om jordbrukaren i fråga lämnat oriktiga uppgifter uppsåtligen eller av grov oaktsamhet så kan ytterligare sanktioner följa.

Sanktionen är dock inte enhetligt utformad överallt där den förekommer. Enligt artikel 11 i, ovan omnämnda, förordning 3665/87 såsom ändrad enligt förordning 2945/94 – med allmänna tillämpningsföreskrifter för

[173] Jfr Pache 1994 s. 274.

[174] Så sker t.ex. i förordning 3665/87 om allmänna tillämpningsföreskrifter avseende systemet med exportbidrag för jordbruksprodukter, såsom ändrad enligt förordning 2945/94, artikel 11.

[175] Pache 1994 s. 273.

systemet med exportbidrag för jordbruksprodukter – kan t.ex. viss hänsyn tas till den bidragssökandes skuld.[176] Enligt artikel 11 skall, om det konstateras att en exportör sökt stöd för mer än han haft rätt till, som huvudregel bidraget minskas med hälften av skillnaden mellan det begärda bidraget och det bidrag som exportören faktiskt haft rätt till.

Om exportören med "avsikt" lämnat felaktiga upplysningar skall dock bidraget minskas med ett belopp motsvarande "två gånger skillnaden mellan det begärda bidraget och det bidrag som gäller för den faktiska exporten". Skulle denna minskning leda till att bidraget s.a.s. blir negativt åligger det exportören att betala detta belopp. I dessa fall uppkommer således skyldighet att betala någon form av straffavgift.

3.3.3.4 Uteslutning från bidragssystem

Liksom beträffande förverkandesanktionen har diskussionen rörande uteslutning från bidragssystem främst rört sanktionens karaktär. I EG-domstolens praxis har upprepade gånger framhållits att det överhuvudtaget inte är fråga om en sanktion utan om ett villkor som måste uppfyllas för att den berörde skall kunna få ta del av vissa näringspolitiska instrument.[177]

I det ovan omtalade rättsfallet *Germany v Commission* ifrågasattes EG:s kompetens att föreskriva att uteslutning skall ske. Den reglering som var uppe till bedömning föreskriver att den jordbrukare som är ansvarig för att felaktiga uppgifter föranlett att för mycket bidrag utbetalats, skall uteslutas från bidragssystemet under det räkenskapsår som följer på det räkenskapsår under vilket oegentligheterna fastställts.[178]

Pache har karaktäriserat uteslutning som "eine zum Schutz der Gemeinschaftsfinanzen vor Unregelmäßigkeiten und Betrügereien gut geeignete Sanktion".[179] Detta skulle bero dels på sanktionens ingripande karaktär – subventioner har inte sällan avgörande betydelse för jordbrukare inom EU – dels på att sanktionen kan handhas på ett snabbt och effektivt sätt av de nationella myndigheter som handhar subventionssystemet.

Liksom beträffande minskning av bidrag har sanktionsformen dock den nackdelen att den endast kan fylla sitt syfte när ett faktiskt anspråk på bidrag existerar.

[176] Se förordning 2945/94 artikel 1 (ändring av artikel 11 i förordning 3665/87). Jfr dock även artikel 20.3 b i nämnda förordning 3665/87 i lydelse enligt förordning 1384/95, där undantag endast görs för force majeure-situationer.
[177] Se t.ex. Vervaele 1994 s. 183.
[178] Förordning 1279/90 artikel 13.3 c.
[179] Pache 1994 s. 277.

Stadganden om uteslutning finns bl.a. i artikel 5.6 i ovan nämnda förordning 2921/90 (om stöd till produktionen av kasein från skummjölk):

> "Om kontrollen visar att den skillnad som avses i punkt 5 [dvs. mellan stöd för vilket ansökan ingivits och stöd som rätteligen kan beviljas enligt förordningen] har uppstått på grund av ett fel, antingen avsiktligt eller genom grov försumlighet, i den ansökan som ingivits, skall sökanden avstängas från stöd i sex månader från och med dagen för meddelandet om sådan avstängning."

Enligt denna förordning fordras således uppsåt eller grov oaktsamhet för att uteslutning skall bli aktuell. Så är fallet också enligt artikel 14 i förordning 3445/90 och artikel 20.3 i förordning 746/96.[180] Här kan också hänvisas till artiklarna 9 och 10 i tidigare nämnda förordning 3887/92 där systemet är uppbyggt i tre steg. I fall av felaktiga uppgifter finns först en möjlighet att minska bidraget (strikt ansvar). Påvisas grov oaktsamhet kan jordbrukaren uteslutas från det *berörda* stödsystemet under innevarande kalenderår. Om de felaktiga uppgifterna lämnats uppsåtligen kan jordbrukaren uteslutas från samtliga stödsystem (som nämns i en viss förordning) påföljande kalenderår.

Systemet är emellertid inte regelmässigt utformat på detta sätt. I artikel 8.2 förordning 1738/89 – om produktionsstöd för durumvete – stadgas t.ex. följande:

> "Om den överstigande delen överskrider de gränser som avses i punkt 1 [dvs. utgör mer än 10 % eller mer än 1 hektar], skall ansökan om stöd för det aktuella regleringsåret avslås. Dessutom skall de arealer som under det aktuella regleringsåret utgör del av sökandens företag ej vara berättigade stöd för det påföljande regleringsåret."

Här finner vi inget krav på uppsåt eller grov oaktsamhet. I förordningar från senare tid synes det dock regelmässigt vara så att uteslutning fordrar någon form av skuld.

3.3.3.5 Vissa särskilda sanktioner

I vissa förordningar finns ytterligare speciella former av sanktioner. Dessa kallas av Vervaele "Sanctions Sui Generis or Fines in Disguise".[181]

[180] Se även artikel 9.6 förordning 714/89 och artikel 6.6 förordning 3007/84 såsom den ändrats genom förordning 1260/90. Båda förordningarna är numera upphävda.
[181] Vervaele 1994 s. 184.

En form av sanktion finns i artiklarna 9 och 15 förordning 2960/77 där det stadgas att köpare av olivolja som inte hämtar sin olja i tid får betala en lageravgift. EG-domstolen har uttalat att denna avgift är en sorts sanktion som till sin natur påminner om ett vite. Avgiften överstiger nämligen de faktiska kostnaderna för lagerhållningen av oljan. Vervaele godtar här inte EG-domstolens karaktäristik av sanktionen: "It is actually a fine."[182] Det som skiljer denna avgift från ett vanligt kontraktsvite är dock endast att föreskriften finns i en EG-rättslig förordning.

En annan sanktion som diskuteras av Vervaele är den som finns i förordning 2200/87. Enligt denna förordning fordras att den som å EG:s vägnar skall leverera bistånd i form av mat ställer en säkerhet. Denna säkerhet kan förverkas i sin helhet om uppdraget inte utförs eller med 1/1000 per dag som leveransen är försenad. Denna form av sanktion vill Vervaele också karaktärisera som böter.[183] Det synes dock vara svårt att hävda att denna form av förverkande på något avgörande sätt skiljer sig från den som diskuterats i avsnitt 3.3.3.1.

I vissa fall skall enligt förordningens ordalydelse hela säkerheten lämnas ut även om vissa villkor inte uppfyllts. Kommissionen försökte i fallet *Vandermoortele* tillämpa ovanstående reduktion analogt vilket inte godtogs av domstolen eftersom reduktionen är att anse som en sanktion.[184]

I detta sammanhang kan också nämnas rådets förordning 1469/95 som handlar om identifiering och anmälan av – ordagrant – "de som uppvisar risk för opålitlighet". Syftet med förordningen är att medlemsstaterna skall identifiera de juridiska och fysiska personer som uppvisar risk för opålitlighet i olika sammanhang och informera såväl berörda nationella myndigheter som kommissionen. Det rör sig således om regelrätt svartlistning. Gentemot de som svartlistas skall vidtas skärpta kontroller, tillfällig indragning av utbetalningar samt uteslutande från vissa transaktioner. Åtminstone den sistnämnda åtgärden, som såvitt kan förstås är detsamma som uteslutning från subventionssystemen, är sanktionsliknande.

[182] Vervaele 1994 s. 184.
[183] Vervaele 1994 s. 184.
[184] C-172/89 *Vandermoortele* [1990] I-ECR 4677 s. 4692 punkterna 8–15 (särskilt punkterna 9 och 13).

3.3.3.6 Ramförordningen 2988/95

För samtliga typer av de nu beskrivna sanktionerna kommer fortsättningsvis rådets förordning 2988/95 att gälla.[185] Förordningen innehåller vissa allmänna regler rörande gemenskapsrättens sanktioner. Bl.a. finns bestämmelser om legalitet, preskription, sanktionsformer samt om samordning mellan straffrättsliga och administrativa förfaranden. I vissa av artiklarna i förordningen stadgas dock uttryckligen att de inte skall påverka tillämpningen av sanktionsregler vilka utfärdats innan förordningen trätt i kraft.

Den mest genomgripande förändringen sker, såvitt jag kan se, i förordningens artikel 5.2. Där sägs att administrativa sanktioner såsom de som uppräknas i artikel 5.1 – böter, strafftillägg, minskning av bidrag, uteslutning från bidragssystem, förlust av säkerhet osv. – får utdömas utan att uppsåt eller oaktsamhet föreligger *endast under förutsättning att sådana sanktioner är nödvändiga för att säkerställa en korrekt tillämpning av reglerna.* Detta innebär alltså en begränsning av användningen av sanktioner som kan utdömas oberoende av skuld. Visserligen följer en sådan begränsning redan av den EG-rättsliga proportionalitetsprincipen, men det torde likväl vara av värde att begränsningen anges särskilt i ett sanktionsrättsligt sammanhang.

För att dylika sanktioner skall kunna utdömas oberoende av skuld torde i fortsättningen krävas att det i samband med utfärdandet av ifrågavarande förordning motiveras varför sådana sanktioner är nödvändiga.[186]

Se beträffande förordningen också avsnitt 5.3.

3.4 Om förhållandet mellan systemen

EG-rätten kan i sanktionsrättsligt hänseende sägas verka på två plan. Det förekommer sanktioner både i den nationella (straff)rätten och i den övernationella EG-rätten. Detta leder – som alltid när flera sanktionssystem skall samverka – till att det uppstår risker för dubbla förfaranden och dubbelbestraffning.

Dessa risker är, och kan förmodas komma att fortsätta vara, särskilt stora dels på det konkurrensrättsliga området, dels på det område som kan karaktäriseras med orden "skyddet för EG:s finansiella intressen" (med åtföljande sanktioner riktade mot bidragsfusk etc.).

[185] Se beträffande förordningen också SOU 1997:127, del A s. 171 ff och 355 ff samt Heitzer 1997 s. 121 ff.

[186] Den skeptiskt lagde kan dock förmoda att relativt många sanktioner med strikt ansvar kommer att anses nödvändiga.

Inom konkurrensrätten har sedan många år tillbaka nationella konkurrenslagar existerat parallellt med EG:s konkurrensrätt och det är givet att vad som är en överträdelse av EG-rätten i praktiken ofta också kan utgöra en överträdelse av nationella regler.[187] Frågor om dubbelbestraffning har därför aktualiserats flera gånger.

I fallet *Walt Wilhelm* från 1968 förklarade EG-domstolen att vid parallella bötesförfaranden inom konkurrensrätten "a general requirement of natural justice ... demands that any previous punitive decision must be taken into account in determining any sanction which is to be imposed".[188] Detta avräkningskrav bekräftades senare i en dom från 1972 och har därefter nyligen aktualiserats i förstainstansrättens praxis.[189] Kravet gäller oberoende av i vilken ordning besluten kommer, dvs. det är inte bara nationella myndigheter som måste beakta kommissionens bötesbeslut utan även det omvända gäller.[190]

Vad gäller bidragsbedrägerierna är en dylik tvåspårighet också tydlig. Under 1995 antogs dels en konvention (som förpliktar medlemsstaterna att bestraffa bedrägerier som riktar sig mot EG),[191] dels en ramförordning avseende övernationella administrativa sanktioner.[192] Beträffande samordningen mellan dessa instrument finns vissa bestämmelser i förordningen.[193]

I artikel 6.1–6.4 sägs att den myndighet som utdömer "ekonomiska sanktioner som administrativa böter" kan avbryta förfarandet om ett straffrättsligt förfarande inletts avseende samma förhållanden. När det straffrättsliga förfarandet avslutats kan det administrativa förfarandet dock återupptas "i den mån detta inte strider mot allmänna rättsgrundsatser". Om förfarandet återupptas skall man dock vid utdömande av de administrativa sanktionerna beakta den sanktion som ådömts i det straffrättsliga förfarandet.

[187] Se om denna parallellitet Wahl 1995 passim.

[188] C-14/68 *Walt Wilhelm* [1969] ECR 1 s. 15 punkterna 10 och 11.

[189] Se C-7/72 *Boehringer* [1972] ECR 1281 s. 1289 punkt 3 samt förstainstansmålen T-141/89 *Tréfileurope* [1995] REG II-791 s. 859 ff punkterna 188–192, *T*-147/89 *Société métallurgique* [1995] REG II-1057 s. 1060 punkt 9, T-148/89 *Tréfilunion* [1995] REG II-1063 s. 1121 ff punkterna 149–153, T-149/89 *Sotralentz* [1995] REG II-1127 s. 1142 f punkt 29 och T-151/89 *Société des treillis* [1995] REG II-1191 s. 1194 punkt 9.

[190] Detta framgår inte klart av C-14/68 *Walt Wilhelm* [1969] ECR 1, men däremot av de övriga domar som nämnts. Kravet torde för övrig gälla också om sanktion tidigare påförts för samma överträdelse i tredje land, se von der Groeben, Thiesing & Ehlermann 1991 s. 1985 rdnr 10.

[191] Se ovan vid noterna 8 och 9.

[192] Se föregående avsnitt.

[193] Se härom också Heitzer 1997 s. 170 ff.

Denna samordning skall dock enligt artikel 6.5:

> "inte tillämpas på ekonomiska sanktioner som utgör en nödvändig del av de ekonomiska bidragssystemen och som kan tillämpas oberoende av eventuella straffsanktioner om och i den mån den inte är att jämställa med sådana sanktioner".

Denna bestämmelse får antagligen förstås så att man velat möjliggöra att vissa sanktionstyper skall kunna utdömas oberoende av huruvida straffrättsliga sanktioner utdömts eller ej. Man förefaller dock inte ha velat, eller kunnat, specificera vilka typer av sanktioner detta gäller: det står ju inte annat än att sanktioner vilka *kan* användas oberoende av de nationella straffrättsliga systemen, *får* användas oberoende av dessa. (Jfr dock orden "ekonomiska sanktioner som administrativa böter" i artikel 6.1.)

Vilka sanktioner som har sådan karaktär att de kan användas oberoende av det straffrättsliga systemet är svårt att säga.

Rena bötessanktioner bör åtminstone, med tanke på de ovan återgivna konkurrensrättsliga fallen, falla under samordningsförfarandet. Hur man skall se på de andra administrativa sanktioner som förekommer (såsom strafftillägg, minskning av bidrag och uteslutning från bidragssystemen) är mer osäkert. Kommissionsföreträdare har vid seminarier uttryckt sig så att ne bis in idem-grundsatsen och avräkningsprincipen inte är tillämpliga på dessa sanktioner: "they are not such sanctions".[194] I kommissionens årsrapport om bedrägeribekämpning avseende år 1995 sägs beträffande detta att "[g]ällande gemenskapsrätt respekteras genom att administrativa straffavgifter på jordbruksområdet uttryckligen undantas från bestämmelserna om avbrott i förfarandet".[195] Å andra sidan är klart att t.ex. strafftilläggen i praktiken fungerar som en bötessanktion.

[194] Nicholas Martyn på seminarium i Dublin den 1 juni 1995.
[195] Skydd av gemenskapens finansiella intressen, årsrapport 1995, KOM(96) 173 slutlig s. 12.

3.5 Sammanfattning i tabellform

Som en sammanfattning av det sagda ges här två figurer som beskriver strukturen i förhållandet mellan EG-rätten och straffrätten (i vid mening).

A. EG-rättslig påverkan på nationell straff- och sanktionsrätt

Positiv				*Negativ*
Primärrättslig		Sekundärrättslig		Artikel 5 Romfördraget
Specifik	Allmän	Förordningar	Direktiv	– frånvaro av visst straffstadgande, *eller* – existerande stadgande får ej tillämpas
Ex: Euratom artikel 194	*Följer av:* Romfördraget artikel 5	*Ex:* Förordning 746/96 artikel 20.2	*Ex:* Direktiv 592/89 artikel 13	*Ex:* C-358/93 & C-416/93 *Bordessa* [1995] REG I-361

B. Övernationell sanktionsrätt

Kompetens:	***Omedelbar övernationell sanktionsrätt***	***Medelbar övernationell sanktionsrätt***
Legislativ	EG (förordning)	EG (förordning)
Judiciell	EG (kommissionen)	MS (myndighet)
Exekutiv	MS (myndighet)	MS (myndighet)
Förekomst	*Ex:* Förordning 17/62 artikel 15	*Ex:* Förordning 2921/90 artikel 5

4 Proportionalitet

4.1 Introduktion

Proportionalitet som allmän princip har betydelse på ett flertal områden inom EG-rätten.[1] Av straffrättsligt intresse är bland annat att proportionalitet är ett av de tre krav som ställs på de sanktioner som medlemsstaterna skall föreskriva.[2] Vad som nedan sägs har även betydelse för den övernationella sanktionsrätten; analysen nedan utgår ifrån fall där frågan om övernationella sanktioners proportionalitet har bedömts av EG-domstolen. I sanktionsrättsligt sammanhang har EG-domstolen också använt proportionalitetsprincipen för att avgöra huruvida ett brott mot skuldprincipen är befogat. I detta kapitel skall principen beskrivas och analyseras, och det skall påvisas hur den förhåller sig till vissa allmänna straffrättsliga principer.

Som ovan nämnts spelar allmänna rättsprinciper en mycket stor roll inom gemenskapsrätten och det torde inte vara någon överdrift att påstå att en av de viktigaste av dessa principer är just proportionalitetsprincipen.[3] Principen kan sägas ha bl.a. följande viktiga funktioner.

För det första fungerar den som en säkerhetsspärr för individer och företag i relationen gentemot gemenskapen; när bördor åläggs enskilda får institutionerna endast vidta åtgärder vilka är "necessary and appropriate".[4] Förstådd på detta vis utgör principen en standard som kan

[1] Principen har stor betydelse också i många enskilda stater såsom bl.a. Tyskland, Schweiz och USA. Se Ress 1985 s. 6 f och 15, Nergelius 1996 s. 247 ff, 454 f och 719 ff och Bull 1997 s. 443 ff.

[2] Sanktionerna skall, som ovan diskuterats i avsnitt 3.2.1.1, vara effektiva, proportionella och avskräckande.

[3] Se t.ex. Schwarze 1993 s. 677 med vidare hänvisningar och Barents 1994 s. 61.

[4] Se t.ex. Weatherill & Beaumont 1995 s. 259 ff, Nan Rasmussen & Schønberg 1994 s. 46 och Gydal 1996 s. 20 f.

användas för att mäta hur långt gemenskapen kan gå i syfte att främja det allmännas bästa.[5]

För det andra används principen för att kontrollera att avvikelser från gemenskapsrätten som medlemsstaterna gör med hänsyn till folkhälsan etc. (artikel 36 i Romfördraget) är proportionella, dvs. att avvikelsen är rimlig i förhållande till det intresse som motiverar den.[6] Här används principen således för att garantera att enhetligheten av gemenskapsrätten inte urholkas mer än vad som är absolut nödvändigt.

För det tredje är principen användbar vid kontroll av att gemenskapen håller sig inom den kompetens som givits den genom fördragen.[7] Åtgärder vilka inte är nödvändiga för att uppnå de mål som uttrycks i fördragen kan bli föremål för normprövning och sålunda förklaras vara ogiltiga. I detta ligger ett element av subsidiaritet: medlemsstaterna skall i princip göra allting som inte nödvändigtvis måste göras på gemenskapsnivå. Man kan säga att när väl subsidiaritetsprincipen är given konkretiseras dess innehåll genom proportionalitetsprincipen.

Nedan kommer intresset att fokuseras på principen i sin första funktion – som en säkerhetsspärr gentemot det allmänna, dvs. gemenskapen – och särskilt på de fall när principen tillämpas i samband med sanktioner.

När principen används på detta sätt är den emellertid något problematisk. Svårigheterna uppstår eftersom proportionalitetsprincipen inom EG-rätten kan sägas vara en förvaltningsrättslig princip[8] – som rör relationen mellan mål och medel (nedan kallad A-proportionalitet) – medan principen inom straffrätten snarast förstås som en princip som rör relationen mellan brott och straff och innebär att straffet skall stå i proportion till brottet (nedan kallad S-proportionalitet).

[5] Jfr för ett annat sätt att uttrycka principens funktion i detta hänseende Barents 1994 s. 358: "the main function of the proportionality principle is to prevent that these [fundamental] rights would constitute an actual restriction of the discretionary freedom of the Community legislator". Uttalandet bör – i princip – bemötas; fundamentala rättigheter, dvs. absoluta rättssäkerhetsgarantier, bör inte vara beroende av någon som helst avvägning. Att det ändå ligger viss realism i Barents uttalande kan knappast förnekas. Jfr t.ex. Ress 1985 s. 5 och 7 ff. Det står t.ex. klart att avvikelser från andra rättsstatliga principer som mer har tumregelkaraktär kan bedömas enligt proportionalitetsprincipen. Se nedan avsnitt 7.1.2.

[6] Se t.ex. Weatherill & Beaumont 1995 s. 468 f, Nan Rasmussen & Schønberg 1994 s. 51 och Hansen Jensen 1990 s. 42 f.

[7] Se Weatherill & Beaumont 1995 s. 14, Schwarze 1993 s. 713 med hänvisning till Ipsen, Barents 1994 s. 63, Emiliou 1996 s. 139 ff och Gydal 1996 s. 94 ff.

[8] Principen kan också karaktäriseras som konstitutionell, se Schwarze 1993 s. 718 som säger att det är omöjligt "to draw a clear distinction between constitutional principles and principles of administrative law".

Andrew von Hirsch har i ett annat sammanhang uttalat sig om de båda proportionalitetsprinciperna:

> "Med det sistnämnda [dvs. proportionalitet] avser jag inte det krav på att medlen skall vara ändamålsenliga i förhållande till målen som redan inryms i konstitutionell rättsvetenskap. Istället menar jag något specifikt för påföljdsbestämning: ett krav på att det ingrepp en påföljd innebär inte står i missförhållande till den brottsliga gärningens klandervärdhet."[9]

När principen inom EG-rätten används i samband med sanktioner finns, på grund av det ovan anförda, en viss risk för förvirring såtillvida att principerna sammanblandas. Enligt min mening kan man finna uttryck för denna förvirring både i EG-domstolens praxis och i doktrinen.[10]

Jag kommer i det följande inte att ge en komplett redogörelse för EG-domstolens praxis som rör proportionalitetsprincipen. Detta har redan förtjänstfullt gjorts av andra.[11] Min avsikt är att lägga tonvikten på analys snarare än på deskription och särskilt på att placera A-proportionaliteten i en straff- och sanktionsrättslig kontext.

Först kommer de båda proportionalitetsbegreppen – A-proportionaliteten och S-proportionaliteten – att beskrivas på ett ganska kortfattat sätt i syfte att skapa en grund för den kommande analysen (avsnitt 4.2 och 4.3). Därefter ges, som inledning till en analys av förhållandet emellan de båda principerna, exempel på att man i praxis inte riktigt lyckats hålla isär de båda varianterna (avsnitt 4.4). Sedan företas den egentliga analysen av principernas inbördes relation (avsnitt 4.5). Slutligen påvisas i all korthet att A-proportionaliteten egentligen har mer att göra med allmänprevention än med S-proportionalitet (avsnitt 4.6).

[9] von Hirsch 1996 s. 165.

[10] Om EG-domstolen se vidare nedan i avsnitt 4.4. Se också Wagemann 1992 s. 38 och Gydal 1996 s. 87 f som skriver att proportionalitetsprincipen kommer till uttryck i artikel 15.2 b i förordning 17/62. Se även Gydal 1996 s. 24. Denna bestämmelse rör tydligtvis S-proportionaliteten vilken inte kan likställas med den vanliga A-proportionaliteten som används inom EG. Jfr även P. Tiedemann 1983 s. 2730 hsp. som tycks mena att det inte är fråga om två olika principer utan endast om A-proportionalitet, vilken när den tillämpas på straffrätten innebär detsamma som S-proportionalitet.

[11] Se särskilt Schwarze 1993 s. 677–866. Se också Hansen Jensen 1990 och Emiliou 1996 passim.

4.2 A-proportionalitet

A-proportionaliteten har en lång historia i EG-rätten. Redan 1956 började EG-domstolen utveckla principen,[12] och den har därefter ständigt åberopats och diskuterats i nya rättsfall.[13] Principen utgör således utan tvivel en del av EG-rätten.[14]

Det är emellertid inte helt klart varifrån domstolen härleder principen; det finns ett flertal kandidater till titeln som proportionalitetens ursprung.[15]

För det första brukar anföras att principen har utvecklats från den företeelse vilken vi kan kalla den liberala staten vilken förväntas intervenera i medborgarnas liv endast när det är nödvändigt.[16] Släktskap med denna teori uppvisar också den teori som menar att proportionalitetsprincipen kan härledas ur rättsstatsprincipen (the rule of law).[17]

Man kan också härleda principen från medlemsstaternas rättssystem.[18] Den metod som används i detta sammanhang är den "wertenden Rechtsvergleichung" som beskrivits ovan i metodavsnittet.

Vidare finns visst stöd i fördragen för proportionalitetsprincipen. Artiklarna 40.3, 79.3 och 100a.4 i Romfördraget har t.ex. ansetts uttrycka – genom att ord som erforderlig och nödvändig nämns – ett proportionalitetskrav.[19] Idag finns också artikel 3b i Romfördraget där proportionalitetsprincipen delvis har blivit kodifierad: "Gemenskapen skall inte vidta någon åtgärd som går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målen i detta fördrag."

Kutscher har uttalat att det på grund av dessa fördragsartiklar knappast är nödvändigt att anföra höga rättsprinciper eller rättsjämförelser för att ge proportionalitetsprincipen en stadig grund i EG-rätten; det räcker

[12] C-8/55 *Fédération Charbonnière* [1956] ECR 245. Se även Kutscher 1985 s. 89.
[13] Se t.ex. C-11/70 *Internationale Handelsgesellschaft* [1970] ECR 1125 s. 1135 f punkt 12 och C-25/70 *Köster* [1970] 1161 s. 1175 punkt 28.
[14] Hansen Jensen 1990 s. 33. Domstolens kompetens att utveckla allmänna rättsprinciper brukar härledas ur artiklarna 164, 173 och 215 stycke 2 Romfördraget.
[15] Jfr beträffande ursprunget Gydal 1996 s. 24 ff.
[16] Se Schwarze 1993 s. 679 med vidare hänvisningar. Schwarze anför också principerna om retributiv och distributiv rättvisa som grund för proportionalitetsprincipen.
[17] Så t.ex. BVerfGE 19, 342, 348 f; 23, 127, 133; 61, 126, 134. Se vidare Ipsen 1972 s. 512 och Ress 1985 s. 15. Se också Schwarze 1993 s. 713 och Hansen Jensen 1990 s. 32.
[18] Hansen Jensen 1990 s. 32 och Schwarze 1993 s. 714 f.
[19] Se t.ex. Hansen Jensen 1990 s. 32 f, Kutscher 1985 s. 91 och Schwarze 1993 s. 715.

med "eine – wenn man so will: primitivere – Deduktion schon aus den Vertragsbestimmungen selbst".[20]

Det skall dock observeras att *nödvändighet* bara är ett av tre element i A-proportionaliteten varför denna härledning i viss mån kan sägas vara öppen för kritik.[21]

Slutligen torde man kunna säga att proportionalitetstanken följer ur allmänna rimlighets- eller skälighetstankar.[22]

Vad är då principens närmare innebörd? Enligt de tidigare notvis nämnda rättsfallen – *Internationale Handelsgesellschaft* och *Köster*[23] – är själva essensen nödvändighet och lämplighet; den åtgärd som är föremål för prövning skall vara "necessary and appropriate". Denna formulering kan fortfarande sägas ha giltighet, men den bör endast ses som en kort sammanfattning av principen. I *Fromançais* försåg EG-domstolen oss med ett kontrollschema:

> "In order to establish wether a provision of Community law is consonant with the principle of proportionality it is necessary to establish, in the first place, whether the means it employs to achieve its aim correspond to the importance of the aim and, in the second place, whether they are necessary for its achievement."[24]

Enligt EG-domstolen består således A-proportionaliteten av, åtminstone, två element. För det första har vi kravet på rimlighet (appropriateness), som föreskriver att medlet måste vara rimligt i förhållande till det mål man söker uppnå. Därutöver måste medlet vara nödvändigt (necessary) för att uppnå målet.

[20] Kutscher 1985 s. 91.

[21] Schwarze 1993 s. 711.

[22] Öppningar i rättssystemet för skälighetshänsyn måste sägas vara ett genomgående drag i rättshistorien. På något sätt har dessa bedömningar alltid nästlat sig in. Som exempel kan anges pretorns rätt att anvisa domstolen att döma ex fide bona, equity i tidig brittisk rätt, generalklausulerna i BGB osv. Även om man förordar en relativt normativ syn på rätten finns anledning att samtidigt erkänna en relativ öppenhet för skälighet och moral.

[23] C-11/70 *Internationale Handelsgesellschaft* [1970] ECR 1125 och C-25/70 *Köster* [1970] 1161.

[24] C-66/82 *Fromançais* [1983] ECR 395 s. 404 punkt 8. Denna formel har bekräftats i t.ex. C-118/89 *Lingenfelser* [1990] ECR I-2637 s. 2657 punkt 12: "More particularly, it is necessary to ascertain whether the means which that provision applies to achieve its aim correspond to the importance of that aim and whether they are necessary in order to achieve it". Även i C-266/84 *Denkavit* [1985] ECR 149 s. 168 punkt 17 och C-155/89 *Philipp Brothers* [1990] ECR I-3265 s. 3309 punkt 34 är den formel som används nästan identisk med den som citeras i brödtexten.

Enligt den EG-rättsliga doktrinen och enligt tysk rätt – vilken torde ha utövat mycket starkt inflytande på gemenskapsrätten i dessa delar[25] – består principen också av ett tredje krav: medlet måste vara dugligt (suitable) för att uppnå det föregivna målet.[26] Nedan skall jag behandla dessa element i tur och ordning för att ge en klarare bild av hur principen fungerar. Härvid behandlar jag elementen i den ordning som normalt brukar ske i doktrinen: duglighet (suitability), nödvändighet (necessity) och rimlighet (proportionality in a strict sense).

4.2.1 Duglighet

Detta första krav innebär enkelt uttryckt att de åtgärder som vidtas måste vara någorlunda dugliga för att uppnå, eller främja, det uppsatta målet.[27]

Det finns emellertid inte ett överflöd av fall där detta krav uttryckligen har diskuterats av EG-domstolen. Dugligheten är sannolikt det krav som har minst betydelse i praktiken. Detta beror inte minst på att duglighet logiskt sett måste anses ingå i den av EG-domstolen ofta använda frasen "necessary and appropriate" (vilken i sin tur pekar mot de två andra kriterierna i proportionalitetsprincipen). Att duglighetskriteriet, på grund av nödvändighetskriteriet, blir överflödigt skall påvisas nedan. Redan här kan emellertid sägas att kriteriets svaghet ligger däri att det är svårt att överhuvudtaget tala om ett medel om åtgärden ifråga inte kan leda till – eller åtminstone mot – målet.[28]

En annan sak som gör duglighetskriteriet svåranvänt är att uppskattningar av dugligheten hos ett medel är en aktivitet som kräver empirisk kunskap. Och dylik kunskap är som bekant inte alltid tillgänglig eller särskilt säker. Detta medför att man, även om man verkligen skulle pröva kravet på duglighet, måste ta hänsyn till den osäkerhet med vilken lagstiftaren måste leva.

Bedömningen bör således utgå från lagstiftarens position[29] och den felmarginal inom vilken lagstiftaren måste hålla sig bör kunna tillåtas bli ganska bred. Det sägs därför ofta att endast klart odugliga medel torde

[25] Jfr här Möller 1990 s. 317: "Die Literatur geht ausdrücklich davon aus, daß sich der deutsche und der gemeinschaftsrechtliche Grundsatz inhaltlich entsprechen ...".
[26] Se t.ex. Ress 1985 s. 11.
[27] Se Hansen Jensen 1990 s. 33, Schwarze 1993 s. 855, Emiliou 1996 s. 191 f och Gydal 1996 s. 32 f. Se också beträffande tysk rätt BVerfGE 30, 292, 316 och 33, 171, 187 som framhåller att ett medel är *ägnat* "wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann". Se härom också Wolff 1991 s. 165 samt Hirschberg 1981 s. 52.
[28] Jfr Ress 1985 s. 17: "Ein ungeeignetes Mittel ist eben keines im Rechtssinne."
[29] Jfr för tysk rätt Hirschberg 1981 s. 52 f samt Ress 1985 s. 18.

underkännas av domstolen. Sålunda har uttalats att "the decisive point is whether, at the time when [the measures] were adopted, it could be assumed that they were clearly not conducive to the aims pursued".[30] Med en sådan hållning till kravet står klart att det mycket sällan kommer att tillämpas; endast mycket klara fall av felbedömningar och rent chikanösa tilltag torde ogiltigförklaras.[31]

Duglighet hos ett medel föreligger vidare även om det skulle visa sig att man inte når riktigt ända fram till målet, utan bara en bit på vägen. Detta sammanhänger med att det inte finns något som säger att den som från början sätter upp ett ambitiöst mål och på grund därav inte når ända fram bör sättas i en sämre position än den som från början siktar mot ett mer realistiskt mål och når ända fram.[32]

4.2.2 Nödvändighet

För det andra måste det medel som valts vara nödvändigt för att uppnå det eftersträvade resultatet.[33] Elementet bör förstås på så vis att det kräver att det medel skall väljas vilket är minst ingripande men med hjälp av vilket man kan uppnå det ifrågavarande målet. Med andra ord: finns det ett mindre ingripande sätt att nå det eftersträvade målet så är medlet ifråga inte nödvändigt. En nödvändighetsprövning förutsätter således att det finns flera medel att använda för att uppnå ett visst mål. Finns bara ett medel är detta också nödvändigt;[34] huruvida det också är proportionellt beror på rimlighetsavvägningen.

Nödvändighetsprövningen har tydligtvis en relativ karaktär.[35] Fråga är inte om vad som är nödvändigt allmänt sett utan om vad som är nödvändigt givet ett fixerat mål. För att bedöma huruvida ett visst medel är nödvändigt fordras således att målet fixeras. Om målet endast beskrivs som att man skall ta sig i en viss riktning är det omöjligt att avgöra vilket medel som är mildast och därmed nödvändigt; ty i en viss riktning kan man ta sig i hur små steg som helst. På grund av denna relativitet blir kravet på duglighet inbyggt i nödvändighetsprövningen; medlet skall ju vara nödvändigt *för att* uppnå det uppsatta målet.

[30] Generaladvokaten Reischl i C-276/80 *Ferriera Padana* [1982] ECR 517 s. 551 hsp.
[31] Se t.ex. Hirschberg 1981 s. 54: dugligheten blir till "einem weitmaschigen Sieb ... in dem kaum ein Fall hängenbleiben kann".
[32] Hirschberg 1981 s. 51.
[33] Schwarze 1993 s. 857 ff, Hansen Jensen s. 35 f, Emiliou 1996 s. 192 och Gydal 1996 s. 33 f. Rörande "Erforderlichkeit" i tysk rätt se Wolff 1991 s. 166 f.
[34] Wolff 1991 s. 166.
[35] Se Ress 1985 s. 20.

Bildligt talat kan man säga att dugligheten kräver en förflyttning i en viss riktning medan nödvändigheten *därutöver* kräver att förflyttningen omfattar (åtminstone) en viss bestämd längd. Slutsatsen att dughetsprövningen i princip är överflödig har stöd i litteraturen.[36]

Hirschberg illustrerar i sin habilitationsskrift detta – dvs. att dughetskriteriet är överflödigt – tydligt när han diskuterar riskerna med att i dessa sammanhang sammanblanda vardagsspråk och fackspråk:

> "Zur Geeignetheit von Mitteln wird oft gesagt, ein ungeeignetes Mittel könne nie (niemals; nicht) erforderlich sein. Dieser Satz klingt ohne weiteres plausibel, ja überzeugend. Das wird indessen anders, wenn man die genaue fachsprachliche Einsetzung vornimmt. Denn danach ist der Satz so zu lesen: Ein ungeeignetes Mittel kan nie das mildeste geeignete sein. Dieser Satz ist zwar völlig richtig, aber zugleich so selbstverständlich, daß ihn wohl kaum jemand in seiner fachsprachlichen Version zu Papier bringen würde. Der überschießende Sinn, die Überzeugungskraft des Satzes muß deshalb auf der mitgedachten umgangssprachlichen Verwendbarkeit, 'erforderlich' = 'gerechtfertigt', beruhen."[37]

Hirschbergs omskrivning av satsen är korrekt utförd, men det minskar på intet sätt invändningen; tvärtom är det just detta – att dughetskriteriet tillför intet – Hirschberg på ett tydligt sätt illustrerar. När man väl har kommit fram till att nödvändighetskriteriet fordrar ett val mellan i sig dugliga medel anges förhållandet t.o.m. vara så självklart att det inte är värt att föra ned på papper!

Att dughetskriteriet logiskt sett är överflödigt innebär dock inte nödvändigtvis att det saknar all funktion praktiskt sett. För en person i beslutande ställning kan det måhända vara enklare att utföra kontrollen stegvis, dvs. att först se vilka medel som leder i en viss riktning (dugligheten) för att först därefter undersöka vilka som uppnår målet och vilket av dessa som är mildast (nödvändigheten). Men om det viktiga är att dela upp proportionalitetsprincipen i en lättanvänd lathund borde väl inte enbart skiljas mellan duglighet och nödvändighet? Nödvändigheten måste då rimligen också delas upp i två delar: en kontroll av vilka medel som når målet och en kontroll av vilket av dessa medel som är mildast. Hur som helst framstår det som onödigt, förvirrande och föga elegant att ställa upp kriterier som helt omsluter varandra.

Nödvändighetsprövningen är liksom dughetskriteriet beroende av empirisk kunskap. De (gentemot lagstiftaren) generösa utgångspunkter som ovan diskuterats gäller därför i lika mån för nödvändighetsröv-

[36] Se t.ex. Hirschberg 1981 s. 59 ff och 246.
[37] Hirschberg 1981 s. 40.

ningen; man får utgå ifrån lagstiftarens position och godta en viss marginal för felbedömningar (t.ex. vad gäller andra mildare medels förmåga att nå det eftersträvade målet).

I samband med sanktioner kan vidare noteras att kravet på nödvändighet påverkas av den presumerade attraktiviteten hos det beteende som skall undertryckas. Om det kan förmodas att många kan bli frestade att bete sig på det icke önskade sättet kan ett strängare straff vara nödvändigt och vice versa.[38]

4.2.3 Rimlighet (proportionalitet i strikt mening)

Det tredje elementet i A-proportionaliteten är rimlighetskravet. Det innebär att medlet inte får stå utom proportion till det mål som eftersträvas. Med EG-domstolens ord skall *medlet korrespondera med målets vikt.*[39] Även ett medel som uppfyller både duglighets- och nödvändighetskriterierna kan vara så ingripande att det enda rimliga är att avstå från att söka uppnå målet.[40]

Det naturliga sättet att göra denna avvägning är att väga fördelarna och nackdelarna med att vidta åtgärden, varvid bördor som belastar enskilda medborgare får räknas till nackdelarna. Det blir således de nackdelar som åtgärden medför som vägs mot de nackdelar som åtgärden ifråga – om den vidtas – kan förväntas undanröja. När det gäller sanktioner är det naturligtvis oftast statens (eller EG:s) och individens intressen som kommer att vägas mot varandra.[41]

Avvägningsaktiviteten skall företas på en generell nivå. Man skall således inte ta hänyn till att ett visst företag drabbas på ett visst sätt etc.[42]

Det har sagts att denna avvägning mellan två företeelser kan appliceras även på andra relationer än mål-medel-relationer och att rimlighetsavvägningen egentligen sålunda är densamma som sker inom straff- och straffprocessrätten, vid t.ex. påföljdsbestämning och vid användande

[38] C-122/78 *Buitoni* [1979] ECR 677 s. 685 punkt 22. Se också generaladvokatens yttrande s. 692.

[39] Se allmänt om detta krav Emiliou 1996 s. 192 ff och Gydal 1996 s. 34 ff.

[40] Det är sålunda en missuppfattning att säga (såsom t.ex. Gydal 1996 s. 31 f) att ett medel som inte uppfyller det strikta proportionalitets- eller rimlighetskravet inte heller är dugligt eller nödvändigt.

[41] Det bör dock betonas att detta naturligtvis är en i viss mån felaktig bild. Medborgarna utgör i en mening staten. Att det likväl kan vara fördelaktigt att i tanken ställa staten i motsatsställning till individen beror på att man då inte kan rättfärdiga ingrepp i medborgarnas liv med närmast altruistiska argument.

[42] Hansen Jensen 1990 s. 70 och Gydal 1996 s. 37.

av olika former av tvångsmedel.[43] Vad gäller den straffprocessrättsliga proportionalitetsprincipen kan det, åtminstone när den används i anslutning till olika typer av tvångsmedel, måhända ligga något i denna tanke. Man kan rent av säga att den straffprocessuella proportionalitetsprincipen är en sorts tillämpning av den allmänna A-proportionaliteten på ett särskilt område. Vad som skall avgöras inom straffprocessrätten är huruvida de skador som användningen av det ifrågavarande tvångsmedlet (medlet) medför står i rimlig proportion till vad som kan vinnas med åtgärden (målet).[44] När det gäller den straffrättsliga påföljdsbestämningsprincipen synes det emellertid förhålla sig annorlunda. Det är visserligen så att det även i dessa fall förekommer en avvägning mellan två variabler, men så länge principerna i praktiken har mycket olika innehåll och så länge man inte visat att de bygger på samma grundtanke,[45] är det efter min mening lämpligt att betrakta proportionalitetsprinciperna som flera.

Avslutningsvis bör den prospektiva karaktären hos A-proportionaliteten betonas. Vad som är ett proportionellt medel hänger i allt väsentligt ihop med vad som kan tänkas bli följden av medlet.

4.3 S-proportionalitet

Inom straffrätten avses med proportionalitet normalt att det straff som utdöms skall relateras till det ifrågavarande brottets svårhet.[46] Att denna princip bör styra påföljdsbestämningen är ingalunda självklart;[47] diskussionerna om vilka principer som skall styra denna verksamhet är oändliga. Här skall inte kriminalpolitiskt motiveras att det bör föreligga proportionalitet mellan brott och straff;[48] det kan räcka med att konstatera att det

[43] Se Hirschberg 1981 s. 45 ff och 75.

[44] Se för svensk rätt Bylund 1993 s. 58 f.

[45] Som ovan nämns bör A-proportionaliteten snarast grundas på rättsstatstanken och medborgarnas kollektiva skydd mot staten, medan S-proportionaliteten snarare kan grundas på tankar om förtjänst och individuell relativ rättvisa.

[46] Se t.ex. von Hirsch 1985 s. 31 och von Hirsch och Jareborg 1987 s. 301. Proportionalitet kallas i dessa sammanhang ofta för *just desert*.

[47] Se t.ex. von Hirsch 1996 s. 165 som betonar att accepterandet av proportionalitetsprincipen som primärt kriterium för påföljdsbestämningen "är en fråga om kriminalpolitik". Därmed är givetvis inte sagt att kriminalpolitik mer än något annat skulle vara en fråga om fritt tyckande.

[48] Se t.ex. för ett kortfattat ställningstagande von Hirsch & Jareborg 1987 s. 305 ff samt för ett litet längre von Hirsch & Jareborg 1991a kapitel III.

torde vara relativt sällsynt med straff som bestäms helt utan hänsynstaganden till proportionalitetstanken.[49]

Proportionalitet som grundläggande princip för påföljdsbestämningen förutsätter naturligtvis att det finns sätt att mäta och gradera både brott och straff.[50] Vad gäller straff måste detta för övrigt anses vara en av huvudorsakerna till fängelse- och bötesstraffens popularitet; dessa straff är – enkelt uttryckt – enkla att mäta.[51]

Den andra sidan, dvs. brottets svårhet, är svårare att mäta. I detta fall saknas ju en given enhet såsom dagar eller kronor, vilket har föranlett att man mäter svårheten s.a.s. genom straffet. Svårigheterna skall dock inte överdrivas; vi vet spontant att mord är ett svårare brott än snatteri och med hjälp av rationell argumentation är det möjligt att diskutera även besvärligare fall på ett konkret sätt. Vidare behöver skalan inte ha vad som skulle motsvara millimeterprecision. Vi som gått i skolan under den femgradiga betygsskalans tid vet att fem steg *kan* vara tillräckligt för att åstadkomma någorlunda rättvisa betyg.[52] Nu är det i praktiken givet att en skala över olika brotts svårhet bör vara mer differentierad än så, men exemplet visar att hänsyn inte behöver tas till varje liten försvårande och förmildrande omständighet. Jareborg har uttryckt saken så att "inga andra steg [bör] utnyttjas än sådana som svarar mot *beaktansvärda skillnader i kvalitet*".[53] Nyligen har också vissa försök gjorts att utveckla teorier om hur svårheten hos brott kan mätas.[54]

I korthet kan ett brotts svårhet sägas bero av två faktorer, skada (eller fara) och skuld,[55] vilka båda – det kan inte nog betonas – hör hemma i det förflutna. S-proportionalitetsbegreppet är således retrospektivt: det är bara vad *gärningsmannen har* gjort och trott som är av relevans för måttet av straff (inte vad han eller andra kan tänkas göra och tänka i framtiden).[56] Det har sagts att det viktigaste med proportionalitetsprincipen inte är "dess positiva innehåll, utan vad den utesluter".[57] Sålunda kan en beskrivning av principen vinna på att det påpekas vad som inte är

[49] Betecknande är t.ex. att straffmätningen, även under den tid behandlingsideologin (och allmänpreventiva tankegångar) hade stort inflytande i Sverige, likväl i praktiken var proportionell. Se t.ex. von Hirsch & Jareborg 1987 s. 305 och Jareborg 1992 s. 152.

[50] Jfr beträffande A-proportionaliteten Hirschberg 1981 s. 79.

[51] Se Jareborg 1992 s. 207.

[52] Även om det förvisso kan finnas gränsfall.

[53] Även om skillnad i kvantitet så småningom torde bli skillnad i kvalitet. Jareborg 1992 s. 158 f.

[54] Se von Hirsch 1985 s. 63 ff och von Hirsch & Jareborg 1991 passim.

[55] Se t.ex. von Hirsch 1985 s. 64. För en analys av förhållandet mellan ett brotts svårhet och den svenska termen straffvärde, se Jareborg 1992 s. 258 ff.

[56] Se t.ex. von Hirsch 1985 s. 34 f och von Hirsch & Jareborg 1987 s. 301.

[57] von Hirsch & Jareborg 1987 s. 301.

av relevans i sammanhanget. Påföljdsbestämning enligt proportionalitetsprincipen skall i ett konkret fall inte påverkas av vare sig *återfallsrisk, behandlingsbehov eller preventionsbehov.*

De största svårigheterna kan förmodas ligga i att mäta svårheten hos brott som mer drabbar allmänheten än särskilda individer, och särskilt att sätta sådana brott i relation till brott som riktar sig mot individer.[58]

När proportionalitet diskuteras inom straffrätten brukar man vidare göra skillnad på absolut och relativ proportionalitet. Med absolut proportionalitet avses tanken att varje brott taget för sig förtjänar ett visst givet straff, vilket också skall utdömas. Det är emellertid mycket tveksamt om det absoluta proportionalitetsbegreppet är användbart, eller ens teoretiskt hållbart.[59]

Hittar man emellertid en utgångspunkt och därvid jämför olika brott kommer man längre; det är detta som kallas relativ proportionalitet. Den absoluta S-proportionaliteten avser vad ett brott förtjänar för straff absolut sett, medan den relativa S-proportionaliteten används för att beteckna olika brotts svårhet i förhållande till varandra.

4.4 EG-domstolen och proportionalitet

Som vi har sett synes A-proportionalitet och S-proportionalitet vara två helt olika begrepp. A-proportionalitet innebär att åtgärden (medlet) skall anpassas efter vad som kan förväntas ske i framtiden (målet) och har en utpräglat prospektiv karaktär. S-proportionalitet innebär omvänt att åtgärden (straffet) skall anpassas efter vad som faktiskt har skett (brottet) och kan således sägas ha retrospektiv karaktär.

Om man undersöker EG-domstolens praxis kan man också finna uttalanden som ger stöd för denna karaktäristik av principerna. Exempelvis har EG-domstolen förklarat faktorer som är centrala för tillämpningen av S-proportionalitet vara irrelevanta vad gäller A-proportionalitet. I fallet *McNicholl* uttalade domstolen, vid behandling av A-proportionalitet, sålunda att:

> "considerations relating to the moral blame attaching to the exporter, the loss suffered by Community funds and the profit which might have been made on a resale within the Community, are irrelevant".[60]

[58] Jfr t.ex. von Hirsch & Jareborg 1991 s. 32 ff.
[59] Se Jareborg 1988a passim.
[60] C-296/86 *McNicholl* [1988] ECR 1491 s. 1513 punkt 18.

Som synes uppvisar denna grund i domslutet en skiljelinje gentemot S-proportionalitet. "[T]he moral blame", dvs. vad som närmast kan karaktäriseras som skulden eller klandervärdheten hos gärningsmannen, och den förlust, dvs. den skada, som förorsakats är som ovan nämnts de två viktigaste faktorerna när svårheten hos ett visst konkret brott skall bedömas. Enligt t.ex. svensk rätt, som i grunden bygger på S-proportionalitet, är den skada som förorsakats samt gärningsmannens insikter, avsikter och motiv uttryckligen nämnda som faktorer vilka skall beaktas vid bestämmande av straffvärde, se BrB 29:1 st. 2.

Så långt är allt klart: *A-proportionalitet är något helt annat än S-proportionalitet.* Denna bild kommer likväl att grumlas något om vi tittar på en annan dom där EG-domstolen behandlar A-proportionaliteten, fallet *Buitoni.* Fallet är av intresse inte minst därför att EG-domstolen här fick tillfälle att utveckla relativiteten i A-proportionaliteten.

Ett franskt företag, Buitoni, hade – mot ställande av säkerhet – erhållit en importlicens avseende en viss kvantitet tomatkoncentrat. Såvitt import av den föreskrivna mängden koncentrat inte utfördes inom föreskriven tid, eller om bevis därom inte sändes in till myndigheterna inom en viss tid, skulle säkerheten förklaras förverkad. Buitoni utförde visserligen importen på ett sätt som inte föranledde några anmärkningar men myndigheterna erhöll inte bevis härför förrän fem veckor efter tidsfristen hade löpt ut. Följaktligen förklarades säkerheten förverkad, varpå Buitoni överklagade till en fransk domstol som i sin tur begärde förhandsavgörande av EG-domstolen.

I domslutet skriver EG-domstolen bl.a. följande:

> "That fixed penalty, which is applied to an infringement which is considerably less serious than that of failure to fulfil the obligation [to export], which is sanctioned by an essentially proportionate penalty, must therefore be held to be excessively severe in relation to the objectives of administrative efficiency in the context of the system of import and export licences."[61]

Denna grund i domslutet visar tydligt att domstolen har problem att hålla de två proportionalitetskoncepten i sär. I slutet av citatet nämns målen med sanktionen och domstolen tycks väga medlet (dvs. sanktionen) mot detta mål på ett sätt som är förenligt med A-proportionaliteten. Men tidigare i citatet talas om "an infringement", dvs. om själva överträdelsen, och domstolen jämför därtill svårheten hos överträdelsen med svårheten hos "[the] failure to fulfil the obligation [to export]". Detta

[61] C-122/78 *Buitoni* [1979] ECR 677 s. 685 punkt 20.

resonemang rör närmast frågan om vad som ovan kallats relativ S-proportionalitet.

I detta sammanhang bör i och för sig betonas att relativitet bör vara ett användbart begrepp också inom ramen för A-proportionaliteten. Man kan således jämföra två mål och därvid finna att det ena är mycket viktigare än det andra och därför tillåta ett mer ingripande medel.[62] Detta är emellertid inte vad domstolen gör. Tvärtom synes den, inom ramen för en prövning av A-proportionaliteten vara benägen att beakta faktorer som egentligen endast är av relevans för S-proportionaliteten. Kan detta möjligen antyda en koppling de båda principerna emellan?

Låt oss titta vidare i domskälen:

> "Although, in view of the inconvenience caused ... the Commission was entitled to introduce [the period for furnishing of proof], it should have sanctioned failure to comply with that period only with a penalty considerably less onerous for those concerned than that prescribing the loss of the whole of the security and closely allied to the practical effects of such an omission."[63]

Även i denna del tycks domstolen vara benägen att beakta S-proportionalitet snarare än A-proportionalitet. Vad kan "the practical effects"[64] antas syfta på om inte den skada – eller "inconvenience" – som orsakats av "[the] omission"?

I nästa grund i domskälen finner domstolen emellertid vägen tillbaka till A-proportionaliteten:

> "Indeed, even if administrative efficiency requires that files should not remain open indefinitely, it must, however, be noted that failure to comply with such a period will be exceptional in nature in that it is contrary to the very interests of the exporter or importer concerned, who will normally seek release of his security as soon as possible."[65]

Här synes domstolen implicit säga att en så sträng sanktion inte är *nödvändig* för att uppnå målet, dvs. att kunna avsluta filerna och därigenom uppnå en administrativt godtagbar situation. Nödvändigheten av åtgärden görs här, vilket är naturligt och korrekt, beroende av den förväntade överträdelsefrekvensen; för att avhålla från en överträdelse som i de flesta fall naturligen kommer att medföra olägenhet för expor-

[62] Se generaladvokaternas yttranden i C-66/82 *Fromançais* [1983] ECR 395 s. 412 f och i C-118/89 *Lingenfelser* [1990] ECR I-2637 s. 2647 punkt 17.
[63] C-122/78 *Buitoni* [1979] ECR 677 s. 685 punkt 21.
[64] Se också C-181/84 *Man* [1985] ECR 2889 s. 2905 f punkt 30: "the penalty imposed ... should have been more consonant with the practical effects of such a failure".
[65] C-122/78 *Buitoni* [1979] ECR 677 s. 685 punkt 22.

tören är inte nödvändigt med särskilt stränga sanktioner. Detta är uppenbarligen rationellt tänkt enligt A-proportionaliteten.[66]

Ett annat exempel på att EG-domstolen har beaktat huruvida ett straff är proportionellt i förhållande till överträdelsen finns i *Hansen & Søn.* I målet fann EG-domstolen att ett system med strikt ansvar inte strider mot proportionalitetsprincipen så länge som sanktionen ifråga är proportionell i förhållande till överträdelsen.[67]

Problemet kan efter denna illustration beskrivas så att EG-domstolen i *McNicholl* synes peka på en klar skiljelinje mellan A-proportionalitet och S-proportionalitet. Faktorer vilka motsvarar vad som brukar ses som överträdelsens svårhet förklaras vara irrelevanta för A-proportionaliteten. I *Buitoni* tycks emellertid domstolen vara beredd att beakta just sådana faktorer som förkastas i *McNicholl.*

4.5 Om förhållandet mellan principerna

4.5.1 A-proportionalitet och S-proportionalitet

Ovan har till att börja med konstaterats att det uppenbarligen finns två olika proportionalitetsprinciper. Därefter har redogjorts för principernas innehåll. Vidare har påvisats att domstolen har vissa besvär att hålla isär principerna. Detta avsnitt syftar till att analysera förhållandet mellan A-proportionalitet och S-proportionalitet och på så vis söka förstå domstolens praxis.

Låt oss nu titta närmare på hur resonemang enligt A-proportionaliteten kan se ut när det gäller införande av sanktioner. Som ovan diskuterats är det nödvändigt att först fastställa vad som är målet, om också detta i praktiken inte kan uttryckas i decimaler. Vi måste därför ställa oss frågan: vad är målet med att införa ett sanktionshot (som vid behov förverkligas)?

Här bör svaret, även om det inte här kan motiveras närmare, vara att det som ytterst motiverar en kriminalisering är allmänpreventiva över-

[66] Argumentationen bör naturligtvis vara av relevans även inom straffrätten. Men detta gäller endast om principen om straffrätten som ultima ratio tas på allvar (och det gör den uppenbarligen inte). Se t.ex. Jareborg 1994 s. 319: "I praktiken är principen om kriminalisering som lagstiftarens sista utväg (ultima ratio) obsolet." Se också Hassemer 1988 s. 343 som menar att straffrätten idag snarare tjänar som "prima" eller "sola ratio". Beträffande ultima ratio och näringsstraffrätt jfr Tiedemann 1993b s. 530 f.

[67] C-326/88 *Hansen & Søn* [1990] ECR I-2911 s. 2935 f punkterna 19 och 20.

väganden.[68] Denna utgångspunkt är än mer naturlig när det gäller sanktionsrätten med dess svagare kopplingar till moralen; inom sanktionsrätten är det mer eller mindre orealistiskt att tala om ett behov av vedergällning för begångna synder etc. Svaret på vår fråga måste därför bli att *sanktionshotet införs för att undertrycka ett visst oönskat beteende.*

Detta leder oss fram till nästa fråga. Medlet skall enligt A-proportionaliteten vara proportionellt i förhållande till målet. Både mål och medel måste således värderas och stå i en rimlig relation. Hur kan vi då uppskatta vikten av att det icke önskvärda beteendet inte realiseras?

Ja, svaret kan inte bli annat än att vi gör det *genom att uppskatta den skada som skulle uppstå om det icke önskvärda beteendet skulle realiseras.* Vi är därmed mycket nära en skattning av brottets svårhet.

Nu består ju ett brotts svårhet inte endast av den skada som orsakas utan också av gärningsmannens skuld. Skulden har dock som huvudregel en ansvarsbegränsande funktion; gärningsmannen får svara för den skada han tillfogat endast om den s.a.s. är täckt av skuld. Förenklat kan vi sålunda säga att skadligheten för upp ett brott till en viss svårhetsnivå (låt oss säga 10), medan skulden i regel får betydelse såtillvida att frånvaro därav kan medföra att brottets svårhetsgrad sjunker (till t.ex. 9). När det gäller A-proportionaliteten bör skulden i princip bli irrelevant.[69] Den skada som ett visst beteende medför är lika viktig att förhindra oavsett om den kan sägas vara täckt av skuld. Vi kan således säga att den ansvarsbegränsande funktionen hos skulden försvinner när vi har att göra med A-proportionalitet. A-proportionaliteten kan med andra ord ta hänsyn också till skada som inte är skuldtäckt. I det följande bortses från denna problematik.

Lite tillspetsat skulle man, med reservation för hänsynstaganden till skuldfaktorer, kunna uttrycka resultaten så långt att A-proportionaliteten är beroende av svårheten hos de överträdelser som skulle kunna ske i framtiden, medan S-proportionaliteten mäter svårheten hos de överträdelser som faktiskt har realiserats.

Betyder då detta att den enda skillnad som föreligger mellan A-proportionaliteten och S-proportionaliteten är det tidsperspektiv som anläggs? Är det så att A-proportionaliteten ser framåt och S-proportionaliteten bakåt men att deras respektive blickar likväl egentligen söker efter samma sak: överträdelsens svårhet?

Nej, det finns åtminstone en viktig skillnad mellan de båda principerna som inte berörs av det faktum att målet, som används som en variabel i

[68] Se t.ex. Jareborg 1994 s. 325.

[69] I den mån avsikter etc. bidrar till att ett visst förfarande blir farligare eller skadligare bör de dock kunna beaktas.

A-proportionaliteten, är kopplat till svårheten hos den eventuella överträdelsen.

S-proportionaliteten är till sin karaktär, inte bara retrospektiv, utan den har också en mycket stark individuell prägel.[70] När man uppskattar ett brotts svårhet enligt S-proportionaliteten är man i princip bara intresserad av vad en person, gärningsmannen, har gjort, tänkt, velat och förstått. Detta brott blir på intet sätt bedömt som svårare om andra råkar ha gjort samma sak och det därigenom har orsakats aggregerade skadeverkningar, dvs. skador som utgör summan (eller mer än summan) av de enskilda gärningarnas[71] skadlighet. Som Jareborg säger: "det strider mot elementära straffrättsliga principer att lägga ansvaret för aggregerade skadeverkningar på den enskilde brottslingen".[72]

I A-proportionaliteten finns emellertid inga sådana begränsningar inbyggda. Gärningar och deras skadlighet etc., kan kumuleras i obegränsad utsträckning. Målet, dvs. att undvika den skada som uppkommer om visst oönskat beteende realiseras, blir vare sig mer eller mindre viktigt av att det är en, två, tio, hundra eller tusen personer som potentiellt kan orsaka skadan. Målet kan sägas vara lika viktigt som den potentiella skadan av alla människors överträdelser (eventuellt också i kombination med vissa icke-överträdelser).

Detta medför att den förmodade överträdelsefrekvensen kan bli en avgörande faktor. Om vi har att göra med en överträdelse, som till sin natur kan antas bli mycket sällsynt, t.ex. på grund av att den alltid medför ränteförluster,[73] och således inte kan förväntas orsaka någon kumulerad skada av betydelse, kommer målet, dvs. icke-realiserandet av beteendet, i praktiken att bli lika viktigt som icke-realiserandet av varje enskild gärning. Om vi däremot har att göra med en överträdelse som sannolikt kommer att bli mycket frekvent och orsaka stora aggregerade skador, kan målet värderas mycket högre än undvikandet av de enskilda överträdelserna. Enligt A-proportionaliteten är det i dylika fall tillåtet att hota med, och utdöma, straff vilka inte korresponderar med, utan vida överstiger, de enskilda överträdelserna.

Sammanfattningsvis kan sägas att A-proportionaliteten tillåter betydligt strängare åtgärder än S-proportionaliteten, eftersom den tillåter att

[70] Detta får dock inte missförstås. Ofta sägs att straffrätten är inriktad på gärningar och inte på individer. Det vill jag på intet sätt bestrida. Vad jag vill framhäva i detta sammanhang är dock att varje individ i princip svarar för sig själv; ett vikarierande ansvar strider mot grundläggande straffrättsliga principer.

[71] Vissa av dessa gärningar behöver för övrigt inte ens vara brottsliga.

[72] Jareborg 1992 s. 157.

[73] Jfr C-122/78 *Buitoni* [1979] ECR 677 s. 685 punkt 22.

hänsyn tas till den sammantagna effekten. Barents uttrycker sig därför något missvisande när han skriver att:

> "the effect of this case law is the creation of a (near) fundamental right not to be sanctioned in a manner which is disproportionate to the infringement of the obligations in question".[74]

Målet att undertrycka 1000 mindre överträdelser kan vara lika viktigt som att undertrycka 10 grova brott; således kan det enligt A-proportionaliteten vara rättfärdigt att använda samma straffsanktion i båda fallen.

4.5.2 S-proportionalitet som en del av rimlighetsbedömningen?

Avslutningsvis skall noteras att EG-domstolens ambivalens också kan tyda på något helt annat. Även om EG-domstolens benägenhet att diskutera överträdelsens svårhet delvis kan förklaras av det samband som finns mellan A-proportionalitet och S-proportionalitet, så tror jag även att ett annat förhållande har bidragit härtill. Jag tror att det förtjänar att framhävas att det helt enkelt är svårt att i samband med straff och sanktioner (för begångna brott eller överträdelser) frigöra sig från rättvisa och förtjänst. A-proportionaliteten skulle i och för sig tillåta domstolen att säga: din överträdelse är visserligen, tagen för sig, inte särskilt skadlig, men målet att undvika den skada som tusen likadana överträdelser skulle medföra är oerhört viktigt varför ett strängt straff är förenligt med A-proportionaliteten. Likväl synes domstolen inte kunna låta bli att jämföra överträdelsernas karaktär på ett tillbakablickande sätt. Kanske kan man säga att oförtjänta sanktioner för överträdelser vilka man inte på något sätt rår för inte känns bra för någon?

Om vi på denna grund skulle anta att en viss (relativ) S-proportionalitet krävs för att EG-rättsliga sanktioner skall godtas av EG-domstolen är det rimligt att fråga sig om inte S-proportionaliteten kan, eller bör, ses som ett element i den rimlighetsbedömning som i det avslutande tredje ledet skall göras enligt A-proportionalitetsprincipen.

Här kan inledningsvis framhållas att detta skulle fordra en omformulering av A-proportionalitetsprincipen. Det som enligt vedertagen uppfattning utgör A-proportionalitet är en avvägning mellan medel och mål. Rimlighetskravet innebär således att förhållandet mellan ingreppet hos den enskilde och den totala samhälleliga vinsten skall stå i ett rimligt förhållande till varandra. Som påvisats i föregående avsnitt är allmänna

[74] Barents 1994 s. 359.

straffrättsliga begränsningar till vad den enskilde gärningsmannen har förtjänat främmande för denna bedömning.

Vidare bör påpekas att A-proportionaliteten är en generellt tillämplig princip som följaktligen kan användas i förhållande till snart sagt varje statlig åtgärd. En inkorporering av S-proportionalitet i rimlighetsavvägningen passar därför bara in i A-proportionaliteten när den tillämpas på olika former av straffrättsliga, eller åtminstone straffrättsliknande, sanktioner. I många andra fall finns överhuvudtaget ingen överträdelse att relatera till.

Ytterligare ett skäl att hålla isär de båda principerna är att en sammanblandning skulle kunna medföra att båda typerna av bedömningar förlorar i tydlighet. Om man inom rimlighetsbedömningen skall göra någon sorts helhetsbedömning av den ifrågavarande sanktionens förhållande till såväl ett uppställt mål som en begången överträdelse så innebär detta att två i grunden icke kompatibla faktorer skall vägas mot varandra. Detta i sin tur öppnar för godtycke.

Det synes därför lämpligare att hävda att EG-domstolens praxis bör förstås så att man utöver den traditionella A-proportionaliteten också kräver ett visst mått av (relativ) S-proportionalitet.

4.6 A-proportionalitet och allmänprevention

Även om A-proportionalitet och S-proportionalitet har uppvisat ett visst släktskap i den föregående analysen, så är det fortfarande så att det är mer som skiljer de båda principerna än som förenar dem. I detta sammanhang, där jag försöker konfrontera A-proportionaliteten med straffrättsliga principer, är det svårt att bortse ifrån att A-proportionaliteten uppvisar stora likheter med en annan princip som är av relevans när det gäller straffmätning och därmed sammankopplade frågor, nämligen allmänpreventionen.

För det första kan noteras att båda principerna har en uttalat prospektiv karaktär. Det som är av relevans enligt de båda principerna är vad som krävs (dvs. är nödvändigt) för att undertrycka visst beteende. Vi finner således ingen direkt koppling till vad som tidigare har gjorts. Av detta följer också att sanktionen inte kopplas till gärningsmannen och hans förehavanden utan till andra människors förmodade beteende.

För det andra kan såväl A-proportionalitet som allmänprevention leda till resultat vilka i stort sett överensstämmer med S-proportionalitet. Exempelvis menade redan Beccaria att straffen skulle anpassas efter brottens svårhet eftersom detta skulle innebära att presumtiva brottslingar

hellre begick lindrigare än svårare brott.[75] Särskilt tydligt blir detta om de båda principerna kombineras med en uppfattning om allmänpreventiva verkningar som går ut på att reglerna får störst effekt om de uppfattas som rättvisa.

För det tredje aktualiserar båda principerna frågor om hur funktionalistiska eller utilitaristiska överväganden begränsas av andra (moraliska) överväganden. I A-proportionaliteten finns endast den begränsningen inbyggd att ingreppet hos den enskilde måste stå i ett rimligt förhållande till målet (som kan vara något ganska storslaget). Även om det står klart att målet är många gånger viktigare än ingreppet hos den enskilde frågas aldrig efter huruvida det är rätt att använda den enskilde för att uppnå målet. Motsvarande gäller allmänpreventionen. Också om det vore så att man genom att avrätta ett fåtal oskyldiga kunde undvika ett större antal fall av mord och dråp, kvarstår frågan om detta vore etiskt acceptabelt.

[75] Se Beccaria 1977 (1764) s. 45 samt von Hirsch 1982 s. 98 och 100 f. Jfr även t.ex. Bentham 1992 (1838–1843).

DEL II

OM BÖTESSANKTIONEN I EG-RÄTTEN

I denna del av avhandlingen avser jag att ge en bild av bötessanktionen inom EG-rätten, dvs. jag kommer i princip att behandla *den omedelbara övernationella sanktionsrätten*. Utanför framställningen faller allt det som ovan har betecknats som EG-rättslig påverkan på nationell straffrätt, liksom den medelbara övernationella sanktionsrätten.

Avdelningen kommer till stor del att ha traditionell karaktär. Deskriptiva och analyserande avsnitt av den typ som är vanliga i rättsdogmatiska skrifter dominerar framställningen.

De sanktioner som hittills ägnats mest intresse i doktrinen – böterna inom framförallt konkurrensrätten – tillåts härvid ta relativt stort utrymme i anspråk. Det kan måhända framstå som märkligt att lägga tonvikten på den del av den övernationella sanktionsrätten som det trots allt skrivits en del om. Att så sker beror främst på två faktorer.

För det första har utvecklingen av grundsatser avseende sanktioners användande inom EG-rätten till stor del skett när EG-domstolen haft att ta ställning till olika frågor rörande böter för konkurrensrättsliga överträdelser. Man kan visserligen inte utan vidare utgå ifrån att de grundsatser som utvecklats inom konkurrensrätten också kan användas på andra EG-rättsliga områden (eller omvänt). Men i regel bör det vara så att de allmänna sanktionsrättsliga principer som utvecklats inom bötesrätten är vägledande också inom andra områden. (Det fordras dock att man förhåller sig kritisk och kontrollerar att den aktuella regleringens särdrag inte talar däremot.) Följaktligen är det – nästan – omöjligt att gå förbi konkurrensrätten om man vill beskriva andra EG-rättsliga sanktioner.

För det andra är en stor del av den litteratur som skrivits om de konkurrensrättsliga böterna skriven på andra språk än svenska. I många avseenden framstår den tyska doktrinen som särskilt viktig; detta gäller inte minst analyser av konkurrensrätten från ett mer uttalat straffrättsligt perspektiv.[1] Det framstår därför som angeläget att presentera en svensk

[1] Litteraturen med mer uttalat straffrättslig inriktning är vidare, bortsett från vissa artiklar, inte särskilt lättillgänglig.

framställning med en liknande (läs straffrättslig) infallsvinkel. Även om redan uppgiften att "ta hem" det utländska materialet är meningsfull, har ambitionen naturligtvis varit att bygga vidare på den grund som finns. I viss utsträckning framförs även relativt kraftig kritik mot vissa uppfattningar som fått fäste i doktrinen.

Böter förekommer som sanktion också inom ramen för Parisfördraget. Nedan används rättsfall från detta område i relativt stor utsträckning för att utveckla den allmänna delen inom bötesrätten. I regel torde allmänna grundsatser avseende böter vara användbara generellt,[2] men undantag som beror på den aktuella regleringens särdrag finns naturligtvis.[3]

Dispositionen, såvitt gäller böterna, är upplagd efter den klassiska tredelningen av brottsbegreppet (som används bl.a. i Tyskland): *Tatbestand* (straffbelagd gärning), *Rechtswidrigkeit* (rättsstridighet) och *Schuld* (skuld).[4]

Min ambition har härvid varit att lägga tyngdpunkten på sanktionsrättsliga implikationer och endast kortfattat redogöra för mer utpräglat konkurrensrättsliga frågor. Frågor av dylik karaktär förekommer framförallt inom ramen för de straffbelagda, eller snarare bötesbelagda, gärningarna men även vad gäller rättsstridigheten.

Vad jag kallar de bötesbelagda gärningarna är ju i praktiken detsamma som materiell konkurrensrätt. Av denna anledning ges endast en kort sammanfattande beskrivning av vad som utgör brott mot konkurrensreglerna.

Vidare finns ett flertal mer eller mindre typiserade undantagssituationer vilka kan leda till att ett förfarande som strider mot förbudsartiklarna likväl anses tillåtet. Straffrättsdogmatiskt är det näraliggande att betrakta detta som undantagssituationer som upphäver rättsstridigheten. Dylika undantagssituationer behandlas lika styvmoderligt som de straffbelagda gärningarna. Istället diskuteras generella, från konkurrensrätten fristående, grunder för rättfärdigande extensivt.

[2] Se t.ex. Dannecker 1994 s. 336 ff, Grabitz m.fl. 1994 Verordnung Nr. 17 (Art. 15) nach Art. 87 s. 8 f rdnr 28, Tiedemann 1985 s. 1430 f samt Wagemann 1992 s. 87 ff vilka alla använder sig av rättsfall rörande såväl Rom- som Parisfördraget.

[3] I vissa fall har t.ex. EG-domstolen uttryckligen slagit fast att en nödrätt är utesluten på grund av den särskilda regleringens syfte. Se t.ex. rättsfallen C-303 och 312/81 *Klöckner* [1983] ECR 1507 s. 1533 punkt 46, C-235/82 *Ferriere San Carlo* [1983] ECR 3949 s. 3970 punkt 32, C-10/83 *Metalgoi* [1984] ECR 1271 s. 1279 f punkt 13 samt C-81/83 *Busseni* [1984] ECR 2951 s. 2962 punkt 18. Se härom t.ex. Fischer-Fritsch 1984 s. 111 f.

[4] Denna tredelning kan lätt passas in i Jareborgs brottsbegrepp, se Jareborg 1994 s. 25. Nivåerna I–III i Jareborgs struktur hänförs då till *Tatbestand*, nivå IV till *Rechtswidrigkeit* och nivåerna V–VI till *Schuld*.

Den obalans – både vad gäller omfång och djup – som råder mellan olika avsnitt är således avsiktlig.

I enlighet med det sagda ges först en kortfattad redogörelse över de bötesbelagda gärningar som finns inom EG-rätten (kapitel 5). Därefter behandlas omständigheter som kan göra gärningen tillåten, t.ex. nödvärn och nöd (kapitel 6). Slutligen följer ett kapitel om skuldkravet inom sanktionsrätten (kapitel 7).

De medelbara EG-rättsliga sanktionerna har behandlats ovan i kapitel 3. Där beskrivs och analyseras bl.a. olika former av förverkande av säkerheter, vilka ibland påstås ha straffkaraktär. Vidare beskrivs vissa sanktioner som har använts för att minska bidragsbedrägerierna. Exempelvis kan bönder som på felaktiga grunder beviljats bidrag uteslutas från bidragssystemet en viss tid eller åläggas att betala tillbaka det erhållna beloppet och därtill ett särskilt straffpåslag.

5 Bötesbelagd gärning

5.1 Böterna inom konkurrensrätten

5.1.1 Allmänt

EG:s mål kan, något förenklat, sägas vara att främja ekonomisk och social utveckling inom gemenskapen.[5] Dessa mål skall uppnås bl.a. genom upprättandet av en gemensam inre marknad. Tanken är således att ekonomiska aktörer inom EG skall ha hela gemenskapen som potentiell marknad och att detta skall främja de angivna målen.

En första förutsättning för att den gemensam marknaden skall fungera är att medlemsstaterna inte vidtar åtgärder med protektionistiska inslag. Exempelvis är det uppenbart att tullar och olika former av stödåtgärder till inhemska företag kan motverka, för att inte säga omöjliggöra, uppkomsten av en gemensam marknad. Av denna anledning har en tullunion genomförts inom EG.[6] Vidare är statliga stödåtgärder tillåtna bara i mycket begränsad utsträckning.[7]

För att uppnå en gemensam marknad, där företag från olika länder tävlar på lika villkor, räcker det emellertid inte att hindra medlemsstaterna från att snedvrida konkurrensen. Den fria konkurrensen, och därmed fördelarna som den gemensamma marknaden förmodas skapa, kan också begränsas genom åtgärder vidtagna av företag och företagssammanslutningar.

I Romfördraget finns därför i artiklarna 85 och 86 regler rörande konkurrensbegränsande samarbete (mellan företag eller företagssamman-

[5] Jfr artikel 2 i Romfördraget. Se mer allmänt t.ex. Coyet m.fl. 1994 s. 27 ff och 40 f och Wahl 1995 s. 95 ff.

[6] Se artikel 9 och följande i Romfördraget. Tullunionen innebär i princip att medlemsstaterna har en gemensam tull i förhållande till tredje land, men inga tullar alls inbördes.

[7] Se artikel 92 i Romfördraget.

slutningar) respektive missbruk av en dominerande ställning. Artiklarna är således avsedda att skydda den fria konkurrensen vilken i sin tur medför positiva effekter på olika sätt.[8]

Ofta kan det emellertid vara mycket lönsamt för företag att överträda de angivna förbuden. För att dessa skall efterlevas fordras därför sanktioner. Dessa sanktioner handhas i första hand av kommissionen. Kommissionen har härvid kompetens att *ålägga företaget i fråga att upphöra med överträdelsen* och om det skulle vara nödvändigt utdöma *böter* respektive *viten*.[9] Vidare är avtal som strider mot artikel 85 automatiskt ogiltiga.[10] Detta gäller omedelbart från tillkomsten och oberoende av om de angripits av någon. Slutligen kan överträdelser av konkurrensreglerna antagligen medföra *skadeståndsskyldighet* mot tredje man.[11]

Som synes finns många typer av sanktioner som syftar till att förhindra överträdelser av de konkurrensrättsliga förbuden. Här skall endast de mer utpräglat punitiva sanktionerna, dvs. böterna, behandlas. Som alltid finns skäl att erinra om att straffrätten, i vid mening, inte ensam vare sig kan eller skall lösa alla samhälleliga problem.

5.1.2 Förekomst m.m.

Som ovan nämnts utgör den gemensamma marknaden och den därmed sammanhängande konkurrensrätten en av hörnstenarna i det europeiska samarbetet. Det är därför inte ägnat att förvåna att det också är inom konkurrensrätten som EG:s kompetens vad gäller sanktioner är tydligast.

[8] Ibland sägs att konkurrensreglerna har en dynamisk roll såtillvida att de verkar "som en sporre till förnyelse och ekonomisk effektivitet till fördel för Gemenskapen som helhet", Coyet m.fl. 1994 s. 41. Att uttrycka sig på detta sätt måste emellertid anses missvisande. Den fria konkurrensen kan möjligen ha denna roll, men reglernas roll i sammanhanget är att uppnå (alternativt bevara) detta tillstånd. På motsvarande sätt vore det märkligt att påstå att reglerna rörande tillgreppsbrott i BrB:s 8 kapitel har en dynamisk roll, även om äganderätten har en dynamisk funktion i samhället.

[9] Se förordning 17/62 artiklarna 3.1, 15 respektive 16.

[10] Detta gäller under förutsättning att avtalen tillkommit efter att förordning 17/62 trätt i kraft. För äldre avtal finns särskilda regler, se härom t.ex. Coyet m.fl. s. 69 ff och Van Bael & Bellis 1994 ¶ 223.

[11] Se t.ex. Coyet m.fl. 1994 s. 152 f. Denna rätt till skadestånd bygger på att artiklarna 85 och 86 har direkt effekt, varför de rättigheter som tillskapas måste skyddas av nationella domstolar.

De böter (och viten) som används inom konkurrensrätten är den enda form av sanktioner som har explicit stöd i Romfördraget.[12] I artikel 87.2 a föreskrivs sålunda att ministerrådet har kompetens att "genom införande av böter och viten säkerställa att de förbud som anges i artiklarna 85.1 och 86 iakttas".[13] Artikeln ger således inte i sig stöd för att utdöma sanktioner utan innefattar ett bemyndigande till rådet att i förordningar införa sanktionsföreskrifter. På grundval av artikeln utfärdades 1962 förordning 17/62 vilken innehåller tillämpningsregler avseende artiklarna 85 och 86.

Vad gäller sanktioner föreskrivs i förordningen att vissa mindre förseelser, t.ex. avgivande av oriktig eller vilseledande information till kommissionen, kan bestraffas med böter om lägst 100 och högst 5000 ECU, artikel 15.1. Bestämmelsen har karaktär av blankettstraffbud; den hänvisar till andra regler i förordningen.[14] Kommissionen har vad gäller dessa sanktioner – av förklarliga skäl – nästan alltid använt sig av det maximala beloppet.[15]

Mer central är emellertid artikel 15.2. Där föreskrivs bl.a. att för brott mot artiklarna 85 och 86 kan böter på mellan 1000 och 1 000 000 ECU, eller ett högre belopp som inte överstiger 10 % av företagets omsättning året före överträdelsen, utdömas.

För att det skall vara möjligt att tillse att konkurrensrättsliga överträdelser verkligen upphör finns enligt artikel 16 därtill möjlighet att använda viten, 50–1000 ECU per dag, till dess den rättsstridiga verksamheten upphör. Dessa viten kommer inte att behandlas närmare nedan.[16]

Förordning 17/62 gäller dock, enligt Rådets förordning 141/62, inte för vissa delar av transportsektorn. Senare har dock särskilda tillämpningsförordningar avseende dessa områden utfärdats. Förordning 1017/68 innehåller materiella och processuella regler om hur konkurrensrätten skall tillämpas inom området för transporter på järnväg, väg och inre vatten. Bestämmelser om böter finns i artikel 22.[17] På motsvarande

[12] Detta har medfört att dessa böter är de enda sanktioner av supranationell karaktär som inte har ifrågasatts i någon nämnvärd omfattning; på andra områden har EG:s kompetens i straff- och sanktionsrättsligt hänseende ständigt varit under debatt.

[13] I den tyska versionen talas om "Geldbußen und Zwangsgeldern" och i den engelska om "fines and periodic penalty payments".

[14] Jfr Schroth 1983 s. 32 som ser sig föranlåten att påpeka att det för "penal responsibility" inte är tillräckligt med en sanktion; det måste därtill finnas ett kriminaliserat beteende. Beträffande termen blankettstraffbud se t.ex. Jareborg 1995 s. 24 f och Frände 1989 s. 247 med not 59.

[15] Van Bael & Bellis 1994 s. 759.

[16] Se härom t.ex. Schroth 1983 s. 44 ff.

[17] Se härom Schroth 1983 s. 50 ff.

sätt finns förordning 4056/86 som innehåller detaljerade regler rörande transporter som företas till sjöss men inte på inre vatten, dvs. i princip på internationellt vatten. I denna förordning återfinns bötesbestämmelsen i artikel 19. Vidare finns i förordning 3975/87 motsvarande bestämmelser rörande lufttransporter. Om böter föreskrivs i artikel 12. Slutligen finns bötesbestämmelser också i den s.k. fusionskontrollförordningens, förordning 4046/89, artikel 14.

I samtliga förordningar som innehåller bötesbestämmelser sägs uttryckligen att böterna skall anses vara av icke straffrättslig art. Detta har, bl.a. mot bakgrund av de mycket höga bötesbelopp som kommissionen har utdömt, av vissa författare betecknats som en etikettsvindel.[18] Huruvida detta uttryck är befogat eller inte skall närmare behandlas i avhandlingens tredje del.

Avslutningsvis bör också nämnas att böter som sanktion för konkurrensrättsliga överträdelser förekommer också inom ramen för Parisfördraget, se artiklarna 65.5 och 66.6.[19] Dessa artiklar påminner mycket om motsvarande artiklar i Romfördraget och behandlas ytterst översiktligt i avsnitt 5.4.

5.1.3 De bötesbelagda gärningarna

5.1.3.1 Allmänt

Artikel 15.2 förordning 17/62 lyder:

> "Kommissionen får ålägga företag och företagssammanslutningar böter om lägst ettusen och högst en miljon beräkningsenheter, eller ett högre belopp som dock inte får överstiga tio procent av föregående räkenskapsårs omsättning för varje företag som har deltagit i överträdelsen genom att uppsåtligen eller av oaktsamhet
>
> a) överträda bestämmelserna i artikel 85.1 eller artikel 86, eller
>
> b) åsidosätta ett åläggande som har beslutats med stöd av artikel 8.1.
>
> När bötesbeloppet fastställs skall hänsyn tas både till hur allvarlig överträdelsen är och hur länge den pågått.

[18] Sieber 1991 s. 972 och Greve 1994 s. 232 och 1995a s. 176. Som Schroth 1983 s. 15 påpekar är redan det faktum att Rådet ansåg sig behöva fastslå böternas icke straffrättsliga karaktär ett tecken på att denna karaktärsbestämning inte är självklar.
[19] Se härom Fischer-Fritsch 1984 s. 111 ff.

[punkt 3 har utelämnats]

4. Beslut fattade med stöd av punkterna 1 och 2 har inte straffrättslig karaktär."

Av intresse i detta sammanhang är vad som sägs under (b) och (c). Här hänvisas till artiklarna 85 och 86 respektive till artikel 8.1 i förordningen. Det är således där vi kan finna vad vi enligt den ovan beskrivna terminologin kan kalla *den bötesbelagda gärningen,* dvs. det är där man finner förhållningsreglerna som bör följas om man vill undvika att ådömas böter. Nedan ges en beskrivning av vad dessa förhållningsregler stadgar.

5.1.3.2 Artikel 85

Enligt artikel 85 är avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen på den gemensamma marknaden *och* som kan påverka handeln mellan medlemsstater förbjudna.

Inledningsvis bör här sägas några ord om det företagsbegrepp som används.[20] Vad som utgör ett företag i konkurrensrättslig mening är, trots att begreppet har betydelse på ett flertal olika sätt, inte närmare definierat vare sig i Romfördraget eller i sekundärrätt.[21] Av såväl kommissionens som EG-domstolens praxis framgår emellertid att företagsbegreppet tolkas mycket vitt.[22]

Som företag anses varje enhet som bedriver ekonomisk verksamhet.[23] Huruvida verksamhetens syfte är att generera vinst är härvid ovidkomm-

[20] Allmänt om företagsbegreppet se t.ex. Bellamy & Child 1994 s. 38 ff och Wahl 1995 s. 132 ff.

[21] Hamann 1992 s. 8 och 13. Jfr dock artikel 80 Parisfördraget.

[22] Se t.ex. Dannecker & Fischer-Fritsch 1989 s. 254, Hamann 1992 s. 13 och Wahl 1995 s. 132. Dannecker & Fischer-Fritsch 1989 s. 258 påpekar att denna vida tolkning har stöd i den öppna ordalydelsen av artiklarna 85 och 86 varför något brott mot analogiförbudet inte föreligger. Se även Hamann s. 13 och Dannecker 1994 s. 335. I sistnämnda artikel framhåller Dannecker att situationen likväl är till men för rättssäkerheten eftersom inga "abschließende Kriterien für die Bestimmung einer Unternehmenseinheit" har kunnat fastslås. Det torde därför kunna sägas att om någon av legalitetsprincipens beståndsdelar träds för när så är det obestämdhetsförbudet.

[23] Dannecker & Fischer-Fritsch 1989 s. 254 och Hamann 1992 s. 13. Företagsbegreppet torde ganska väl motsvara vad som i svensk rätt aves med näringsidkare, se Wahl 1995 s. 132.

ande.[24] Sålunda torde även sport- och kulturföreningar kunna utgöra företag i den mening som avses i artiklarna 85 och 86.[25]

Avgörande är heller inte enhetens rättsliga status; det krävs inte att subjektet i fråga utgör en juridisk person.[26]

Mot bakgrund av detta har uppkommit en slags identitetsproblematik. Först måste man avgöra vad som är ett (till skillnad från flera) företag när man bedömer vilket företag som begått överträdelsen. Därefter måste man vid utdömandet avgöra huruvida detta företag fortfarande existerar i samma form som då överträdelsen begicks. Är så inte fallet, t.ex. på grund av uppköp eller rekonstruktion, kan böterna drabba det företag som i det läget s.a.s. motsvarar det gamla.[27]

Även medlemsstater torde kunna utgöra företag i den mån de är ekonomiskt aktiva. Bl.a. har en arbetsförmedling som grundats av tyska staten ansetts vara ett företag.[28]

Vad som avses med *avtal mellan företag*[29] framgår inte heller direkt av fördragstexten. Av kommissionens praxis framgår emellertid att inte enbart juridiskt bindande avtal avses; även s.k. gentlemen's agreements omfattas av avtalsbegreppet i artikel 85.1. Av detta följer att en skriftlig överenskommelse inte heller behöver vara undertecknad för att gälla som ett avtal i nu diskuterad mening. Naturligtvis spelar det i princip ingen roll huruvida avtalet är muntligt eller skriftligt, men muntliga avtal kan av naturliga skäl vara svårare för kommissionen att bevisa.

Beslut av företagssammanslutningar syftar till att omfatta andra former av formella relationer mellan företag än avtalsmässiga. Typiska exempel är att bransch- eller intresseorganisationer fattar olika former av konkurrenshämmande beslut.[30]

Med samordnat förfarande avses rent faktiskt samarbete som inte behöver ta sig något formellt uttryck.[31] Exempelvis har samtidiga prishöjningar på en oligopolistisk marknad ansetts utgöra ett samordnat förfarande. Exakt var gränsen går mellan normal, klok, anpassning till

[24] C-209 etc./78 *van Landewyck* [1980] ECR 3125 s. 3250 punkterna 87 och 88 och KOMB 81/1030 *GVL* OJ L 370/49.

[25] Dannecker & Fischer-Fritsch 1989 s. 254.

[26] Jfr t.ex. C-170/83 *Hydrotherm* [1984] 2999 s. 3016 punkterna 10–12 och kommissionsavgöranden anförda i Hamann s. 13 not 39.

[27] Se för ett exempel på dylika bedömningar KOMB 94/599 *PVC* OJ L 239/14 s. 28 f.

[28] C-41/90 *Höfner* [1991] ECR I-1979 s. 2016 f punkterna 20–24. Se också Wahl 1995 s. 133 samt Bellamy & Child 1994 s. 42.

[29] Se om avtalsbegreppet t.ex. Coyet m.fl. 1994 s. 52 f, Dannecker & Fischer-Fritsch 1989 s. 12, Ritter m.fl. 1991 s. 60 ff, Van Bael & Bellis ¶ 210 och Wahl 1995 s. 130.

[30] Se t.ex. Coyet m.fl. 1994 s. 53 f, Dannecker & Fischer-Fritsch 1989 s. 12 f, Ritter m.fl. 1991 s. 64 f och Van Bael & Bellis ¶ 211.

[31] Se t.ex. Coyet m.fl. 1994 s. 54 f, Van Bael & Bellis ¶ 212 och Wahl 1995 s. 130 f.

konkurrenters prissättning och ett förbjudet samordnat förfarande är svårt att säga. EG-domstolen har i detta sammanhang uttalat att det å ena sidan är tillåtet för företag "to adapt themselves intelligently to the existing and anticipated conduct of their competitors" men att det å andra sidan är förbjudet med "direct or indirect contact between such operators".[32]

Sammanfattningsvis kan sägas att de ovan diskuterade rekvisiten har tolkats extensivt i praxis och därför i stor utsträckning är överlappande; "[d]istinktionen mellan avtal och samordnade förfaranden saknar juridisk betydelse".[33] Sannolikt skulle det inte göra någon skillnad om rekvisiten *avtal* respektive *beslut av företagssammanslutningar* togs bort från fördragstexten.

För att ett avtal, beslut eller samordnat förfarande skall vara förbjudet fordras vidare att det har till syfte *eller* resultat att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen på den gemensamma marknaden. Att rekvisiten syfte eller resultat är alternativa, och att fördragstexten således skall läsas enligt ordalydelsen (disjunktivt), har EG-domstolen slagit fast t.ex. i *Société Technique* och *Verband der Sachversicherer*.[34] Om syftet med t.ex. ett avtal är klart konkurrensbegränsande behöver man således inte undersöka dess faktiska effekt.[35] Syftet med ett avtal är dock inte att likställa med vad parterna avsett, utan det skall fastställas objektivt med utgångspunkt i den ekonomiska kontext där förfarandet i fråga skall tillämpas.[36]

Om ett konkurrensbegränsande syfte inte kan fastställas måste åtgärdens effekt på konkurrensen bedömas. Härvid skall beaktas inte endast de faktiska utan också de potentiella verkningarna.

Till ledning för vad som skall anses vara konkurrensbegränsande ges i artikel 85.1 en icke uttömmande uppräkning av förfaranden som normalt sett är att anse som förbjudna.

Vidare krävs att åtgärden direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt kan påverka handeln mellan medlemsstaterna, det s.k. samhandelskriteriet.[37] Detta rekvisit kan sägas innefatta en kompetensfördelning mellan EG och dess medlemsstater. Konkurrensbegränsningar som påverkar

[32] C-40 etc./73 Suiker Unie [1975] ECR 1663 s. 1942 punkt 174.
[33] Coyet m.fl. 1994 s. 52. Liknande Bellamy & Child 1994 s. 43.
[34] C-56/65 *Société Technique* [1966] ECR 235 s. 249 och C-45/85 *Verband der Sachversicherer* [1987] ECR 405 s. 457 punkt 39 samt Coyet m.fl. 1994 s. 56.
[35] I praktiken krävs dock åtminstone att man undersöker den potentiella effekten. Detta beror på att man måste kunna slå fast att de krav som samhandelskriteriet och de minimis-regeln ställer är uppfyllda. Se Van Bael & Bellis 1994 ¶ 215.
[36] Coyet m.fl. 1994 s. 56.
[37] Se Coyet 1994 s. 57 f och Van Bael & Bellis ¶ 220–224.

samhandeln faller under EG:s kompetens medan övriga konkurrensbegränsningar är föremål för nationell reglering.[38]

Trots att det inte följer av ordalydelsen begränsas tillämpningsområdet för artikel 85 av ett krav på märkbar påverkan.[39] Bagatellfall skall härmed inte anses förbjudna enligt artikeln.[40] Detta kallas i allmänhet *de minimis-regeln* eller den *kvantitativa förbudsinskränkningen.*[41]

Vidare finns även en begränsning av artikelns tillämpningsområde som har mer kvalitativ karaktär. Vissa konkurrensbegränsningar anses tillåtna på grund av att de konkurrensmässiga fördelarna av ett visst avtal trots allt, och kanske på sikt, överstiger nackdelarna.[42] Hit hör t.ex. konkurrensbegränsningar som i princip är nödvändiga för att ett visst avtal överhuvudtaget skall vara intressant (vissa konkurrensbegränsningar vid företagsöverlåtelser).

I doktrinen har diskuterats huruvida dessa oskrivna regler (straffrätts)dogmatiskt sett bör anses vara ett rekvisit för att det överhuvudtaget skall föreligga en *bötesbelagd gärning* eller om den utgör *en rättfärdigande omständighet.*[43] I dessa delar hänvisas till Wagemann,[44] som argumenterar för att den kvantitativa begränsningen hör till nivån för bötesbelagd gärning, medan den kvalitativa begränsningen hör till nivån för rättfärdigande omständigheter.[45] Intar man det svenska synsättet, dvs. att rättfärdigande omständigheter lika gärna hade kunnat skrivas

[38] Se härom t.ex. Wahl 1995 s. 159.

[39] Se vidare kommissionens tillkännagivande OJ No C 231, 12.9.1986, s. 2, artikel 7, såsom ändrad genom tillkännagivande OJ No C 368, 23.12.1994, s. 20 vari anges att förfaranden generellt sett inte faller under artikel 85.1 om:
"– the goods or services which are the subject of the agreement ... together with the participation [skall rätteligen vara participating] undertakings' other goods or services which are considered by users to be equivalent in view of their characteristics, price and intended use, do not represent more than 5 % of the total market for such goods or services ... in the area of the common market affected by the agreement, and
– the aggregate annual turnover of the participating undertakings does not exceed 300 million ECU." Se numera också kommissionens meddelande om översyn av detta tillkännagivande, EGT nr L 29, 30.1.1997, s. 3.

[40] Dannecker & Fischer-Fritsch 1989 s. 15. Ur sanktionsrättslig synvinkel kan här noteras att denna "oskrivna" (jfr föregående not) regel inte kan sägas vara betänklig ur legalitetssynpunkt, eftersom den utgör en inskränkning av det förbjudna området, se Dannecker & Fischer-Fritsch 1989 s. 16.

[41] Se Wagemann 1992 s. 44 f.

[42] Se härom Wagemann 1992 s. 52 ff samt Wahl 1995 s. 134 ff.

[43] Jfr Grabitz m.fl. 1994 Verordnung Nr. 17 (Art. 15) nach Art. 87 s. 8 rdnr 24.

[44] Wagemann 1992 s. 44 ff.

[45] På grund av dessa begränsningars klart konkurrensrättsliga karaktär kommer de inte att behandlas närmare i denna avhandling.

som negativa rekvisit direkt i straffbudet (men att så inte sker av praktiska skäl), blir frågan tämligen likgiltig.[46]

5.1.3.3 Artikel 86

Artikel 86 skiljer sig från artikel 85 därigenom att medan den senare tar sikte på att förhindra att flera företag gemensamt vidtar konkurrensbegränsande åtgärder, syftar den förra till att förhindra att ett företag ensidigt missbrukar sin makt.

Artikel 86 förbjuder företag som intar en dominerande ställning att missbruka denna så att handeln mellan medlemsstaterna påverkas.

Som framgår av ordalydelsen är det i sig inte förbjudet att ha en dominerande ställning.[47] Det krävs därutöver att denna ställning missbrukas på något vis.

För att kunna fastslå en dominerande ställning krävs att man klargör *inom vilket område* dominansen skall föreligga. I detta sammanhang brukar talas om en produktmarknad och en geografisk marknad.[48]

Produktmarknaden brukar bestämmas relativt snävt och med ledning av olika produkters inbördes utbytbarhet. Vid utbytbarhetsbedömningen tas hänsyn till bl.a. karaktär, pris och användning.[49] Som exempel på hur dessa frågor kan bedömas kan fallet *United Brands* nämnas. I detta fall ansågs bananer och inte färsk frukt i allmänhet utgöra den relevanta produktmarknaden.[50] Vidare kan nästan identiska produkter utgöra olika produktmarknader om de vänder sig till olika målgrupper.[51]

Den geografiskt relevanta marknaden, på vilken ett företag skall vara dominant, skall enligt artikel 86 vara "den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av denna". Som avgränsningskriterier har bl.a. angetts att två platser tillhör samma geografiska marknad om olika producenter inte kan göra skillnad på dem och priset därför är lika på dessa platser.[52] Av praxis framgår att den geografiska marknaden kan

[46] Se här KBrB II s. 652 och Jareborg 1995 s. 32. Beträffande grunderna för att noga skilja på Tatbestand och Rechtswidrigkeit se Roxin 1994 s. 225 ff rdnr 16–26 (särskilt 20–22).

[47] C-322/81 *Michelin* [1983] ECR 3461 s. 3511 punkt 57, Ritter m.fl. 1991 s. 265, Van Bael & Bellis ¶ 234 och Wahl 1995 s. 206.

[48] Ritter m.fl. 1991 s. 269.

[49] Ritter m.fl. 1991 s. 269 ff och Wahl 1995 s. 207.

[50] C-27/76 *United Brands* [1978] ECR 207 s. 273 punkt 35.

[51] Se t.ex. C-322/81 *Michelin* [1983] ECR 3461 s. 3502 punkt 26 samt KOMB 88/518 *British sugar* OJ L 284/41 s. 50 hsp.

[52] Se C-27/76 *United Brands* [1978] ECR 207. Se vidare Coyet m.fl. 1994 s. 86 f och Wahl 1995 s. 209 med vidare hänvisning till Fishwick.

vara relativt begränsad,[53] (men man måste likväl visa att förfarandet påverkat handeln mellan medlemsstaterna).[54]

När den relevanta marknaden definierats bedöms huruvida företaget ifråga har en dominerande ställning utifrån bl.a. företagets marknadsandel.[55] Andra faktorer, såsom att företaget förfogar över särskild kunskap, råvaror eller annat som möjliggör ett bestämmande inflytande på marknaden, beaktas också.[56] Lönsamheten har ingen direkt bäring på förmågan att vara dominant; även företag som går med förlust kan inta en dominerande ställning.[57]

Missbruk av en dominerande ställning brukar i doktrinen delas upp i tre olika typer: exploaterande, exkluderande samt strukturellt missbruk.[58] Exploaterande missbruk föreligger när främst det missbrukande företagets kontrahenter missgynnas, dvs. företaget i fråga ställer upp villkor som, den dominerande ställningen förutan, aldrig skulle ha accepteras av motparten.[59]

Exkluderande missbruk föreligger när ett dominerande företag på något sätt försöker påverka konkurrenssituationen, t.ex. genom att som dominerande leverantör av råvaror vägra att sälja till ett annat företag vars produkter konkurrerar i ett senare led.[60]

Strukturellt missbruk slutligen – som egentligen utgör en kvalificerad form av exkluderande missbruk – består i att ett dominerande företag eliminerar konkurrenter (t.ex. genom uppköp).[61]

5.1.3.4 Artikel 8.1

Enligt artikel 85.3 Romfördraget och artikel 4 förordning 17/62 kan kommissionen i vissa fall meddela undantag från förbuden mot konkurrensbegränsande förfaranden. För att detta skall vara möjligt krävs

[53] Se t.ex. C-40 etc./73 *Suiker Unie* [1975] ECR 1663 s. 1977 punkt 375, C-322/81 *Michelin* [1983] ECR 3461 s. 3501 f punkterna 23–28 och C-179/90 *Porto di Genova* [1991] ECR I-5889 s. 5928 punkt 15.

[54] Wahl 1995 s. 209 f.

[55] Här kan sägas att marknadsandelar över 80 % regelmässigt torde medföra att en dominerande ställning anses föreligga. Lägre marknadsandelar utesluter dock på intet sätt dominans. Understiger marknadsandelen 25 % torde företaget i fråga dock sällan inta en dominerande ställning. Se härom t.ex. Ritter m.fl. 1991 s. 280 f och Wahl 1995 s. 211.

[56] Se Wahl 1995 s. 212.

[57] C-27/76 *United Brands* [1978] ECR 207 s. 284 f punkterna 125–129.

[58] Se t.ex. Ritter m.fl. 1991 s. 290 f och Wahl 1995 s. 213. Se även Coyet m.fl. s. 89 f.

[59] C-27/76 *United Brands* [1978] ECR 207 s. 301 punkt 249.

[60] Se Ritter m.fl. 1991 s. 291.

[61] Ritter m.fl. 1991 s. 291 f.

att det visas att det konkurrensbegränsande förfarandet i fråga har fördelaktiga effekter såtillvida att det bidrar till att förbättra produktion eller distribution av varor eller främjar tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande.[62]

Om ett sådant undantag beviljas av kommissionen kan det enligt artikel 8.1 förordning 17/62 förenas med vissa skyldigheter. Efterlevs inte en skyldighet som meddelats i samband med ett individuellt undantag kan böter, i samma storleksordning som för brott mot artiklarna 85 eller 86, utdömas.

Syftar skyldigheterna enbart till att underlätta kommissionens kontroll, dvs. motsvarar de sådana skyldigheter som beskrivs i nästa avsnitt, bör det dock endast i undantagsfall vara berättigat att överskrida den straffskala som framgår av artikel 15.1.[63]

Rör skyldigheterna mer materiella förutsättningar för undantaget, och t.ex. föreskriver ett visst agerande på marknaden, blir ett icke beaktande av skyldigheterna straffvärdemässigt att likställa med en överträdelse av själva förbudet. Regeln måste dock rent tekniskt förstås så att även om man bryter mot en skyldighet meddelad i samband med ett individuellt undantag, så kvarstår själva undantaget. Företaget i fråga torde i dessa fall inte kunna dömas för brott mot artiklarna 85 eller 86, utan endast för brott mot de särskilda villkoren (men med samma straffskala).[64] Såvitt känt har inget företag fällts enligt artikel 15.2 b förordning 17/62.

5.1.3.5 De lätta böterna

I artikel 15.1 förordning 17/62 bötesbeläggs vissa oegentligheter i samband med förfarandet. De åtgärder som bötesbeläggs är:[65]

– att lämna oriktig eller vilseledande information vid ansökan om negativattest[66] enligt artikel 2 *eller* vid anmälan enligt artiklarna 4 eller 5,

– att lämna oriktig information när detta begärts särskilt av kommissionen enligt artiklarna 11.3, 11.5 eller 12,

[62] Därutöver finns vissa andra krav som inte behandlas här. Se t.ex. Coyet m.fl. 1994 s. 76 ff.

[63] Jfr Grabitz m.fl. 1994 Verordnung Nr. 17 (Art. 15) nach Art. 87 s. 7 rdnr 22.

[64] Se Schroth 1983 s. 44 och Grabitz m.fl. 1994 Verordnung Nr. 17 (Art. 15) nach Art. 87 s. 7 rdnr 21–23.

[65] Se närmare beträffande dessa överträdelser Schroth 1983 s. 32 ff.

[66] Att ansöka om negativattest innebär att man låter kommissionen granska ett visst avtal och ber den uttala sig om huruvida avtalet strider mot artikel 85.1 i Romfördraget. En negativattest innebär dock ingen garanti för att inte kommissionen senare kommer till motsatt resultat.

– att lämna information för sent i fall när kommissionen genom särskilt beslut, enligt artikel 11.5, fixerat en tid inom vilken informationen skall lämnas,

– att lämna ofullständig bokföring eller liknande vid en undersökning enligt artiklarna 13 eller 14,[67] samt

– att vägra att underkasta sig undersökning som beslutats enligt artikel 14.3.

5.1.4 Samarbete som grund för befrielse eller nedsättning av böter

I detta sammanhang bör också nämnas att företag som överträtt de konkurrensrättsliga reglerna enligt kommissionens meddelande om befrielse eller nedsättning av böter i kartellärenden numera kan befrias från att betala böter eller få nedsättning av dessa om företaget på visst sätt samarbetar med kommissionen.[68]

Om företaget (a) anmält kartellen innan kommissionen påbörjat en undersökning av kartellen, (b) varit först med att tillföra avgörande bevismaterial om kartellen, (c) upphört med sitt deltagande i kartellen senast vid anmälan, (d) försett kommissionen med det material som företaget har tillgängligt och i övrigt stått till förfogande för samarbete *och* (e) inte varit initiativtagare eller annars ledande i kartellen, skall böterna sättas ned med minst 75 %.

Om alla punkter utom (a) är uppfyllda skall böterna sättas ned med 50–75 % under förutsättning att den undersökning som kommissionen inlett på eget initiativ ej givit tillräckligt underlag för att inleda förfarande mot kartellen.

Om ett företag i övrigt på något sätt samarbetar kan böterna sättas ned med 10–50 %.

Dessa nedsättningar synes böra betraktas snarast som någon form av påföljdseftergift, och påverkar alltså inte frågan huruvida en överträdelse skett eller ej. Strukturellt sett faller således dessa nedsättningar utanför de frågor som behandlas i denna andra del av avhandlingen.

[67] Se för ett exempel härpå KOMB 94/735 *AKZO Chemicals* OJ L 294/31.

[68] Se EGT nr C 207, 18.7.1996, s. 4. Jfr även förslaget till nämnda meddelande EGT nr C 341, 19.12.1995, s. 13.

5.2 Böter inom transportsektorn

I förordning 11 stadgas i artikel 17 och 18 att påföljder, som måste uppfattas som böter, kan påföras för vissa överträdelser inom transportsektorn. Det gäller dels underlåtenhet att på begäran tillhandagå kommissionen med upplysningar etc. (närmast motsvarande de lätta böter som kan utdömas enligt artikel 15.1 i förordning 17), dels sådan diskriminering som avses i artikel 79.1 i Romfördraget, dvs. diskriminering "som består i att transportföretag tillämpar olika fraktsatser och befordringsvillkor för att frakta samma slag av gods samma väg på grund av godsets ursprungs eller bestämmelseland".[69]

5.3 Bötesstadganden avseende oegentligheter med bidrag

5.3.1 Allmänt

Problemet med olika former av bedrägerier som riktar sig mot EG:s finansiella intressen har, som ovan beskrivits, rönt stort intresse under de senaste åren.[70] Hittills har dylika överträdelser bestraffats huvudsakligen med mer speciella administrativa sanktioner, t.ex. uteslutning från bidragssystemen, tillbakabetalning med ett särskilt straffpåslag osv.[71]

I och med rådets förordning 2988/95 har dörren öppnats för en användning av bötessanktionen också inom detta område.[72] I artikel 5.1 i förordningen sägs att oegentligheter som begås uppsåtligen eller som orsakas av oaktsamhet kan medföra olika former av sanktioner, däribland böter. I artikel 5.2 sägs vidare på ett, åtminstone i den svenska versionen, nästan obegripligt sätt att andra oegentligheter (än de som begås uppsåtligen respektive oaktsamt) också kan medföra att de upp-

[69] Se vidare härom Schroth 1983 s. 60 ff.

[70] Se vidare den litteratur som anges ovan i kapitel 1, not 5.

[71] Se om dessa sanktioner avsnitt 3.3.3. Det går dock att finna sanktioner vilka stadgar böter för överträdelser inom jordbruksområdet. Se förordning 2677/85 om genomförandebestämmelser för systemet för konsumtionsstöd för olivolja (såsom ändrad enligt förordning 643/93) artikel 12.6 som lyder: "om den behöriga myndigheten konstaterar att en ansökan om kompensationsstöd gäller en kvantitet som överskrider den för vilken rätten till stöd har erkänts, skall medlemsstaten ålägga förpackningsfabriken böter som motsvarar mellan tre och åtta gånger det stöd som oberättigat har ansökts om, beroende på överträdelsens omfattning". Se härom Vogel 1993 s. 174 och Heitzer 1997 s. 111 f.

[72] Se beträffande förordningen också SOU 1997:127, del A s. 171 ff och 355 ff.

räknade sanktionerna ådöms om sådana sanktioner "är oumbärliga för att reglerna skall kunna tillämpas på ett riktigt sätt".[73] Det handlar således om att försöka uttrycka att sanktioner oberoende av skuld kan accepteras om det kan sägas vara oundgänligt.[74]

Förordning 2988/95 kan i sig dock inte användas som grund för att utdöma sanktioner, utan dessa måste införas i särskilda sektorsspecifika förordningar. Förordning 2988/95 skall härvid endast fungera som en ram – eller en allmän del[75] – inom vilken sektorsspecifika förordningar skall tillämpas (och skapas).[76] Det kan nämnas att någon straffskala inte är angiven i ramförordningen.

De sanktioner som kan komma att aktualiseras på grundval av förordningen (och de sektorsspecifika förordningar som kommer) skall utdömas av nationella myndigheter.[77] Det handlar således om vad som ovan karaktäriserats som *medelbar övernationell sanktionsrätt.*

5.3.2 Oegentligheterna

Trots att förordning 2988/95 inte i sig kan användas som grund för att utdöma böter innehåller förordningen en definition av vilka gärningar som skall kunna föranleda att olika former av sanktioner används. Den gärning som sanktionerna skall riktas mot skall kunna sägas vara en oegentlighet. Denna gärning beskrivs i förordningen på följande sätt, artikel 1.2:

> "Med oegentligheter avses varje överträdelse av en bestämmelse i gemenskapsrätten som är följden av en handling eller en underlåtenhet av en ekonomisk aktör och som har lett till eller skulle ha kunnat leda till en negativ ekonomisk effekt för gemenskapernas allmänna budget eller budgetar som

[73] Vill man vara elak kan följande framhållas. Det som faktiskt står är att ett objektivt ansvar skall vara nödvändigt för att reglerna skall kunna tillämpas på rätt sätt; de fall när detta blir aktuellt är när de tillämpande myndigheterna är inkompetenta att på ett korrekt sätt tillämpa ett uppsåts- respektive oaktsamhetskrav.

[74] Jfr här Dannecker 1996 s. 607: "Positiv hervorzuheben ist zunächst, daß die EG-Kommission von ihrem ursprünglichen Vorhaben Abstand genommen hat, auch für schuldlose Verstöße strafrechtliche Sanktionen anzudrohen." Dannecker måste här antas syfta på artikel 4.2 i förslaget till förordning (OJ No C 216, 6.8.1994, s. 11 ff). Den reglering som återfinns i den gällande förordningens artikel 5.2 är dock innehållsmässigt nästan identisk. Förslaget till förordning kommenteras ingående av Greve 1994a.

[75] Dannecker 1996 s. 606 är med rätta kritisk till att de förslag, till att i förordningen reglera vissa grundläggande sanktionsrättsliga frågor rörande t.ex. legalitetsprincipen, skuldprincipen, rättfärdigande och ursäktande omständigheter, försök, medverkan, företagsansvar och straffmätning, inte realiserats. Jfr också Dannecker 1996a s. 878 vsp.–hsp.

[76] Dannecker 1996 s. 606 samt Heitzer 1997 s. 123.

[77] Jfr artikel 2.4 i förordningen.

de förvaltar, antingen genom en otillbörlig utgift eller genom minskning eller bortfall av inkomster som kommer från de egna medel som uppbärs direkt för gemenskapernas räkning."[78]

Om vi bortser från den rent monstruösa språkliga konstruktionen kan följande sägas om uppbyggnaden av själva överträdelsen.[79]

Till en början fordras att det är fråga om en överträdelse av en bestämmelse i gemenskapsrätten. Överträdelse måste i detta sammanhang anses innefatta både sådant handlande som motsvarar rekvisiten i en sanktionsrättslig regel riktad till en rättstillämpande myndighet (t.ex. regler med en uppbyggnad motsvarande de svenska straffbuden) och handlande som står i strid med en förhållningsregel som riktar sig till ekonomiska aktörer, även om det strängt taget inte är möjligt för ekonomiska aktörer att överträda den förstnämnda typen av regler.[80]

Vidare nämns att både handlingar och underlåtenheter är straffbara. Underlåtenhet såvitt avser den typ av bedrägerier som här är fråga om medför sällan några särskilda problem. I normalfallet rör det sig om underlåtenhet att uppge vissa relevanta förhållanden som om de angetts skulle ha föranlett att ett lägre bidragsbelopp betalats ut. Om uppgifterna skall uppges är i sammanhanget underlåtenhet att uppge dem detsamma som att avge en felaktig uppgift.[81]

Greve har i detta sammanhang framhållit att förordningens bedrägeribegrepp skiljer sig från det traditionella danska; ty "[d]et er ellers den almindelige strafferetlige opfattelse, at undladelser er mindre strafværdige end handlinger, og at det i almindelighed er velbegrundet at indskrænke det strafbare område til handlingerne".[82] Detta får antagligen ses som kritik av en alltför långtgående "kriminalisering".

Noteras bör också att som oegentlighet definieras allt som kan ha negativa konsekvenser för gemenskapens budget. En begränsning sker dock såtillvida att det krävs en "överträdelse av en bestämmelse i gemenskapsrätten". Därmed kan rimligen t.ex. momsbedrägerier som sker genom överträdelser av nationella bestämmelser inte omfattas av förordningen. (En viss del av den mervärdeskatt som medlemsstaterna tar in går till EG. Följaktligen kommer också varje form av oegentlighet

[78] Enligt Heitzer 1997 s. 124 kan denna bestämmelse inte ligga till grund för blankettshänvisningar i andra förordningar eftersom detta skulle strida mot såväl proportionalitetsprincipen som obestämdhetsförbudet.
[79] Se också Heitzer 1997 s. 124 ff.
[80] Se Jareborg 1995 s. 24.
[81] Se Jareborg 1987 s. 18.
[82] Greve 1994a s. 4.

som leder till en minskad mervärdeskatteintäkt för medlemsstaterna också att drabba EG:s finanser.)[83]

5.4 Bötesstadganden i Parisfördraget

I Parisfördraget finns, i den tredje avdelningen, bötesstadganden i relativt stor omfattning. Till skillnad från i Romfördraget ger dessa staganden i många fall i sig, dvs. utan att det krävs ytterligare reglering, direkt möjlighet att utdöma böter. Den myndighet som tillerkänns rätt att utdöma böter är enligt fördraget Höga myndigheten, men denna har som bekant, genom det s.k. fusionsfördraget ersatts av kommissionen.

De förfaranden som bötesbeläggs är följande:[84]

– Enligt artikel 47 st. 2 kan ett företag som underlåter att fullgöra förpliktelser som ålagts enligt artikeln (t.ex. att lämna ut upplysningar till kommissionen) ådömas böter omfattande 1 % av årsomsättningen.

– Enligt artikel 54 st. 6 kan ett företag som överträder ett förbud mot att använda externa medel för att genomföra ett visst investeringsprogram ådömas böter motsvarande det belopp som på oriktigt sätt använts.

– Enligt artikel 58.4 kan ett företag som överskrider produktionskvoter som fastställts enligt artikel 58 ådömas böter uppgående till värdet av den otillåtna produktionen.

– Enligt artikel 59.7 kan ett företag som inte fullgör föreskriven produktion eller annars använder kol- och stålprodukter på ett icke föreskrivet sätt ådömas böter uppgående till dubbla värdet av den ifrågavarande produkten.

– Enligt artikel 64 kan ett företag som åsidosätter bestämmelserna i artiklarna 60–63 eller ett beslut angående deras tillämpning ådömas böter motsvarande dubbla värdet av den otillåtna försäljningen. Härunder faller bl.a. att vidta tillfälliga eller helt lokala prissänkningar i syfte att uppnå monopolställning (artikel 60.1 första strecksatsen), att inom den gemensamma marknaden tillämpa olika villkor vid jämförbara affärstransaktioner (artikel 60.1 andra strecksatsen), att ej offentliggöra prislistor i den omfattning som föreskrivits av kommissionen (artikel 60.2 a) samt att överskrida maximi- respektive underskrida minimipriser som fastställts av kommissionen (artikel 61).

[83] Jfr Dannecker 1996 s. 600 och 1996a s. 877 vsp. beträffande frågan om momsbedrägerier omfattas av konventionen om skydd för Europeiska gemenskapernas finansiella intressen.

[84] Se beträffande bötesstadgandena i Parisfördraget Dannecker 1995 s. 128 ff, Fischer-Fritsch 1984 s. 111 ff samt 117, Hildebrandt 1990 s. 5, Jescheck 1953 s. 504 f, Tiedemann 1985 s. 1413 f samt Winkler 1971 s. 17.

– Enligt artikel 65.5 kan ett företag som på olika sätt träffar eller söker tillämpa konkurrensstridiga överenskommelser ådömas böter motsvarande dubbla värdet av omsättningen av de produkter som omfattas av överenskommelsen.

– Enligt artikel 66.6 kan företag som på olika sätt medverkar i förbjudna företagsfusioner ådömas böter motsvarande 3, 10 eller 15 % (olika procentsatser gäller för olika typer av överträdelser) av de tillgångar som förvärvats eller sammanslagits eller som skall förvärvas eller sammanslås.

– Enligt artikel 66.7 kan företag som missbrukar en dominerande ställning ådömas böter. Hur den tillämpliga straffskalan skall fastställas är i detta fall oklart.

– Enligt artikel 68.6 kan företag som inte följer kommissionens rekommendationer avseende lönenivåer ådömas böter omfattande dubbla värdet av de oriktigt inbesparade lönekostnaderna.

5.5 Sammanfattning

De förfaranden som kan föranleda att böter döms ut är (1) i första hand brott mot EG:s konkurrensregler i artiklarna 85 och 86 i Romfördraget. Vidare kan böter av motsvarande storlek dömas ut om ett företag bryter mot särskilda villkor som stadgats i samband med att ett undantag från konkurrensreglerna medgivits.

Dessutom kan vissa mindre förseelser i samband med att företag söker undantag eller negativattest eller i samband med kommissionens utredningar föranleda lägre bötesbelopp.

Vidare kan (2) böter utdömas enligt förordning 11 för otillåten diskriminering inom transportsektorn.

Därtill (3) har ramförordningen rörande skyddet av gemenskapernas finansiella intressen medfört att möjligheter kommer att finnas att utdöma böter för olika former av oegentligheter med bidrag.

Dessa bötessanktioner hör emellertid till den medelbara sanktionsrätten, dvs. de föreskrivs på EG-nivå men handhas av myndigheter i medlemsstaterna. Vidare kan böter inte utdömas enbart på grund av ramförordningen, utan det fordras att stöd finns i sektorsspecifika förordningar.

Även i Parisfördraget (4) återfinns bötesstadganden i en rad artiklar. Böter kan i dessa delar utdömas för bl.a. överskridande av produktionskvoter, över- respektive underskridande av maximi- respektive minimipriser, konkurrensrättsliga överträdelser etc. Dessa böter utdöms av kommissionen.

6 Rättsstridighet

6.1 Allmänt

Som ovan nämnts finns vissa begränsningar vad gäller det bötesbelagda området: dels finns en de minimis-regel som utesluter – vad som något missvisande brukar kallas – bagatellfall från det bötesbelagda området, dels finns en sorts *rule of reason* som av olika skäl tillåter konkurrensbegränsande avtal i vissa fall. Dessutom kan en anmälan av ett konkurrensbegränsande avtal förhindra att böter ådöms. Liknande verkan har även olika former av undantag, negativattester och s.k. comfort letters.[1]

Dessa begränsningar skall, på grund av deras klart konkurrensrättsliga karaktär, inte behandlas närmare här.

Vad som skall diskuteras är istället om det finns några generella – och oskrivna – rättfärdigande omständigheter som erkänns inom EG-rätten. (Rubriken "rättsstridighet" får inte läsas som om rättsstridigheten rörde någonting annat än frånvaro av relevanta undantag.)[2]

I doktrinen har, med EG-domstolens praxis som grund, tre rättfärdigande omständigheter diskuterats: nödvärn, nöd och force majeure. Dessa institut synes också ha accepterats såsom gällande av doktrinen. Särskilt av tyska författare diskuteras begreppen, sannolikt på grundval

[1] Individuella undantag meddelas av kommissionen i ett formellt beslut, om det ifrågavarande avtalet uppfyller kraven i artikel 85.3 i Romfördraget. Generella undantag meddelas även i s.k. gruppundantagsförordningar. Att ansöka om negativattest innebär att man ber kommissionen uttala att ett visst avtal inte står i strid med artikel 85.1 i Romfördraget. Ett comfort letter är ett informellt besked från kommissionen till avtalsparterna om att ärendet inte kommer att utredas ytterligare. Ett comfort letter erhålls, om det ges, snabbare än ett formellt individuellt undantag eller en negativattest. Varken en negativattest eller ett comfort letter innebär dock ett absolut skydd mot böter. Se härom Wahl 1995 kapitel 5 och Droege & Lysén 1997 s. 270 ff.

[2] Se Jareborg 1994 s. 135. Jfr de rättsstridighetsläror som diskuteras av Agge 1964 s. 330 ff.

av Tiedemanns arbeten,[3] utifrån ett straffrättsligt perspektiv. När man läser dessa arbeten får man i viss mån intrycket av att begreppen appliceras på företeelser för vilka de inte är avsedda.[4]

Detta behöver dock inte med nödvändighet betyda att en sådan infallsvinkel är förfelad; tvärtom kan en straffrättsdogmatisk analys av sanktionsrätten vara av värde både såtillvida att förutsättningarna för "straffbarhet" preciseras och genom att den sanktionsrättsliga materian systematiseras. För att ett sådant företag skall vara fruktbart krävs dock att man noga prövar huruvida den straffrättsliga begreppsbildningen är ägnad att bidra till förståelsen av sanktionsrätten. Att utan närmare eftertanke använda sig av väl inarbetade termer för att förklara företeelser för vilka termerna inte är avsedda bidrar inte till en ökad klarhet.

Betecknande är t.ex. att varken nöd eller nödvärn hittills lett till ansvarsfrihet. I det följande ifrågasätts om det verkligen är meningsfullt att tala om nödvärn och nöd som grunder för rättfärdigande i EG:s bötesrätt. Vidare diskuteras varför nöd och nödvärn är så svårgripbara företeelser när det gäller att utdöma böter mot företag.

6.2 Nödvärn

6.2.1 Nödvärn i rättspraxis

Nödvärn[5] är en rättfärdigande omständighet som torde återfinnas i alla världens straffsystem.[6] Det finns emellertid inga skrivna regler om nödvärn vare sig i fördragen eller i sekundärrätten.[7]

I domstolens praxis åberopades och diskuterades nödvärnsrätt – och andra allmänna rättfärdigande omständigheter – för första gången 1962 i fallet *Modena*.[8] Därefter har nödvärnsinvändningar prövats i ytterligare tre fall inför domstolen utan att någon gång leda till ansvarsfrihet.[9] Det skall påpekas att tre av rättsfallen rör böter enligt Parisfördraget.

Det kan naturligtvis diskuteras huruvida EG-domstolen verkligen diskuterat nödvärn i den mening som normalt avses med detta begrepp.

[3] Se t.ex. Tiedemann 1979 s. 1849 hsp. och 1856 hsp.–vsp.
[4] Jfr här von Groeben, Thiesing & Ehlermann 1991 s. 1980 rdnr 7.
[5] På tyska Notwehr, på engelska legitimate self-protection eller self-defence.
[6] Se t.ex. Eser 1987 s. 51. Se även Wagemann 1992 s. 87 med vidare hänvisningar.
[7] Wagemann 1992 s. 87.
[8] C-16/61 *Modena* [1962] ECR 289.
[9] Se nedan. Rättsfallen är C-154 etc./78 *Valsabbia* [1980] ECR 907, C-100–103/80 *Pioneer* [1983] ECR 1825 samt C-188/82 *Thyssen* [1983] ECR 3721.

Den första tanke som slår en är onekligen att så inte är fallet. Ser man till domstolens formuleringar blir resultaten delvis olika beroende på vilket språk man läser. Den engelska lokutionen, *legitimate self-protection*, ger rent språkligt inte otvetydigt stöd för att "på svenska" betrakta företeelsen som nödvärn. Ser man däremot till den tyska motsvarigheten, *Notwehr*, är det svårt att få det till något annat än just nödvärn. I litteraturen har vidare EG-domstolens begrepp, av bl.a. auktoriteter som *Tiedemann*, uttryckligen diskuterats som vore det en motsvarighet till StGB:s 32 § och OWiG:s 15 § (vilka båda behandlar nödvärn i egentlig mening).[10] Redan detta faktum – att domstolens praxis tolkas som om det finns ett nödvärnsbegrepp i EG-rätten – utgör ett skäl att undersöka hur det förhåller sig i detta hänseende. Det kan emellertid redan nu förutskickas att jag kommer att rikta kritik mot oreserverade påståenden om att EG-domstolen har godtagit nödvärn som en allmän rättsgrundsats i den övernationella sanktionsrätten. När ordet nödvärn används nedan kan det därför läsas som om det vore placerat inom citationstecken.

I syfte att ge läsaren en bild av hur argumentationen i dessa delar förts i praxis refereras och kommenteras de aktuella rättsfallen relativt utförligt.

Modena. I *Modena* hade ett italienskt företag på olika sätt reducerat försäljningspriset på stål i förhållande till vissa kunder. Detta stred mot prisdiskrimineringsförbudet i artikel 60.1 första strecksatsen samt vissa beslut av Höga myndigheten.[11] På grund av detta utdömde Höga myndigheten ett bötesstraff på 8 000 000 lire.[12]

Modena hävdade att reduktionen av försäljningspriset i dessa fall var nödvändig "to overcome the difficulties created at the time by the extremely serious short-term economic situation".[13] Vid den relevanta tidpunkten var marknaden i oordning särskilt beroende på konkurrensstridigt beteende från vissa företag. Modena anförde vidare, som en subjektiv förmildrande omständighet (!), att företaget "was engaged in legitimate self-protection against competing undertakings which were infringing the rules...".[14]

Höga myndigheten menade å sin sida att de ekonomiska svårigheterna inte kunde rättfärdiga förbjuden prisdiskriminering. För att komma ur

[10] Så t.ex. Tiedemann 1985 s. 1430 och 1993 s. 29 hsp. Jfr vidare t.ex. Dannecker & Fischer-Fritsch 1989 s. 309 f, Wagemann 1992 s. 89 samt Schermers & Waelbroeck 1992 s. 91 f § 158 f.

[11] Numera kommissionen, se det s.k. fusionsfördraget artikel 9.

[12] Se artikel 64 Parisfördraget.

[13] C-16/61 *Modena* [1962] ECR 289 s. 296 vsp.–hsp.

[14] C-16/61 *Modena* [1962] ECR 289 s. 296 hsp.–297 vsp.

den svåra situationen var inte nödvändigt att bryta mot prisdiskrimineringsreglerna. Modena kunde, och borde, istället ha sett över och ändrat sina prislistor generellt.[15]

Generaladvokaten, *Roemer*, konstaterade att det visserligen kunde sägas att situationen medfört vissa svårigheter för Modena, men att det inte bevisats ("[had] not been proved") att regelbrott varit den enda lösningen.[16,17]

Detta uttalande kan tyckas vara anmärkningsvärt i den meningen att det antyder att det är den bötfällde som har att visa att en nödvärnssituation föreligger. Denna bevisbörderegel bekräftas dock i ett stort antal rättsfall. Se närmare nedan i avsnitt 6.5.

I domstolens dom finner vi för första gången en gemenskapsrättslig definition av nödvärnsbegreppet:

> "Legitimate self-protection presupposes an action taken by a person which is essential in order to ward off a danger threatening him. The threat must be immediate, the danger imminent, and there must be no other lawful means of avoiding it."[18]

Domstolen fastslog därefter att ingen av de angivna faktorerna var för handen i det aktuella fallet, varför Modenas förehavanden inte kunde anses rättfärdigade på grund av att de företagits i nödvärn.

Kommentar till Modena. Domstolens definition är inte särskilt klargörande och sålunda öppen för tolkningar.

För det första sägs, i den engelskspråkiga versionen, att det skall vara fråga om handlande *av en person* för att avvärja en fara som hotar honom. Ordvalet tyder i dessa delar på att den hotade och handlande verkligen skall vara *en person.* En jämförelse med den franska och tyska domen visar dock att detta näppeligen varit avsett.[19] Vad skillnaden på personer och företag har för betydelse framförallt när det gäller nödsituationer skall diskuteras nedan i avsnitt 6.3.5.

[15] C-16/61 *Modena* [1962] ECR 289 s. 296 hsp.
[16] C-16/61 *Modena* [1962] ECR 289 s. 321 hsp.–322 vsp.
[17] Det bör påpekas att generaladvokaten kan ha diskuterat nöd. I den engelskspråkiga versionen av rättsfallet talas om "*emergency within the meaning of penal law*". Så även Wagemann 1992 s. 88.
[18] C-16/61 *Modena* [1962] ECR 289 s. 303.
[19] Engelska var vid tidpunkten för domen inget officiellt EG-språk. I den tyska versionen av domen sägs t.ex. att "Notwehr setzt ... eine Handlung voraus, die zur Abwehr einer den Handelnden bedrohenden Gefahr unerläßlich ist".

Som Wagemann påpekar finns vidare vissa indikationer på att det i domen inte upprätthölls någon klar gränslinje mellan nödvärn och nöd.[20] För det första synes generaladvokatens resonemang närmast röra nöd (emergency, Notstand). För det andra finns i domstolens definition inget krav på ett brottsligt, eller rättsstridigt, angrepp i någon form. Ett sådant krav uppställs som regel i de nationella rättsordningarna för att det skall vara fråga om nödvärn.[21]

Omvänt saknas diskussion kring den för nöd karaktäristiska intresseavvägningen fullständigt, medan kravet på att försvarshandlingen skall vara nödvändig för att avvärja hotet påminner om det tyska kravet på "Erforderlichkeit".[22]

Strukturellt förefaller domstolen vidare inte göra någon skillnad på huruvida nödvärnsinvändningen faller på att det inte förelegat någon *nödvärnssituation* eller på att *nödvärnshandlingen* varit oförsvarlig. EG-domstolen fastslår endast att det inte visats, vare sig att företaget varit utsatt för ett överhängande hot eller att nödvärnshandlingen varit erforderlig.

Detta är i och för sig – mot bakgrund av att domstolen inte lyckas upprätthålla någon gräns mellan nöd och nödvärn – inte ägnat att förvåna.

Nå, det är sannolikt inte särskilt fruktbart att övertolka 35 år gamla domskäl; vill man veta mer om vad som gäller beträffande nödvärn i EG-rätten är det därför nödvändigt att gå vidare.

Valsabbia. Valsabbia,[23] som också rör böter enligt Parisfördraget, synes i litteraturen värderas mycket högt när det gäller allmänna rättfärdigande grunder.[24] I rättsfallet klagade nio italienska, två tyska samt ett franskt företag på kommissionens beslut att utdöma böter. Bötesbeslutet föranleddes av att företagen underskridit de minimipriser för armeringsjärn som kommissionen fastslagit i enlighet med artikel 61 st. 1 b i Parisfördraget.

Företagen argumenterade för att situationen, bl.a. beroende på konkurrenters rättsstridiga beteende, gjorde att det enda handlingsalternativ som återstod var att gå under de fastslagna minimipriserna. Företagen menade alternativt att kommissionen förfarit felaktigt genom att skapa

[20] Se Wagemann 1992 s. 89.

[21] Så t.ex. i Sverige (BrB 24:1, *brottsligt angrepp*), Tyskland (StGB 32 §, *rechtswidrigen Angriff*) och Danmark (Straffeloven 13 § st. 1 och 2, *uretmæssigt angreb*).

[22] Wagemann 1992 s. 89.

[23] C-154 etc./78 och 79 *Valsabbia* [1980] ECR 907.

[24] Så t.ex. Dannecker 1993 s. 237, Dannecker & Fischer-Fritsch 1989 s. 308 och Wagemann 1992 s. 89.

en minimiprisreglering för den aktuella sektorn. Såväl force majeure som nödvärn – alternativt nöd – åberopades av företagen.[25]

Kommissionen anförde mot detta att nödvärns- eller nödbegreppet måste anses svårgripbart i detta sammanhang. Vidare framhölls att begreppet utesluter ansvar genom att utgöra en undantagsregel som rättfärdigar beteende som annars vore olagligt. Därtill gjorde kommissionen en något svårbegriplig hänvisning till rättsfallet *Lührs* (som rörde skatt på potatisexport till tredje land).[26]

Vidare framhöll kommissionen att om nödvärnsrätt skulle erkännas i fall som det förevarande så skulle hela systemet med minimipriser sättas i gungning. Varje företag skulle i så fall bli berättigat att bryta mot reglerna under förevändning av att andra gör det.[27]

Generaladvokaten inledde sitt yttrande med att säga att begreppen – force majeure, nödvärn och nöd – blandats ihop i vissa överklaganden.[28] När det gällde nödvärn hänvisades till *Modena* varvid domstolens ovan återgivna definition citerades.

Därefter anfördes två skäl för att underkänna nödvärnsrätt i fallet.[29] För det första hade fara till viss del orsakats av *laglig* verksamhet bedriven av företag i icke medlemsstater; sålunda var regelbrotten inte enbart att se som ett svar på rättsstridigt handlande. För det andra hade också vissa andra omständigheter – såsom svårigheter avseende finansiering samt otillräcklig kontroll från kommissionens sida – åberopats av företagen.

EG-domstolen slog i sin dom fast att nödvärn innebär en handling till försvar mot ett rättsstridigt angrepp.[30] Vidare menade domstolen att kommissionen haft full rätt att fastställa minimipriserna på sätt som skett. Och eftersom nödvärn inte är ett gångbart försvar mot lagliga åtgärder vidtagna av en offentlig myndighet, fanns inga omständigheter som rättfärdigade regelbrottet. Huruvida konkurrenternas beteende kunde skapa en nödvärnssituation gick domstolen inte in på.[31]

[25] C-154 etc./78 och 79 *Valsabbia* [1980] ECR 907 s. 945 f. Vissa företag förde egen talan, men de åberopade omständigheterna, såväl som de rättsliga grunderna torde kunna sägas vara likartade. Se vidare i rättsfallet s. 957, 963 f, 973 f samt 980 och Wagemann 1992 s. 90 ff.

[26] C-154 etc./78 och 79 *Valsabbia* [1980] ECR 907 s. 947 och C-78/77 *Lührs* [1978] ECR 169 s. 176 ff. Denna hänvisning till *Lührs* har ifrågasatts också av Wagemann som också synes ha svårt att förstå rättsfallets relevans för nödvärnsproblematiken.

[27] Se t.ex. C-154 etc./78 och 79 *Valsabbia* [1980] ECR 907 s. 947 och 968 f.

[28] C-154 etc./78 och 79 *Valsabbia* [1980] ECR 907 s. 1067.

[29] C-154 etc./78 och 79 *Valsabbia* [1980] ECR 907 s. 1069.

[30] C-154 etc./78 och 79 *Valsabbia* [1980] ECR 907 s. 1021 f punkt 138.

[31] Se nedan om force majeure.

Kommentar till Valsabbia. Mest intressant i *Valsabbia* är egentligen generaladvokatens skäl för att underkänna nödvärnsinvändningen. Om vi tittar närmare på generaladvokatens yttrande, så förefaller de två skäl som anförs för att i det aktuella fallet underkänna nödvärnsrätt relativt likartade. Den andra punkten som anförs av generaladvokaten hade tydligtvis kunnat ses som en del av den första; båda punkterna syftar egentligen till att säga att de konkurrerande företagens rättsstridiga handlande inte var den *enda orsaken* till brotten mot minimipriserna.

Angående generaladvokatens yttrande skriver Wagemann: "inbesondere habe das rechtmäßige Verhalten von Konkurrenten keine Notwehrlage begründen können. Notwehr könne immer nur 'Reaktion auf das rechtswidrige Verhalten eines anderen' sein".[32] Naturligtvis kan inte fullt lagligt beteende från konkurrenter grunda en nödvärnssituation,[33] men det är inte vad generaladvokaten skriver. Vad han framhåller är att regelbrotten inte *enbart* föranleddes av andras rättsstridiga beteende, utan därtill av vissa andra omständigheter. Situationen är således sådan att gärningen i fråga delvis utgör ett svar på rättsstridiga angrepp, delvis ett svar på svårigheter som uppkommit på annat sätt.

Detta resonemang visar att det egentligen inte alls är nödvärn – i vart fall inte i "nationell" mening – som diskuteras. Vid nödvärn blir det i princip aldrig intressant huruvida situationen också beror på lagligt beteende; det brottsliga angreppet ger rätt till nödvärn, punkt slut. Denna – relativa – enkelhet beror på att det är *avvärjandet av ett konkret angrepp*, till skillnad från en allmänt besvärlig situation, som ger nödvärnsrätt. När man på det sätt som sker diskuterar nödvärnsrätt för att *undkomma verkningarna* av vad som möjligen skulle kunna karaktäriseras som ett angrepp blir det hela mycket märkligt.

Pioneer. I avgörandet *Pioneer*[34] hade EG-domstolen för första gången tillfälle att uttala sig om nödvärnsrätten i förhållande till böter för konkurrensrättsliga överträdelser. I fallet hade flera företag genom samordnat förfarande brutit mot artikel 85 i Romfördraget, varför kommissionen utdömt höga böter.[35]

Företagen gjorde i sitt överklagande gällande att de på grund av vissa konkurrenters otillåtna parallellimport befunnit sig i en nödvärnssituation.

[32] Wagemann 1992 s. 92.
[33] Se närmare nedan rörande rättsfallet C-100–103/80 *Pioneer* [1983] ECR 1825.
[34] C-100–103/80 *Pioneer* [1983] ECR 1825.
[35] I *Pioneer* höjde kommissionen den normala bötessumman, från att tidigare ha varit 1–2 procent, till 3–4 procent av det aktuella företagets omsättning.

Generaladvokaten framhöll, med uttrycklig hänvisning till *Modena* och *Valsabbia*, att det, av domstolens tidigare praxis, inte går att utläsa en rätt att försvara sig mot besvärande effekter av konkurrenters lagliga beteende.[36]

På motsvarande sätt konstaterade EG-domstolen, under hänvisning till tidigare praxis att parallellimport av det slag som det var fråga om inte kunde anses som "an unfair commercial practice" varför den heller inte ger upphov "to a situation of legitimate self-protection".[37]

Kommentar till Pioneer. Pioneer är i första hand av intresse därför att det är det första konkurrensrättsliga fall där EG-domstolen beaktar, om än inte godtar, en nödvärnsinvändning. I övrigt slår domstolen endast fast den ganska självklara utgångspunkten att fullständigt lagligt beteende inte kan ge upphov till nödvärnsrätt.[38]

Thyssen. *Thyssen*[39] bidrar vid första påseende inte alls till problematiken kring nödvärnsrätten.[40] Rättsfallet gällde böter som utdömts på grund av att ett tyskt företag överskridit vissa, av kommissionen fastställda, produktionskvoter avseende stålföretag.

Företaget argumenterade för att ett misstag å kommissionens sida gjorde överträdelsen rättfärdigad.

EG-domstolen fastslog att "a wrongful act on the part of the Commission cannot justify a breach of Community law by an undertaking, regardless of the economic justification relied upon by the latter".[41] Detta brukar tolkas så att man i första hand måste använda rättsliga medel mot felaktiga handlingar av institutionerna. Detsamma torde för övrigt gälla rättsstridigt beteende av konkurrenter.[42]

Kommentar till Thyssen. Thyssen kan möjligen ses som ett uttryck för att den rättsliga vägen alltid skall användas mot såväl korrekt som rättsstridigt beteende av institutionerna.[43] Man skulle kunna uttrycka det så att en nödvärnssituation visserligen förelegat men att försvarshandlingen inte varit försvarlig.

[36] C-100–103/80 *Pioneer* [1983] ECR 1825 s. 1946 vsp. Det är svårt att avgöra om generaladvokaten talar om nödvärn eller nöd, jfr Wagemann 1992 s. 93.
[37] C-100–103/80 *Pioneer* [1983] ECR 1825 s. 1901 punkt 89.
[38] Se även Greve 1993 s. 156.
[39] C-188/82 *Thyssen* [1983] ECR 3721.
[40] Jfr Wagemann 1992 s. 94.
[41] C-188/82 *Thyssen* [1983] ECR 3721 s. 3734 punkt 10.
[42] KOMB 86/596 *Meldoc* OJ L 348/50 s. 62.
[43] Så Dannecker 1994 s. 338, Tiedemann 1985 s. 1431 och 1993 s. 29 hsp. samt Wagemann 1992 s. 94 f.

6.2.2 Rättsjämförelse och konstruktion

Som ovan visats finns tecken på att det i vissa situationer varit svårt att hålla isär nödvärn från nöd. Vidare torde det vara tydligt för envar som är åtminstone ytligt bekant med sin nationella straffrätt att nödvärnsbegreppet inte tycks passa in särskilt väl i sammanhanget.[44]

Här skall, på grundval av en jämförelse med hur nödvärn behandlas i svensk och tysk rätt, diskuteras om det överhuvudtaget är meningsfullt att använda nödvärnsbegreppet i den övernationella sanktionsrätten.

Här kan till att börja med vara av intresse att närmare undersöka hur liknande situationer skulle bedömas enligt svensk och tysk straffrätt.

För att nödvärnsrätt skall uppkomma krävs till en början att ett *individuellt intresse* utsätts för ett angrepp.[45] I Tyskland talas t.ex. om att det angripna intresset för att kunna grunda nödvärnsrätt måste vara "notwehrfähig".[46] När det konstaterats att ett sådant intresse angripits kan den som är bärare av intresset, men även andra (nödvärnshjälp),[47] försvara detta.

I de fall som ovan beskrivits har det påstådda angreppet bestått i att konkurrenter överträtt någon form av marknadsreglering (konkurrensbegränsningsförbud, minimiprisregler eller produktionskvoter). Vilket intresse är i dessa fall angripet? Ja, mest näraliggande synes vara att hävda att det allmänna intresset av fri konkurrens respektive en fungerande stålmarknad har kränkts. Om detta är riktigt har angreppet riktats mot det allmänna och det bötesbelagda företaget *kan* vara berättigat att vidta nödvärnshjälp.

Normalt sett är emellertid ett allmänt abstrakt intresse inte av sådan beskaffenhet att ett angrepp därpå kan medföra nödvärnsrätt. Jescheck skriver att "**Rechtsgüter des Staates** oder anderer juristischer Personen des öffentlichen Rechts sind notwehrfähig, wenn es sich um Individualrechtsgüter handelt".[48] Sålunda kan angrepp på statlig egendom grunda

[44] Se t.ex. Göhler 1995 s. 110 rdnr 1 som i samband med tyska Ordnungswidrigkeiten och nödvärn skriver: "Daß eine gegen den Angreifer gerichtete Handlung einen Bußgeldtatbestand erfüllt, ist aber kaum vorstellbar oder zumindest ganz außergewöhnlich." Se även Weber 1980 s. 313 som i motsvarande sammanhang uttalar att "es bereitet sogar Schwierigkeiten, einen theoretischen Fall zu konstruieren". Jfr vidare Rebmann, Roth & Hermann 1994 § 15 s. 1 f rdnr 2.

[45] Se t.ex. Jescheck & Weigend 1996 s. 337 (tysk straffrätt), Weigend 1994 s. 101 vsp. (tysk ordningsrätt) samt Jareborg 1994 s. 140 (svensk straffrätt).

[46] Se t.ex. Jakobs 1983 s. 312 f.

[47] Se t.ex. Lackner 1995 s. 218 rdnr 12 och Roxin 1994 s. 579 rdnr 97 för tysk rätt och Jareborg 1994 s. 142 angående svensk rätt.

[48] Jescheck & Weigend 1996 s. 340.

nödvärnsrätt, men inte angrepp på mer allmänna intressen.[49] Det torde därför otvivelaktigt låta sig sägas att en konkurrensrättslig överträdelse, eller ett brott mot en minimiprisreglering, utgör ett angrepp på ett sådant allmänt abstrakt intresse *som inte medför nödvärnsrätt.*[50] Härmed kan vi utesluta angreppet på det allmänna intresset som grund för att ge företaget rätt till nödvärnshjälp.

Detta innebär emellertid inte att nödvärnsrätt är helt utesluten. Konkurrens- eller prisregleringsbrottet skulle möjligen kunna ses som ett angrepp på det nödvärnsåberopande företagets egna intressen. Vid konkurrenters överträdelser av regler – rörande t.ex. minimipriser eller förbjudna konkurrensbegränsningar – kan nödvärnsrätt uppkomma om (1) överträdelsen uppfattas som ett angrepp på ett intresse som bärs av det företag som hävdar nödvärn och (2) detta intresse anses vara tillräckligt konkret för att kunna grunda nödvärnsrätt.[51] Sålunda skulle nödvärnsrätt vid t.ex. konkurrensrättsliga överträdelser kunna bli aktuell om de konkurrensrättsliga delikten anses skydda jämväl individuella intressen.[52] I tysk doktrin finns uppfattningen företrädd att den konkurrensrättsliga regleringen skyddar såväl kollektiva som individuella (t.ex. den enskildes affärsmässiga handlingsfrihet) intressen.[53] På denna grund synes t.ex. Wagemann godta att konkurrensstridigt beteende av konkurrenter utgör ett sådant angrepp på det ifrågavarande företagets egna individuella intressen att nödvärnsrätt kan föreligga.[54]

Det kan emellertid starkt ifrågasättas om detta är rimligt. Syftet med att begränsa nödvärnsrätten till fall när fråga är om angrepp på individuella intressen är åtminstone delvis att *begränsa kretsen av nödvärnsberättigade*. I de ovan diskuterade fallen har vi regler som, i första hand, skyddar allmänna intressen. Därtill anses att även individuella intressen skyddas (även om detta måste sägas ske på ett ganska indirekt sätt). Accepterar man att redan en överträdelse av en regel som på detta vis har ett dubbelt skyddsobjekt[55] kan grunda nödvärnsrätt, blir kretsen av nödvärnsberättigade i princip obegränsad. Enligt min mening bör därför

[49] Se rörande tysk rätt Jescheck & Weigend 1996 s. 340 och Jakobs s. 314, samt rörande svensk rätt Jareborg 1994 s. 140 och KBrB II s. 659.

[50] Se Göhler 1995 s. 111 rdnr 1. Jfr dock Dannecker 1994 s. 338: "[z]war sind solche Rechtsgüter notwehrfähig ...".

[51] Jfr här BGH:s formulering: "[e]iner Störung der öffentlichen Ordnung ... kann deshalb der Staatsbürger, *solange nicht auch zugleich seine Rechte verletzt werden*, in der Regel nicht mit der Notwehr entgegentreten". BGHSt 5, 245, 247 (min kursivering).

[52] Wagemann 1992 s. 96.

[53] Så t.ex. Lillich 1978 s. 62 och Wagemann 1992 s. 96.

[54] Wagemann 1992 s. 96 f.

[55] Se Wagemann 1992 s. 96.

krävas att angreppet framstår som ett konkret och direkt angrepp på ett visst individuellt intresse.[56] På ett liknande sätt synes såväl *Jescheck* som *Lackner*, vad gäller tysk rätt, uppfatta saken när de enstämmigt skriver att angrepp på allmänna intressen kan ge nödvärnsrätt "wenn ein einzelner durch den Angriff unmittelbar betroffen ist".[57]

Om vi trots dessa invändningar, som utgångspunkt för den fortsatta analysen godtar att ett nödvärnsdugligt intresse blivit utsatt för ett angrepp befinner vi oss således i en situation som *kan* ge rätt till vissa nödvärnshandlingar.

För att kunna ha ansvarsbefriande verkan krävs vidare att försvarshandlingen vidtas för att avvärja det brottsliga angreppet. När det gäller de ovan refererade fallen är uppenbart att försvarshandlingen inte vidtas i detta syfte utan mer allmänt för att kompensera verkningarna av det brottsliga angrepp (som vi egentligen inte anser föreligga).

Vidare måste enligt den nationella rätten den vidtagna handlingen alltid riktas mot aggressorn.[58] Sålunda krävs i princip – för att nödvärn skall få relevans som ansvarsfrihetsgrund – att det straffbud vars överträdelse nödvärnsregeln skall rättfärdiga skyddar just aggressorns intressen. Eftersom de EG-rättsliga böterna alltid utdöms på grund av överträdelser som riktar sig, åtminstone delvis, *mot det allmänna*, finns det knappast något utrymme för nödvärnshandlingar i egentlig mening.[59]

Det torde därmed kunna fastslås att ett konkurrensvidrigt beteende av konkurrenter aldrig bör kunna föranleda att ytterligare konkurrensrättsliga överträdelser rättfärdigas med hjälp av en nödvärnskonstruktion. Försvarshandlingen, dvs. en överträdelse av konkurrensreglerna, riktar sig åtminstone delvis mot någon annan än aggressorn.[60]

Men vad gäller då om angreppet kommer från det allmänna? Kan detta grunda nödvärnsrätt? Också om man inte problematiserar själva angreppets karaktär av att vara ett angrepp bör svaret förmodligen vara

[56] Detta innebär inte att kretsen av angripna måste vara begränsad.

[57] Jescheck & Weigend 1996 s. 340 samt Lackner 1995 s. 214.

[58] Se beträffande svensk rätt Jareborg 1994 s. 142.

[59] Jfr om nödvärnsrätt vid de tyska Ordnungswidrigkeiten Weigend 1994 s. 101 vsp. Se även Jareborg 1994 s. 139 f angående nödvärnsrätt mot myndighetsutövning i svensk rätt.

[60] Jfr dock Dannecker 1994 som först hävdar (vilket är mycket tveksamt) att domstolen i C-154 etc./78 och 79 *Valsabbia* [1980] ECR 907 framhållit att angreppet måste härröra från den vars intressen skall offras, s. 337. (En nödvärnsrätt måste rimligen innehålla detta element, men det är ytterst tveksamt om EG-domstolen har framhållit detta.) Därefter skriver han att försvarshandlingarna mot konkurrenters angrepp underkänts därför att det funnits alternativa sätt att komma ur situationen, s. 338 f, varigenom antyds att en regelöverträdelse *skulle kunna* rättfärdigas av konkurrenters angrepp. Detta borde inte vara möjligt om det nu bara är aggressorns intressen som får offras.

nej. Det synes, liksom då angreppet kommer från konkurrerande företag, vara ytterst tveksamt huruvida ett angrepp från en myndighet kan rättfärdiga ett intrång i så allmänna intressen som konkurrensfriheten eller regleringen av stålmarknaden. Saken måste enligt såväl svensk som tysk straffrätt bedömas så att aggressorn måste vara en, eller flera, människor,[61] och att det är mot denne eller dessa som den avvärjande handlingen måste riktas. Att angriparen i här aktuella fall representerar en större grupp människor (staten eller EG) kan inte medföra att det angripna företaget har rätt att avvärja angreppet genom intrång i den bakomliggande gruppens intressen. Man kan uttrycka det så att överträdelser av regler som skyddar allmänna intressen inte kan rättfärdigas med hjälp av nödvärn, eftersom försvarshandlingen inte enbart riktas mot aggressorn (utan snarare mot allmänheten).

Som ytterligare problem när det gäller nödvärnsrätt i detta sammanhang finns EG-domstolens ställningstagande i *Thyssen*.[62] Även om vi skulle finna att ett nödvärnsdugligt intresse blivit angripet och även om försvarshandlingen skulle rikta sig mot aggressorn, så kvarstår det faktum att försvarshandlingen likväl inte är rättfärdigad eftersom angreppet borde ha bemötts den rättsliga vägen. Dylikt beaktande av alternativa lösningar återfinns i många medlemsstaters straffrätt. I Sverige skall försvarshandlingen vara "inte uppenbart oförsvarlig" varvid hänsyn kan tas till huruvida det fanns andra vägar ut ur situationen.[63] I Tyskland skall visserligen ingen direkt försvarlighetsbedömning göras, men det uppställs likväl ett krav på "Erforderlichkeit".[64]

6.2.3 Sammanfattning

Mot bakgrund av vad som ovan anförts torde kunna fastslås att nödvärn som grund för rättfärdigande knappast torde kunna få praktisk betydelse vare sig inom de områden där bötesstraff idag är aktuella eller inom de områden där EG under överskådlig tid framöver kommer att verka. På bokstavligt talat varje punkt i uppbyggnaden av en traditionell, på de nationella rättssystemen byggande, nödvärnsrätt finns svårigheter som var och en gör det svårt att förstå hur en nödvärnsrätt skulle kunna aktualiseras på allvar.

[61] Jfr Jareborg 1994 s. 139 f samt Roxin 1994 s. 534 rdnr 7.
[62] Se även KOMB 86/596 *Meldoc* OJ L 348/50 s. 62.
[63] Jfr Jareborg 1994 s. 142 f och KBrB II s. 660 ff (särskilt s. 662).
[64] Se StGB 32 § (2) samt Roxin 1994 s. 549 f. Jfr vidare t.ex. Wagemann s. 156 som diskuterar tysk rätt i förhållande till fransk och hollänsk rätt.

Huruvida EG-domstolen verkligen har accepterat nödvärn som företeelse framstår som ovisst. Domstolen har i de diskuterade fallen kunnat underkänna nödvärnsinvändningar utan att närmare undersöka huruvida nödvärn överhuvudtaget är ett gångbart begrepp inom konkurrens- respektive stålmarknadsrätten.

En omständighet som på ett avgörande sätt skiljer nödvärn från nöd är att försvarshandlingen vid nödvärn måste rikta sig mot aggressorn. Detta medför att nödvärn kan rättfärdiga, i jämförelse med hotet, mer ingripande försvarshandlingar. I svensk rätt framgår redan av lagtexten att försvarlighetsbedömningen är generösare vid nödvärn än vid nöd.[65] Enligt tysk rätt skall visserligen en socialetisk bedömning av försvarshandlingen ske, men denna torde tillåta betydligt mer än den intresseavvägning som företas vid bedömningar av nödrätt.[66]

Eftersom försvarshandlingarna inom EG:s sanktionsrätt aldrig uteslutande riktar sig mot aggressorn finns inte utrymme för en dylik generös bedömning inom EG-rätten. Även om EG-domstolen skulle tala om nödvärn i vissa rättsfall måste bedömningen av vad som är tillåtet ske efter en intresseavvägning motsvarande nödrätten.

Enligt min mening får man därför acceptera att vad EG-domstolen talar om i vart fall inte rör nödvärn i en från medlemsstaterna överförd betydelse.

Det synes därför vara missvisande, om inte direkt felaktigt, att, såsom *Tiedemann*, påstå att: "*[d]ie Notwehr ist in der Rechtsprechung des EuGH nach anfänglichen Unsicherheiten*, die durch eine Vermischung mit Notstandskriterien gekennzeichnet waren, *mit dem Inhalt anerkannt, wie er von den Rechtsordnungen der meisten Mitgliedstaaten* – unter Einbeziehung des vom deutschen Notwehrrecht nicht akzeptierten Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit – *verwendet wird*".[67,68]

[65] Jfr BrB 24:1 och 24:4: "uppenbart oförsvarlig" respektive "oförsvarlig". Se även Jareborg 1994 s. 142 ff och KBrB II s. 687.

[66] Jfr t.ex. Lackner s. 217 ff rdnr 11 och 13–16 samt Roxin 1994 s. 555 f rdnr 51–54.

[67] Tiedemann 1993 s. 29 hsp. (min kursivering).

[68] Jfr även Dannecker 1994 s. 339 som på för mig obegripliga grunder framhåller att EG-domstolen, tvärtemot tendensen i vissa nationella rättsordningar, medger nödvärnsrätt även vid angrepp på allmänna intressen. Även om så vore fallet är svårt att se hur den nödvärnskonstruktionen skulle se ut eftersom försvarshandlingen efter vad Dannecker själv skriver på sidan innan måste riktas mot agressorn.

6.3 Nöd

6.3.1 Allmänt

Nöd, som grund för att rättfärdiga olika former av näringslivsrelaterad "brottslighet", framstår redan vid första påseende som ett betydligt mer användbart koncept än nödvärn.

Den grundläggande konstruktionen som innefattar en "Güterabwägung" (dvs. en avvägning mellan olika intressen) och som mer allmänt kan göra olika typer av regelöverträdelser rättsenliga, synes mer ägnad att komma till användning än det, i princip, till självförsvar begränsade nödvärnskonceptet.

Nöd är, liksom nödvärn, ett begrepp som återfinns i alla medlemsstaters rättsordningar, men är likväl oreglerat i EG-rätten. I EG-domstolens praxis har nöd diskuterats i dryga tiotalet rättsfall, men ännu inte föranlett ansvarsfrihet.

I denna framställning kommer nödkonceptet inte att diskuteras på ett sätt motsvarande nödvärn. Istället kommer de förutsättningar för nöd som EG-domstolen arbetat fram att diskuteras utförligt. Detta motiveras dels av att rättsfallen är så många att en kronologisk framställning av praxis skulle ta omotiverat stort utrymme i anspråk,[69] dels av att det, vad gäller nöd, torde vara betydligt lättare för läsaren att utan ingående referat förstå hur argumentationen förts.

6.3.2 Existensen av en nödrätt

Att nöd är erkänd som en allmän grundsats i de flesta medlemsstater torde få ifrågasätta. Därmed är det näraliggande, om än inte nödvändigt, att anta existensen av en liknande grundsats i EG-rätten. I EG-domstolens praxis har detta tagit sig uttryck i att det i ett flertal avgöranden har åberopats jämförande undersökningar.

Tydligast har detta skett i rättsfallet *Klöckner III*, vari ett utlåtande av *Albin Eser* åberopades. Enligt *Eser* är nöd en rättslig företeelse av universell natur som återfinns antingen i lagstiftning eller i praxis i olika rättsordningar. Sålunda, menade *Eser*, är det inte "the validity but the exclusion of necessity which must be specifically proved".[70]

[69] För en sådan framställning hänvisas till Wagemann 1992 s. 98 ff.

[70] C-263/82 *Klöckner* [1983] ECR 4143 s. 4159 punkt 10. EG-domstolen uttalar senare i domslutet att *Eser* framhållit att nödrätten utvecklats inom straffrätten, men att den också har spridit sig till "economic law" i ett begränsat antal medlemsstater (s. 4161

Liknande rättsjämförelser har även förekommit i ett flertal andra fall. I *Klöckner I* hävdade det bötfällda företaget att "an emergency situation is recognized in the legal systems of all Member States as justifying unlawful conduct".[71] På motsvarande sätt påpekades i fallet *Valsabbia* att nödrätt erkänns i straffrätten i såväl Tyskland som Frankrike, Italien, Storbritannien och Schweiz.[72]

Redan denna allmänna förekomst av någon form av nödrätt i medlemsstaterna ger, som sagt, starkt stöd för uppfattningen att det existerar en nödrätt även i EG-rätten.

Dessutom har EG-domstolen och generaladvokaten yttrat sig på sätt som åtminstone inte motsäger denna hållning.

I *Modena*, vari EG-domstolen förvisso inte gjorde någon klar åtskillnad på nöd och nödvärn, förefaller såväl domstolen som generaladvokaten ha utgått ifrån att nöd såsom en rättslig grund för rättfärdigande existerar (även om förutsättningarna för ansvarsfrihet inte var uppfyllda i det särskilda fallet).[73] Senare har framför allt generaladvokaten *Reischl* uttalat sig både tydligare och mer specifikt vad gäller nöd. Sålunda skriver generaladvokaten i *Klöckner III* att frågan om nöd verkligen existerar "as a legal concept in Community law ... without reservation [may be answered] in the affirmative".[74]

I samma avgörande framhöll emellertid EG-domstolen att den allmänna förekomsten av nödrätt i medlemsstaterna inte nödvändigtvis ger stöd för slutsatsen att en motsvarande princip återfinns i EG-rätten. Domstolen tog inte slutlig ställning till existensfrågan utan nöjde sig med att fastslå att nöd i vart fall inte kan tillämpas inom ramen för stålkvotsystemet.[75]

Liknande uttalanden, som antyder en viss osäkerhet vad gäller nödrättens existens i EG-rätten, finner vi även i rättsfallen *Thyssen*, *Pioneer*

---

punkt 21). Se vidare generaladvokatens yttrande vari sägs att krav på en omedelbar fara, ett omedelbart hot mot entitetens existens samt frånvaron av möjlighet att reda ut situationen med lagliga åtgärder följer redan av "research into comparative law ... and may thus be regarded as part of Community law" (s. 4169 vsp.).

[71] C-303 & 312/81 *Klöckner* [1983] ECR 1507 s. 1530 f punkt 38.

[72] C-154 etc./78 och 79 *Valsabbia* [1980] ECR 907 s. 957.

[73] C-16/61 *Modena* [1962] ECR 289 s. 303 respektive 321. Liknande implicita (eller halv-explicita) erkännanden återfinns i C-154 etc./78 och 79 *Valsabbia* [1980] ECR 907 s. 1023 punkt 143 samt (generaladvokaten) s. 1069 hsp.–vsp, C-1252/79 *Ferriere Lucchini* [1980] ECR 3753 s. 3764 punkt 12 samt (generaladvokaten) 3772.

[74] C-263/82 *Klöckner* [1983] ECR 4143 s. 4167 vsp.

[75] C-263/82 *Klöckner* [1983] ECR 4143 s. 4161 f punkt 21. Stålkvotsystemet syftade till att minska tillgången på stål för att på så sätt skapa balans i relationen tillgång och efterfrågan inom den krisdrabbade stålbranschen. Det är uppenbart att ett dylikt system blir verkningslöst om nöd tillåts rättfärdiga överproduktion. Se vidare nedan.

och *Klöckner I.* I *Thyssen* framhöll domstolen att den argumentation som byggde på nöd måste underkännas och anförde vidare att "[w]hatever role that argument may play in Community law in general"[76] så kan nöd inte rättfärdiga brott mot systemet med produktionskvoter. EG-domstolens formulering i *Pioneer* är visserligen helt annorlunda men man undviker liksom i *Thyssen* att ta ställning till nödrättens existens: "[i]t is not necessary to examine the possible consequences of a state of necessity, it being sufficient to state that the applicant has not demonstrated the existence of such a situation".[77] Om dessa fall kan sägas att EG-domstolen är förhållandevis neutral; den säger visserligen inte att en nödrätt inte existerar, men bekräftar å andra sidan inte förekomsten av en sådan regel i EG-rätten.

I *Klöckner I* undviker domstolen på motsvarande sätt, genom ett hypotetiskt resonemang, att ta ställning till nödrättens existens: "[t]he above considerations indicate that, *even supposing* that the concept of an emergency situation were admitted in principle into Community law, the applicant's last submission alleging such a situation must be disallowed".[78]

Dessa uttalanden visar sammantaget att det inte kan sägas vara självklart att en nödrätt finns i den EG-rättsliga sanktionsrätten. Att EG-domstolen trots allt diskuterat olika kriterier som måste vara uppfyllda för att nöd skall kunna åberopas talar visserligen starkt för att så är fallet. Men man måste komma ihåg att EG-domstolen löst de aktuella rättsfallen genom hypotetiska resonemang. Därmed har domstolen egentligen inte erkänt nödrätten utan enbart sagt att även om det skulle finnas en nödrätt så har de förutsättningar som i så fall skulle uppställas inte varit uppfyllda.

Rimligen är skälen till detta beteende främst arbetsekonomiska. EG-domstolen har funnit det vara enklare att avfärda nödinvändningar med hypotetiska resonemang än genom att slutligt ta ställning till nödrättens existens; innehållet har så att säga varit mindre kontroversiellt än existensen. Därtill kan domstolen naturligtvis velat undvika att binda sig vid en viss lösning för framtiden.

Trots denna osäkerhet som emanerar från praxis får det likväl antas att *om* EG-domstolen verkligen tvingades ta hänsyn till förekomsten av en nödrätt så skulle den ge ett jakande svar. Nödrätten är så fundamental

[76] C-188/82 *Thyssen* [1983] ECR 3721 s. 3735 punkt 15.
[77] C-100–103/80 *Pioneer* [1983] ECR 1825 s. 1901 f punkt 90.
[78] C-303 & 312/81 *Klöckner* [1983] ECR 1507 s. 1533 punkt 47 (min kursivering). En liknande formulering återfinner vi även i generaladvokatens yttrande i C-100–103/80 *Pioneer* [1983] ECR 1825 s. 1946 vsp.: "[e]ven if, in theory, this defence is available".

och så allmänt utbredd att man svårligen kan bortse ifrån den. Detta är även den allmänna meningen i litteraturen.[79]

I det följande skall därför förutsättningarna för en framgångsrik nödinvändning diskuteras. Diskussionen förs utifrån EG-rätten som den tycks se ut de lege lata.

6.3.3 Hotet

För att en nödsituation skall uppkomma krävs till en början att ett hot, eller en fara, av viss beskaffenhet föreligger. Den närmare beskaffenheten av detta hot är föremål för diskussion i detta avsnitt.

Det hotade intresset. Enligt klar praxis krävs att det hot som grundar nödrätt riktar sig mot företagets existens.[80] Sålunda har exempelvis förlust av marknadsandelar inte ansetts ge nödrätt.[81] Denna praxis har sitt upphov i generaladvokaten *Capotortis* yttrande i fallet *Valsabbia* vari framhölls att "[a] feature common to international law and to the laws of the Member States is that the gravity of the danger must be such as to threaten the *existence* of the person concerned".[82] Det kan naturligtvis ifrågasättas huruvida detta påstående är korrekt. I såväl Sverige som Tyskland kan fara för hälsa och egendom grunda nödrätt.[83] Vad hänvisningen till internationell rätt avser får vidare anses oklart.[84] Hur det än ligger till med detta, godtog EG-domstolen generaladvokatens resonemang och underkände företagens nödinvändningar på den grunden att företagens "existence was not really threatened".[85] Att ett före-

[79] Se t.ex. Grabitz m.fl. 1994 Verordnung Nr. 17 (Art. 15) nach Art. 87 s. 9 rdnr 28, Dannecker 1993 s. 238 f, Dannecker & Fischer-Fritsch 1989 s. 310, Tiedemann 1985 s. 1432 och 1993 s. 29 hsp. samt Wagemann 1992 s. 97 f och 106.

[80] Se t.ex. C-154 etc./78 och 79 *Valsabbia* [1980] ECR 907 s. 1023 punkt 143 och 1069 vsp.–hsp., C-1252/79 *Ferriere Lucchini* [1980] ECR 3753 s. 3764 punkt 12 och 3772 hsp., C-100–103/80 *Pioneer* [1983] ECR 1825 s. 1902 punkt 90 samt C-263/82 *Klöckner* [1983] ECR 4143 s. 4169 vsp.

[81] C-1252/79 *Ferriere Lucchini* [1980] ECR 3753 s. 3764 punkterna 11 och 12.

[82] C-154 etc./78 och 79 *Valsabbia* [1980] ECR 907 s. 1069 vsp.–hsp. Jfr vidare i yttrandet s. 1072 vsp.: "I do not think that Maximilianshütte has proved that it had to face the imminent risk of insolvency or closure, ...".

[83] Se BrB 24:4 st. 2, StGB 34 och 35 §§ samt OWiG 16 §.

[84] Hänvisningen skulle kunna syfta på den självförsvarsrätt som finns i FN-stadgans artikel 51, men inte heller i detta fall torde krävas att landet i fråga är direkt hotat till sin existens.

[85] C-154 etc./78 och 79 *Valsabbia* [1980] ECR 907 s. 1023 punkt 143.

tags existens skall vara hotad torde innebära att det skall föreligga risk för konkurs eller likvidation.[86]

Hotets intensitet. Liksom i tysk rätt – där det talas om "gegenwärtigen Gefahr" finns i EG-rätten ett krav på att hotet är någorlunda omedelbart. Detta uttrycktes redan 1962 i *Modena*; hotet skall vara omedelbart och faran överhängande.[87] Ett dylikt krav är i och för sig naturligt, eftersom ett mycket stort antal företag kan antas vara konkurshotade på sikt, men det är likväl svårt att ge några mer precisa uppgifter om *hur omedelbart* hotet måste vara.

Viss ledning kan dock erhållas i EG-domstolens praxis. Det är visserligen så att domstolen i de flesta fall avfärdat nödinvändningar genom att slå fast att någon fara för konkurs inte förelegat, men i tre fall har andra argument – som blir aktuella först när relevant fara föreligger – tillgripits.

I *Valsabbia* kan möjligen företaget Antonio Stefana ha befunnit sig i en sådan situation som i och för sig kunde ha grundat nödrätt.

Generaladvokaten *Capotortis* yttrande visar på att det kan föreligga en fara som inte är tillräckligt omedelbar för att grunda nödrätt. Han menade att det visserligen förelegat "a genuine risk of insolvency" men att "the imminence of that danger" inte hade visats.[88] Att generaladvokaten var osäker på huruvida faran var av sådan art som krävs framgår av att han anförde ytterligare skäl för att underkänna nödinvändningen.

Vidare måste domstolens dom förstås så att det förelegat en tillräcklig fara, men att denna varit självförvållad och därför inte kunnat rättfärdiga det förbjudna handlandet.[89]

Eftersom det är omöjligt att, på grundval av EG-domstolens praxis, ange några säkra kriterier som utvisar huruvida en viss situation är tillräckligt allvarlig ges här istället en kort beskrivning av hur situationen i Antonio Stefana var.

Företaget hade till följd av en omorganisering stora skulder. Efter kommissionens beslut om minimipriser hade Stefanas försäljning sjunkit från ett snitt om 6570 ton (under tiden januari till april) till 3866 ton i maj och till 2474 ton i juni. I slutet av juni hade företagets skulder stigit från 1700 miljoner till 2000 miljoner lire. Stefana hade därtill två gånger

[86] Se C-154 etc./78 och 79 *Valsabbia* [1980] ECR 907 s. 1023 punkt 143: "bankruptcy or liquidation", C-1252/79 *Ferriere Lucchini* [1980] ECR 3753 s. 3764 punkt 12: "bankruptcy or winding-up" samt generaladvokaten Capotorti s. 3772 hsp. "bankruptcy or liquidation".

[87] C-16/61 *Modena* [1962] ECR 289 s. 303.

[88] C-154 etc./78 och 79 *Valsabbia* [1980] ECR 907 s. 1071 hsp.

[89] C-154 etc./78 och 79 *Valsabbia* [1980] ECR 907 s. 1023 punkt 144.

(den 6 juni och den 1 juli) informerat kommissionen om att marknadspriset i realiteten låg under de fastslagna minimipriserna. Vid det senare tillfället hade företaget uppgett att det på grund av detta förhållande skulle börja sälja till priser som understeg minimipriserna.[90,91]

Sammanfattningsvis torde man kunna säga att det krävs ett relativt omedelbart förestående konkurshot för att en nödsituation överhuvudtaget skall anses föreligga.

Hotet får ej vara självförvållat. För att en nödsituation skall uppkomma räcker nu inte att ett hot, av viss intensitet, mot ett visst företags existens uppkommit. Därutöver kräver EG-domstolen att företaget i fråga inte bidragit till de aktuella svårigheterna.

Detta rekvisit har diskuterats i framförallt två rättsfall. Av grundläggande betydelse är (som vanligt) *Valsabbia*. Här framhöll generaladvokaten – efter att ha framfört åsikten att hotet måste vara riktat mot det ifrågavarande bolagets *existens* – att det generellt bör krävas att bolaget "not have contributed to the creation of the dangerous situation".[92]

Vidare framhölls särskilt beträffande företaget Antonio Stefana – i förhållande till vilket detta rekvisit blev av omedelbar relevans – att det kvarstod tvivel om i vilken mån företagets finansiella situation berodde på bristande försiktighet i samband med vissa investeringar.[93]

Domstolen godtog, utan ändringar i sak, generaladvokatens resonemang och betonade att Stefanas förvisso prekära finansiella läge "was due to its choice of timing for structural re-organization and therefore to its erroneous evaluation of an unfavourable economic situation which was known to all".[94] På grund av detta, företagets eget agerande, kunde situationen inte anses ge upphov till någon nödrätt.

Senare diskuterades detta rekvisit utförligt också i fallet *Klöckner I.* Klöckner Werke, som uppenbarligen studerat domstolens dom i *Valsabbia*, påpekade nogsamt att den besvärliga situation, varpå företaget ville grunda sin nödrätt, på intet sätt orsakats av "bad business management or mistakes of economic policy".[95] Tvärtom hade Klöckner Werke

[90] Se C-154 etc./78 och 79 *Valsabbia* [1980] ECR 907 s. 1071 vsp.–hsp.

[91] Andra fall där EG-domstolen tycks ha godtagit faran som tillräckligt omedelbar, men likväl underkänt nödinvändningen på andra grunder är fallen C-303 & 312/81 *Klöckner* [1983] ECR 1507 s. 1532 f särskilt punkterna 44–45 och C-263/82 *Klöckner* [1983] ECR 4143 s. 4160 punkt 16. Se Wagemann 1992 s. 106.

[92] C-154 etc./78 och 79 *Valsabbia* [1980] ECR 907 s. 1069 hsp.

[93] C-154 etc./78 och 79 *Valsabbia* [1980] ECR 907 s. 1071 hsp.

[94] C-154 etc./78 och 79 *Valsabbia* [1980] ECR 907 s. 1023 punkt 144.

[95] C-303 & 312/81 *Klöckner* [1983] ECR 1507 s. 1531 punkt 40.

noga följt kommissionens rekommendationer avseende moderniseringen av stålindustrin.

Kommissionen hävdade däremot att faran inte berodde på produktionskvotssystemet[96] utan på misstag gjorda av Klöckner vid investeringar under tidigare år.[97]

Domstolen gick i sin dom på kommissionens linje:

> "As to the other circumstance which supposedly brought about the emergency situation, namely the very high cost of the restructuring carried out by the undertaking since 1973, it should be observed that that fact derives from a choice of economic policy made by the undertaking itself. Under the legal systems of the Member States, however, one of the essential prerequisites for an acknowledgement that an emergency situation exists is precisely that the perilous situation justifying the unlawful act shall not have been brought about by the author of that act. That prerequisite is therefore not fulfilled in this case."[98]

Om vi ser på detta rekvisit i ett jämförande perspektiv kan konstateras att saken inte är fullt så enkel som EG-domstolen låter påskina.

I tysk rätt är "fehlendes Verschulden an der Notstandslage" inte ett krav vad gäller rättfärdigande nöd,[99] men väl då det gäller ursäktande nöd.[100]

Enligt svensk rätt torde en nödsituation likaså föreligga även om situationen förorsakats av den nödställde.[101] *Greve* har också i sitt arbete om

[96] Att faran inte berodde på produktionskvotssystemet måste rimligen i sig vara irrelevant. Det har mig veterligen aldrig hävdats att fareläget måste skapas av den reglering som överträds. Hade faran *enbart* skapats av kvotsystemet skulle dock vara uteslutet att hävda att faran varit självförvållad. Vidare är det naturligtvis viktigt att överträdelsen av regleringen på något sätt bidrar till att företaget ifråga kommer ur den besvärliga situationen (se nedan).

[97] C-303 & 312/81 *Klöckner* [1983] ECR 1507 s. 1532 punkt 42.

[98] C-303 & 312/81 *Klöckner* [1983] ECR 1507 s. 1532 punkt 45.

[99] 34 § StGB och 16 § OWiG. Se beträffande StGB t.ex. Lackner 1995 s. 226 rdnr 2 och Roxin 1994 s. 613 ff rdnr 50–54, samt beträffande OWiG Schmitt 1978 s. 2046 f som anmäler ett rättsfall från BayObLG. Om någon av oaktsamhet eller uppsåt förorsakar en nödsituation torde detta dock kunna beaktas vid intresseavvägningen.

[100] 35 § StGB. Se härom Lackner 1995 s. 232 rdnr 8 och Roxin 1994 s. 816 ff rdnr 44–51. Denna ansvarsfrihetsgrund är inte kodifierat i ordningsrätten, men torde enligt den härskande meningen likväl kunna intolkas i 16 § OWiG. Se Wagemann 1992 s. 151.

[101] Se Jareborg 1994 s. 148 där ordvalet ("[n]ödrätt är inte utesluten därför att den nödställde har förutsett eller framkallat faran") dock antyder att ett oaktsamt eller uppsåtligt orsakande av en nödsituation skulle kunna utesluta nöd i vissa fall. Se också KBrB II s. 685. Inte heller vad gäller excess finns, såvitt jag kunnat finna, några uttalanden som säger att den nödlidandes orsakande av nödsituationen skulle vara av relevans.

EG-rättens förhållande till dansk straffrätt uttryckt att det inte "uden videre er berettiget at afvise nødret, blot fordi nødsituationen er selvpåført".[102]

Även om man således kan uttrycka tvivel om huruvida EG-domstolens konstruktion har så starkt stöd från medlemsstaternas rättsordningar[103] som det hävdas i olika domar, så råder inget tvivel om att detta är gällande EG-rätt. Nedan, i avsnitt 6.3.5, skall jag söka påvisa att EG-domstolens krav på att faran inte skall vara självförvållad trots allt har visst fog för sig.

6.3.4 Nödhandlingen och dess försvarlighet

Om en nödsituation befinnes föreligga är klart att den inte kan rättfärdiga vad som helst. Som exempel har i doktrinen anförts att, även om en nödsituation föreligger, det inte är tillåtet för en dam att vid en plötslig regnskur ta ett paraply av en flicka med enkel klädsel i syfte att rädda sina egna dyra kläder.[104] Även om detta exempel inte är av direkt relevans för EG:s sanktionsrätt visar det tydligt varom fråga är.

För det första antyder exemplet att den nödställde i första hand bör söka andra lösningar på situationen än att begå rättsstridiga gärningar. Vad som är försvarligt kan således bero på vilka alternativ som står till buds; det krävs att nödhandlingen varit erforderlig.[105] (Damen kunde t.ex. ha sökt skydd för regnet i någon butik eller köpt ett paraply.)

För det andra framgår av exemplet att inte varje liten skillnad i värde kan motivera en rättsstridig nödhandling. (Även om damen och flickan befunnit sig på en sådan plats att damens kläder kunnat räddas endast genom att ta flickans paraply, hade det sannolikt likväl varit oförsvarligt att göra detta.) Det brukar sägas att det offrade intresset skall vara av avsevärt mindre vikt än det som skyddades.[106]

[102] Greve 1993 s. 156. Detta uttalas som en kommentar till punkt 144 i *Valsabbia* (se ovan).

[103] För vidare jämförelser se Wagemann 1992 s. 150 ff (Tyskland), 157 f (Frankrike), 160 f (Italien), 162 f (Spanien) 163 ff (Storbritannien) samt 166 f (övriga medlemsstater), och Dannecker 1993 s. 238 ff.

[104] Se Jareborg 1994 s. 147 och Roxin 1994 s. 501 f rdnr 48.

[105] Se Jareborg 1994 s. 150 f och KBrB II s. 688. Se vidare Greve 1993 s. 157: "[h]andlingen skal være 'nødvendig' for at redde det truede gode. Det må ikke kunne reddes gennem lovlige foranstaltninger eller gennem andre, mindre, 'ulovlige' indgreb." För tysk rätt se lagtexten i 34 § StGB och 16 § OWiG (nicht anders abwendbaren) samt Lackner 1995 s. 231 rdnr 2 samt Roxin 1994 s. 598 rdnr 19.

[106] Se Jareborg 1994 s. 150, KBrB II s. 687, Lackner 1995 s. 227 rdnr 6 samt Roxin 1994 s. 626 ff rdnr 76–78.

Här skall dessa båda inskränkningar i nödrätten diskuteras i ovan nämnd ordning.

Nödhandlingen skall vara erforderlig. I EG-domstolens praxis finns ett explicit uttalat krav innebärande att den rättsstridiga handlingen skall vara den enda, eller kanske snarare den mildaste, utvägen ur situationen.

Redan i den generella definition av nöd och (eller) nödvärn som gavs i Modena framhölls att "there must be no other lawful means of avoiding it" (dvs. den omedelbart hotande faran).[107] I det konkreta fallet slog domstolen bl.a. fast att "[i]t has not been proved ... that ... only by contravening Community law could it have overcome the short-term economic difficulties".[108]

Senare har detta krav framför allt diskuterats av generaladvokaten.[109] Denne har t.o.m. i klara ordalag diskuterat vad som istället för den rättsstridiga gärningen borde ha gjorts. I *Valsabbia* uttalades att det på intet sätt saknades lagliga medel att undanröja hotet mot företaget i fråga; företaget kunde ha sökt sälja godset på marknader där minimiprissystemet inte utgjorde en konkurrensnackdel (dvs. i första hand i icke medlemsstater). Därtill fanns, i princip, under hela den tid under vilken de bötesbelagda gärningarna företogs en möjlighet att korrigera priserna efter priserna från icke medlemsstater.[110]

Ett liknande yttrande finns i *Klöckner III* vari framhölls att företaget inte utnyttjat den chans till utökad export som trots allt funnits.[111]

Om vi ser på hur detta kriterium används i nationell rätt kan sägas att en handling normalt inte kan rättfärdigas om hotet kunnat avvärjas:

(1) genom en icke rättsstridig handling
(2) genom hjälp från andra, eller
(3) genom en mindre straffvärd överträdelse
    a) antingen såtillvida att ett mindre skyddsvärt intresse träds för när, eller
    b) genom ett mindre ingrepp i samma intresse.[112]

[107] C-16/61 *Modena* [1962] ECR 289 s. 303.
[108] C-16/61 *Modena* [1962] ECR 289 s. 303.
[109] Domstolen har nästan alltid kunnat avfärda nödinvändningar på andra (i tankestrukturen tidigare liggande) grunder. Se dock C-100–103/80 *Pioneer* [1983] ECR 1825 s. 1902 punkt 90: "... or, *a fortiori*, that an infringement of Article 85 (1) was the only means of ensuring its survival".
[110] C-154 etc./78 och 79 *Valsabbia* [1980] ECR 907 s. 1070 hsp. Jfr även s. 1072 vsp. där generaladvokaten skriver: "I do not think that Maximilianshütte has proved ... that it sought in vain for solutions other than the infringement of the provisions on minimum prices in order to ensure its survival."
[111] C-263/82 *Klöckner* [1983] ECR 4143 s. 4170 vsp.–hsp.

När det gäller överträdelser av EG-rättsliga regler är det av naturliga skäl svårt att se något beaktansvärt utrymme för alternativ 3 a). Det finns helt enkelt inte, såsom i nationell rätt, en relativt fulltecknad skala av olika skyddsvärda intressen att angripa. Tvärtom är nästan alltid endast ett stadgande av intresse. Alternativet att med nödhandlingen angripa ett mindre skyddsvärt intresse saknas således oftast.

Av sannolikt enbart teoretiskt intresse är hur EG-domstolen skulle förhålla sig i det fall ett företag överträtt en EG-rättslig regel under åberopande av nöd och det funnits en möjlighet att nå samma resultat genom att överträda en nationell bestämmelse (nödförutsättningarna i övrigt förutsätts uppfyllda). Skall man i dessa fall göra en avvägning av vilken överträdelse som är kopplad till det minst skyddsvärda intresset eller skall den EG-rättsliga bestämmelsen alltid anses vara viktigare? På grund av principen om EG-rättens företräde synes det inte otänkbart att den sistnämnda lösningen är den som – i ett, det erkänns, mycket hypotetiskt fall – skulle accepteras av EG-domstolen.

Däremot kan man naturligtvis nästan alltid ifrågasätta om "hela" överträdelsen varit motiverad av nödsituationen enligt alternativ 3 b). Om de två dominerande företagen på en viss marknad kommit överens med varandra om att under en viss tid inte sälja under ett bestämt minimipris, finns det ofta utrymme att argumentera för att en tidsmässigt sett kortare överträdelse hade varit tillfyllest för att upphäva den kritiska situationen.[113]

Det praktiskt sett viktigaste alternativet är dock givetvis att situationen kunnat lösas genom andra icke rättsstridiga handlingar. Det är också dessa alternativ som generaladvokaten framhållit i syfte att avfärda en nödrätt. Här kan en oöverskådlig mängd alternativa handlingssätt tänkas: att bredda marknader eller kundunderlag, att söka bidrag, att på rättslig väg söka komma till rätta med situationen[114] osv. osv.

Det är hur som helst uppenbart att detta kriterium kan vara mycket svårbedömt. Hur realistisk måste t.ex. den andra utvägen vara för att företaget i fråga skall vara tvingat att prova den? Och om det inte finns någon annan utväg; kan inte en sådan situation alltid i någon mån sägas vara självförvållad (genom val av inriktning på verksamheten etc.)?

---

[112] Se t.ex. Dreher & Tröndle 1995 s. 212 rdnr 5.

[113] På motsvarande sätt kan man tänka sig att det i vissa fall kan vara motiverat att överskrida produktionskvoter med 10 procent – men inte med 15 procent – under åberopande av nöd.

[114] Jfr kommissionens argument i C-303 & 312/81 *Klöckner* [1983] ECR 1507 s. 1532 punkt 42 in fine: "the applicant could have removed the supposed threat to its existence by legal means and was therefore in no way justified in taking the law into its own hands". Se även KOMB 86/596 *Meldoc* OJ L 348/50 s. 62.

Slutligen bör nämnas att i tysk rätt fordras – utöver att nödhandlingen skall vara det mildaste medel som kan tillgripas för att klara situationen – att nödhandlingen, som medel, är ägnad att uppnå det ifrågavarande målet, dvs. att upphäva nödsituationen.[115] Exempelvis får en läkare som är berusad inte köra till sjukhuset för att operera en akut sjuk patient, om han är så påverkad att han svårligen kan göra någon nytta.[116] Detta är rimligt eftersom en motsatt hållning skulle medföra att ingrepp i tredje mans intressen skulle bli tillåtna utan att det vore till någon egentlig nytta.[117]

Detta krav kan också förklara kommissionens argumentation i *Klöckner I* där man framhöll att företagets svårigheter inte berodde på systemet med produktionskvoter. Vad som avsågs var sannolikt att ett brott mot produktionskvoterna inte var ägnat att ta företaget ur den svåra situationen.[118]

Avvägningen mellan olika intressen. På grund av att såväl EG-domstolen som generaladvokaterna nästan alltid kunnat avfärda nödinvändningar med andra argument, finns nästan inget sagt om hur den för nödrätten karaktäristiska intresseavvägningen skall göras.

Generaladvokatens yttrande i *Klöckner III* beskriver situationen ganska väl: "[a]fter that it seems to me unnecessary to discuss the [question] whether in fact the interest defended by the applicant, namely its own existence, was of greater worth than the interests adversely affected by the infringement of the quota".[119]

I samma avgörande hade kommissionen argumenterat mot en nödrätt och sagt att en sådan endast kan föreligga om den rättsstridiga handlingen företagits till skydd för ett individuellt intresse med ett högre värde än det intresse som offrats. I det aktuella fallet var enligt kommissionen

[115] Se Roxin 1994 s. 598 rdnr 19. Detta kan förmodligen utläsas ur lokutionen "nicht anders abwendbaren" som implicerar att nödhandlingen måste bidra till nödsituationens avvärjande. Vidare uttrycks i 34 § sista meningen att nödhandlingen måste vara "ein angemessenes Mittel ... die Gefahr abzuwenden". För att något skall kunna sägas vara ett lämpligt medel bör alltid krävas att detta på något sätt är ägnat att bidra till att det ifrågavarande målet nås.

[116] Exemplet är hämtat från Roxin 1994 s. 598 rdnr 19.

[117] Se Roxin 1994 s. 598 rdnr 19 som framhåller att man på grund härav bör upprätthålla stränga krav på "die Geeignetheit".

[118] Däremot är det som ovan framhållits felaktigt att av det förhållandet, att ett visst regelsystem inte orsakat problemen, dra slutsatsen att det heller inte kan utgöra en lösning att bryta mot reglerna. Exempelvis kan ett visst företags problem bero på en vikande konjunktur samtidigt som problemen skulle mildras avsevärt om detta företag ensamt, under åberopande av nödrätt, fick bryta mot t.ex. en minimiprisreglering. Därmed inte sagt att en sådan nödrätt bör godtas.

[119] C-263/82 *Klöckner* [1983] ECR 4143 s. 4171 hsp.

obestridligt att intresset av att det stora flertalet företag överlevde krisen var av större vikt än intresset av att just Klöckner Werke överlevde.[120]

Klöckner var av naturliga skäl av annan uppfattning. Intresset av överlevnad var "superior" i jämförelse med kravet att kvotsystemets tillämpning skulle hindras.[121]

Att domstolen aldrig kommit till vad som kan kallas nödrättens egentliga kärna – dvs. en intresseavvägning – visar att nöd är en mycket svåranvändbar företeelse då det gäller företag och näringslivskriminalitet. Vad detta beror på skall diskuteras nedan i ett särskilt avsnitt.

Särskilt om nödhjälp. I såväl Sverige som Tyskland är hjälp till nödställda tillåten.[122] Man kan säga att den som hjälper den nödställde har samma rättigheter som denne själv har. EG-domstolen har dock vad gäller nöd i den övernationella sanktionsrätten uttryckligen tagit avstånd från en rätt till nödhjälp: "an undertaking cannot in any event rely on the alleged necessity of a third party in order to justify its failure to comply with the obligations incumbent upon it under the system of production quotas".[123] Fallet rörde systemet med produktionskvoter inom stålindustrin varför det får sägas vara osäkert huruvida nödhjälp generellt är utesluten i EG-rätten.[124]

6.3.5 Nödrätt och företag

Som ovan visats är det mycket svårt – omöjligt? – att få gehör för nödinvändningar hos EG-domstolen. Frågan som skall behandlas i detta avsnitt är om det föreligger några specifika problem i kopplingen mellan nödrätt och företag som motiverar denna hållning. Det kan förutskickas att det enligt min uppfattning är på det viset.

För att få klarhet i denna fråga krävs emellertid att vi ser lite närmare på nödrättens konstruktion. Vad är det egentligen som gör att vi anser vissa gärningar rättfärdigade på grund av att de företagits i en nödsituation?

[120] C-263/82 *Klöckner* [1983] ECR 4143 s. 4148.
[121] C-263/82 *Klöckner* [1983] ECR 4143 s. 4159 punkt 11. Jfr även argumentationen i C-303 & 312/81 *Klöckner* [1983] ECR 1507 s. 1531 punkt 40 vari företaget framhöll att: "[t]he interest infringed was merely formal in character ... whereas the illegal conduct was designed to safeguard a fundamental right, namely the right to survival".
[122] I Sverige är rätten till nödhjälp uttryckligen reglerad i BrB 24:5. För tysk rätt se t.ex. Roxin 1994 s. 593 rdnr 9 och Dreher & Tröndle 1995 s. 211 rdnr 3 och 214 rdnr 18.
[123] C-188/82 *Thyssen* [1983] ECR 3721 s. 3735 rdnr 15.
[124] Se Wagemann 1992 s. 103.

I tysk doktrin har Roxin som en generell förklaring till *alla* rättfärdigande grunder sagt att i botten ligger "einer unausweichlichen Kollision widerstreitender Interessen".[125] Även om detta uttalande inte håller streck,[126] står det klart att nödrätten bygger på ovan nämnda kollision.[127]

Det brukar vad gäller tysk rätt sägas att avgörandet av en fråga rörande nödrätt kräver två värderingar: dels en intresseavvägning, dels en bedömning, från ett socialetiskt perspektiv, av huruvida nödhandlingen framstår som rimlig.[128]

Om vi börjar med det första ledet så omfattar detta visserligen inte enbart en avvägning av olika rättsgoda; istället för en "Güterabwägung" skall en "Interessenabwägung" ske.[129] Detta innebär att man inte alltid kan rättfärdiga ett ingrepp i något mindre värdefullt med argumentet att man skyddar något mer värdefullt. Men även om hänsyn måste tas till andra faktorer – såsom t.ex. de respektive skadornas intensitet samt graden av den hotande faran[130] – är utgångspunkten för bedömningen likväl rangordningen av de olika rättsgoda som berörs.

För enkelhetens skull – och eftersom det är denna situation som faktiskt diskuterats av EG-domstolen – utgår jag i det följande från att hotet rör det ifrågavarande objektets existens.

Min uppfattning är att det är i den inledande bedömningen av värdet av de olika rättsgoda som de stora problemen ligger. Normalt sett finns här någorlunda fasta utgångspunkter: livet är i princip ovärderligt, en normalvilla är värd ca 1 miljon kr och en bil (av visst märke och viss årsmodell) t.ex. 50 000 kr. Vidare kan man säga att rättsordningens utgångspunkt är att människoliv och ting skall bestå och undgå att förstöras (i förtid). Man kan till och med uttrycka det så att (en av)

[125] Roxin 1994 s. 589 rdnr 3. Se även s. 483 rdnr 4 samt 498 rdnr 40 samt beträffande svensk rätt Agge 1964 samt Jareborg 1994 s. 135 som säger att rättfärdigande "innebär alltid att en *intressekollision* lösts s.a.s. till straffrättens nackdel".

[126] Jfr t.ex. Lackner s. 205 rdnr 3: "[o]b sich die Rechtfertigungsgründe auf ein **einheitliches Grundprinzip** zurückführen lassen oder nur aus verschiedenen Leitgesichtspunkten erklärbar sind, ist umstritten". Det synes mig vara riktigt att såsom Jescheck och Roxin förstå saken så att alla rättfärdigande grunder *ytterst* grundas på en intressekollission, men att en monistisk hållning inte kan förklara uppbyggnaden och räckvidden av de olika instituten. Jfr Jescheck & Weigend 1996 s. 325 och Roxin 1994 s. 498 f rdnr 40–41.

[127] Se Lackner 1995 s. 225 rdnr 1 samt Roxin 1994 s. 591 rdnr 7 samt beträffande svensk rätt Jareborg 1994 s. 147.

[128] Se Jescheck & Weigend 1996 s. 345 samt Roxin 1994 s. 592 rdnr 7. Roxin är dock kritisk till denna tudelning av bedömningen och menar att den senare värderingen i praktiken blir överflödig, se s. 628 ff rdnr 79–85.

[129] Se t.ex. Dreher & Tröndle 1995 s. 213 rdnr 9 och Roxin 1994 s. 599 rdnr 22.

[130] Se Roxin 1994 s. 599 ff rdnr 22–76.

rättsordningens uppgift(er) är att se till att dessa värden består. Följaktligen är det straffbart att ta livet av människor och att förstöra egendom.

Härtill kan fogas att alla människor från rättslig synpunkt tillskrivs samma värde. Sålunda anses en avvägning liv mot liv i princip inte vara möjlig.[131,132]

När det gäller företag är situationen såtillvida annorlunda att värdet av *att ett visst företag existerar* inte är avsett att uppskattas av staten.[133] Tvärtom är i ett marknadsekonomiskt system förutsatt att de mest värdefulla företagen är de som överlever med tillämpning av de givna spelreglerna.[134] Normalt sett är det, såvitt jag kan förstå, också så att olika former av statligt stöd beviljas generellt och inte efter hur angeläget det är att just det sökande företaget överlever.[135] Detta visar sig också däri att det, principiellt sett, inte är brottsligt att se till att företag går under. Tvärtom kan detta sägas vara precis vad de mest framgångsrika och uppskattade företagen håller på med; att ta livet av sina konkurrenter.[136] Ur denna synvinkel kan man säga att förhållandet är mycket olikt det som råder när människor är hotade. Det enskilda företagets liv har normalt, till skillnad från ett människoliv inget värde utöver det som faktiskt manifesteras i förmågan att överleva.

Vi kan också se att när ett företag går under sker i praktiken – bortsett från eventuella övergångsproblem – ingen destruktion av människor eller material. Vad som ytterst sett sker är att det satsade kapitalet får andra ägare. Det kan visserligen ur ett samhällsekonomiskt, eller arbetsmarknadsmässigt perspektiv vara olyckligt att viss egendom inte utnyttjas optimalt, men någon direkt förstörelse är det sällan fråga om.

Ett företags "liv" är helt enkelt, till skillnad från en människas, inget självändamål.

Greve har uttalat att: "[n]ødret kunne meget vel tænkes at have en særlig stor betydning i forvaltningsstrafferetten, eftersom det opofrede gode her typisk er betydeligt mindre end ved overtrædelser af bestem-

[131] Se t.ex. Roxin 1994 s. 602 rdnr 29.

[132] Som exempel kan anföras det berömda brittiska rättsfallet *Dudley and Stephens* (1884). I detta fall ansågs två skeppsbrutna sjömän som, efter 17 dagars sjönöd, hade dödat och ätit upp en skeppspojke inte kunna åberopa nöd för att rättfärdiga det begångna mordet. Se Ashworth 1995 s. 223 f.

[133] Detta värde är uppenbarligen något annat än *värdet på företaget* (vilket bl.a. inkluderar de tillgångar företaget har).

[134] Jfr Dannecker 1994 s. 339 f.

[135] Det kan tänkas att det finns undantag där ett företags existens är fundamental för en hel region, men detta är just ett undantag.

[136] Se Vogel 1995 s. 340 hsp.

melser inden for den 'almindelige' strafferet".[137] Samtidigt framhåller han att det faktum att ett företag riskerar konkurs ytterst sällan kan begrunda nödrätt.[138] Förklaringen till detta är enligt min mening att värdet av att ett visst företaget existerar är mycket svårbedömt och inte alls avsett att värdesättas av staten.[139]

Flera tyska författare har i detta sammanhang diskuterat huruvida de straffrättsliga rättfärdigande grunderna är *subsidiära* till speciella miljörättsliga eller näringslivsrättsliga regleringar: är "das Strafrecht frei ... nach autonomen Maßstäben Rechtsgüter einander zuzuordnen" eller är "außerstrafrechtliche Zuordnungen auch strafrechtlich verbindlich".[140]

Enligt min mening måste det, som ovan framgått, vara uteslutet att en nödreglering frigör sig från den rättsliga kontext i vilken regleringen existerar. Men det handlar egentligen inte om att nödrätten på något sätt skulle vara subsidiär.[141] Poängen med en nödrätt är just att den bryter alla lagar.[142]

Däremot måste man både vid bedömningen av huruvida en nödsituation föreligger och – alldeles särskilt – vid en eventuell försvarlighetsbedömning, knyta an till rättsordningen i övrigt. Nöd förutsätter ju att två intressen av olika rang kolliderar och det är uppenbarligen så att den absolut viktigaste hållpunkten för hur olika intressen skall rangordnas återfinns i rätten. Således är det egentligen inte fråga om något annat än att rättsordningen skall hänga ihop;[143] man kan inte på ett ställe tillerkänna ett intresse stor vikt för att på nästa ställe degradera det.

Slagordsmässigt kan min uppfattning sammanfattas så att nödrätten inte är subsidiär men väl kontextberoende.[144]

[137] Greve 1993 s. 158. En likartat uttalande finner man hos Weber 1980 s. 313. Jfr vidare OLG Oldenburg, beslut av den 16 maj 1978 (såsom återgivet av Extermöring i NJW 1978 s. 1869), vari sägs att en arbetsplats, särskilt i tider av arbetslöshet, ofta har ett högre värde än vanlig egendom.

[138] Greve 1993 s. 156 och 158.

[139] Jfr här Schroth 1984 som menar att det är ett problem när bötessanktioner mot konkurshotade företag blir en bidragande orsak till att företaget faktiskt går under. Detta är enligt min mening något man bör beakta när man utformar sanktionerna. Jfr härvid också C-10/83 *Metalgoi* [1984] ECR 1271 s. 1279 punkt 13, prop. 1980/81:92 s. 59 samt SOU 1997:127, del A s. 387 ff.

[140] Vogel 1995 s. 340 hsp. Se också Dannecker 1994 s. 339.

[141] Jfr Roxin 1994 s. 501 rdnr 47.

[142] Jfr Greve & Langsted 1992 s. 64.

[143] Att rättsordningen bör vara sammanhängande tas här för givet. Se Jareborg 1992 s. 131 f samt 1994 s. 378.

[144] Jfr Roxin 1994 s. 501 rdnr 48 som uttrycker saken enligt följande. "Die Tatsache, daß die speziellen rechtfertigenden Notrechte den § 34 nicht ausschließen, sondern nur seinen Wertungsrahmen konkretisierend ausfüllen, ist nicht ohne praktische Bedeutung."

6.3.6 Ursäktande eller rättfärdigande nöd?

Av EG-domstolens praxis framgår inte uttryckligen huruvida den nödrätt som diskuteras är av det rättfärdigande eller ursäktande slaget.[145]

I doktrinen synes den övervägande uppfattningen vara att nödrätten inom den EG-rättsliga sanktionsrätten är av ursäktande karaktär.[146] Som skäl för att uppfatta EG-domstolens koncept som ursäktande anförs främst att kravet på att faran inte får vara självförvållad i regel, och alldeles särskilt enligt tysk rätt, är av relevans endast vid ursäktande nöd.

Samma gäller kravet på att hotet måste avse det ifrågavarande företagets existens. En dylik inskränkning (förvisso inte lika långtgående) i de rättsgoda som kan medföra nödrätt finns i Tyskland bara vad gäller ursäktande nöd.[147]

Som ytterligare stöd för att nödrätten skulle vara av det ursäktande slaget anför Wagemann generaladvokatens yttrande i *Valsabbia*. När generaladvokaten anger vad som krävs för att kunna åberopa nöd uttalar han att det måste föreligga en allvarlig och överhängande fara som inte kan undvikas på något annat sätt än genom ett handlande "which, objectively considered, is unlawful".[148] Eftersom försvarshandlingen enligt generaladvokaten – nödrätten till trots – objektivt sett är rättsstridig, kan detta tolkas som om nödrätten inte rättfärdigar handlingen utan blott ursäktar företaget ifråga.

Min uppfattning är nog att detta är att övertolka vikten av den specifika formuleringen i generaladvokatens yttrande. Att den tyska straffrättens systematik skulle ha sådant genomslag att generaladvokaten väljer sina ord därefter får anses uteslutet. Detta gäller inte minst i ljuset av att det är allmänt erkänt att EG-domstolen inte har varit särskilt noggrann när det gäller att göra skillnad på rättsstridighet och skuld.[149]

Det går också att på motsvarande sätt finna stöd för en rättfärdigande nödrätt. Exempelvis har generaladvokaten talat om en intresseavvägning (om också inte utfört den), vilken i princip inte bör vara av relevans vid ursäktande nöd.

Vidare tycks mig ursäktande nöd passa mindre väl in när det gäller företag och deras förehavanden. Det bör visserligen inte vara uteslutet att ett företag under åberopande av kritisk och hastigt uppkommen

[145] Beträffande distinktionen mellan rättfärdigande och ursäktande omständigheter, se Jareborg 1969 s. 343 ff och 1988 s. 19 ff.

[146] Så Tiedemann 1985 s. 1432 f och 1990 s. 97 samt Wagemann 1992 s. 109 ff. Jfr även (något ambivalent) Grabitz m.fl. 1994 Verordnung Nr. 17 (Art. 15) nach Art. 87 s. 9 rdnr 28.

[147] Se t.ex. Küper 1987 s. 82 vsp.

[148] C-154 etc./78 och 79 *Valsabbia* [1980] ECR 907 s. 1069 vsp.

[149] Se Tiedemann 1985 s. 1433 samt Wagemann 1992 s. 109 f.

situation handlar utan skuld, men detta bör vara mycket mer sällsynt än när det gäller människor.

Till stöd för denna ståndpunkt kan ett flertal faktorer anföras. Om man med Jareborg menar att ursäkter kan återföras antingen på konformitetsprincipen eller på billighetsprincipen,[150] torde stå klart att man kan koppla ursäktande nöd till billighetsprincipen. I de fall som blir av intresse är det i regel möjligt för gärningsmannen att följa lagen; frågan är om vi kan kräva att han skall göra det.

Efter min mening finns det flera skäl att vara restriktiv med att ursäkta företag på grund av att de befunnit sig i nödsituationer.

För det första är den faktiskt handlande (beslutande etc.) i dessa fall inte densamme som är omedelbart utsatt för faran. (Dvs. när ett företag hotas är det inte företaget som sådant som vidtar åtgärder, utan t.ex. dess styrelse. Och även om jag inte betvivlar att det kan finnas starkt känslomässigt engagemang i ett arbete, så måste generellt antas att de personer varigenom företaget handlar har en viss distans – som saknas t.ex. i ett normalt familjeförhållande – till företaget ifråga.) För det andra torde, i jämförelse med normala nödsituationer, större krav kunna ställas på att beslut inom ett företag skall vara rationella och genomtänkta. Detta beror delvis på att faran sällan kan komma helt plötsligt och oväntat. Handlandet är s.a.s. oftare övervägt än spontant. För det tredje måste ekonomiska nödsituationer i företag sägas vara en naturlig beståndsdel i samhällsekonomin (se närmare föregående avsnitt).

Min uppfattning är därför att man bör betrakta den EG-rättsliga nödrätten som en rättfärdigande omständighet. Att EG-domstolen likväl upprätthåller ett krav på att nödsituationen inte får vara självförvållad bör snarare förstås mot bakgrund av vad som sagts i föregående avsnitt om hur man skall värdera företag vid en intresseavvägning. För att ett företags existens skall kunna tillerkännas ett värde vid en intresseavvägning är helt enkelt nödvändigt att företaget inte själv orsakat de problem som konstituerar nödsituationen.

6.3.7 Sammanfattning

Sammanfattningsvis kan konstateras att en nödrätt sällan torde kunna medföra att en bötesbelagd gärning blir rättfärdigad, om det intresse som åberopas är det ifrågavarande företagets existens. Företaget måste i så fall visa ett omedelbart förestående konkurs- eller likvidationshot som inte är självförvållat (t.ex. genom oförsiktiga beslut tidigare) och inte

[150] Se t.ex. Jareborg 1988 s. 23 (med vidare hänvisningar). Jfr också Jareborg 1994 s. 258 där det istället för billighetsprincipen talas om en *det-kan-inte-begäras-princip*.

kan avvärjas på annat sätt än genom en överträdelse av de EG-rättsliga bestämmelserna. Därjämte krävs slutligen att intresset av att det företag som åberopar nödrätt räddas, i väsentlig grad överväger det intresse som träds för när. Jag har ovan framfört tanken att en sådan intresseavvägning sällan kan utfalla till företagets fördel eftersom det i en marknadsekonomi är förutsatt att värdet av att ett företag existerar visar sig just i dess förmåga att överleva. Däremot bör det naturligen vara lättare att få gehör för nödinvändningar om materiella skador hotar; i dessa fall är den principiella skillnaden gentemot traditionell individuell nödrätt inte lika stor.

6.4 Force majeure

6.4.1 Inledning

I nationell rätt anses det i regel att om en viss handling varit ofrivillig, eller en viss underlåten handling omöjlig att utföra, så är detta en omständighet som utesluter brottslighet.[151] Oftast är förhållandena i dessa fall sådana att domstolen även kan frikänna p.g.a. bristande uppsåt, varför ofrivillighet respektive omöjlighet får praktisk betydelse främst när strikt ansvar stadgas.[152]

Inom civilrätten återfinner vi en liknande grundsats, *impossibilium nulla obligatio est* eller *force majeure*, som under vissa förutsättningar medför att förpliktelser på olika sätt bortfaller.[153]

EG-domstolen har när det gäller olika former av sanktioner blivit tvungen att ta ställning till dylika invändningar och därigenom kommit att utveckla en särskild rättfärdigande grund: *force majeure.*

Force majeure har prövats i betydligt fler fall än nöd och nödvärn, men avgörandena är många gånger inte mer än en bekräftelse på vad som tidigare sagts. Till en början – under 60-talet och största delen av 70-talet – användes begreppet enbart inom jordbruksområdet. Först år 1979 berördes force majeure också i anslutning till minimiprisregleringen

[151] Se Jareborg 1994 s. 255 f och Greve 1993 s. 153 f. I tysk rätt hör denna bedömning ihop med den som görs beträffande handlingsförmågan; omöjlighet gör att det inte föreligger "Tatbestandsmäßigkeit", se Wagemann 1992 s. 129 och Tiedemann 1993 s. 30 vsp.

[152] Jfr Dannecker 1994 s. 341, Greve 1993 s. 154 samt Jareborg 1994 s. 255.

[153] Se t.ex. Lehrberg 1989 s. 320 och 438 samt Rodhe 1956 s. 355 ff. Jfr även Tiedemann 1993 s. 30 vsp. som menar att force majeure som grund för rättfärdigande snarast hänför sig till "das Nicht-Strafrecht".

och produktionskvotsystemet inom ramen för Parisfördraget. Samma år kom också det första avgörandet där liknande invändningar prövades inom konkurrensrätten. Eftersom jag i denna del av avhandlingen diskuterar rättsstridigheten avseende bötessanktioner är de rättsfall som rör jordbrukssektorn inte omedelbart relevanta; där handlar det inte om böter utan om förverkande av ställd säkerhet till följd av en icke utförd förpliktelse. (Inom denna sektor är tillämpningen av force majeure dessutom ofta reglerad i de specifika förordningarna.) Jag skall likväl inleda med att kort redogöra för EG-domstolens praxis rörande jordbruktssektorn eftersom denna praxis lägger grunden för vidare resonemang rörande force majeure.

6.4.2 Force majeure inom jordbruksområdet

Force majeure aktualiserades till en början främst i fall som rörde export- respektive importlicenser.[154] I dessa fall erhöll företag, mot ställande av en säkerhet, en licens som innebar en förpliktelse att exportera eller importera en viss kvantitet av en viss produkt inom en viss tid. Om tidsfristen gått till ända utan att den ifrågavarande skyldigheten fullgjorts förverkades säkerheten av nationell myndighet. I de förordningar som reglerade detta förfarande stadgades emellertid att förverkande inte skulle ske om förpliktelsens utförande förhindrats p.g.a. *force majeure.*

Det grundläggande rättsfallet i detta hänseende är *Schwarzwaldmilch.* Häri framhöll domstolen att för att framgångsrikt kunna åberopa force majeure krävs att företagaren ifråga varit "unable to effect the importation ... as a result of unusual circumstances outside his control, the consequences of which, in spite of the exercise of all due care on his part, he could not have avoided except at the cost of excessive sacrifice".[155]

Det påpekades visserligen i rättsfallet att institutet force majeure inte med nödvändighet måste vara utformat på exakt samma sätt i olika sammanhang ("the significance of [force majeure] must be determined on the basis of the legal framework within which it is indended to take effect"),[156] men rättsfallet har likväl haft mycket stor betydelse. Att

[154] Se t.ex. C-4/68 *Schwarzwaldmilch* [1968] ECR 377, C-11/70 *Internationale Handelsgesellschaft* [1970] ECR 1125 samt C-25/70 *Köster* [1970] ECR 1161. Se vidare Heitzer 1997 s. 67 ff.
[155] C-4/68 *Schwarzwaldmilch* [1968] ECR 377 s. 388 punkt 3. Se även domskälen som återfinns på s. 385 f.
[156] C-4/68 *Schwarzwaldmilch* [1968] ECR 377 s. 385.

hänsyn måste tas till det sammanhang i vilket institutet skall tillämpas torde kunna sägas innebära att man kan förlita sig på force majeure endast i den omfattning som detta inte skadar den aktuella regleringens funktion.[157]

I *Internationale Handelsgesellschaft* fastslog vidare domstolen att force majeure inte förutsätter omöjlighet. Istället räcker med "unusual circumstances" i den mening som ovan återgivits.[158]

Den grund som dessa rättsfall gav har därefter nyttjats flitigt både av generaladvokaten och av EG-domstolen.[159]

I vissa fall har emellertid EG-domstolen avvikit från det sagda och istället krävt att det varit omöjligt att fullgöra den ifrågavarande förpliktelsen: "the concept of *force majeure* ... must be understood as referring to absolute impossibility caused by abnormal circumstances unrelated to the purchaser ... , the consequences of which could not have been avoided except at the cost of excessive sacrifices, despite the exercise of all due care".[160] Som synes lägger domstolen, på ett närmast självemotsägande sätt, likväl till en rad av innebörd att den absoluta omöjligheten ändå är relativ. Detta medför att man kan fråga sig om någon skillnad är avsedd i förhållande till de fall där domstolen uttryckligen sagt att omöjlighet inte krävs. Man synes ändå kunna se det vacklande förhållningssättet till omöjlighetskravet som en bekräftelse på att force majeure-begreppet inte är utformat på exakt samma sätt inom alla områden.[161]

På grund av att force majeure är reglerad i förordningar och inte har exakt samma innehåll överallt kan ifrågasättas huruvida force majeure kan betecknas som en allmän rättsgrundsats. I litteraturen råder oenighet[162] och frågan har inte slutligt avgjorts av EG-domstolen.[163]

Oavsett hur det förhåller sig härmed skall nedan diskuteras huruvida detta, således inte helt enhetliga, begrepp kan vara av betydelse också när det gäller bötesrätten.

[157] Barents 1994 s. 295.

[158] C-11/70 *Internationale Handelsgesellschaft* [1970] ECR 1125 s. 1137 f punkt 23. Se även C-25/70 *Köster* [1970] ECR 1161 s. 1177 punkt 38.

[159] Se t.ex. C-32/72 *Wasaknäcke* [1972] ECR 1181 s. 1197 vsp.–hsp. och C-158/73 *Kampffmeyer* [1974] ECR 101 s. 110 f punkterna 8–10 samt s. 117 f.

[160] Se t.ex. C-42/79 *Milch-, Fett- und Eier* [1979] ECR 3703 s. 3716 punkt 10, C-20/84 *De Jong* [1985] 2061 s. 2111 punkt 16 samt C-125/83 *OBEA v Corman* [1985] 3039 s. 3049 punkt 28.

[161] Domstolen understryker i domskälen detta genom att skriva att "*force majeure* within the meaning of...".

[162] Se Barents 1985 s. 243 och 1994 s. 300, Schermers & Waelbroeck 1992 s. 88 f § 151 samt Wagemann 1992 s. 127.

[163] Se Wagemann 1992 s. 127 f. EG-domstolen har dock tillämpat force majeure analogt, se C-64/74 *Reich* [1975] ECR 261 s. 268 f punkterna 3–5.

6.4.3 Force majeure inom bötesrätten?

Den fråga som nu bör ställas är huruvida force majeure, såsom konceptet utvecklats inom jordbruksområdet, är en användbar grund för rättfärdigande också inom EG:s bötesrätt.

En första omständighet som bör noteras är att force majeure rent begreppsligt passar ganska illa när det gäller generella regler avsedda att åtlydas under en längre tid.

Tanken bakom force majeure är ju att en från början särskild förväntad handling på grund av senare omständigheter inte kan utföras, och att den förpliktade i detta läge skall slippa ta konsekvenserna av detta. Vid förpliktelsens uppkomst är utgångspunkten således att det åligger den förpliktade att – i princip – till varje pris utföra den förväntade handlingen. Med en straffrättslig terminologi kan man säga att tillräknandet av ett eventuellt icke-utförande av den förväntade handlingen blir klart i samma ögonblick som förpliktelsen uppkommer. Här finns därför, i billighetens namn, behov av en undantagsregel för extraordinära händelser. Principen blir därmed att den förpliktade får stå relativt många risker han inte rår över; men inte alla. Om förpliktelsen inte utförs är den förpliktade ansvarig härför, såvitt han inte visar att force majeure förelegat.

När det gäller olika former av sanktionsrättsliga regler – av generell natur – är en dylik utgångspunkt (dvs. att ansvaret presumeras från början) knappast hållbar. Straff- eller sanktionsrättsliga stadganden utfärdas generellt och gäller för grupper av människor under en längre tid. Det finns därför när reglerna utfärdas inget underlag för förväntningar på särskilda prestationer från någon särskild individ. På grund av detta måste man vid varje överträdelse finna en koppling mellan överträdelsen och en viss människa (eller, inom sanktionsrätten, ett visst företag).[164] I många fall är detta tillräknande ganska enkelt. I andra fall kan saken vara mycket komplicerad. Exempel på fall när tillräknandet vållar problem är generellt sett underlåtenhetsbrott och brott där en person använt en annan som verktyg för att begå brott.

Straffrättsligt sett är vidare konformitetsprincipen central: den som inte kunnat rätta sig efter lagen (dvs. saknat förmåga eller tillfälle därtill) skall inte anses ansvarig för ett brott. Sanktionsrättsligt finns knappast, så länge ett allmänt skuldkrav upprätthålls, skäl att inte följa denna princip.

Av det nu sagda följer att överträdelser av generella normer inte på samma sätt som icke-uppfyllandet av en på särskilda grunder förväntad

[164] Jfr Hamann 1992 s. 10 f.

förpliktelse automatiskt kan tillräknas någon. Dels måste man koppla ihop överträdelsen av straffbudet med någon, dels är vid generella sanktioner förutsatt att endast en del av dem som faktiskt uppfyller rekvisiten skall dömas till ansvar. Sålunda kan straffbuden sägas skapa en yttersta gränslinje inom vilken ansvar *kan* utdömas. Men ansvar förutsätter mycket mer än att straffbudet är uppfyllt.

Det jag vill ha sagt med ovanstående resonemang är att inom straff- och sanktionsrätten finns de begränsningar som *force majeure* föranleder inbyggda redan på en mycket grundläggande nivå. Begreppet blir därför i princip överflödigt.

Ett annat förhållande som talar emot att använda force majeure som grund för rättfärdigande inom bötesrätten är att begreppet uppenbarligen är avsett att användas vid olika former av *underlåtenheter*.

Det ter sig därför mycket konstlat att använda begreppet när det gäller överträdelser begångna genom handling.

När överträdelser begås genom underlåtenhet behöver endast ett handlingsalternativ – nämligen det påbjudna – vara uteslutet av yttre krafter för att force majeure skall kunna bli aktuellt. Om överträdelsen istället sker genom en handling krävs i princip att *varje annan handling* än den som faktiskt utförts varit omöjlig att företa.

Skall vi i detta sammanhang tala om force majeure kan vi, som ett första alternativ, säga att den handling varigenom överträdelsen skett, orsakats av force majeure. Detta är mindre lyckat eftersom force majeure som begrepp, mig veterligen, alltid används för att förklara varför en viss påbjuden handling inte företagits. Att på detta sätt använda ett begrepp i ett främmande sammanhang bör inte ske utan goda skäl.

Det andra alternativet är att säga att alla handlingsalternativ utom den handling varigenom överträdelsen skett blivit omöjliga på grund av force majeure. Det missvisande i detta är uppenbart. Det måste i detta sammanhang vara mer adekvat att tala om att överträdelsen skett genom en icke frivillig handling än att säga att alla handlingar och underlåtenheter som inte utfördes förhindrades av force majeure.

På grund av dessa begreppsmässiga svårigheter förefaller det vara lämpligare att inom bötesrätten använda de väl inarbetade reglerna rörande ofrivilliga handlingar och (underlåtna) handlingar vilka varit omöjliga att utföra.

Här skall nu praxis såvitt gäller bötesrätten kort refereras.

6.4.4 Rättsfall avseende omöjlighet och ofrivillighet inom bötesrätten

Wagemann anför fyra rättsfall som rör böter inom ramen för Parisfördraget och fyra rättsfall som rör böter inom konkurrensrätten. Dessutom refereras ett fall där force majeure fick betydelse redan på nivån för straffbelagd gärning (Tatbestand).

De enda av dessa fall som utan tvivel rör force majeure är *Rumi* och *Valsabbia*.[165] I *Rumi* hade företaget i fråga sålt produkter till priser som inte överensstämde med de prislistor som offentliggjorts enligt artikel 60.2 a i Parisfördraget. Därmed hade företaget inte fullgjort sin förpliktelse att offentliggöra de prislistor som användes. *Rumi* åberopade force majeure; på grund av ständiga prisändringar hade det inte varit möjligt att följa reglerna rörande prislistor. EG-domstolen underkände invändningen under uttrycklig hänvisning till andra företag: "other undertakings had ... published their price lists without difficulty, which shows that a diligent and prudent undertaking could comply without undue sacrifice with the obligation concerning publication".[166] (Företaget hade också erkänt att om det bara vetat att det krävdes så kunde en justering av prislistorna skett.)

I *Valsabbia* hävdade företaget att det varit i en force majeure-situation till följd av att vissa konkurrenter inte följde de minimipriser som fastslagits. På liknande sätt som i *Rumi* slog domstolen fast att det uppenbarligen varit möjligt att följa prisregleringen – eftersom andra gjort det – och att force majeure inte kunde rättfärdiga överträdelsen.

I båda dessa fall stod alltså klart att det inte på något vis varit omöjligt att följa reglerna.

När det gäller konkurrensrätten är främst förstainstansfallet *Tréfilunion* av intresse.[167] I målet argumenterade det klagande företaget för att dess överträdelser av artikel 85 (bl.a. samordnade förfaranden) varit rättfärdigade på grund av force majeure. Grunden för detta påstående var att det på den tyska marknaden redan existerade en kartell som fått tillstånd av Bundeskartellamt och därtill under flera år godtagits av kommissionen. Force majeure-situationen skulle alltså bestå däri att vissa företag tilläts göra vad som var otillåtet för andra. Förstainstansrätten framhöll att detta inte kunde utgöra grund för att åberopa force majeure. Vidare menade domstolen att även om kommissionen skulle ha varit försumlig – p.g.a. att den inte ingripit mot den tyska kartellen – så kan denna

[165] C-149/78 *Rumi* [1979] ECR 2523 samt C-154 etc./78 och 79 *Valsabbia* [1980] ECR 907.
[166] C-149/78 *Rumi* [1979] ECR 2523 s. 2537 punkterna 14–16.
[167] T-148/89 *Tréfilunion* [1995] REG II-1063.

omständighet på intet sätt rättfärdiga andra företags överträdelser av gemenskapsrätten.[168]

Vidare är fallet *BMW Belgium*[169] av visst intresse. Häri diskuterades visserligen force majeure inte uttryckligen men väl företagets fria handlingsförmåga. BMW Belgium hade med ett stort antal återförsäljare ingått konkurrensstridiga avtal. Ett av de mindre företag som ådömts böter hävdade att på grund av "total economic dependence" var företaget "practically obliged, on pain of losing their dealership, to accede to the wishes of BMW Belgium".[170]

Domstolen menade att "the existence of those bonds did not make it impossible to refuse to consent to the agreement" och att detta också visats av att ett flertal företag i liknande positioner underlåtit att ingå överenskommelsen ifråga.[171]

Därmed kunde de ekonomiska banden inte rättfärdiga brotten mot de konkurrensrättsliga reglerna.[172] I beslutet i *Wood pulp*[173] synes dock kommissionen ha avstått från att utdöma böter mot ett par företag som stått under visst tryck från andra större företag. Detta får antagligen betraktas antingen som en sorts ursäktande omständighet (jfr BrB 23:5) eller som en grund för bötesbefrielse.

6.4.5 Avslutande synpunkter

Generellt sett bör omöjlighet och ofrivillighet inte vara omständigheter av särskilt stor betydelse inom bötesrätten eftersom de överträdelser som aktualiseras oftast begås genom handlingar.[174] Som ovan nämnts bör det vara vanligare att en särskild handling, dvs. den som förväntas utföras vid en överträdelse genom underlåtenhet, är omöjlig att utföra, än att det är omöjligt att göra något annat än det som faktiskt görs.

Vidare är det när det gäller generella regler ofta mycket lätt att påvisa att det inte varit omöjligt att låta bli att företa den handling varigenom överträdelsen skett. Det finns nästan alltid en mängd andra företag, i

[168] T-148/89 *Tréfilunion* [1995] REG II-1063 s. 1113 f. Se den i dessa delar motsvarande domen T-151/89 *Société des treillis* [1995] REG II-1191.
[169] C-32 etc./78 *BMW Belgium* [1979] ECR 2435.
[170] C-32 etc./78 *BMW Belgium* [1979] ECR 2435 s. 2458 vsp.–hsp.
[171] C-32 etc./78 *BMW Belgium* [1979] ECR 2435 s. 2478 punkt 36.
[172] Däremot torde förhållandet kunna beaktas vid straffmätningen, jfr C-32 etc./78 *BMW Belgium* [1979] ECR 2435 s. 2482 punkt 54.
[173] KOMB 85/202 *Wood pulp* OJ L 85/1 s. 23 vsp.
[174] Jfr dock det ovan refererade rättsfallet C-149/78 *Rumi* [1979] ECR 2523.

likartade situationer, som lyckats med detta.[175] Man kan därför i EG-domstolens praxis se att hänvisningar till andra företags beteende är vanliga.

6.5 Bevisbördan

Som ovan nämnts framgår redan av rättsfallet *Modena* (från år 1962) att det är det företag som hävdar att en grund för rättfärdigande föreligger som också har att visa detta.[176] Denna regel, som gäller såväl nöd och nödvärn som force majeure, har sedan dess bekräftats i ett stort antal rättsfall.[177]

Den allmänna grundsatsen *in dubio pro reo* använder EG-domstolen således bara när det gäller nivån för straffbelagd gärning. Detta är såtillvida ändamålsenligt att förutsättningarna för att förbjuda ett konkurrensstridigt beteende och att utdöma böter sammanfaller.[178]

I svensk rätt kan principen sägas vara att bevisbördan, om än i modifierad form, ligger på åklagaren. Åklagaren skall i förevarande hänseende förebringa sådan bevisning att invändningen framstår som obefogad. Om den tilltalade framfört enbart ett blankt påstående om t.ex. nödvärn eller om hans invändning är uppenbart orimlig torde i regel anses att åklagaren uppfyllt sin bevisbörda även om han inte frambringar någon särskild bevisning härom.[179]

Det torde därför kunna sägas att det, även utifrån en svensk utgångspunkt, är ofrånkomligt att i här aktuella fall kräva att det ifrågavarande företaget på något sätt redogör för de omständigheter som anses skapa t.ex. en nödsituation. Men härifrån är steget naturligtvis långt till att kräva fullt bevis för att dessa omständigheter föreligger.[180]

[175] Se t.ex. generaladvokatens yttrande i C-154 etc./78 och 79 *Valsabbia* [1980] ECR 907 s. 1068 vsp. samt domstolens dom i samma mål s. 1022 punkt 141.
[176] C-16/61 *Modena* [1962] ECR 289 s. 303 och 321 hsp.
[177] Se t.ex. C-158/73 *Kampffmeyer* [1974] ECR 101 s. 116 vsp. och 118 vsp., C-1252/79 *Ferriere Lucchini* [1980] ECR 3753 s. 3764 punkt 12 samt 3772 hsp., C-100–103/80 *Pioneer* [1983] ECR 1825 s. 1901 f punkt 90 ("it being sufficient to state that the applicant has not demonstrated the existence of such situation [dvs. en nödsituation]"), samt 1946 vsp., C-263/82 *Klöckner* [1983] ECR 4143 s. 4169 vsp. samt C-154 etc./78 och 79 *Valsabbia* [1980] ECR 907 s. 1070 hsp.–1071 vsp. ("the case for a state of necessity would have required specific proof").
[178] Dannecker 1994 s. 340.
[179] Se NJA 1990 s. 210 och vidare om rättsfallet Jareborg 1994 s. 145. Se också KBrB II s. 664 ff med hänvisningar till tidigare praxis.
[180] Jfr här Heitzer 1997 s. 72 som när det gäller bevisbördan avseende force majeure hävdar en uppfattning som tycks ligga nära den svenska.

7 Skuld

7.1 Skuldprincipen och dess tillämpning inom EG-rätten

7.1.1 Allmänt

En allmän straffrättslig grundsats är att straff förutsätter skuld: *nulla poena sine culpa.*[1] Något förenklat kan sägas att skuld föreligger om gärningsmannen ifråga handlat uppsåtligt eller oaktsamt och därtill inte är ursäktad[2] av någon anledning.[3] Omskrivet efter Roxin innebär detta att gärningsmannen skall ha handlat orätt trots att han nåtts, eller åtminstone borde ha nåtts, av normens appellfunktion och därtill haft sådan förmåga att styra sitt beteende att ett icke rättsstridigt handlingsalternativ varit psykiskt tillgängligt.[4] Man kan också säga att skuld innebär att

[1] Se t.ex. Dannecker 1994 s. 341 f, Greve 1993 s. 181, Jescheck & Weigend 1996 s. 23, Hirsch 1994 s. 746, Lackner 1995 s. 267 rdnr 1 samt Tiedemann 1985 s. 1433 f.

[2] Se Jareborg 1969 s. 344: "Vid en ursäktande omständighet blir *personen* ursäktad, hans skuld är förminskad eller försvunnen, men avståndstagandet till handlingen kvarstår."

[3] Skuldprincipen, under namnet *konformitetsprincipen*, har i Sverige utvecklats främst av Jareborg. Se generellt Jareborg 1969 kapitel 12 samt 1994 s. 194 ff och 336 f. Jareborg tycks se skuldprincipen som en mindre del av konformitetsprincipen; jfr 1994 s. 337: "Vissa av dessa krav [som konformitetsprincipen uppställer] kan sammanfattas i *skuldprincipen*, som bl.a. innebär att endast den som ådagalagt skuld bör drabbas av straffrättsligt ansvar." För egen del är jag benägen att se konformitetsprincipen som en mycket väl utvecklad skuldprincip. För att man skall kunna tala om skuld måste ju gärningsmannen *kunnat* handla annorlunda. På ett liknande sätt tycks Nuutila 1990 s. 277 uppfatta saken.

[4] Roxin 1994 s. 700 rdnr 3.

gärningsmannen förebrås för att han handlat som han gjort, trots att han *kunde* ha gjort annorlunda.[5]

Skuldprincipen kan sägas ha två sidor.[6] Å ena sidan gör den klart att ansvar utan skuld – strikt eller rent vikarierande ansvar – inte bör förekomma.[7] Denna del av principen tar sålunda sikte på utformningen av den materiella straffrätten. Principen bör i denna del också innebära att skulden sätter gränser för straffets stränghet relativt sett. I tysk litteratur talas därför om "Strafbegründungsschuld" och "Strafzumessungsschuld".[8] "Strafzumessungsschuld" synes emellertid inte vara något väsensskilt från "Strafbegründungsschuld"; för den eventuella skuldfria delen av straffet finns ju så att säga ingen grund.[9]

Å andra sidan har principen också processuell betydelse såtillvida att den inte tillåter skuldpresumtioner.[10]

Skuldprincipen anses gälla i det stora flertalet medlemsstater och i Tyskland och Italien åtnjuter principen jämväl författningsskydd.[11] Den tyska uppfattningen är att principen inte enbart gäller för den egentliga straffrätten utan även för Ordnungswidrigkeiten[12] och andra straffliknande sanktioner.[13]

[5] Dessa tankar om att kunna göra annorlunda leder ofelbart in på frågor om i vad mån människan är fri och faktiskt kunde handla annorlunda än hon faktiskt gjorde. Se härom Hirsch 1994 s. 759 ff, Jareborg 1992 kapitel 10, Jescheck & Weigend 1996 s. 408 ff samt Roxin 1994 s. 715 ff rdnr 34–39.

[6] Tiedemann 1993 s. 28 hsp.

[7] Jfr Hildebrandt 1990 s. 31, Jareborg 1994 s. 337, Roxin 1994 s. 56 f rdnr 47 (särskilt not 39) samt Jescheck & Weigend 1996 s. 404.

[8] Se Roxin 1994 s. 721 rdnr 46 och 47.

[9] Man kan möjligen säga att "Strafzumessungsschuld" är kvantifierbar på ett sätt som en "Strafbegründungsschuld" inte är.

[10] Det synes dock vara felaktigt att påstå att skuldprincipen innebär ett absolut förbud mot uppsåtspresumtioner. Enligt Tiedemann 1985 s. 1433 har exempelvis BVerfGE (9, 169) inte förbjudit alla former av skuldpresumtioner. Jfr även ECHR-fallen *Salabiaku v France*, ECHR, Ser. A, No. 141-A, 1988 s. 15 ff respektive *Pham Hoang v France*, ECHR, Ser. A, No 243, 1993 s. 21 f, vilka kan förstås så att en uppsåtspresumtion *kan* strida mot EMRK. I dessa fall fanns dock viss möjlighet till motbevisning vilket ledde till att den ifrågavarande regleringen ansågs förenlig med konventionen. Jfr nedan vid not 35 ff.

[11] BVerfGE 20, 323, 331: "Dem Grundsatz, daß jede Strafe – nicht nur die Strafe für kriminelles Unrecht, sondern auch die strafähnliche Sanktion für sonstiges Unrecht – Schuld voraussetze, kommt verfassungsrechtlicher Rang zu." Se även Siohl 1986 s. 53, Tiedemann 1985 s. 1433 ff samt Grabitz m.fl. 1994 Verordnung Nr. 17 (Art. 15) nach Art. 87 s. 9 rdnr 29.

[12] Om Ordnungswidrigkeiten, se nedan kapitel 9.

[13] Se BVerfGE 20, 323, 331. Jfr även Vogel 1995 s. 339 hsp.–vsp. Ord som skuld brukar normalt sett undvikas i samband med Ordnungswidrigkeiten eftersom det antyder socialetiskt klander vilket i princip inte anses följa med en sanktion föranledd av en

Reservationsvis bör dock nämnas att strikt ansvar förekommer i samband med just företagsansvar och inom förvaltningsstraffrätten (bl.a. i Frankrike och Storbritannien) varför skuldprincipen inte kan sägas vara vare sig konsekvent genomförd eller absolut till sin karaktär.[14]

Som grund för skuldprincipen brukar anföras dels rättsstatliga argument (och därtill hörande tankar om människovärde osv.),[15] dels argument som hänför sig till straff- och sanktionsrättens allmänpreventiva funktion.[16]

Beträffande de rättsstatliga argumenten kan sägas att de tar fasta på att skuldprincipen ger individen möjlighet att i viss mån förutsäga och välja om han vill bli straffad; den enskilde blir därmed inte utan egen förskyllan offrad på "avskräckningssyftets eller moralbildningens altare".[17]

Skuldprincipen och allmänpreventionen är å sin sida sammankopplade bl.a. såtillvida att straff utan skuld kan förmodas uppfattas som orättvisa och därför i förlängningen vara preventionshämmande.[18] Dessutom föreligger en koppling såtillvida att "[e]tt seriöst villkorat straffhot kan riktas endast till tänkande varelser som förutsätts kunna kontrollera sitt beteende".[19] Det ligger så att säga i formen, dvs. med föregående kriminaliseringar, att förhållningsregeln riktar sig till personer som kan följa regeln.

Däremot torde det vara oegentligt att koppla ihop skuldprincipen med allmänpreventiva överväganden genom att säga att det skulle saknas

---

ordningsrättslig överträdelse. Detta bör dock inte förstås så att skuldprincipen inte skulle gälla inom ordningsrätten. Se Göhler 1995 s. 23 rdnr 30.

[14] Jfr Dannecker 1994 s. 341, Tiedemann 1985 s. 1434 samt Tiedemann & Otto 1990 s. 107, där Tiedemann, på grund av förekomsten av strikt ansvar, kritiserar Siohl för att ha överdrivit skuldprincipens betydelse. Till Siohls försvar kan sägas att det faktum att en *princip* anses gälla (eller beaktas) inte behöver innebära att den till varje pris följs. Tiedemann s. 108 kritiserar även Siohl för att ha karaktäriserat praxis rörande villfarelser som "recht uneinheitlich", Siohl 1986 s. 127. Som vi skall se nedan är denna karaktäristik rent av generös mot kommissionen, varför Tiedemanns kritik framstår som mycket märklig.

[15] Se Jareborg 1992 s. 145.

[16] Grabitz m.fl. 1994 Verordnung Nr. 17 (Art. 15) nach Art. 87 s. 9 rdnr 29.

[17] Jareborg 1969 s. 374 f.

[18] Jfr Roxin 1994 s. 57 rdnr 47 samt Grabitz m.fl. 1994 Verordnung Nr. 17 (Art. 15) nach Art. 87 s. 9 rdnr 29. Se även KBrB I s. 35: "Att straffa någon oberoende av skuld skulle emellertid uppfattas som omoraliskt av många människor, som förknippar straffrättsligt ansvar med tillämpning av skuldprincipen. I det långa loppet skulle straffsystemet inte må väl därav." Se också Thornstedt 1956 s. 6 som vid beröring av strikt ansvar uttalar följande: "På det hela taget synas emellertid straffhotets generalpreventiva verkningar främjas av att reglerna om straffansvar utformas i enlighet med allmänhetens rättviseföreställningar."

[19] Jareborg 1992 s. 145.

preventionsbehov, eller att straffet skulle vara verkningslöst, i de fall någon överträder ett sanktionsrättsligt bud utan skuld. Personen i fråga kan visserligen inte klandras för vad han gjort, men det hindrar inte att det kan fylla ett preventivt syfte att straffa honom. Detta straff skulle inskärpa i andra att de bör göra *allt och litet till* för att undvika att göra vad gärningsmannen gjort.[20]

Att rättvisa straff har allmänpreventiva effekter är i och för sig nog så sannolikt som många andra antaganden varpå vi bygger utformningen av vårt straffsystem, men det finns likväl skäl att akta sig för att okritiskt acceptera dylika föregivna sanningar.[21] Vår kunskap om verkningarna av olika utformningar av straff är inte särskilt imponerande. Bygger man skuldprincipens vara *enbart* på utilitaristiska överväganden kan sålunda framtida empiriska undersökningar undanröja skuldprincipens berättigande. Skuldprincipen bör därför i första hand grundas på *respekten för individen* och därmed sammanhängande hänsynstaganden. (Hur skuldprincipen motiveras får betydelse nedan när det diskuteras huruvida det är legitimt att döma ut straffrättsliknande sanktioner på grundval av ett strikt ansvar.)

Skuldprincipen vänder sig framförallt till lagstiftaren med ett budskap som säger att denne inte bör införa regler som stadgar straff utan att samtidigt uppställa ett skuldkrav.[22] I frånvaro av en klar reglering bör emellertid skuldprincipen också få rättslig betydelse såtillvida att den utgör ett argument för att, vid tvivel, upprätthålla ett skuldkrav också där detta inte är uttryckligen stadgat.

[20] Det sagda innebär inte att jag förespråkar straff i dylika situationer; jag säger endast att det *kan finnas ett behov av att förhindra även skuldfria företeelser* och att det *kan vara så att straff utan skuld i dessa fall kan ha en preventiv effekt.* Se även EG-domstolens uttalande i C-326/88 *Hansen & Søn* [1990] ECR I-2911 s. 2935 punkt 19: "a system of strict liability may prompt the employer to organize the work of his employees in such a way as to ensure compliance with the regulation". Se även Hart 1968 s. 43, Jareborg 1995 s. 51, Strahl 1976 s. 84 samt för skadeståndsrättens del t.ex. Hellner 1995 s. 42.

[21] Jfr Jareborg 1969 s. 366.

[22] Jfr Jareborg 1994 s. 194.

7.1.2 Skuldprincipen i EG-rätten

Att skuldprincipen utgör en beståndsdel av EG-rätten råder det idag enighet om.[23]

Ett av de viktigaste skälen för denna slutsats är att skuldprincipen gäller i de flesta medlemsstaterna och dessutom har författningsrang i åtminstone Tyskland och Italien.[24] I enlighet med domstolens metoder att utveckla allmänna rättsprinciper bör därför skuldprincipen gälla generellt inom EG-rätten.[25]

På ett dylikt sätt framhölls t.ex. i rättsfallet *Regina v. Kirk*[26] att principen att straffbestämmelser inte får ges retroaktiv verkan är gemensam för medlemsstaterna och därjämte upptagen i artikel 7 i Europakonventionen och därför är en av de generella principer som upprätthålls av domstolen.

Domstolen har visserligen inte på ett motsvarande sätt tagit uttrycklig ställning till skuldprincipen[27] – även om tillfälle förvisso funnits – men däremot har generaladvokaterna *Verloren van Themaat* och *Sir Gordon Slynn* båda ansett skuldprincipen gälla generellt. I fallet *Thyssen* framhöll den förstnämnde att "[i]n view of the fact that the principle *nulla poena sine culpa* is applicable in most of the Member States ... that maxim must in my opinion also apply in the case of the fines provided for in the provisions of the ECSC Treaty".[28] Året efter skrev Sir Gordon Slynn med syftning på van Themaats uttalande: "I agree. The principle is, in my view, sufficiently established in the laws of the Member States as to form part of the general principles of Community Law."[29]

Övervägande skäl får därför anses tala för att skuldprincipen gäller generellt inom EG:s sanktionsrätt. Av skäl som skall utvecklas närmare i det följande ställer jag mig emellertid tveksam till värdet av en dylik

[23] Se t.ex. Dannecker & Fischer-Fritsch 1989 s. 278 f.
[24] Se rörande detta argument, extensivt, Siohl 1986 s. 51 ff.
[25] Tidigare åberopades ofta artikel 215 st. 2 i Romfördraget för att föra in allmänna gemensamma principer i EG-rätten. Se t.ex. Siohl 1986 s. 51 f samt Brown & Kennedy 1994 s. 316. Numera synes åtminstone i fall som rör grundläggande rättigheter artikel F 2 i fördraget om europeiska unionen snarare böra åberopas.
[26] C-63/83 *Regina v. Kirk* [1984] ECR 2689 s. 2718 punkt 22.
[27] Jfr rättsfallen C-188/82 *Thyssen* [1983] ECR 3721, C-270/82 *Estel* [1984] ECR 1195 samt Nan Rasmussen & Schønberg 1994 s. 96.
[28] C-188/82 *Thyssen* [1983] ECR 3721 s. 3740 hsp.
[29] C-270/82 *Estel* [1984] ECR 1195 s. 1225 vsp.

generellt hållen utsaga. Den måste nämligen förenas med ett par mycket viktiga påpekanden för att bli rättvisande.

Ett första påpekande rör det faktum att vi har att göra med en *princip*. Såvitt principen verkligen är en princip är den, tautologiskt uttryckt, av *bör-karaktär*.[30] Dvs. brott mot principen kan godtas om det finns goda skäl härför. I den mån den har upphöjts till en grundlagsskyddad frihet (frihet från strikt straffansvar) kan man således säga att principen har upphört att vara en princip; varje avsteg, om också aldrig så välmotiverat, är förbjudet.[31,32]

Inom EG-rätten torde stå klart att principen är just en princip. I rättsfallet *Hansen & Søn* diskuterade, på grundval av en fråga från domstolen, generaladvokaten *van Gerven* saken grundligt. Frågan som aktualiserades i fallet löd:

> "does a system which permits a person to be convicted without any proof of fault or negligence on his part come into conflict with the principle *nulla poena sine culpa*?"[33]

Generaladvokaten inledde sitt yttrande i denna del med att säga att den danska rättens ståndpunkt i denna fråga inte kunde vara avgörande för det spörsmål som domstolen hade att avgöra eftersom det rörde sig om implementering av en EG-rättslig regel. Att strikt ansvar inte strider mot dansk konstitutionell rätt medför således inte att sådant ansvar också är tillåtet inom EG-rätten.

Inom ramen för sitt sökande efter EG-rättens hållning i frågan konstaterade van Gerven att strikt ansvar för företag eller företagare förekom – inom områden som t.ex. miljö-, arbetsmiljö och konsumenträtt – i åtminstone fyra medlemsstater. Därtill fanns i andra medlemsstater möjlighet att ålägga företag eller företagare civilrättslig skyldighet att betala sina anställdas böter i hithörande hänseenden. Konklusionen blev att det, från medlemsstaternas gemensamma konstitutionella tradition,

[30] Med Jareborg kan man säga att principer (tumregler) är utslag av en mängd skäl som sammantagna så att säga ligger bakom principen. En princip är således i sig inget skäl som talar i någon riktning, utan mer en anvisning om i vilken riktning skälen normalt talar. Se t.ex. Jareborg 1975 s. 95 f och 1979 s. 392 ff.

[31] Detsamma kan sägas gälla t.ex. legalitetsprincipen.

[32] Roxin 1994 s. 56 rdnr 47 skriver att principens författningsrättsliga giltighet, åtminstone i vissa delar måste anses tvivelaktig, eftersom "Maßregeln" används utan att skuld föreligger och eftersom principen inte är lagreglerad i många länder som inte kan anklagas för att missakta människovärdet.

[33] C-326/88 *Hansen & Søn* [1990] ECR I-2911 s. 2925 hsp.

inte var möjligt att deducera fram ett absolut förbud mot att, under vissa speciella omständigheter, använda strikt ansvar.[34]

En analys av Europadomstolens praxis i denna fråga gav liknande resultat. I bl.a. målet Salabiaku sägs att ett rent objektivt rekvisit kompletterat med en exculpationsmöjlighet med omvänd bevisbörda – vilket kan ses som ett sätt att närma sig ett objektivt ansvar[35] – inte strider mot konventionen om den tilltalade har reell möjlighet att bryta presumtionen och företeelsen används inom rimliga gränser.[36] På motsvarande sätt kan fallet förstås så att strikt ansvar inte anses vara absolut förbjudet, utan tillåtet endast inom rimliga gränser.[37] Generaladvokaten fann också att de kriterier som Europadomstolen använt för att avgöra vad som är rimliga gränser i stor utsträckning sammanfaller med vad som inom EG-rätten betecknas som proportionalitetsprincipen.[38]

Därmed blev avgörande huruvida det med hänsyn till proportionalitetsprincipen kunde anses berättigat att göra avsteg från principen *nulla poena sine culpa*. Frågan kan därvid formuleras: är strikt ansvar en nödvändig och rimlig (necessary and appropriate) åtgärd för att uppnå de mål som man strävar efter att uppnå? Huruvida detta var fallet ankom på den nationella domstolen att avgöra.[39]

Det bör understrykas att svaret på den ovan citerade frågan således bör vara: ja, ett system med strikt ansvar strider mot maximen *nulla*

[34] C-326/88 *Hansen & Søn* [1990] ECR I-2911 s. 2926 f.

[35] Greve 1993 s. 196. Jfr också Danelius 1991 s. 304 som talar om att den ifrågavarande regleringen innebar att uppsåt presumerats.

[36] Salabiaku v France, ECHR, Ser. A, No. 141-A, 1988 s. 15 ff.

[37] Denna tolkning av Europadomstolens praxis ifrågasätts av Greve 1993 s. 196 som menar att en "mindst lige så nærliggande tokning ville være, at et fuldstændigt objektivt ansvar er udelukket, eftersom man kun har godkendt den omvendte bevisbyrde i tildfælde, hvor muligheden for at løfte denne bevisbyrde er reel". Jfr Harris, O´Boyle & Warbrick 1995 s. 244 som förstår Salabiaku så att det endast är *presumtioner* (rörande sådant som straffregeln egentligen kräver) som kan strida mot konventionen. Däremot menar de att det inte är förbjudet med strikt ansvar (dvs. att överhuvudtaget inte kräva uppsåt). Vilken tolkning av rättsfallet som är korrekt är svårt att säga. Å ena sidan kan hävdas att ett strikt ansvar i praktiken är detsamma som att kräva uppsåt (men samtidigt presumera det). Å andra sidan finns åtminstone en teoretisk skillnad mellan de båda förfarandena: vid ett strikt ansvar *anses* man inte ens ha haft uppsåt, man döms inte för uppsåtligt brott (utan att detta är bevisat i ordinarie ordning), vilket faktiskt är vad som sker vid regelrätta uppsåtspresumtioner. Jfr också SOU 1997:127, del A s. 220 och Heitzer 1997 s. 117 f.

[38] C-326/88 *Hansen & Søn* [1990] ECR I-2911 s. 2927 f.

[39] C-326/88 *Hansen & Søn* [1990] ECR I-2911 s. 2928 hsp. Den danska domstol (Vestre Landsret) som senare hade att avgöra målet godtog det objektiva ansvar som ålåg den tilltalade. Domen fastställdes senare av Højsteret i U 1995.9 H. Se, kritisk, Greve 1993 s. 196. Jfr även Straffelovrådets betænkning nr 1289/1995 om juridiske personers bødeansvar s. 143 f.

poena sine culpa, men det kan likväl vara tillåtet under vissa förutsättningar.

Att strikt ansvar accepteras av EG-domstolen framgår också av fallet *Vandevenne* där domstolen uttalar att "Regulation No 3820/85 neither requires Member States to introduce a system of strict criminal liability ... nor precludes them from doing so".[40]

Ett andra påpekande som är viktigt för förståelsen av skuldprincipens roll i EG:s sanktionsrätt är att också skuldprincipen måste ha ett tillämpningsområde. Ovan har sagts att skuldprincipen bör anses gälla generellt inom ramen för EG:s sanktionsrätt. Detta gäller inom ramen för såväl Rom- som Parisfördraget. Denna utsaga måste för att verkligen säga någonting av värde, kompletteras med en definition av vad som utgör "EG:s sanktionsrätt". Frågan kan sägas gälla *de straffrättsliga grundprincipernas tillämpningsområde.*

Generellt kan sägas att balansen mellan beskrivningar och analyser av de straffrättsliga grundprincipernas innehåll och tillämpningsområde är dålig. Det finns oändligt många utläggningar om innebörden av de olika delarna av legalitetsprincipen, men letar man efter en analys av i vilka fall dessa underprinciper är av relevans skall man finna nästan ingenting.

Klart är att skuldprincipen inte kan gälla helt generellt. Tillämpningsområdet måste avgränsas till vad som kan sägas utgöra straffrättsliknande sanktionsrätt (eller något liknande). Sålunda måste t.ex. vissa mer civilrättsliga former av sanktioner – som mer rör riskfördelning än prevention – kunna utdömas oberoende av skuldprincipen.

Huruvida ett skuldkrav bör gälla för en viss sanktion, trots att detta inte uttryckligen stadgas, bör därför anses bero på sanktionens karaktär; kan sanktionen anses straffrättsliknande utgör skuldprincipen – eller snarare de skäl som ligger bakom skuldprincipen – ett starkt argument för att ett skuldkrav bör upprätthållas.

Frågan om hur de straffrättsliga grundprincipernas tillämpningsområde avgränsas skulle således åtminstone i princip sammanfalla med gränslinjen mellan straffande och icke-straffande sanktioner.

Det bör givetvis diskuteras huruvida skiljelinjen mellan straff och sanktioner också är lämplig som avgränsning för det område inom vilket de straffrättsliga rättssäkerhetsgarantierna kan tillämpas. Ser man på den gränslinje som dras av Europadomstolen är denna koppling själva utgångspunkten för domstolens resonemang: straff skall skiljas från andra sanktioner i syfte att klargöra huruvida konventionens fri- och rättigheter är av relevans. Situationen i Tyskland är härvid annorlunda.

[40] C-7/90 *Vandevenne* [1991] ECR I-4371 s. 4389 punkt 18.

Den formella gränsen mellan *Strafrecht* och *Ordnungswidrigkeitenrecht* har inte avgörande betydelse för huruvida straffrättsliga grundprinciper är tillämpbara. Dessa frågor skall behandlas utförligt i del tre av avhandlingen varför någon diskussion i dessa delar inte skall företas här.

Det synsätt som ovan utvecklats medför bl.a. att det faktum att EG-domstolen, såvitt gäller vissa typer av sanktioner (förverkande av säkerheter), har uttalat att "the moral blame attaching to the exporter"[41] i princip är irrelevant, *inte bör förstås* som ett förnekande av att skuldprincipen gäller (generellt), utan som en avgränsning av det tillämpningsområde *inom vilket principen gäller.*

Som en sammanfattning kan vi, för att visa på de osäkerhetsmoment som hör till, ställa upp skuldprincipen som översats i en syllogism. Detta ger följande logiska struktur.

Översats:	Skuldprincipen gäller: inget *straff bör* utdömas utan skuld
Undersats:	X är ett *straff*
Slutsats:	X *bör* inte utdömas utan skuld

Denna bild tydliggör sammanfattningsvis, dels att i det i slutsatser som bygger på skuldprincipen alltid kommer att finnas ett *bör*, dels att vi vid "tillämpning" av principen alltid måste avgöra huruvida en viss sanktion skall anses utgöra ett straff eller ej (i den mening som avses i översatsen). Vi kan således aldrig räkna med att skuldprincipen skall tillhandahålla några enkla lösningar; ett dubbelt osäkerhetsmoment finns inbyggt i principen.

7.1.3 Skuldrekvisiten inom ramen för Romfördraget

Som tidigare nämnts gäller för ådömandet av böter för konkurrensrättsliga överträdelser, i de flesta fall de regler som finns i förordning 17/62. I artikel 15.1 respektive 15.2 i förordningen stadgas uttryckligen att för att böter skall kunna utdömas krävs att överträdelsen av reglerna skett uppsåtligt eller oaktsamt.[42] Att skuldprincipen, eller åtminstone ett sorts

[41] Se vidare i nästa avsnitt.

[42] För en komprimerad redogörelse för vilka gärningar som inom konkurrensrätten kan föranleda böter, se avsnitt 5.1 ovan.

skuldrekvisit,[43] upprätthålls inom *EG:s konkurrensrättsliga bötesrätt* råder det därför idag – säkerligen tack vara den klara ordalydelsen i artikel 15 förordning 17/62 – fullständig enighet om.[44]

Vad som avses med uppsåt och oaktsamhet definieras emellertid inte närmare i förordningen. Området har bl.a. därför karaktäriserats som "den unsichersten Teil der gemeinschaftsrechtlichen Handhabung des Bußgeldrechts".[45] Den analys som nedan företas av vad skuldkravet innebär bygger till stora delar på rättsfall från den konkurrensrättsliga bötesrätten och syftar till att bidra till att avhjälpa denna osäkerhet.

Att ett skuldrekvisit upprätthålls såvitt gäller de konkurrensrättsliga böterna innebär emellertid inte att den gäller för alla, inom ramen för Romfördraget, förekommande sanktioner.[46]

Inom den gemensamma jordbrukspolitiken måste företagare ibland ställa säkerheter för att garantera att de kommer att utföra vissa självpåtagna transaktioner (exempelvis att exportera en viss mängd av en viss produkt).[47] I de förordningar som reglerar detta förfarande stadgas i regel att säkerheten, med undantag för fall av *force majeure*, skall förverkas såvitt transaktionen inte utförs i tid. Något krav på skuld för användandet av denna sanktion uppställs alltså inte.[48]

I rättsfallet *McNicholl*, där ett dylikt förverkande var föremål för prövning, slog domstolen sålunda fast att om det inte var fråga om force majeure så krävs inte att den nationella myndighet som skall besluta om förverkande tar hänsyn till andra faktorer såsom "the moral blame attaching to the exporter".[49] Att dessa sanktioner inte är sammankopplade med skuld beror på att de inte anses punitiva till sin art.

[43] Att ett skuldrekvisit inte med növändighet innebär att skuldprincipen upprätthålls skall påvisas nedan, se avsnitt 7.5.3 mot slutet.

[44] Se härom t.ex. Winkler 1971 s. 51, Harding 1979 s. 596 och 599 ff, Oehler 1983 s. 565 rdnr 942, Tiedemann 1985 s. 1435, Siohl 1986 s. 102, Dannecker & Fischer-Fritsch 1989 s. 278 f, Hildebrandt 1990 s. 31, Hamann 1992 s. 171, Greve 1993 s. 181, Tiedemann 1993 s. 28 hsp. f samt Grabitz m.fl. 1994 Verordnung Nr. 17 (Art. 15) nach Art. 87 rdnr 29.

[45] Tiedemann 1985 s. 1433. Även om detta uttalande är mer än 10 år gammalt, och trots att en del har hänt sedan dess, se särskilt Siohl 1986 samt Hildebrandt 1990, får uttalandet än i dag sägas äga sin giltighet.

[46] Detta antyds av Hildebrandt 1990 s. 31.

[47] Se ovan avsnitt 3.3.3.1 samt Barents 1985 s. 239 f.

[48] Barents 1985 s. 243 f. Barents synes för övrigt vilja karaktärisera förverkandet som en form av straff.

[49] C-296/86 *McNicholl* [1988] ECR 1491 s. 1514 punkt 19. I C-181/84 *Man* [1985] ECR 2889 upphävde EG-domstolen ett förverkandebeslut p.g.a. att regleringen stred mot proportionalitetsprincipen. Trots att proportionalitetsprincipen inte är direkt relaterad till överträdelsen som sådan, se ovan kapitel 4, synes generaladvokaten vara beredd att ta viss hänsyn till graden av skuld.

Det är emellertid inte enbart inom konkurrensrätten som vi finner ett krav på uppsåt eller oaktsamhet. I det berömda fallet *Germany v Commission*[50] var bl.a. fråga om giltigheten av artikel 6.6 i förordning 3007/84 såsom den ändrats genom förordning 1260/90. I artikeln stadgas att lantbrukare som ansökt om bidrag under angivande av ett felaktigt antal djur, kan uteslutas från bidragssystemet under det år som följer på det år för vilken felaktigheten gäller, om den felaktiga uppgiften avgivits uppsåtligt eller oaktsamt. För användandet av denna sanktion fordras således att uppsåt eller oaktsamhet fastställs. I brist på närmare anvisningar och med tanke på principen om EG-rättens enhet får antas att uppsåt respektive oaktsamhet betyder detsamma inom detta område som inom ramen för förordning 17/62.

Sanktioner av denna typ omfattas numera av rådets förordning 2988/95 om skydd av Europeiska gemenskapernas finansiella intressen.[51] Enligt förordningen kan olika former av vad som åtminstone stipuleras vara administrativa sanktioner ådömas under förutsättning av att oegentligheten i fråga begåtts uppsåtligen eller av oaktsamhet, artikel 5.

Med hänsyn till att ett skuldkrav fastslås uttryckligen i många förordningar kan synas befogat att i andra fall tolka regleringen e contrario. Huruvida så är fallet får avgöras mot den bakgrund som skisserats i föregående avsnitt.

7.1.4 Skuldrekvisiten inom ramen för Parisfördraget

I Parisfördraget är, som ovan[52] beskrivits, på ett flertal ställen stadgat att böter kan användas som sanktion mot regelöverträdelser. Bara vissa bestämmelser innehåller emellertid ett krav på skuld. I artikel 47 st. 2 bötesbeläggs att "uppsåtligen [lämna] oriktiga upplysningar" och på motsvarande sätt krävs för straffbarhet enligt artikel 65.5 att man uppsåtligen skaffar sig tillstånd genom oriktiga eller förvanskade uppgifter. I övriga bestämmelser som ger möjlighet att utdöma böter sägs inget om skuldkravet.

Frågan uppkommer då hur detta skall förstås. Skall liksom inom ramen för förordning 17/62 ett skuldkrav upprätthållas eller tyder frånvaro av ett skuldkrav i vissa bestämmelser på att ett sådant krav inte varit avsett?

Här som annars är det lämpligt att som utgångspunkt se närmare på fördragstexterna. Ser man enbart till dessa kan med fog hävdas att när

[50] C-240/90 *Germany v. Commission* [1992] ECR I-5383.
[51] EGT nr L 312, 23.12.95, s. 1. Se också avsnitt 3.3.3.6 och 5.3 ovan.
[52] Se avsnitt 5.4.

det i vissa bestämmelser stadgas att ett skuldkrav gäller, måste frånvaron av en sådan reglering i andra bestämmelser utgöra tillräcklig grund för antagandet att ett skuldkrav inte gäller för de senare.[53]

I syfte att underminera denna slutsats har Hildebrandt anfört att det i de bestämmelser i Parisfördraget som innehåller ett skuldkrav bara talas om uppsåtliga överträdelser. Detta skulle kunna tolkas så att frånvaron av ett uttryckligt skuldkrav i andra bestämmelser i Parisfördraget bara innebär att det i dessa fall inte fordras uppsåt (men väl oaktsamhet).[54] Resonemanget är emellertid inte alldeles övertygande eftersom det förutsätter att man i frånvaro av reglering bör anse ett oaktsamhetskrav (dvs. ett skuldkrav) gälla, och det var ju snarast det vi försökte motivera. Den enda slutsats som erhåller stöd av en intern jämförelse inom Parisfördraget är att det inte fordras uppsåt i de fall detta inte särskilt stadgas. Om det i dessa fall fordras oaktsamhet eller om ansvaret är objektivt är så långt en öppen fråga.

Kan då inte jämförelser med Romfördraget och förordning 17/62 ge stöd för slutsatsen att frånvaro av ett skuldkrav bör kunna förstås så att ett objektivt ansvar varit avsett? Här menar Hildebrandt att Romfördraget och därpå grundad sekundärrätt inte kan användas för att dra slutsatser om bestämmelserna i Parisfördraget. Att ett skuldkrav uppställs i Romfördraget, men inte Parisfördraget skulle därför inte medföra att bestämmelserna i det senare bör läsas motsatsvis. Enligt artikel 232 i Romfördraget skall detta nämligen inte påverka Parisfördraget. Endast om Parisfördraget hade slutits senare än Romfördraget hade det varit antagligt att fördragsparterna genom att inte uttrycka något skuldkrav velat distansera sig från Romfördraget och artikel 15 i förordning 17/62.[55]

Om detta godtas har vi således inte kommit särskilt långt när det gäller att avgöra huruvida ett skuldkrav skall upprätthållas också när det inte är särskilt stadgat. En jämförelse med de artiklar i Parisfördraget där det krävs uppsåt, ger bara stöd för att det inte krävs uppsåt när inget är särskilt stadgat och inte heller en jämförelse med Romfördraget tillåter några säkra slutsatser.

[53] Jfr också argumentationen i C-188/82 *Thyssen* [1983] ECR 3721 s. 3739 hsp.–3740. Jfr vidare Hildebrandt 1990 s. 32. Om man antar denna hållning kan den i och för sig förenas med möjlighet främst för kommissionen att beakta eventuell skuldfrihet dels vid tillämpning av opportunitetsprincipen, dels vid straffmätningen.

[54] Hildebrandt 1990 s. 33.

[55] Hildebrandt 1990 s. 33. Att ett skuldkrav inte kom till uttryck i Parisfördraget (vilket det dock gjorde på ett par ställen) förklarar Hildebrandt med att politiska frågor stod i förgrunden; först vid skapandet av Romfördraget och därpå grundad sekundärrätt hade man tid att fundera över skuldkravet.

Ett skäl som talar för att ett skuldkrav upprätthålls även inom ramen för Parisfördragets bötesrätt är emellertid *principen om EG-rättens enhet.*[56] Denna princip har använts av domstolen såvitt inte särskilda skäl, t.ex. fördragens skilda syften, talar däremot.[57] Eftersom de delikt som förekommer inom Rom- respektive Parisfördragen är likartade (båda rör marknadsreglering, båda riktar sig mot företag, båda ger kommissionen ett visst skönsmässigt utrymme) talar denna grundsats *för* att ett skuldkrav gäller också inom Parisfördraget.[58]

(I grunden är denna princip om EG-rättens enhet dock problematisk, eftersom den gör att argumentationen kan föras i två riktningar utan att någon anvisning ges hur konflikten skall lösas. Någonstans måste man börja betrakta skillnader i rättslig reglering som avsedda och betydelsefulla. Att dra en gräns mellan skillnader som skall ges betydelse och sådana som s.a.s. slätas över med hjälp av principen är en minst sagt delikat uppgift. Detta bidrar naturligtvis också till meningsskillnader i många frågor; medan vissa använder olikheter som grund för att dra motsatsslut, menar andra att dessa olikheter är betydelselösa.)

Vidare utgör de delikt i Parisfördraget där ett skuldkrav inte stadgas exempel på sådana fall när skuldprincipen, och de bakomliggande skälen, skulle kunna användas som argument för att hävda att ett skuldkrav *bör* uppställas. Utan att direkt föregripa den diskussion som skall komma i avhandlingens tredje del kan hävdas att de böter som kan utdömas på grundval av Parisfördraget har en så straffliknande karaktär att ett skuldkrav bör uppställas.

7.1.5 Sammanfattning

Enligt den uppfattning som här framförs bör skuldprincipen anses gälla generellt inom ramen för EG:s sanktionsrätt. Detta medför att även om inget stadgas om skuld bör, vid tvivel, skuldprincipen medföra att ett skuldkrav är implicerat. Vid dylika resonemang måste emellertid följande beaktas.

[56] Se Hildebrandt 1990 s. 32 f.

[57] Se t.ex. Zuleeg 1969 s. 103, Bredimas 1978 s. 45 ff, van der Esch 1991/92 s. 371, Wahl 1995 s. 27 f (med exempel på motsatt tolkning) och Heitzer 1997 s. 20.

[58] Se Schroth 1983 s. 174. Man skulle i och för sig kunna hävda att ett skuldkrav *inskränker* tillämpningen av bötesbestämmelserna och därför i enlighet med domstolens integrationsvänliga tolkningsmetod ("in dubio pro communiate"; jfr t.ex. Gulman 1980 s. 201) inte bör anses gälla annars än där det är uttryckligen stadgat. Detta för emellertid enligt min mening för långt. Skall EG-rätten i längden kunna bli tagen på allvar kan man inte dra allt in absurdum.

Skuldprincipen har inom EG-rätten inte karaktären av en absolut regel. Därmed kan man inte dra slutsatsen att regler om sanktioner utan skuld skulle vara ogiltiga. Regler om straff utan skuld är förenliga med EG-rätten inom ramen för proportionalitetsprincipen; strikt ansvar skall för att sammanfatta det hela slagordsmässigt vara "necessary and appropriate" med hänsyn till de mål som eftersträvas.

Att skuldprincipen är relativ följer egentligen redan av ordet *princip*. Att något kallas princip antyder att det är fråga om en tumregel från vilken man kan avvika om man har goda skäl därför.

Om skuldprincipen skall gälla "inom ramen för EG:s sanktionsrätt" fordras att detta rättsområde avgränsas från områden där principen inte gäller. Hur denna avgränsning bör göras diskuteras närmare nedan i avhandlingens tredje del.

7.2 Uppsåt och oaktsamhet

7.2.1 Allmänt

Frågor om uppsåt kan schematiskt delas upp i två delar. Dels måste man avgöra vad som är att karaktärisera som uppsåt. (Är det t.ex. att karaktärisera som uppsåt om man håller ett visst faktum som övervägande sannolikt?) Dels måste avgöras vad detta uppsåt skall täcka.

Den förstnämnda frågan är strukturellt sett inte särskilt besvärlig. Det finns ganska väl inarbetade och funktionella begrepp att använda. När det gäller de EG-rättsliga sanktionerna kan denna fråga emellertid inte besvaras, annat än på ett mycket abstrakt plan, om man inte tar hänsyn till att det är *företaget som är gärningsman.* Om man kommer fram till att uppsåt är detsamma som vetskap måste således avgöras vad det innebär att ett *företag vet något.*[59]

Beträffande frågan om *vad* som egentligen måste vara täckt av uppsåt är läget mer oklart. Detta beror på att man kan närma sig frågan från två håll. Här nedan skall därför sägas några ord om hur jag ser på denna fråga.

När det gäller uppsåtskravet i svensk rätt är en vanlig formulering att man måste förstå vad man gör, men inte att vad man gör är förbjudet.

[59] Jfr Hamann 1992 s. 176: "Wann weiß ein Unternehmen etwas? Wann und wie manifestiert sich der Wille des Unternehmens, zu unterscheiden vom Willen einzelner Angestellter?"

Att man ska förstå vad man gör innebär mer konkret att man skall ha uppsåt avseende de förhållanden som motsvarar de rekvisit som finns i straffbudet. I vissa fall beskrivs i straffbudet ett faktiskt förhållande; för att begå ett mord måste man beröva *annan* (implicit: en annan människa än en själv) livet. Att den som dödas verkligen är en människa måste, som ett faktiskt förhållande, vara täckt av uppsåt. Detta rekvisit är sålunda inte täckt av uppsåt om man är okunnig om att det är en människa man dödar eller om man tror något felaktigt i detta hänseende (t.ex. att man dödar en apa). En följd av detta är att s.k. faktisk villfarelse utesluter uppsåt.[60]

I andra fall innehåller straffbudet rekvisit som bara kan bedömas på grundval av andra rättsregler. Det som skall stjälas – stöldobjektet – måste t.ex. *tillhöra annan.*[61] Här är det, enligt traditionell uppfattning, inte ett faktiskt utan ett rättsligt förhållande som beskrivs. Och eftersom rättsregler, i jämförelse med faktiska förhållanden, i många fall har lika starkt styrande inverkan på människors beteende, har det ansetts krävas att man har uppsåt till rättsregler som på detta vis ligger inbyggda i själva straffbudet.[62] Utan att ha förstått rättregeln kan man inte sägas ha förstått innebörden av vad man gjort. Ett misstag angående rättsregler som på detta vis ingår i straffbudet utesluter således uppsåt.

Jareborg har med rätta kritiserat denna tudelning av relevanta villfarelser eftersom den ställer upp en onödig och svårgenomförbar dikotomi mellan fakta och regler; "[d]et är lika mycket ett faktum att någon är statsminister som att han är slätrakad".[63]

Det synes därför låta sig sägas att man i regel kan utgå i från att de rekvisit som kommer till uttryck i straffbuden skall vara täckta av uppsåt. Härvid är utgångspunkten att rekvisiten finns med därför att de tillför något väsentligt till den straffbelagda gärningen. Har man inte uppsåt i förhållande till rekvisiten har man således missförstått något väsentligt och därmed inte till fullo förstått innebörden av vad man gjort (och detta gäller oavsett om rekvisiten på något sätt har rättslig bakgrund).

Har man förstått vad man gör, men inte förstått att det man gör är förbjudet – antingen därför att man inte alls känner till ett visst straffbuds existens eller därför att man misstar sig om dess omfattning – är

[60] Se t.ex. Ferneman-Heurgren 1986 s. 122.

[61] Jfr det klassiska rättsfallet NJA 1907 s. 471 där en person plockat äpplen från de grenar på grannens äppelträd vilka sträckte sig in över hans tomt. HD ogillade stöldåtalet då uppsåtet inte täckte det faktum att äganderätten till äpplena tillkom annan.

[62] Jfr KBrB I 1995 s. 45.

[63] Jareborg 1994 s. 254.

detta däremot per definition inte relevant för uppsåtsbedömningen.[64] I princip har svensk rätts ståndpunkt varit att ett dylikt misstag inte heller kunnat ursäkta gärningsmannen. Numera stadgas dock uttryckligen i BrB 24:9 att uppenbart ursäktliga villfarelser i detta avseende skall medföra ansvarsfrihet.[65]

En liknande struktur finner vi i den tyska straffrätten. Där utgår den härskande meningen ifrån att uppsåtet skall täcka de rekvisit som finns (subjektiver Tatbestand) och att misstag härvidlag – Tatbestandsirrtum – utesluter uppsåt (se 16 § StGB). Däremot är misstag rörande straffbudens existens eller deras omfattning – Verbotsirrtum – inte anknutet till uppsåtet utan uppställs som en omständighet som utesluter skuld (i mer allmän bemärkelse, se 17 § StGB).[66]

Av det sagda bör ha framgått att jag anser det böra poängteras att villfarelseproblematiken i stor utsträckning inte är någonting annat än uppsåtsmyntets baksida.[67] Vad som är en relevant villfarelse styrs således i första hand av vad som skall täckas av uppsåt. Det kan därför vara klokt att inleda med att kontrollera vad som skall vara täckt av uppsåt. I den omfattning som ett krav på uppsåtstäckning uppställs är också villfarelser i dessa hänseenden relevanta. (Vad som utgör en villfarelse, dvs. vad som är tillräckligt för att uppsåt inte skall anses föreligga, är därvid en annan fråga.) Först sedan man konstaterat att en viss typ av villfarelser inte är av relevans för uppsåtskravet finns skäl att fråga om misstag härvidlag likväl ursäktar gärningsmannen.

Nedan kommer jag till att börja med diskutera vad som utgör uppsåt respektive oaktsamhet inom EG-rätten.

Därefter diskuteras vad uppsåtet skall täcka. Härvid kommer diskussionen i stora delar att handla om konkurrensrätten eftersom det är där praxis är mest rikhaltig. Men det är min förhoppning att det som sägs skall ha ett visst generellt förklaringsvärde.

Slutligen behandlas frågan om företag och skuld. Eftersom EG:s sanktionsrätt företrädesvis riktar sig mot företag måste de skulddogma-

[64] Jareborg 1994 s. 263.

[65] I uttrycket ligger dock att mycket stor restriktivitet skall iakttas vid tillämpningen. I princip torde ansvarsfrihet bli aktuellt bara i vissa typiserade fall; se Jareborg 1994 s. 262 ff samt KBrB I 1995 s. 49 f.

[66] Se t.ex. Roxin 1994 s. 389 rdnr 82 samt Jescheck & Weigend 1996 s. 293 f.

[67] Ursäktlig straffrättsvillfarelse blir naturligtvis ett extra element i brottsbegreppet, men endast såvitt man kommit fram till att uppsåt föreligger. Jfr Jareborg 1969 s. 176 och 256 samt Strahl 1962 passim. Se även Hildebrandt 1990 s. 47: "Vorsatz und Irrtum lassen sich nicht voneinander trennen. Der (Tatbestands-)Irrtum ist das Spiegelbild des Vorsatzes, nämlich die Verneinung des für den Vorsatz erforderlichen Vorstellungsbildes. Bei jedem Irrtumseinwand muß deshalb das subjektive Element des entsprechenden Verbotstatbestandes ermittelt werden."

tiska problem som är förknippade med straffhot riktade mot företag lösas.

7.2.2 Uppsåtsformerna

Under denna rubrik skall diskuteras vilka olika uppsåtsformer som används inom EG:s sanktionsrätt. Den allra viktigaste gränsdragningen är, med tanke på att de viktigaste straffbuden straffbelägger såväl uppsåt som oaktsamhet, den mellan oaktsamhet och aktsamhet. Men mot bakgrund av att skuldmoment i viss utsträckning beaktas vid straffmätningen,[68] och att skillnaden mellan uppsåt och oaktsamhet har betydelse för vilka sanktioner som kan användas inom jordbruksområdet är det även av intresse att fastställa vad som räknas som uppsåt respektive oaktsamhet. De resultat som kan nås mot bakgrund av kommissionens och domstolens praxis är relativt osäkra eftersom fastställandet av uppsåt och oaktsamhet ofta sker på ett ganska kortfattat vis; ofta sägs inte annat än att företaget ifråga handlat "intentionally, or at least negligently".[69] Exakt hur olika uppsåtsformer avgränsas från varandra är – mot bakgrund av detta – inte särskilt lätt att utröna.

Syftet med den föreliggande genomgången av uppsåtsformerna blir därför i första hand att se om EG-rättens begrepp ligger något så när i linje med de nationella. Hur skuldformerna konstrueras får också återverkningar på frågan huruvida en företagets egen skuld är möjlig, se vidare nedan i avsnitten 7.5.2 och, sammanfattande, 7.5.5.

Direkt uppsåt. Direkt uppsåt (tyska: Absicht) föreligger i nationell rätt i regel när ett visst resultat eftersträvas som en följd av den ifrågavarande gärningen.[70]

Det krävs emellertid inte att den eftersträvade följden är det slutliga målet för gärningsmannen. Exempelvis är fråga om direkt uppsåt (till

[68] Se t.ex. Hildebrandt 1990 s. 38 och Dannecker & Fischer-Fritsch 1989 s. 227. Se vidare t.ex. C-45/69 *Boehringer* [1970] ECR 769 s. 806 punkt 58: "It appears lastly ... that they were aware of the incompatibility of their actions with the prohibitions in Community law. The serious and conscious nature of the infringement therefore justifies a large fine." Nyligen har dock domstolen i strid med det sagda uttalat att det inte är av relevans för straffmätningen huruvida en överträdelse begåtts uppsåtligen eller av oaktsamhet. Se C-137/95 P *SPO* [1996] REG I-1611 s. 1627 f punkterna 51–57.

[69] Se t.ex. KOMB 76/642 *Vitamins* OJ L 223/27 s. 37 hsp. Att det går att göra på detta vis beror på att de flesta delikt omfattar såväl uppsåtliga som oaktsamma överträdelser, vilket gör att ansvarsfrågan kan avgöras utan närmare diskussion om vilken skuldform som förelegat. Jfr Tiedemann 1985 s. 1433.

[70] Greve 1993 s. 183, Jareborg 1994 s. 202 samt Roxin 1994 s. 350 rdnr 7.

följden död) när gärningsmannen dödar någon för att senare få ärva denne.[71]

I uppsåtsformen ligger som synes ett voluntativt element.[72] Det är vad gärningsmannen vill – till skillnad från vad han vet – som är relevant. Denna koppling till viljan gör också att direkt uppsåt kan föreligga även om gärningsmannen inte vet huruvida följden verkligen kommer att inträda; det kan till och med vara så att han håller följden för ganska osannolik.[73] Om man på mycket långt håll skjuter mot en annan människa *för att* döda denne, är det fråga om direkt uppsåt också om det kan hållas för osannolikt att kulan verkligen träffar sitt mål.[74]

Såsom direkt uppsåt beskrivs är det meningsfullt att använda begreppet endast i förhållande till följder.[75]

Att en avsikt att åstadkomma en enligt straffbudet relevant följd konstituerar uppsåt också inom EG:s sanktionsrätt står utom varje tvivel.[76] Detta framgår tydligt av beslutet i fallet *Windsurfing* där kommissionen uttalar att företagen agerat uppsåtligen eftersom de "in any case [were] aware of and sought to achieve the restrictive effects".[77] I kommissionens praxis återfinns vidare på ett flertal ställen lokutionen "knew and intended", varvid "intended" måste antas syfta på en avsikt.[78,79] Än tydligare uttrycks saken vid beslutet i *Hasselblad* där det sägs att de

[71] Jfr Jareborg 1994 s. 202 och Roxin s. 351 rdnr 10.

[72] Jfr Hildebrandt s. 47 samt Roxin 1994 s. 348 rdnr 4.

[73] Se Jareborg 1994 s. 200: "Ett visst syfte med en gärning är begreppsligt uteslutet, om gärningsmannen inte tror att det är praktiskt möjligt för honom att nå målet. Den som ramlar av en båt mitt i Atlanten kan (begreppsligt) inte börja simma västerut i syfte att genom att simma hela vägen komma till New York." Således krävs att gärningsmannen håller det för, åtminstone, praktiskt möjligt att hans mål kan nås.

[74] Roxin 1994 s. 350 rdnr 8. Saknas avsikten kan det i detta fall på sin höjd bli fråga om eventuellt uppsåt.

[75] Jareborg 1994 s. 202 och 205. Man kan t.ex. vid våld mot tjänsteman inte företa en handling med syfte att den man slår är tjänsteman. Däremot kan man slå någon *för att* denne är tjänsteman. I detta exempel uttrycker emellertid orden "för att" inte ett syfte utan ett motiv.

[76] Se t.ex. Grabitz m.fl. 1994 Verordnung Nr. 17 (Art. 15) nach Art. 87 s. 30 rdnr 31.

[77] KOMB 83/400 *Windsurfing* OJ L 229/1 s. 19 hsp.

[78] Se KOMB 76/915 *Miller* OJ L 357/40 s. 42 hsp., KOMB 79/68 *Kawasaki* OJ L 16/9 s. 619 hsp. och KOMB 82/367 *Hasselblad* OJ L 161/18 s. 31 vsp. Jfr även KOMB 82/267 *AEG* OJ L 117/15 s. 27 vsp: "AEG intended to obstruct competition", samt KOMB 86/399 *Roofing felt* OJ L 232/15 s. 29 hsp: "the members ... intended to restrict competition by their operation".

[79] Teoretiskt kan man tänka sig att lokutionen "knew and intended" är uttryck för en uppsåtskonstruktion som kräver mer än såväl direkt som indirekt uppsåt, dvs. som kräver både avsikt och insikt. Eftersom man i praxis ofta nöjer sig med antingen avsikt eller insikt, kan en sådan tolkning avvisas.

inblandade företagen "willingly and intentionally took measures aimed at isolating the various markets and thus at restricting competition".[80]

Ibland sägs endast att avtalet ifråga haft ett konkurrensstridigt syfte och att företaget varit medvetet om detta.[81] Dylika formuleringar kan inte sägas indikera ett direkt uppsåt eftersom insikt om att en viss effekt med stor sannolikhet kommer att inträffa på intet sätt är förbunden med en avsikt att åstadkomma effekten. Skälet för att vidta åtgärden kan ju uppenbarligen vara något annat. (T.ex. att gå en mäktig samarbetspartner till mötes.) I *Flat glass* synes kommissionen t.o.m. enbart av avtalets konkurrensstridiga syfte dra slutsatsen att detta också var företagens syfte: "The undertakings concerned acted deliberately. The agreements and concerted practices in which they engaged were specifically intended to restrict competition."[82] Jovisst, men detta innebär inte nödvändigtvis att också företagen haft detta syfte eller ens att de insett vad avtalen haft för syfte.

Indirekt uppsåt eller vetskap. En andra uppsåtsform är indirekt uppsåt eller vetskap (tyska: direkter Vorsatz). Det element som i detta fall konstituerar uppsåt är inte längre ett voluntativt element – vilja – utan ett intellektuellt – vetskap. Vetskap som grund för uppsåt är idag mycket viktigare än viljan.[83] Moment av vetskap kan sägas bli relevanta i två fall.

För det första kan situationen vara sådan att det föreligger direkt uppsåt till vissa följder medan andra endast omfattas av indirekt uppsåt. Ett klassiskt exempel är att någon spränger ett fartyg *för att* det skall gå under och *för att* försäkringsersättning skall betalas ut (direkt uppsåt) och med vetskap (indirekt uppsåt) om att detta kommer att leda till de ombordvarandes död.[84]

Härefter kan man tänka sig olika kombinationer av straffrättsligt relevanta och icke-relevanta följder. I exemplet är det direkta uppsåtet relevant för ett straffbud (följden explosion eller annan ofärd i BrB 13:3) medan det indirekta uppsåtet är relevant för ett annat (följden död

[80] KOMB 82/367 *Hasselblad* OJ L161/18 s. 31 vsp.

[81] KOMB 83/667 *IPTC* OJ L 376/7 s. 9 vsp. samt KOMB 87/409 *Sandoz* OJ L 222/28 s. 33 vsp.

[82] KOMB 84/388 *Flat glass* OJ L 212/13 s. 21 vsp.–hsp.

[83] Jareborg 1969 s. 175.

[84] I dessa fall behöver graden av vetskap i princip inte vara starkare än tron på att man kommer att lyckas i sitt direkta uppsåt. Annorlunda uttryckt räcker det med att man är viss om att de ombordvarande kommer att dö *om* man lyckas i sitt direkta uppsåt. Se Jareborg 1994 s. 202: "Eftersom inträffandet av den åsyftade följden inte behöver ses som mer än praktiskt möjlig, behöver inte heller själva inträffandet av den relevanta följden ses som mer än praktiskt möjligt." Se även s. 206 f.

i BrB 3:1). Uppsåtsformerna kan också hänföra sig till två olika följder inom samma straffbud. Slutligen kan det vara så att en följd är straffrättsligt irrelevant medan den andra återfinns i ett straffbud.

För det andra är visshet som uppsåtsform relevant i förhållande till omständigheter som måste föreligga vid gärningens företagande. Exempel på omständigheter är att den man dödar är en människa, att det man lyfter är ett vapen, att den man har sexuellt umgänge med är under 15 år etc. I förhållande till omständigheter är det ogörligt att tala om direkt uppsåt eftersom något som redan föreligger inte kan utgöra ett syfte med en viss handling.[85] Den högsta grad av uppsåt man kan tänka sig i dessa fall är därför fullständig visshet om att omständigheten i fråga föreligger. Nu står dock klart att inte varje liten osäkerhet hos gärningsmannen om huruvida omständigheten i fråga föreligger kan tillåtas utesluta uppsåt. Det räcker med att gärningsmannen "inte hyser något egentligt tvivel".[86] Att gränsen mellan praktisk visshet som konstituerar indirekt uppsåt och misstanke som i regel blott kan lägga grund för eventuellt uppsåt, många gånger kan vara vansklig att dra torde stå klart.[87] Frågan är var, i en fallande skala av säkerhet, gränsen skall dras.

Att vetskap räknas som uppsåt inom EG:s sanktionsrätt är, liksom beträffande direkt uppsåt, klart. Detta framgår redan av den återgivna lokutionen "knew and intended". I *General Motors* sägs vidare t.ex. att "GMC knew" och "[d]espite this, it knowingly charged" varpå konkluderas att GMC handlat uppsåtligen.[88] I andra fall sägs istället att företaget i fråga "was aware". Kommissionen synes också använda lokutionerna "intentionally, or at least negligently" och "knew, or at least should have known" synonymt.[89] Att ett viss företag "knew" något skulle således vara att likställa med att det agerade "intentionally".

[85] Jareborg 1994 s. 204.

[86] Jareborg 1994 s. 206. Se även Roxin 1994 s. 356 rdnr 20 som skriver att man måste likställa den högsta graden av sannolikhet med visshet.

[87] Det är därför mycket överraskande att läsa att Roxin 1994 s. 356 rdnr 20: "Die Abgrenzung des direkten Vorsatzes vom bedingten Vorsatz ist einfach: Wo ... der Täter nicht sicher ist, ob ein bestimmter Tatumstand vorliegt ... liegt jedenfalls kein dolus directus, sondern höchstens ein bedingter Vorsatz vor". Jfr den skala av trosgrader som visas i Jareborg 1969 s. 177.

[88] KOMB 75/75 *General Motors* OJ L 29/14 s. 17 vsp.–hsp. Jfr även generaladvokatens yttrande i samma mål C-26/75 *General Motors* [1975] ECR 1367 s. 1389 vsp.: "intended, or at least accepted as necessary...".

[89] Se t.ex. KOMB 82/866 *Zinc* OJ L 362/40 s. 50 hsp.: "These two undertaktings ... have infringed intentionally, or at the very least negligently, Article 85 (1) of the Treaty. They knew or should have known...". Jfr vidare t.ex. KOMB 80/256 *Pioneer* OJ L 60/21 s. 36 vsp. och KOMB 80/1283 *Johnson & Johnson* OJ 377/16 s. 25 hsp.

Eventuellt uppsåt. Att vad som ovan behandlats, avsikt och vetskap, konstituerar uppsåt är knappast kontroversiellt. Det skulle därför ha varit mycket förvånande om vi nått något annat resultat än att avsikt och vetskap godtas som uppsåt också inom EG-rätten.[90] Mindre självklart är hur gränsen mellan uppsåt och oaktsamhet skall dras. I svensk rätt används t.ex. dolus eventualis – i sin hypotetiska variant – som nedre gräns avseende uppsåt. Om gärningsmannen blott misstänkt det relevanta förhållandet (att p)[91] blir ett hypotetiskt prov (skulle gärningsmannen ha gjort likadant om han varit säker på att p) avgörande för huruvida eventuellt uppsåt eller blott medveten oaktsamhet skall anses föreligga.[92] I common law-länderna omfattas vad som här karaktäriseras som medveten oaktsamhet av uppsåtsbegreppet (mens rea).[93] I tysk rätt skall, enligt den härskande uppfattningen, gränsen mellan uppsåt och oaktsamhet dras med hjälp av begreppet "bedingter Vorsatz" som i korthet innebär att gärningsmannen på allvar skall ha hållit det för möjligt att gärningsinnehållet skulle förverkligas och ha funnit sig däri.[94] Att gränsen skall dras på detta sätt är emellertid långtifrån okontroversiellt.

Inom EG-rätten har kommissionen några gånger i tidig praxis använt sig av något som liknar eventuellt uppsåt. I *General Motors* framhöll kommissionen sålunda att "GMC, at the very least knowingly accepted the possibility that ... ".[95] Detta medvetna accepterande av risken att ett visst faktum föreligger är i praktiken detsamma som det tyska uppsåtsbegreppet "bedingter Vorsatz". Skillnaden gentemot medveten oaktsamhet ligger således i att den risk, om vilken man är medveten, accepteras.

Ett år senare använde kommissionen en annan men liknande lokution: "Miller was also aware that export prohibitions were contrary to Commu-

[90] Se generella uttalanden om att vilja och vetskap konstituerar uppsåt inom EG-rätten Dannecker & Fischer-Fritsch 1989 s. 286 samt Grabitz m.fl. 1994 Verordnung Nr. 17 (Art. 15) nach Art. 87 s. 10 rdnr 31.

[91] I detta sammanhang kan det relevanta förhållandet (att p) vara antingen att en viss omständighet förelåg vid gärningens utförande eller att en viss följd skulle inträda på grund av handlingen.

[92] Denna uppsåtsform har med rätta utsatts för stark kritik, bl.a. eftersom den tenderar att missgynna individer som tidigare gjort sig skyldiga till brott.

[93] Se t.ex. Ashworth 1995 s. 175 f samt Jareborg 1969 s. 60.

[94] Se för en kort sammanfattning Lackner 1995 s. 100 f rdnr 23–25. Roxin 1994 s. 358 rdnr 24 menar att beteckningen är mindre adekvat eftersom uppsåtet på intet sätt är betingat utan obetingat "da der Täter auch um den Preis der Tatbestandsverwiklichung (also 'unter jeder Bedingung') sein Vorhaben ausführen will". Det som är obetingat synes dock inte vara uppsåtet utan utförandet av handlingen i fråga.

[95] KOMB 75/75 *General Motors* OJ L 29/14 s. 17 hsp.

nity law, or at least chose to ignore any doubt on this question."[96] Det senare ledet i denna formulering påminner onekligen om vad som vi i Sverige ibland kallar dolus Alexanderson.[97] Vid tvivel huruvida p finns en plikt att ta reda på hur det förhåller sig; underlåter man medvetet detta handlar man också uppsåtligen. I denna uppsåtsform är det således det medvetna valet att hålla sig i okunnighet som konstituerar uppsåtet; har detta blott skett av lathet eller av vårdslöshet föreligger ej uppsåt. I fall av dolus Alexanderson är ingalunda säkert att eventuellt uppsåt i sin hypotetiska variant föreligger. Tvärtom kan det vara så att gärningsmannen säkerligen skulle ha avstått om han varit viss om det rätta förhållandet.[98] Det som gör att denna uppsåtsform kan framstå som attraktiv är att gärningsmannen i fråga så att säga medvetet underlåter att skaffa sig uppsåt och därigenom på ett sätt kan sägas kringgå lagens uppsåtskrav.[99]

Något exempel på att kommissionen eller domstolen använt sig av den hypotetiska varianten av eventuellt uppsåt har jag inte kunnat finna. Inte heller finns några klara belägg för att sannolikhetsuppsåtet skulle ha nyttjats.[100]

7.2.3 Oaktsamhet

Bortsett från vissa straffbud i Parisfördraget är såväl uppsåtliga som oaktsamma överträdelser straffbelagda i EG:s sanktionsrätt. Detta har som ovan antytts lett till en praxis där det ofta inte sägs annat än att överträdelsen varit "uppsåtlig eller åtminstone oaktsam". Som en följd av detta är egentligen gränsen mellan aktsamhet och oaktsamhet viktigare än den mellan oaktsamhet och uppsåt. Att säga att gränsdragningen mellan skuldformerna saknar betydelse är dock inte berättigat.[101] Även om straff för uppsåtliga överträdelser sällan utdöms framstår det som onödigt trubbigt att sammanföra alla överträdelser under oaktsamhetens

[96] KOMB 76/915 *Miller* OJ L 357/40 s. 42 hsp. Se även Greve 1993 s. 185 för ett annat exempel.
[97] Se härom Jareborg 1969 s. 55 ff samt Alexanderson 1945.
[98] Jfr Alexanderson 1945 s. 297.
[99] Alexanderson 1945 s. 297.
[100] Jfr Hildebrandt 1990 s. 49 och Greve 1993 s. 184. Jfr numera också SOU 1996:185 del I s. 126 vari hänvisas till Greve som hänvisar till Hildebrandt. Man kan dock i linje med vad utredningen säger på s. 107 mena att den form av "bedingter Vorsatz" som synes ha accepterats av EG-domstolen i praktiken är svår att skilja från ett sannolikhetsuppsåt.
[101] Jfr de åsikter som återges i Hildebrandt 1990 s. 49 vid not 74 samt Hamann 1992 s. 177 f.

tak. Det är skillnad på uppsåt och oaktsamhet och då regleringen ger möjlighet att beakta denna skillnad, finns inget skäl att sträva mot ett mer "monistiskt" skuldbegrepp.

I tysk doktrin behandlas oaktsamhet inte längre enbart som en skuldform bredvid uppsåt, utan som en särskild deliktstyp med egen struktur.[102] Utan att gå närmare in på de överväganden som ligger bakom detta, kan sägas att den tyska läran delar upp oaktsamheten i en objektiv och en subjektiv sida.[103] Den objektiva sidan (Unrechtstatbestand) motsvarar i princip vad Jareborg kallar gärningsculpa, medan den subjektiva sidan (Schuldtatbestand eller Fahrlässigkeitsschuld) är jämförbar med vad som i Sverige normalt förstås med oaktsamhet, dvs. själva skuldformen. Endast den senare delen av oaktsamheten behandlas i detta sammanhang. Gärningsculpabedömningar kan bli aktuella både såvitt avser uppsåtliga och oaktsamma gärningar och bör därför inte enbart kopplas ihop med oaktsamhetsdelikten.[104]

I praxis uttrycks kravet på oaktsamhet regelmässigt som att företaget "should have known"[105]. Nyckelordet är härvid *borde*. Företaget skall ha bort känna till det förhållande (följd etc.) som det faktiskt inte känt till (dvs. inte haft uppsåt till).[106] Enligt generaladvokaten Mayras föreligger oaktsamhet när gärningsmannen

> "although acting without any intention to perform an unlawful act, has not forseen the consequences of his action in circumstances where a person who is normally informed and sufficiently attentive could not have failed to foresee them".[107]

[102] Se Jescheck & Weigend 1996 s. 564 med vidare hänvisningar. Jfr även Roxin 1994 s. 890 f rdnr 3–7.

[103] Se Jescheck & Weigend 1996 s. 565 och Roxin 1994 s. 906 rdnr 47.

[104] Betecknande är att man i tysk rätt, när det gäller uppsåtliga delikt, måste använda rättsfiguren "Das erlaubte Risiko", som i mångt och mycket är detsamma som den objektiva sidan i oaktsamhetsbegreppet. Jfr Roxin 1994 s. 891 rdnr 6. Det som i första rummet gör gärningsculpabedömningar oundgängliga är att lagtexten använder verb som inte på ett tillfredsställande sätt förmår avgränsa relevant från irrelevant orsakande; dvs. ju mer specifikt ett visst brott beskrivs desto mindre blir behovet av gärningsculpabedömningar. Inom EG:s sanktionsrätt finns t.ex. otaliga former av konkurrensbegränsningar som även om de kan sägas falla in under ordalydelsen i artiklarna 85 och 86, likväl måste anses tillåtna. Dessa frågor tilldrar sig emellertid stort intresse i den konkurrensrättsliga litteraturen och måste därför lämnas därhän i detta sammanhang.

[105] Se t.ex. KOMB 80/1283 *Johnson & Johnson* OJ L 377/16 s. 25 hsp. och KOMB 82/866 *Zinc* OJ L 362/40 s. 50 hsp.

[106] Man kan också uttrycka det så att "das Unternehmen hätte wissen müssen, daß es den Tatbestand verwirklicht", Siohl 1986 s. 112.

[107] C-26/75 *General Motors* [1975] ECR 1367 s. 1389 vsp.

Som beskrivning av oaktsamhet förefaller Mayras uttalande vara väl objektivt inriktat.[108] Frågan är endast om en normalt aktsam person – en *bonus pater familias*? – hade kommit till insikt[109,110] om de relevanta förhållandena i en liknande situation. Med hänsyn till skuldprincipens budskap bör bedömningen individualiseras såtillvida att hänsyn tas till vad gärningsmannen faktiskt både haft förmåga att utföra och därjämte bort utföra.

I samband med frågan om straffrättsvillfarelse, dvs. huruvida ett visst företag känt till att vad det gjort är förbjudet, har i praxis ett mer individualiserat betraktelsesätt kommit till uttryck. Sålunda synes EG-domstolen i *United Brands* ta hänsyn till företagets stora erfarenhet och kunskap vad gäller internationell handel och konkurrensrätt.[111] I ett par avgöranden har kommissionen vidare avstått från att utdöma böter eller minskat dessa med hänsyn till individuella faktorer, såsom begränsad storlek och erfarenhet.[112]

Även om frågan om straffrättsvillfarelse är frikopplad från uppsåts- och oaktsamhetsbedömningen (se nedan avsnitt 7.3.1) torde kunna sägas att värderingen av ursäktligheten i detta hänseende är uppbyggd likt en oaktsamhetsbedömning (låt vara att man möjligen kan nyttja en annan aktsamhetströskel).[113] Vi bör därför kunna nyttja dessa mål och avgöranden som grund för att hävda att en mer individualiserad bedömning – än den som förespråkas av Mayras – bör ske också inom ramen för oaktsamhetsrekvisitet.[114]

En oaktsamhetsbedömning kan lämpligen ske på det sätt som rekommenderats av Jareborg.[115] Först måste frågan ställas vad gärningsmannen kunde ha gjort för att komma till insikt om ett visst relevant faktum (orsaksledet). Detta som gärningsmannen kunde ha gjort är ofta något trivialt, såsom att tänka efter, se efter, undersöka etc. För att skuldprincipen skall beaktas i full utsträckning är det viktigt att detta

[108] Se även Greve 1993 s. 188.

[109] Dvs. "fått uppsåt", varefter det presumeras att han skulle ha avstått från gärningen.

[110] Som Siohl 1986 s. 112 f påpekar förefaller generaladvokaten i denna del av yttrandet hänföra skulden till en enskild person. Se vidare rörande denna problematik nedan avsnitt 7.5.

[111] C-27/76 *United Brands* [1978] ECR 207 s. 308 punkterna 299 och 300.

[112] Se KOMB 82/897 *Toltecs* OJ L 379/19 s. 28 vsp. samt KOMB 86/399 *Roofing felt* OJ L 232/15 s. 30 hsp.

[113] Jfr för tysk rätts del Lackner 1995 s. 120 rdnr 7 och Jescheck & Weigend 1996 s. 458.

[114] Jfr även Dannecker & Fischer-Fritsch 1989 s. 287 f, Greve 1993 s. 188, Hildebrandt 1990 s. 61 och Heitzer 1997 s. 24.

[115] Se t.ex. Jareborg 1994 s. 214.

något verkligen är något som gärningsmannen hade förmåga och tillfälle att göra.[116]

I ett andra led (klandervärdhetsledet) skall man motivera att det som gärningsmannen *kunde ha gjort* även är något som han *borde ha gjort.*

Beträffande graden av oaktsamhet blir därmed avgörande hur klart och tydligt ett jakande svar på den sistnämnda frågan är.[117]

Medveten oaktsamhet har såvitt känt inte fastställts av någon EG-institution. Huruvida denna skuldform skall räknas till uppsåtet, som i brittisk rätt, eller till oaktsamheten, som i Tyskland och Sverige, är en öppen fråga. Jämför dock vad som ovan sagts om dolus Alexanderson, som ju kan ses som en form av medveten culpa.[118]

7.2.4 Sammanfattning

Sammanfattningsvis torde kunna fastslås att det uppsåtsbegrepp som används inom EG-rätten i många avseenden liknar det som används i EG:s medlemsstater.[119] Avgörande är i första hand vad gärningsmannen vet och vill. Hur den närmare gränsen mellan uppsåt och oaktsamhet skall dras är mer eller mindre ovisst. I praxis finns kan man återfinna drag av ett flertal olika begrepp som i medlemsstaterna används för att skilja uppsåt och oaktsamhet åt.

Oaktsamhet används enbart i den omedvetna formen och uttrycks därvid regelmässigt med orden *borde ha känt till.* Den explicita definition som givits av generaladvokaten Mayras har en objektiv karaktär. Med stöd av tendenser i praxis att på andra håll göra en mer individuali-

[116] Här kan man i och för sig fundera på om man inte i många fall rörande omedveten oaktsamhet måste finna att gärningsmannen saknade förmåga att göra det som skulle ha föranlett relevant insikt. Om gärningsmannen är fullständigt omedveten om ett visst faktum finns det bräcklig grund för att hävda att han faktiskt kunde ha (t.ex.) tänkt efter; han hade ju ingen anledning att tänka efter. Jfr de åsikter som återges av Roxin s. 787 rdnr 52.

[117] Exempelvis bör (bildligt talat) ett jakande svar följt av tre utropstecken på frågan: borde han ha tänkt efter, kunna karaktäriseras som grov oaktsamhet.

[118] Jareborg 1969 s. 59.

[119] Jfr även generaladvokaten Mayras i mål C-26/75 *General Motors* [1975] ECR 1367 s. 1388 hsp.: "I do not consider it possible, in interpreting the term 'intentionally', to disregard the concepts which are commonly accepted in the penal legislation of the Member States" samt generaladvokaten Van Themaat i mål C-240 etc./82 *SSI* [1985] ECR 3831 s. 3848 vsp.: "The material requirements of intent and negligence have an independent significance and cannot be dissociated from the concepts of *dolus* and *culpa* generally accepted in the criminal law of the Member States."

serad bedömning av likartade frågor bör denna objektiva bedömning kunna mjukas upp något.

7.3 Täckningsprincipen

Nedan talas i regel endast om uppsåt. Det som sägs gäller emellertid såvitt inte annat sägs även oaktsamhet. Härvid utgår jag ifrån uppfattningen att täckningsprincipen kan sägas gälla även oaktsamhet; det finns så att säga "ein subektiver Tatbestand"[120,121] även vid denna skuldform. Täckningen sker vid oaktsamhet så att gärningsmannen skall ha *bort förstå detsamma som han vid uppsåt skall ha förstått eller strävat efter.*[122]

7.3.1 Uppsåt avseende straffbudets existens och omfattning

En klassisk straffrättslig fråga är på vilket sätt straffrättsvillfarelse skall behandlas. Annorlunda uttryckt, och i enlighet med vad som ovan sagts, gäller frågan snarast om det bör krävas uppsåt i förhållande till att det man gör är otillåtet, dvs. i förhållande till att det man gör faller under ett straffbud.

Den allmänna utgångspunkten får sägas vara att villfarelser beträffande straffbudets existens och omfattning inte utesluter uppsåt. Så är fallet enligt såväl svensk som tysk rätt.[123] Om detta råder inget egentligt tvivel.

I EG-rätten är emellertid situationen mindre klar.

Doktrinen. Till att börja med är oenigheten i litteraturen i det närmaste fullständig. Hildebrandt förordar t.ex. att uppsåt, i enlighet med den s.k. uppsåtsteorin,[124] skall krävas också i förhållande till att det man gör är förbjudet:

[120] I den meningen att den yttre verkligheten, även när det gäller oaktsamhet, skall ha s.a.s. en inre motsvarighet.

[121] Jfr häremot t.ex. Roxin 1994 s. 913 rdnr 67.

[122] Se Jareborg 1994 s. 213. Vid BrB 3:7 (vållande till annans död; jfr 3:1) skall t.ex. älgjägaren ha bort förstå att det han sköt mot var en människa (inte en älg) och slagskämpen att knytnävsslaget kunde leda till kombattantens död.

[123] Se t.ex. Jareborg 1994 s. 263 och Roxin 1994 s. 389 rdnr 82 och 765 rdnr 4.

[124] Se för en kortfattad beskrivning av de olika teorierna Thornstedt 1956 s. 9 f samt s. 40 ff och Ferneman-Heurgren 1986 s. 121 f. Den tyska diskussionen som främst handlat om uppsåts- respektive skuldteorierna beskrivs t.ex. av Roxin 1994 s. 766 ff rdnr 6–11 och Lackner 1995 s. 105 f rdnr 33–34.

"Die Verbotskenntnis sollte jedoch nach Ansicht des Verfassers Gegenstand des Vorsatzes sein mit der Folge, daß ein diesbezüglicher Irrtum zum Vorsatzausschluß führt ... Das Unternehmen muß wissen, daß sein Verhalten den Regeln des Vertrages zuwiderläuft."[125]

Hildebrandt stöder sig i denna del bl.a. på ett uttalande av Tiedemann:

"Eine autonome, auf der Rechtsentwicklung der Mitgliedstaaten aufbauende gemeinschaftsrechtliche Irrtumskonzeption sollte vielmehr – im Sinne der Vorsatztheorie – im Ausgangspunkt die Irrtumsarten gleich behandeln und entscheidenden Wert darauf legen, ob der Irrtum verschuldet ist oder nicht ..."[126]

Båda författarna synes således mena att okunskap om att det man gör är förbjudet utesluter uppsåt, och att det i dessa fall som mest kan bli fråga om ansvar för oaktsamhetsbrott.

Skälen för författarnas ståndpunkt är att de EG-rättsliga delikten tillhör specialstraffrätten. Inom denna är normerna så många, och dessutom ofta mer eller mindre moraliskt indifferenta, att det inte är rimligt att kräva att man, utan kännedom om förbudet, skall förstå att man bör avhålla sig från att vidta den ifrågavarande handlingen.[127]

Hildebrandt modifierar emellertid sin variant såtillvida att två sorters (egentliga) straffrättsvillfarelser inte utesluter uppsåt utan prövas inom ramen för ett eget skuldelement. Dessa fall avser situationer när man "sein Handeln (trotz Verbotskenntnis) für erlaubt bzw. gerechtfertigt hält".[128] De fall när detta skulle vara aktuellt är dels när ett företag på grund av att det har sitt säte utanför gemenskapen håller EG-rätten för icke tillämplig, dels när ett företag misstar sig i fråga om existensen eller omfattningen av en rättfärdigande rättsregel.

Vad denna uppdelning av de egentliga straffrättsvillfarelserna skall tjäna till är emellertid svårt att se. Såvitt jag kan se talar varken teoretiska eller rättspolitiska skäl härför. Ett misstag rörande omfattningen av ett straffbud respektive omfattningen av en grund för rättfärdigande måste vara att likställa från moralisk synpunkt; ett krav på frånvaro av grund för rättfärdigande hade ju lika gärna kunnat skrivas in i straffbudet.[129] När man väl har kommit fram till att uppsåtsteorin bör gälla finns ingen

[125] Hildebrandt 1990 s. 179 f.
[126] Tiedemann 1985 s. 1437.
[127] Hildebrandt 1990 s. 179 f och Tiedemann 1985 s. 1437. Jfr även Siohl 1986 s. 133 samt Roxin 1994 s. 768 f rdnr 10 som menar att det generellt sett är så att uppsåtsteorin vinner i styrka när det gäller specialstraffrätten.
[128] Hildebrandt 1990 s. 183.
[129] Se t.ex. Jareborg 1995 s. 32. Jfr även Jescheck & Weigend 1996 s. 249 ff samt Roxin 1994 s. 224 rdnr 14.

anledning att som ett ytterligare skuldmoment uppställa konstlade krav på oaktsamhet i förhållande till vissa straffrättsliga förhållanden.

Två av de författare som ägnat sig allra mest åt dessa frågor, Hildebrandt i sin dissertation och Tiedemann i ett flertal artiklar, har således tagit ställning till förmån för uppsåtsteorin: kännedom om att det man gör är förbjudet är en del av uppsåtskravet.

Dessa meningar står emellertid inte oemotsagda. Siohl, som också behandlat just skuldkravet inom bötesrätten, menar att det för uppsåtligt handlande inte fordras "Bewußtsein, gegen das Verbot des Art. 85 oder das des Art. 86 EWG-Vertrag zu verstoßen".[130] Följaktligen är det, menar Siohl, så "daß auch im Gemeinschaftsrecht das Unrechtsbewußtsein richtigerweise als selbständiges Schuldelement einzuordnen ist".[131] Även Greve finner att okunskap eller missförstånd beträffande rättsläget "som udgangspunkt [er] uden betydning for tilregnelsespørsmålene".[132] Greve framhåller dock att klart ursäktlig rättsvillfarelse kan beaktas och leda till straffrihet. Greve synes dock mena att praxis kan förstås så att ursäktliga villfarelser inte är en "straffrihedsgrund" – dvs. en ansvarsfrihetsgrund – utan en "strafbortfaldsgrund".[133] Med reservation härför kan man hänföra dessa båda uppfattningar till skuldteorin.

Den praktiska skillnaden mellan uppsåtsteorin och skuldteorin minskas av att oaktsamhet är straffbelagd vid alla viktigare delikt inom gemenskapsrätten. Förutsatt att oaktsamhets- och ursäktlighetsbedömningen sammanfaller någorlunda blir skillnaden i de allra flesta fall ingen eller marginell. Föreligger uppsåt i förhållande till förbudet blir resultatet naturligtvis detsamma vilken teori man än väljer. Är villfarelsen ursäktlig skall enligt båda teorierna frikännas; enligt uppsåtsteorin p.g.a. bristande oaktsamhet och enligt skuldteorin p.g.a. att en ursäktande omständighet föreligger.

Skillnad uppstår dock i fall när villfarelsen är oaktsam. Föreligger en oaktsam villfarelse blir följden, om man anammar uppsåtsteorin, att villfarelsen utesluter ansvar för uppsåtsbrott, men att oaktsamheten kan bestraffas som sådan. Appliceras skuldteorin på samma situation kan dömas för uppsåtligt brott; uppsåtet behöver inte täcka förbudet och villfarelsen är inte ursäktlig. Denna skillnad har betydelse på två sätt. För det första torde graden av skuld ha viss inverkan på straffmätningen.[134] Ett uppsåtligt brott kan således bestraffas strängare än ett oaktsamt. För

[130] Siohl 1986 s. 117.
[131] Siohl 1986 s. 134.
[132] Greve 1993 s. 199.
[133] Greve 1993 s. 104 ff, särskilt s. 107.
[134] Se ovan not 68.

det andra kan man i fall av oaktsam villfarelse enligt uppsåtsteorin bara fälla till ansvar *om det stadgas ansvar för oaktsamhet.* Som nämnts är dock oaktsamhet straffbelagd vid de viktigare delikten i bötesrätten varför valet mellan uppsåtsteorin och skuldteorin i praktiken blir betydelselös i detta hänseende.[135] Det bör åter betonas att det förda resonemanget bygger på att culpatröskeln är ungefär densamma för oaktsamhets- och ursäktlighetsbedömningen.

Än längre än skuldteorin går Dannecker som menar att EG-rätten inte tillerkänner straffrättsvillfarelse ens en ursäktande verkan:

> "Während dem Irrtum über Tatsachen vorsatzausschließende Wirkung beigemessen wird, soll der Rechts- bzw. Verbotsirrtum generell unbeachtlich sein, und zwar unabhängig davon, ob er vermeidbar oder unvermeidbar war."[136,137]

Danneckers version motsvarar vad som traditionellt sett brukar kallas den absoluta teorin; straffbudets existens eller omfattning behöver inte på något sätt vara täckt av uppsåt eller oaktsamhet.

Som synes är i stort sett hela skalan av villfarelseteorier representerad i doktrinen. Redan detta tyder på att praxis i hithörande hänseenden inte är helt konsekvent; när man i doktrinen på detta sätt kommer till diametralt olika slutsatser beträffande en och samma fråga utifrån ett, som det kan förmodas, likartat material måste det finnas en orsak någonstans.

Kommissionen. Om vi går vidare från litteraturen till praxis skall vi finna att förklaringen åtminstone delvis består i att kommissionen är oense med sig själv.

Å ena sidan finns ett flertal avgöranden av kommissionen i vilka används formuleringar som inte gärna kan förstås på annat sätt[138] än att det krävs uppsåt till att det man gör är otillåtet. Uttalandet i *Vitamins* är representativt i detta hänseende: "Roche could not have been unaware that behaviour restricting competition to such an extent was incompatible with Article 86."[139] Kommissionen fattade sitt beslut i detta fall år

[135] Se Siohl 1986 s. 134.

[136] Dannecker 1995 s. 100 och 1994 s. 343. Jfr även Dannecker & Fischer-Fritsch 1989 s. 281 f samt 284.

[137] Dannecker stöder sin uppfattning på KOMB 80/1283 *Johnson & Johnson* OJ L 377/16, KOMB 86/399 *Roofing felt* OJ L 232/15, KOMB 87/409 *Sandoz* OJ L 222/28 samt C-96 etc./82 *IAZ* [1983] ECR 3369.

[138] Jämför nedan den text som föregår not 155, där det påpekas att kommissionens uttalanden skulle kunna förstås på andra sätt.

[139] KOMB 76/642 *Vitamins* OJ L 223/27 s. 37 hsp.

1976, men ända in på 1990-talet kan man finna liknande skrivningar i besluten.[140]

Å andra sidan har kommissionen, sannolikt på grundval av EG-domstolens domar, ett mindre antal gånger slagit fast att kännedom om att förfarandet strider mot EG-rätten är irrelevant. Sålunda sägs i *Johnson & Johnson* att "[i]t is of no relevance ... to know if the company was aware that it infringed Article 85 (1)".[141] På motsvarande sätt skrivs i *Windsurfing* att det faktum att företagen ifråga "might not have realized in detail the scope of these rules is irrelevant, since they were in any case aware of and sought to achieve the restrictive effects of their agreements"[142] samt i *Sandoz* att "it is of little relevance to establish whether or not Sandoz PF knew that it was infringing the prohibition contained in Article 85".[143]

Kommissionens praxis får sägas vara vacklande i sådan mån att snart sagt vad som helst vid en jämförelse framstår som sammanhängande. Beslut där vikt tycks läggas vid kännedom om otillåtligheten dominerar långa tider, men med jämna mellanrum slår man också fast att uppsåt i dessa hänseenden är irrelevant.

EG-domstolen. Eftersom kommissionens praxis präglas av förvirring och litteraturmeningarna är delade blir naturligtvis extra intressant att se vad domstolen har att säga.

Om vi börjar med generaladvokaternas yttranden så går även där att finna stöd för såväl uppsåts- som skuldteorin. I sitt yttrande i fallet

[140] Se KOMB 73/322 *Philips* OJ L 293/40, KOMB 76/915 *Miller* OJ L 357/40, KOMB 78/155 *BMW* OJ L 46/33, KOMB 78/252 *Vegetable parchment* OJ L 70/54, KOMB 80/182 *Floral* OJ L 39/51, KOMB 80/256 *Pioneer* OJ L 60/21, KOMB 81/969 *Michelin* OJ L 353/33, KOMB 82/203 *Moët et Chandon* OJ L 94/7, KOMB 82/853 *Panasonic* OJ L 354/28, KOMB 82/866 *Zinc* OJ L 362/40, KOMB 82/897 *Toltecs* OJ L 379/19, KOMB 84/282 *Polistil* OJ L 136/9, KOMB 84/405 *Zinc Producer* OJ L 220/27, KOMB 85/202 *Wood pulp* OJ L 85/1, KOMB 85/609 *AKZO* OJ L 374/1, KOMB 85/618 *Siemens* OJ L 376/29, KOMB 86/398 *Polypropylene* OJ L 230/1, KOMB 87/1 *Fatty acids* OJ L 3/17, KOMB 88/172 *Konica* OJ L 78/34, KOMB 88/477 *British Dental Trade* OJ L 233/15, KOMB 88/589 *Sabena* OJ L 317/47, KOMB 91/297 *Solvay/ICI* OJ L 152/1, KOMB 91/299 *Solvay* OJ L 152/21, KOMB 91/300 *ICI* OJ L 152/40, KOMB 92/261 *Dunlop* OJ L 131/32, KOMB 94/601 *Cartonboard* OJ L 243/1, KOMB 94/815 *Cement* OJ L 343/1, KOMB 94/987 *Tretorn* OJ L 378/45 samt KOMB 95/477 *BASF* EGT L 272/16.

[141] KOMB 80/1283 *Johnson & Johnson* OJ L 377/16 s. 25 hsp.

[142] KOMB 83/400 *Windsurfing* OJ L 229/1 s. 19 hsp.

[143] KOMB 87/409 *Sandoz* OJ L 222/28 s. 33 vsp. Jfr även t.ex. KOMB 94/985 *Far Eastern Freight* OJ L 378/17 s. 33 hsp. samt KOMB 95/551 *SCK/FNK* EGT L 312/79 s. 88 vsp. där uppsåtsprövningen avser huruvida företagen insett att avtalet (etc.) haft till syfte eller följd att begränsa konkurrensen.

General Motors framhöll generaladvokaten Mayras att användandet av termen uppsåt implicerar att "the author of the infringement has acted intentionally with the will to commit an act which he knew was unlawful and prohibited by the Treaty and conscious of the unlawful consequenses of his behaviour".[144] Detta kan inte gärna förstås på annat sätt än att det krävs uppsåt i förhållande till att det man gör är olagligt; straffrättsvillfarelse skulle således vara relevant redan inom ramen för uppsåtsbedömningen.[145]

I fallet *Miller* är generaladvokaten *Warner* inte lika tydlig. Han säger att det faktum att en lekman litat på ett råd från en utbildad jurist i regel inte kan stå i vägen för en straffprocess,[146] men att man, i fall där den rättsstridiga handlingen företagits i god tro, måste beakta detta förhållande vid straffmätningen.[147] Warner är som sagt otydligare än Mayras, men det synes vara mest näraliggande att förstå hans uttalande som ett inlägg till förmån för skuldteorin. Detta bekräftas av Warners uttalande i *BMW*, där Warner, med stöd av EG-domstolens dom i *Miller* konstaterar att förbudskännedom inte är relevant för uppsåtsbedömningen.[148] Därefter synes generaladvokaterna i huvudsak vara eniga i denna fråga.[149]

[144] C-26/75 *General Motors* [1975] ECR 1367 s. 1388 hsp. Domstolen fann att något missbruk av dominerande ställning inte förelegat varför det aldrig blev aktuellt att ta ställning till uppsåtsfrågan.

[145] Jfr även Mayras uttalande i C-40 etc./73 *Suiker Unie* [1975] ECR 1663 s. 2120 vsp.: "The first of these expressions [intentionally] must be understood to mean that undertakings and their agents were aware that the concerted practices implemented between them or the abuse which they made of their dominant position restricted competition and therefore fell within Article 85 (1) or of Article 86."

[146] Här får yttrandet läsas med viss välvillighet. Det som är av intresse är ju om villfarelsen utesluter ansvar, inte om den utesluter en straffprocess. Huruvida ansvar kan ådömas bör – naturligtvis – ha en avgörande inverkan på om det överhuvudtaget blir någon process, men det torde likväl vara oriktigt att uttrycka sig på detta sätt. I ett inte obetydligt antal processer frikänns ju den tilltalade.

[147] C-19/77 *Miller* [1978] ECR 131 s. 162 vsp.

[148] C-32 etc./78 *BMW Belgium* [1979] ECR 2435 s. 2494 vsp.–hsp.

[149] Se t.ex. C-100–103/80 *Pioneer* [1983] ECR 1825 s. 1952, C-240 etc./82 *SSI* [1985] ECR 3831 s. 3848 not 3 (vari det förvisso inte sker någon dogmatisk klassificering), samt C-246/86 *Belasco* [1989] ECR 2117 s. 2176 hsp. Jfr dock generaladvokatens yttrande i C-104/94 *Cereol* [1995] REG I-2983 s. 3004 vsp.–hsp. (angående administrativa sanktioner inom jordbruksområdet): "Enligt min mening förefaller det tveksamt om det överhuvudtaget var fråga om oaktsamhet. Om kommissionen – som vi redan har sett – inte på ett lämpligt sätt, som inte kan missförstås, kan avfatta en bestämmelse som är av central betydelse för att hela stödsystemet fungerar tillfredsställande, kan knappast bestämmelsens adressater förväntas förstå den annat än på det sätt som ligger närmast till hands enligt lydelsen." Generaladvokatens resonemang berörs dock inte av domstolen.

Denna efter hand utmejslade linje vinner också stöd av domstolen. EG-domstolen har ett flertal gånger slagit fast att straffrättsvillfarelse är irrelevant för uppsåtsbedömningen. Redan i rättsfallet *Miller* uttalade domstolen att det beträffande uppsåtet inte var relevant huruvida företaget ifråga känt till att förfarandet i fråga stred mot artikel 85: "Consequently, it is of little relevance to establish whether the applicant knew that it was infringing the prohibition contained in Article 85."[150]

Detta har senare bekräftats av domstolen i ett flertal avgöranden.[151] I *IAZ* uttalades exempelvis:

> "By signing the Agreement in full knowledge of those circumstances, they therefore acted deliberately, whether or not they were aware that, in so doing, they were infringing the prohibition laid down by Article 85 (1) of the Treaty."[152]

Den enda dom från EG-domstolen som inte passar särskilt väl in i detta mönster är *United Brands* från 1976 där det uttalas att företaget hade vidtagit åtgärder som det vetat, eller borde ha vetat, stred mot förbudet i artikel 86.[153] Eftersom denna dom tidsmässigt ligger före den sammanhållna linje som sedan utmejslas får den anses överspelad. Vidare kan man, som nedan skall visas, förstå domen som ett sätt att indirekt fastställa uppsåt i förhållande till de rekvisit som ingår i artikel 86.

Sammanfattningsvis kan vi säga att det endast är EG-domstolen som förmått visa upp en någorlunda enhetlig linje. Denna linje bör därmed gälla. EG-domstolens avgöranden bör generellt sett tillmätas större värde än kommissionens beslut,[154] och denna principformulering vinner naturligtvis i styrka när kommissionens avgöranden är inkoherenta.

[150] C-19/77 *Miller* [1978] ECR 131 s. 152 punkt 18.

[151] Se C-32 etc./78 *BMW* [1979] ECR 2435 s. 2480 punkt 44, C-96 etc./82 *IAZ* [1983] ECR 3369 s. 3415 punkt 45, C-240 etc./82 *SSI* [1985] ECR 3831 s. 3877 punkt 65, C-246/86 *Belasco* [1989] ECR 2117 s. 2191 punkt 41, C-279/87 *Tipp-Ex* [1990] ECR I-261 s. 262 p. 2 samt förstainstansrättens domar T-61/89 *Dansk Pelsedyravlerforening* [1992] ECR II-1931 s. 1991 f punkt 157, T-141/89 *Tréfileurope* [1995] REG II-791 s. 855 punkt 176, T-142/89 *Boël* [1995] REG II-867 s. 906 punkt 116, T-143/89 *Ferriere Nord* [1995] REG II-917 s. 935 punkt 41, T-145/89 *Baustahlgewebe* [1995] REG II-987 s. 1049 f punkt 150, T-150/89 *Martinelli* [1995] REG II-1165 s. 1181 punkt 36 och T-29/92 *SPO* [1995] REG II-289 s. 402 punkt 356.

[152] C-96 etc./82 *IAZ* [1983] ECR 3369 s. 3415 punkt 45.

[153] C-27/76 *United Brands* [1978] ECR 207 s. 308 punkt 300.

[154] Att här på allvar diskutera frågan om varför denna princip bör gälla är naturligtvis ogörligt. Några skäl kan dock slagordsmässigt nämnas: EG-domstolen besitter en större sakkunskap, EG-domstolens avgöranden är definitiva, EG-domstolens domar är mer lättillgängliga än kommissionens avgöranden etc.

Detta gäller så mycket mer som kommissionens praxis, och EG-domstolens dom i *United Brands*, faktiskt kan förklaras även med denna utgångspunkt. När kommissionen fastställer att företaget i fråga vetat om eller bort vetat om att dess förehavanden stred mot fördraget kan detta tolkas som ett implicit fastställande av uppsåt i förhållande till de rekvisit som finns i straffbudet.

Normalt sett måste det nämligen vara så att den som vet att han överträder ett straffbud, och faktiskt också gör det, också har uppsåt till vad han gör, dvs. till rekvisiten. Om jag vet att det jag gör faller in under BrB 3:1 har jag i regel också uppsåt till mord. (Detta gäller under förutsättning att inte både verkligheten och regeln feltolkas. Sådana fall bör vara ytterst sällsynta. Man kan dock utan svårighet konstruera fall när både verkligheten och regeln feltolkas, så att uppsåt inte kan anses föreligga. Om jag tror att jag skjuter en fågel, som i själva verket är en människa, och därtill tror att skjutande av en fågel är straffbelagt enligt BrB 3:1 har jag inte uppsåt till mord trots att jag trodde att jag överträdde straffbudet och dessutom faktiskt gjorde det.) Därmed skulle kommissionens talrika uttalanden avseende medvetenhet om förbudet kunna tolkas som ett något missriktat sätt att fastställa uppsåt i förhållande till de faktiska omständigheterna respektive följderna.[155]

En ytterligare förklaring till dessa uttalanden skulle kunna vara att uppsåt i förhållande till förbudets existens och omfattning fastställs enbart för att ligga till grund för straffmätningen.

Att straffrättsvillfarelse är irrelevant för uppsåtsbedömningen inom EG-rätten behöver emellertid inte innebära att den, i enlighet med Danneckers uppfattning, är irrelevant för ansvarsfrågan i sin helhet. Huruvida ursäktlig straffrättsvillfarelse, såsom i Tyskland och Sverige, kan vara en ursäktande omständighet skall diskuteras nedan i avsnitt 7.4.

7.3.2 Uppsåt avseende den bötesbelagda gärningen

Exakt vad uppsåtet skall täcka med avseende på den bötesbelagda gärningen beror naturligtvis på vad som står i det relevanta stadgandet. Generella uttalanden angående uppsåtstäckning måste därför med nödvändighet bli mindre användbara. Därför skall här på ett något fragmentariskt sätt anges vad som krävs i uppsåtsväg när det gäller de viktigare bötesdelikten. Praxis är i dessa avseenden inte alltid explicit;

[155] Även Hildebrandt 1990 s. 57 synes vara beredd att förstå kommissionens praxis på detta sätt: "Oft wurde der Vorsatz ausschließlich mit der Kenntnis des Verbots begründet. ... da teilweise das allgemeine Unrechtsbewußtsein zur Begründung des Vorsatzes herangezogen wurde."

förutsätts att täckningsprincipen skall vara något så när konsekvent genomförd kan emellertid en ganska tydlig täckningslära utvecklas.

Innan genomgången sker kan som en generell utgångspunkt sägas att uppsåtet skall täcka de rekvisit som ingår i den bötesbelagda gärningen: "Der Vorsatz muß sich nach den Entscheidungen der Kommission und der Rechtsprechung des Gerichtshofs auf alle Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes beziehen."[156]

Artikel 85. Att uppsåtet såvitt avser artikel 85 skall täcka att avtalet, beslutet eller det samordnade förfarandet har till syfte eller resultat att påverka (hindra, begränsa eller snedvrida) konkurrensen inom den gemensamma marknaden står klart.[157] Fastställandet av att insikt (eller i förekommande fall oaktsamhet) föreligger i detta hänseende dominerar i kommissionens praxis. Det brukar sägas att företaget i fråga känt till eller eftersträvat "the restrictive effects of these practices" eller att det vetat om att "the conduct at issue had and has as its object the restriction of competition".[158,159]

Straffrättsdogmatiskt sett är en konkurrensbegränsande effekt en följd till vilken man kan ha direkt, indirekt eller eventuellt uppsåt. Att avtalet har ett visst syfte är å andra sidan att karaktärisera som en omständighet beträffande vilken man antingen kan vara viss eller ha eventuellt uppsåt.

[156] Dannecker & Fischer-Fritsch 1989 s. 280. Jfr den nära nog likalydande formulering som används av Jescheck & Weigend 1996 s. 295. Se också von der Groeben, Thiesing & Ehlermann 1991 s. 1980 rdnr 8.

[157] Se allmänt härom Hildebrandt 1990 s. 52 f.

[158] Citaten är hämtade från KOMB 73/109 *European sugar* OJ L 140/17 s. 43 hsp. samt KOMB 92/204 *Building industry* OJ L 92/1 s. 27 hsp., men liknande lokutioner återfinns även andra fall. Se t.ex. KOMB 76/353 *Chiquita* OJ L 95/1, KOMB 76/642 *Vitamins* OJ L 223/27, KOMB 76/915 *Miller* OJ L 357/40, KOMB 77/129 *Theal/Watts* OJ L 39/19, KOMB 78/68 *Hugin/Liptons* OJ L 22/23, KOMB 79/68 *Kawasaki* OJ L 16/9, KOMB 80/1283 *Johnson & Johnson* OJ L 377/16, KOMB 81/969 *Michelin* OJ L 353/33, KOMB 82/267 *AEG* OJ L 117/15, KOMB 83/400 *Windsurfing* OJ L 229/1, KOMB 83/667 *IPTC* OJ L 376/7, KOMB 84/282 *Polistil* OJ L 136/9, KOMB 84/388 *Flat glass* OJ L 212/13, KOMB 86/399 *Roofing felt* OJ L 232/15, KOMB 87/409 *Sandoz* OJ L 222/28, KOMB 88/587 *Dansk Pelsdyravlerforening* OJ L 316/43 samt KOMB 92/426 *Parker Pen* OJ L 233/27. Se även t.ex. EG-domstolens dom C-240 etc./82 *SSI* [1985] ECR 3831 s. 3877 punkt 65.

[159] I vissa domar förmedlas t.o.m. intrycket att det faktum att förfarandet i fråga har en konkurrensbegränsande effekt är det enda som behöver uppsåtstäckas, se t.ex. C-246/86 *Belasco* [1989] ECR 2117 s. 2191 punkt 41. I dessa fall ställs emellertid täckning av ett rekvisit i motsatsställning till täckning av förbudet, varför man knappast kan läsa det hela bokstavligt; domstolen vill snarare understryka straffrättsvillfarelsens irrelevans för uppsåtet än ge en heltäckande redogörelse för uppsåtstäckningen.

Att uppsåtet skall täcka själva konkurrensbegränsningen är emellertid det enda som explicit framgår av praxis. Beträffande de övriga rekvisiten är läget mer eller mindre oklart.

Ett annat rekvisit som finns i artikel 85 är företagsrekvisitet. Bötesbesluten kan som ovan nämnts endast riktas mot företag.[160] I tysk doktrin brukar artikel 85 därför kallas för "ein echtes Sonderdelikt"[161] – dvs. med svensk terminologi ett delikt som kräver specialsubjekt.[162] I vilken utsträckning företagsegenskapen måste vara uppsåtstäckt är emellertid oklart. I fallet *BNIC* uttalade kommissionen att BNIC (Bureau National Interprofessionnel du Cognac) "must have known that it was an association of undertakings within the meaning of Article 85 (1)" eftersom kommissionen hade kommit till ett sådant slut i ett tidigare fall.[163]

Kommissionens uttalande synes emellertid kunna ifrågasättas. Ser man till generella principer om vad som krävs beträffande uppsåt kan sägas att man normalt sett inte behöver känna till att x (omständigheten i fråga) är x också i den mening som avses i det ifrågavarande straffbudet (härvid brukar rekvisit i förhållningsregler vartill ett blankettstraffbud hänvisar ses som en del av straffbudet).[164] Är däremot x definierat i andra rättsregler än själva straffbudet brukar misstag härvidlag anses utesluta uppsåt. (Så är t.ex. fallet med äganderätten när det gäller stöld i BrB 8:1.) Vad gäller företagsbegreppet är ju detta inte definierat – eller annars rättsligt reglerat – i andra regler än de som utgör själva straffbudet. Tillämpas denna princip på vår föreliggande fråga bör resultatet således bli att det inte krävs uppsåt i förhållande till det faktum att man är ett företag i den mening som avses i artikel 85. Däremot bör fordras att uppsåt föreligger i förhållande till de faktiska omständigheter som ligger till grund för bedömningen att fråga är om ett företag. Om en ideell förening sålunda bara säljer vissa brevmärken i syfte att samla in pengar till välgörande ändamål bör inte krävas att föreningen själv förstått att den är ett företag i den mening som avses i artikel 85. Det räcker att föreningen vet att den köpt och sålt en viss sorts produkt i en viss omfattning.

[160] Som företag räknas emellertid såväl statliga bolag som enskilda företagare. Se t.ex. Wahl 1995 s. 132 ff.

[161] Så t.ex. Hildebrandt 1990 s. 40, Dannecker & Fischer-Fritsch 1989 s. 253, Hamann 1992 s. 185 samt Tiedemann 1985 s. 1419.

[162] Se härom Jareborg 1995 s. 65 f.

[163] KOMB 82/896 *BNIC* OJ L 379/1 s. 13 hsp.

[164] Jfr Jareborg 1994 s. 246 och Strahl 1976 s. 151 ff. Ett misstag härvidlag är att klassificera som straffrättsvillfarelse. Att dylika misstag generellt sett inte bör anses utesluta uppsåt har konstaterats ovan.

Denna bedömning stöds också av det faktum att flera juridiska personer av kommissionen och domstolen ofta anses utgöra en "ekonomisk enhet" och därmed *ett och samma företag* vid tillämpning av artikel 85. Krävdes att företaget ifråga skulle förstå hur denna enhet är konstruerad skulle man rimligen komma till det resultatet att uppsåt i många fall saknas. Här bör således räcka att företaget ifråga känner till de faktiska omständigheter som föranleder bedömningen att det är fråga om ett och samma företag.

Att ett företag beträffande sig självt skulle missta sig i nu nämnda avseenden, och t.ex. inte känna till att det ägnar sig åt att sälja och köpa osv., bör i praktiken vara uteslutet. Det är svårt att ens tänka sig ett fall när uppsåt inte föreligger. Annorlunda ligger det naturligtvis till när det gäller kännedom som rör *motparten* i avtalet eller det samordnade förfarandet.

Vidare krävs sannolikt uppsåt i förhållande till samhandelskriteriet.[165] I detta avseende krävs att företaget känt till att förfarandet är ägnat att påverka konkurrensen mellan medlemsstaterna.[166]

Artikel 86. När det gäller artikel 86 krävs att företaget, liksom beträffande artikel 85, känner till de förhållanden som ligger till grund för bedömningen att det är ett företag. Därutöver torde emellertid även fordras att företaget känner till sin dominerande ställning.[167] Detta innebär inte att företaget måste ha gjort en korrekt rättslig klassificering utan det räcker, här som i övrigt, att det föreligger kännedom om de omständigheter på grund av vilka ställningen rättsligt är att klassificera som dominerande.[168]

Hildebrandt menar härvidlag att en ekonomisk grundförståelse är tillfyllest och att det inte krävs kännedom om exakta procentsatser avseende marknadsandelar eller tal avseende antalet anställda.[169]

[165] Dannecker & Fischer-Fritsch 1989 s. 286 samt Hildebrandt 1990 s. 53.

[166] Se t.ex. C-240 etc./82 *SSI* [1985] ECR 3831 s. 3877 punkt 65. Se även KOMB 76/915 *Miller* OJ L 357/40 s. 42 hsp. samt KOMB 82/367 *Hasselblad* OJ L 161/18 s. 31 vsp. I KOMB 86/399 *Roofing felt* OJ L 232/15 s. 28 punkt 89 samt s. 30 punkt 109 tycker sig vidare Hildebrandt 1990 s. 54 se kommissionen antyda uppsåt i förhållande till samhandelskriteriet.

[167] Jfr t.ex. C-85/76 *Hoffman La Roche* [1979] ECR 461 s. 556 f punkterna 138–139 där domstolen synes slå fast att företaget varit åtminstone oaktsamt i förhållande till det faktum att det intog en dominerande ställning.

[168] Se särskilt mål T-83/91 *Tetra Pak* [1994] ECR II-755 s. 856 f punkterna 238 och 239. Se även Grabitz m.fl. 1994 Verordnung Nr. 17 (Art. 15) nach Art. 87 s. 10 rdnr 31 samt KOMB 81/969 *Michelin* OJ L 353/33 s. 45 hsp.

[169] Hildebrandt 1990 s. 55. Se även Dannecker & Fischer-Fritsch 1989 s. 281.

Som ovan nämnts är det emellertid en förutsättning för att man skall kunna konstatera att en dominerande ställning föreligger att det specificeras vilket område som skall domineras. Av denna anledning har i doktrinen diskuterats huruvida företaget måste känna till den i detta hänseende relevanta marknaden. Dannecker och Fischer-Fritsch[170] undviker att ta ställning, men Hildebrandt menar att företaget måste ha uppsåt i förhållande till den relevanta marknaden eftersom det annars inte kan dra slutsatsen att det har en dominerande ställning.[171] Detta tycks mig emellertid inte vara korrekt. Ett företag som känner till att det kan göra som det vill på t.ex. bananmarknaden måste anses ha uppsåt till sin dominerande ställning oberoende av om det anser bananmarknaden vara relevant eller ej. Relevansen blir i detta hänseende att likställa med förbudet – är bananmarknaden relevant omfattas handlandet av förbudet i artikel 86 och villfarelser härom behandlas som straffrättsvillfarelser.

Sammanfattning. Av såväl domstolens som kommissionens praxis framgår tydligt att uppsåtet, såvitt gäller artikel 85, måste täcka att förfarandet har ett konkurrensbegränsande syfte eller resultat. Detta förhållande, att uppsåt krävs till ett av rekvisiten i straffbudet, bör såvitt inte starka skäl talar däremot förstås som att uppsåtet skall täcka straffbudets alla rekvisit.[172] Skälen för detta är många. För det första skulle varje annan hållning vara inkoherent. Ett sammanhållet system synes kräva att rekvisiten i straffbuden, åtminstone som huvudregel, behandlas på samma sätt. För det andra överensstämmer detta med förhållandet i de flesta medlemsstaterna. (Härvid är det av intresse att se att det finns många förespråkare för att beakta medlemsstaternas straffrätt när det gäller frågor med anknytning till uppsåt inom EG-rätten.)[173] För det tredje kan man i praxis och doktrin finna visst om också något osäkert stöd för att uppsåt krävs även i förhållande till de övriga rekvisiten i artiklarna 85 och 86.

[170] Dannecker & Fischer-Fritsch 1989 s. 281.

[171] Hildebrandt 1990 s. 55. Hildebrandt nämner i detta sammanhang KOMB 81/969 *Michelin* OJ L 353/33 s. 45 hsp. där det sägs att "NBIM is no doubt aware, it has the ability ... to impede the access of other makes of heavy-duty tyres to the Netherlands market". Huruvida det av detta uttalande är möjligt att utläsa att det krävs uppsåt till den relevanta marknaden får sägas vara en öppen fråga.

[172] Starka skäl i denna mening skulle t.ex. kunna vara att EG-domstolen uttryckligen fastslagit att uppsåt inte krävs i förhållande till ett visst rekvisit.

[173] Se t.ex. Grabitz m.fl. 1994 Verordnung Nr. 17 (Art. 15) nach Art. 87 s. 11 rdnr 33 (skuld och villfarelseproblematiken i allmänhet) samt generaladvokaten Mayras i C-26/75 *General Motors* [1975] ECR 1367 s. 1388 hsp. (mer specifikt om uppsåts- och oaktsamhetsbegreppen).

7.3.3 Uppsåt avseende frånvaron av rättfärdigande omständigheter

Det som skall framhållas under denna rubrik är endast att uppsåtet också måste täcka frånvaron av omständigheter, som om de verkligen förelåg, skulle rättfärdiga den i och för sig bötesbelagda gärningen.

Här liksom beträffande den straffbelagda gärningen bör villfarelser rörande reglernas existens och omfattning inte vara av intresse för uppsåtsbedömningen. Straffrättsvillfarelse bör behandlas lika oberoende av om den hänför sig till den straffbelagda gärningen eller om den hänför sig till regler som gör att gärningen inte anses otillåten.

Stöd i praxis för det sagda synes finnas i ett par kommissionsbeslut där kommissionen tagit hänsyn till att företaget ifråga trott att det ifrågavarande förfarandet varit täckt av en anmälan, vilket om det varit så skulle utesluta bötespåförande.[174] (Här får dock den reservationen göras att det får anses oklart hur man dogmatiskt bör inordna bötesfrihet som uppstår till följd av en anmälan.)

När det gäller den kvantitativa förbudsinskränkningen, dvs. den inskränkning av artikel 85 som framgår av kommissionens tillkännagivande rörande bagatellundantag, framgår ett krav på uppsåtstäckning av artikel 5 i tillkännagivandet.[175] Där sägs att om ett företag, på grund av misstag rörande de egna marknadsandelarna eller den egna omsättningen, tror att den ifrågavarande samverkan faller under tillkännagivandet och därför underlåter att anmäla ett förfarande som faller in under artikel 85, så skall böter ej utdömas såvitt villfarelsen inte beror på oaktsamhet.

Artikeln bör kunna förstås som ett indirekt sätt att säga att täckning krävs i förhållande till de faktorer som gör att ett visst förfarande inte faller in under bagatelltillkännagivandet. Att böter skall dömas ut i fall av oaktsamhet följer egentligen redan av att jämväl oaktsamma överträdelser bötesbeläggs enligt artikel 15 förordning 17/62; i denna del bör tillkännagivandet inte ses som något annat än en erinran om detta förhållande.

Artikeln får därmed inte läsas som om det även vid uppsåtliga överträdelser räcker med oaktsamhet i förhållande till omsättning och marknadsandelar. I de fall då böter döms ut med stöd av artikel 5 bör således vara uteslutet att döma för en uppsåtlig överträdelse.

[174] Se KOMB 76/353 *Chiquita* OJ L 95/1 s. 18 vsp. och KOMB 78/163 *Distillers* OJ L 50/16 s. 29 hsp.
[175] Se Hildebrandt 1990 s. 54.

7.4 Ursäktlig straffrättsvillfarelse

7.4.1 Allmänt

Ovan har den ståndpunkten intagits att s.k. straffrättsvillfarelse är irrelevant för uppsåts- och oaktsamhetsbedömningen inom EG-rätten. Denna ståndpunkt är emellertid inte oomstridd.[176]

Hur det än må vara beträffande denna fråga tycks det vara så att en *ursäktlig straffrättsvillfarelse utesluter ansvar*; dvs. enligt här företrädd uppfattning skall företaget i fråga, trots att det handlat uppsåtligt eller oaktsamt ursäktas och därmed frikännas. I detta hänseende råder, bortsett från Danneckers bekännelse till den absoluta teorin, enighet i litteraturen.[177]

Att en icke oaktsam villfarelse rörande straffbudets existens eller omfattning kan utesluta skuld godtogs av EG-domstolen för första gången i fallet *Suiker Unie*.[178] Beträffande en av de aktuella överträdelserna åberopade företaget i fråga att det vilseletts av ett yttrande från kommissionen och därvid kommit att tro att handlandet var rättsenligt. Domstolen uttalade:

> "Although the applicant must have known that the organization of its marketing network on the basis of agency agreements entered into ... was likely to restrict competition, the possibility that the wording of the said communication could induce the belief that such practice was accepted as beeing compatible with the Treaty cannot nevertheless be ruled out.
>
> Therefore this infringement cannot be taken into consideration for the purpose of fixing the amount of the fine."[179]

Trots att domstolen uppenbarligen anser att företaget i fråga handlat uppsåtligt i den mening som ovan diskuterats, bötfälls det inte beträffande den överträdelse som är föremål för bedömning, och skälen för detta är att företaget misstagit sig i fråga om förbudsregleringens omfattning.

[176] Se ovan avsnitt 7.3.1.
[177] Se t.ex. Siohl 1986 s. 132.
[178] C-40 etc./73 *Suiker Unie* [1975] ECR 1663.
[179] C-40 etc./73 *Suiker Unie* [1975] ECR 1663 s. 2009 f punkterna 556–557. Mot bakgrund av detta mycket tydliga avgörande av EG-domstolen är det mycket svårt att förstå hur Dannecker kan komma till den slutsatsen att även oundvikliga villfarelser saknar all relevans inom EG:s sanktionsrätt.

Även i kommissionens praxis finns starkt stöd för tanken att ursäktlig straffrättsvillfarelse utesluter ansvar (se vidare nedan). Kommissionens praxis kännetecknas dock här liksom på andra håll av en besvärande oenhetlighet.[180]

Nedan skall på grundval av de fall där straffrättsvillfarelse diskuterats, och under jämförelse med tysk och svensk rätt, undersökas dels vad som utgör en relevant villfarelse, dels vilka faktorer som kan vara av relevans för att göra en straffrättsvillfarelse ursäktlig.

7.4.2 Om uppsåt, villfarelse, ursäkt och oaktsamhet

Rent allmänt kan sägas att även om ursäktlig straffrättsvillfarelse är irrelevant för uppsåts- och oaktsamhetsbedömningen så har denna rättsfigur strukturellt sett mycket med dessa begrepp att göra.

Ursäktlig straffrättsvillfarelse kan med fördel delas upp i två delar: en villfarelse och en ursäkt. Dessa delar kan i sin tur kopplas ihop med uppsåt respektive oaktsamhet. Villfarelsen är i detta hänseende i princip detsamma som frånvaro av uppsåt, medan ursäktligheten är detsamma som frånvaro av oaktsamhet. (Vill man kan man, och detta sker i regel, sedan laborera med olika culpatrösklar avseende det allmänna oaktsamhetsrekvisitet respektive ursäktligheten.)[181]

Det ovan sagda innebär att termen villfarelse egentligen är alldeles för snäv. I villfarelse är man enligt vad som ovan sagts både när man felaktigt tror att det man gör inte är rättsstridigt, när man är okunnig (dvs. inte alls har tänkt) härom, samt när man misstänker att det man gör är rättsstridigt men förlitar sig på motsatsen (dvs. inte uppfyller kraven för dolus eventualis i någon form).[182]

Ett problem, som skiljer straffrättsvillfarelsen från de flesta villfarelser som rör den straffbelagda gärningen, är att straffrättsvillfarelsen alltid är utsatt för juridikens osäkerhet och meningsmotsättningar. Detta medför att det finns ett relativt stort antal frågor där meningarna är

[180] Jfr t.ex. de fall som nedan anförs som exempel på att kommissionen ansett villfarelser ursäktliga, med uttalandet i KOMB 92/262 *French-West African shipowners* OJ L 134/1 s. 21 hsp.: "Apart from the general legal principle that ignorance of the law is no excuse...".

[181] Se Jescheck & Weigend 1996 s. 458.

[182] Jfr Jareborg 1969 s. 242 ff. Man skulle i och för sig kunna utesluta fall där gärningsmannen misstänker att det han gör är olagligt, men förlitar sig på motsatsen, från (det vida) villfarelsebegreppet, men genom att inkludera dessa fall klargörs att *om* man skull kräva uppsåt i förhållande till straffbudets existens och omfattning, så skulle det i dessa fall blott gå att döma för oaktsamhetsbrott.

delade och något auktoritativt svar inte kan ges förrän i de högre domstolsinstanserna.

Förhållandet vore inte särskilt besvärligt om det enbart födde skäl som talade i en riktning; så är emellertid inte fallet.[183] Å ena sidan kan hävdas att ett stort utrymme för tveksamhet bör leda till ett krav på att medborgarna vid varje tveksamhet skall avhålla sig från ifrågavarande verksamhet. Annars blir utrymmet för att handla lagstridigt, och ändå komma undan, alltför stort.

Å andra sidan är det uppenbart att om medborgarna så fort minsta tveksamhet råder måste avhålla sig från ett visst handlande så begränsas den enskildes handlingsutrymme på ett sätt som inte är acceptabelt.

Traditionellt görs avvägningen till förmån för de förstnämnda hänsynstagandena. I de fall då gärningsmannen antingen varit i felaktig tro eller varit okunnig om straffbudets existens och omfattning får man göra en oaktsamhetsbedömning såsom den ovan beskrivits. I orsaksledet får man fråga sig vad gärningsmannen kunde ha gjort för att komma till insikt om, eller åtminstone misstänka, att det han höll på med var olagligt. I vissa fall, t.ex. såvitt gäller fall där praxis oväntat går emot en enig doktrin, får man då acceptera att det i det s.k. orsaksledet inte fanns något som gärningsmannen kunde ha gjort för att komma till insikt. Vad gäller klandervärdhetsledet bör avgörande vikt läggas vid hur öppen frågan varit.

I de fall då gärningsmannen misstänker att det han gör är rättsstridigt, men förlitar sig på motsatsen, föreligger ju medveten culpa i förhållande till rättsstridigheten. I dessa fall finns ingen anledning att se villfarelsen som ursäktlig.

7.4.3 Typfall av ursäktlighet

Villfarelser föranledda av myndigheter eller ombud. Ett första typfall där straffrättsvillfarelse brukar anses ursäktlig är när myndigheter ger felaktiga råd eller eljest föranleder att gärningsmannen kommer att tro att det han gör är tillåtet.

Att villfarelser i dylika situationer kan ha ansvarsbefriande verkan står klart både vad gäller svensk och tysk rätt. När den nya regeln rörande straffrättsvillfarelse infördes i BrB 24:9 sades i propositionen att "det är naturligt, att den som följer ett felaktigt råd eller ett beslut från en myndighet och inte förstår att han begår en straffbar gärning, skall gå

[183] Jfr Roxin 1994 s. 779 rdnr 32.

fri från ansvar på grund av straffrättsvillfarelse".[184] På motsvarande sätt är läget i Tyskland där i litteraturen till och med uttalas att "[a]uch die Duldung eines Verhaltens durch eine Behörde kann ... einen unvermeidbaren Verbotsirrtum begründen".[185]

Att man inom EG:s sanktionsrätt är beredd att beakta dylika av myndigheter föranledda misstag synes stå klart. Detta visas framförallt av det ovan citerade domstolsavgörandet i målet *Suiker Unie*[186] där domstolen tog hänsyn till att ett av kommissionen utgivet tillkännagivande hade vilselett företaget.

Hur EG-domstolens dom i *Thyssen* skall förstås i detta sammanhang är oklart. I fallet hade vissa "senior officials of the Commission" försäkrat företaget att några böter inte skulle dömas ut för eventuell överproduktion. Domstolen bortsåg från invändningen med motiveringen att ingen tjänsteman kan ge ett giltigt löfte om att inte tillämpa EG-rätten. Domstolen minskade dock, troligen på andra grunder,[187] "[i]n view of the exceptional circumstances in which the infringement was committed", bötesbeloppet från 288 825 till 5 ECU.[188]

Även om domstolen skulle ha beaktat att företaget fått utfästelser från kommissionens tjänstemän synes det vara svårt att se fallet som ett villfarelsefall. För det första tog EG-domstolen inte uttrycklig ställning till huruvida ett skuldkrav gällde för den ifrågavarande bötesbestämmelsen i Parisfördraget (artikel 58). För det andra är fallet inget rent exempel på straffrättsvillfarelse. Thyssen visste om att deras handlande stred mot bestämmelsen i artikel 58, men utgick på grund av tjänstemännens försäkran ifrån att kommissionen, med stöd av opportunitetsprincipen, inte skulle ingripa.

Att det är rimligt att ursäkta gärningsmannen när han på grund av myndigheters åtgärder inte förstått att det han gör är förbjudet torde det råda stor enighet om. Huruvida även råd från advokater eller andra juridiska rådgivare, eller t.o.m. en egen noggrant företagen bedömning av rättsläget, bör fria från ansvar i fall då bedömningen likväl visar sig felaktig, är mer omstritt. I det senare fallet brukar i vart fall krävas att personen är rättsligt kompetent eller har förmåga att göra korrekta rättsliga bedömningar.[189]

[184] Prop. 1993/94:130 s. 59.
[185] Roxin 1994 s. 791 rdnr 62 under hänvisning till BGHSt 16, 264, 270 f. Se även Göhler 1995 s. 85 ff rdnr 24 och 26 samt Jescheck & Weigend 1996 s. 459.
[186] Se ovan avsnitt 7.4.1.
[187] C-188/82 *Thyssen* [1983] ECR 3721 s. 3736 f punkterna 21–23.
[188] C-188/82 *Thyssen* [1983] ECR 3721 s. 3737 punkt 24.
[189] Se prop. 1993/94:130 s. 60 och Roxin s. 791 rdnr 62.

Det kan visserligen betvivlas att det skulle ha några nämnvärda menliga effekter för preventionen om man som regel godtog dylika invändningar när de framförs på allvar, men åtminstone den svenske lagstiftaren har uttalat att man bör visa stor restriktivitet i dessa fall.[190] Restriktiviteten synes ha sin motsvarighet i EG-rätten.

I EG-domstolens dom i *Miller* diskuterades saken av generaladvokaten Warner. Warner framhöll visserligen att det faktum att en lekman litat på ett råd från en kvalificerad advokat i regel inte kan utgöra en omständighet som befriar från vare sig ett civilrättsligt eller straffrättsligt ansvar. Men en dylik situation måste enligt Warner, om det inte föreligger ond tro på företagets sida, vara "a strong mitigating circumstance when it comes to the assessment of any penalty, even though expressed not to be 'of a crminal law nature' (Article 15 (4) of Regulation No 17)".[191]

Domstolen var i målet inte beredd att se villfarelsen som ursäktlig utan slog rakt av fast att det "[i]n this connexion" inte var en förmildrande omständighet att Miller litat på sin juridiska rådgivare.[192]

I ett senare fall hade *BMW Belgium* anlitat en advokat varvid denne dock antydde att åtgärderna ifråga stod i strid med artikel 85, men likväl hoppades att oförenligheten inte skulle vara "too flagrant". Invändningen avfärdades av generaladvokaten som menade att advokatens utlåtande snarast var försvårande för BMW.[193] Det får sägas vara typiskt för den förvirring som råder, att generaladvokaten inte avfärdade BMW:s argumentation på det sätt som varit naturligt (dvs. genom att säga att någon villfarelse inte förelegat). Domstolens dom var i detta hänseende intetsägande; det fastslogs endast att det var irrelevant (för uppsåtsrespektive oaktsamhetsbedömningen får man förmoda) huruvida BMW kände till att det överträdde förbudet i artikel 85.1.[194]

Svårigheter att få kännedom om förbudet eller dess omfattning. Ett annat typfall där ansvarsfrihet kan aktualiseras enligt svensk rätt är när det förelegat särskilda svårigheter för gärningsmannen att få kännedom om förbudet eller dess innehåll.[195]

I denna anda synes kommissionen ha agerat när den avstått från att utdöma böter gentemot utomeuropeiska företag. I beslutet i *Preserved Mushrooms* anförde kommissionen bl.a. följande:

[190] Se uttalandena i prop. 1993/94:130 s. 60.
[191] C-19/77 *Miller* [1978] ECR 131 s. 162 vsp.
[192] C-19/77 *Miller* [1978] ECR 131 s. 152 punkt 18.
[193] C-32 etc./78 *BMW Belgium* [1979] ECR 2435 s. 2495 hsp.
[194] C-32 etc./78 *BMW Belgium* [1979] ECR 2435 s. 2480 punkt 44.
[195] Prop. 1993/94:130 s. 58.

"As far as the Taïwanese producers are concerned, the Commission considers their blameworthiness to be less in view of the fact that in this particular case it is hardly likely that ... they could have had knowledge of the Opinion of the Commission ... This Opinion ... made it clear that agreements entered into by enterprises having their seat outside the Community fall equally within the field of application of Article 85...".[196]

Några böter ådömdes därefter inte det Taiwanesiska företaget. På samma sätt ansågs vissa av de överträdelser som var uppe till bedömning i beslutet i *Wood Pulp* vara ursäktade. De aktuella överträdelserna hade begåtts av amerikanska företag inom ramen för en exportkartell som var tillåten enligt amerikansk konkurrensrätt. Beträffande den del av överträdelserna som var kartellinterna utdömdes inga böter.[197] I beslutet *Sperry New Holland* ansågs vidare det faktum att konkurrensstridigt beteende av ett grekiskt företag inletts före, och fortsatt bara en kort period efter, Greklands inträde i EG, kunna frita företaget från ansvar.[198]

Den försiktiga attityden hos kommissionen är sympatisk, och har säkerligen delvis sin förklaring i den mycket extensiva extraterritoriella tillämpningen av konkurrensreglerna; det kan förmodas att en strikt tillämpning av dessa regler skulle vara provocerande gentemot både berörda parter och berörda stater. Därmed är naturligtvis inte sagt att utomeuropeiska företag alltid ursäktas på detta vis.[199]

På ett liknande sätt har kommissionen i vissa fall ursäktat små företag då de inte varit tillräckligt informerade om rättsläget. I fallet *Toltecs* utdömdes inga böter gentemot den lilla holländska firma som ägdes av Mr Segers:

"However, the Commission is not imposing a fine on Mr Segers despite the fact that he has also committed an infringement of Article 85 (1). Mr Segers is the owner of a small Dutch firm, who at the beginning of his dispute with BAT was not adequately informed about the German legal position and Community law."[200]

[196] KOMB 77/75 *Preserved mushrooms* OJ L 29/26 s. 29 hsp.
[197] KOMB 85/202 *Wood pulp* OJ L 85/1 s. 25 hsp. Se även EG-domstolen C-89 etc./85 *Ahlström* [1993] ECR I-1307 s. 1627 punkt 187 samt Hildebrandt 1990 s. 67.
[198] KOMB 85/617 *Sperry New Holland* OJ L 376/21 s. 27 vsp.
[199] Se, som exempel på ett beslut där företag utom EG bötfälls, KOMB 85/202 *Wood pulp* OJ L 85/1. Jfr Hildebrandt 1990 s. 60 f som menar att beslutet i *Preserved Mushrooms* bl.a. på grund härav bör tolkas restriktivt. Jfr också C-52/69 *Geigy* [1972] ECR 787 s. 818 och 836 punkt 50 där det hävdades att företaget (som hade sitt "registered office" utanför gemenskapen) varit i villfarelse dels rörande kommissionens jurisdiktion över företaget ifråga, dels rörande förbudets omfattning.
[200] KOMB 82/897 *Toltecs* OJ L 379/19 s. 28 vsp.

Baksidan av detta beslut är att relativt stränga krav ställs på större företag. Dessa förväntas hålla sig kontinuerligt informerade om den utveckling av EG-rätten som sker i praxis.[201] Detta medför att större bolag endast i rena undantagsfall kommer att med framgång kunna åberopa straffrättsvillfarelse; om man lyckas få kommissionen eller domstolen att tro att en villfarelse faktiskt förelegat så kommer denna likväl att bedömas som oursäktlig.

Oklart rättsläge. Ett ytterligare typfall där kommissionen ursäktat det berörda företaget är de fall där rättsläget varit oklart såtillvida att kommissionen inte i tidigare praxis slagit fast att den aktuella typen av överträdelse faller inom förbudsreglernas tillämpningsområde.

Sålunda ansåg kommissionen, i såväl *Vegetable Parchment* som *British Sugar*, att det faktum att konkurrensreglerna inte blivit tillräckligt preciserade i praxis utgjorde skäl att inte bötfälla företagen i aktuella hänseenden.[202] Det i och för sig självklara förhållandet att ett företag inte ursäktas om det visserligen är första gången som en viss regel tillämpas, men företaget likväl haft förbudskännedom, framgår av beslutet i *CEWAL*.[203] I fallet *Fatty Acids* utdömdes lägre böter på grund av att det var första gången som rent informationsutbyte sanktionsbelades.[204] Det är dock tveksamt huruvida detta kan ses som ett villfarelsefall eftersom kommissionen tidigare i fallet slagit fast att parterna var "well aware ... that their agreement might contravene Article 85".[205]

Med en liknande argumentation sökte *Hoffman La Roche* undvika böter. Företaget menade att böter på grundval av så oprecisa och generella rekvisit som "missbruk" och "dominerande ställning" kunde utdömas först sedan dessa givits en specifik mening i praxis. Generaladvokaten godtog att "the interesting legal conception of a mistake of law" utgjorde en del av EG-rätten och fann därefter att företagets överträdelse var ursäktlig.[206] Domstolen underkände invändningen, utan att direkt diskutera i termer av villfarelse, på grund av att ett eventuellt misstag inte varit ursäktligt: "[t]he way in which Article 86 had been applied before provided Roche ... with a degree of anticipation which was

[201] Se t.ex. C-27/76 *United Brands* [1978] ECR 207 s. 308 punkterna 299 och 300, KOMB 81/969 *Michelin* OJ L 353/33 s. 45 hsp., KOMB 85/202 *Wood pulp* OJ L 85/1 s. 25 hsp. samt KOMB 83/400 *Windsurfing* OJ L 229/1 s. 19 vsp.

[202] KOMB 78/252 *Vegetable parchment* OJ L 70/54 s. 64 hsp. samt KOMB 88/518 *British Sugar* OJ L 284/41 s. 58 hsp. Jfr även KOMB 85/617 *Sperry New Holland* OJ L 376/21 s. 26 hsp.–27 vsp. och KOMB 86/399 *Roofing felt* OJ L 232/15 s. 30 vsp.–hsp.

[203] KOMB 93/82 *CEWAL* OJ L 34/20 s. 39 vsp.–hsp.

[204] KOMB 87/1 *Fatty acids* OJ L 3/17 s. 24 hsp.–25 vsp.

[205] KOMB 87/1 *Fatty acids* OJ L 3/17 s. 24 hsp.

[206] C-85/76 *Hoffman La Roche* [1979] ECR 461 s. 596 f.

amply sufficient to enable Roche to take account of this...".[207] Viktigt i fallet är också att domstolen framhöll att det, på grund av den möjlighet att erhålla negativattest, som finns i artikel 2 i förordning 17/62, fanns än mindre anledning att acceptera Roches invändning.[208] Detta synes böra förstås så att möjligheten att begära negativattest medför att tröskeln för att en villfarelse skall anses ursäktlig skärps något.

Att domstolen inte godtog Roches invändning bör, eftersom man trots allt framhöll att tidigare praxis gjorde det möjligt att inse att förfarandet var förbjudet, inte innebära ett underkännande av att villfarelse kan vara relevant i situationer när det saknas såväl tydlig lagtext som förklarande praxis. Tvärtom synes det följdriktigt, med hänsyn till skuldprincipen och med tanke på att artiklarna 85 och 86 närmast har karaktär av generalklausuler, att straffrättsvillfarelse ursäktas i dessa fall.[209]

Omvänt bör en klar och fast praxis innebära att rättsvillfarelse kan ursäkta endast i undantagsfall,[210] t.ex. när riktigt små företag eller företag utan erfarenhet av den europeiska marknaden är inblandade.

En invändning som anfördes av klaganden i fallet *Michelin* kan möjligen också sorteras in under denna kategori. Michelin menade att kommissionen plötsligt ändrat sin praxis på ett sätt som inte var möjligt att förutse. Domstolen underkände, liksom generaladvokaten tidigare gjort,[211] invändningen med motiveringen att "in view of the previous decisions of the Commission and judgments of the Court Michelin NV ought to have expected that such a system would fall within the sphere of application of Article 86 of the Treaty".[212]

Giltighetsvillfarelse. En form av villfarelse där bedömningen i regel är sträng är när gärningsmannen felaktigt antar att den aktuella straffbestämmelsen är ogiltig. Ogiltigheten kan t.ex. bero på att det lagstiftande

[207] C-85/76 *Hoffman La Roche* [1979] ECR 461 s. 554 punkt 131.
[208] C-85/76 *Hoffman La Roche* [1979] ECR 461 s. 555 punkt 134.
[209] I C-104/94 *Cereol* [1995] REG I-2983 s. 3004 vsp.–hsp. ifrågasatte generaladvokaten *Lenz* huruvida oaktsamhet överhuvudtaget förelåg med hänsyn till att den relevanta bestämmelsen var avfattad på ett sätt som lätt kunde missförstås. Se vidare citatet ovan i not 149.
[210] Jfr t.ex. KOMB 80/1283 *Johnson & Johnson* OJ L 377/16 s. 25 hsp. samt KOMB 92/426 *Parker Pen* OJ L 233/27 s. 31 hsp. där kommissionen med stöd av att praxis varit fast ansett att företagen bort känna till respektive faktiskt känt till att deras förfaranden var konkurrensstridiga.
[211] C-322/81 *Michelin* [1983] ECR 3461 s. 3545 ff.
[212] C-322/81 *Michelin* [1983] ECR 3461 s. 3523 punkt 107. Jfr här också C-344/85 *Ferriere San Carlo* [1987] ECR 4435 s. 4449 f punkterna 9–13 där ett bötesbeslut enligt Parisfördraget upphävdes p.g.a. att kommissionen genom att inte längre tolerera överträdelser som tidigare tolererats agerat i strid med företagets "legitimate expectation".

organet saknar erforderlig kompetens eller på att bestämmelsen strider mot någon författningsrättsligt skyddad fri- eller rättighet eller eljest mot bestämmelser av högre valör.[213]

Att bedömningen i dylika fall måste bli sträng beror på att ogiltigheten hos bestämmelser, särskilt vad gäller den nivå som kommer ifråga för straffbestämmelser, sällan kan anses vara säker.[214] Villfarelse i den mening som bör vara relevant dvs. felaktig visshet eller okunnighet,[215] föreligger oftast när man överhuvudtaget inte närmare tänkt på ett visst faktum. Dvs. antingen självklart utgått ifrån att det man gjort varit legalt eller överhuvudtaget inte tänkt på saken.

I fall av giltighetsvillfarelse måste gärningsmannen alltid, åtminstone i någon mån ha funderat på frågan eftersom saken till sin natur sällan eller aldrig kan anses självklar (man skulle rent av kunna tala om en presumtion för att bestämmelser är giltiga). Gärningsmannen kommer därför i de flesta fall att ha varit åtminstone medvetet oaktsam i förhållande till giltigheten.

På EG-nivå har frågan varit uppe till bedömning i fallet *San Michele*.[216] Frågan diskuterades dock uttryckligen endast av generaladvokaten *Roemer*. Han framhöll att om företaget underlät att följa ett visst beslut, som det ansåg vara ogiltigt, så måste företaget självt stå risken att domstolen senare kommer till en annan slutsats. Roemer menade dock att förhållandet kunde beaktas vid straffmätningen.[217] Roemers uttalande förefaller utgå ifrån att företaget varit åtminstone tveksamt i förhållande till straffbudets eventuella giltighet. Att gärningsmannen i dessa fall får ta konsekvenserna av sitt balanserande motsvarar vad som brittisk doktrin kallas "the thin ice principle".[218]

[213] Se t.ex. Roxin 1994 s. 776 rdnr 24.
[214] Roxin 1994 s. 776 rdnr 25.
[215] Jfr Jareborg 1969 s. 243 och 1994 s. 263.
[216] C-2 etc./63 *San Michele* [1963] ECR 327.
[217] C-2 etc./63 *San Michele* [1963] ECR 327 s. 352 vsp.–hsp.
[218] Se Ashworth 1995 s. 71 f.

7.5 Företagsskuld eller tillräknande?

7.5.1 Allmänt

Läser man innantill i artikel 15 förordning i 17/62 är det klart att det subjekt som skall handla uppsåtligt eller oaktsamt är företaget i fråga. Skulden skall således hänföra sig till det företag som överträtt den bestämmelse som är aktuell.[219]

Detta leder emellertid till vissa problem eftersom företag, enligt traditionell uppfattning, saknar inte bara handlingsförmåga, utan även förmåga till skuld:[220] societas delinquere non potest.[221] Ett företag som sådant kan inte veta eller vilja något (uppsåt), och kan därmed inte heller ha bort veta något (oaktsamhet).[222]

Principiellt sett finns två vägar att gå om man vill fastställa skuld hos ett företag.[223]

Eftersom det begreppsmässigt endast är naturliga personer som kan *veta* något är en näraliggande variant att tillräkna företaget den vetskap som personer inom företaget besitter (tillräknande av annans skuld).[224]

En annan, både i tysk och anglo-saxisk doktrin ivrigt förespråkad möjlighet, är att söka skulden direkt hos det företag inom vilket överträdelsen skett. Härvid är grunden för förebråelsen att företaget inte varit tillräckligt väl organiserat (organisationsskuld).

Här nedan skall inledningsvis organisationsskulden behandlas. Först ges en beskrivning av vad den, mer allmänt, innebär och därefter disku-

[219] Se Hamann 1992 s. 168 f: "Wenn das Unternehmen Täter ist, muß die Schuld des Unternehmens ermittelt werden."

[220] Greve 1993 s. 111, Lampe 1994 s. 722, Peterson 1983 s. 590, Tiedemann 1988 s. 1171 hsp. samt Träskman 1977 s. 262. Se även Schünemann 1994 s. 281: "Strafbarkeit juristischer Personen [ist] ... als eine Verletzung des Schuldgrundsatzes gebrandmarkt und deshalb abgelehnt worden". Jfr däremot Hirsch 1995 s. 288 ff.

[221] Se t.ex. Huss 1978 s. 238 och Hirsch 1995 s. 285.

[222] Se Huss 1978 s. 238 f.

[223] Hamann 1992 s. 169 och Straffelovrådets betænkning nr 1289/1995 om juridiske personers bødeansvar s. 12 f. Se också Colvin 1995 som talar om derivativa och organisatoriska modeller av företagsansvaret. Jfr Träskman 1977 s. 265 f för något mer konkreta varianter av straffrättsligt ansvar hos företag.

[224] Så t.ex. Grabitz m.fl. 1994 Verordnung Nr. 17 (Art. 15) nach Art. 87 s. 9 rdnr 41: "Das Unternehmen muß sich die schuldhaften Handlungen dieser natürlichen Personen zurechnen lassen."

teras huruvida den är användbar som förklaringsmodell också inom EG:s sanktionsrätt.

7.5.2 Organisationsskuld

Allmänt. Organisationsskuld framförs i litteraturen som ett alternativ till att tillräkna ett företag skuld genom att härleda den från företagets anställda.

Organisationsskuld innebär i korthet att företaget förebrås för att det har underlåtit att vidta de åtgärder som varit nödvändiga för att kunna driva "einen ordentlichen, nicht deliktischen Geschäftsbetrieb".[225]

Skulden får härvid en delvis annan utformning än den traditionella "individuelle Fähigkeit zum Andershandeln".[226] I denna moraliska och personliga förebråelses ställe sätts ett allmänt omdöme som säger att det ifrågavarande företaget inte uppfyllt de sociala krav som ställs. Konstruktionen utgår således ifrån ett *socialt skuldbegrepp*.[227]

Här ligger som synes en underlåtenhet (eller försummelse) till grund för skulden.[228] På motsvarande sätt är det underlåtenheten hos företaget som ligger till grund för tillräknandet av den straffbara handling (eller underlåtenhet) som vidtas av naturliga personer inom företaget.[229]

Det har uttalats att den tanke som ligger bakom organisationsskulden är densamma som utgör grund för läran om *actio libera in causa* samt för den tyska bestämmelsen rörande "Vollrausch" (StGB § 323a).[230] Det som bestraffas i dessa fall är ju inte den gärning som företas (och som normalt sett utgör ett brott) utan att man, genom handling eller underlåtenhet, försätter sig i en sådan position att den skadliga gärningen kommer att begås. Att det "egentliga brottet" här begås utan skuld blir i dessa fall inte avgörande eftersom detta föranletts av en tidigare gärning som kan tillräknas gärningsmannen.[231]

[225] Tiedemann 1988 s. 1172 hsp. samt 1989 s. 173. Se även Colvin 1995 s. 25 ff.

[226] Dannecker & Fischer-Fritsch 1989 s. 288, Tiedemann 1989 s. 173 och Schünemann 1994 s. 283.

[227] Schünemann 1994 s. 284. Tiedemann 1989 s. 173 (jfr också Tiedemann 1986 s. 1842 vsp.) såsom varandes en av organisationsskuldens konstruktörer säger att organisationsskulden utgår från ett *"Schuldbegriff im weiteren Sinne"*. Se vidare Zugaldía 1994 s. 329.

[228] Se t.ex. Colvin 1995 s. 26.

[229] Jfr Tiedemann 1988 s. 1172 hsp.

[230] Se t.ex. Tiedemann 1989 s. 174. Vollrausch innebär förenklat att den som uppsåtligen eller oaktsamt berusar sig, och under ruset begår en rättsstridig handling kan straffas för detta, om han på grund av ruset befinnes vara "schuldunfähig".

[231] Det fordras givetvis att gärningsmannen i första läget är åtminstone oaktsam i förhållande till att han senare kommer att begå en rättsstridig handling.

När en överträdelse begås inom ett företag bestraffas företaget således inte för detta regelbrott utan för att det har organiserat sig på ett sätt som möjliggjort överträdelsen.

En konsekvens av detta betraktelsesätt är att om flera egentliga deliktshandlingar är att hänföra till en och samma organisationshandling så kan företaget straffas för detta endast en gång.[232]

Detta har även till följd att fastställande av skuld hos enskilda företrädare för företaget vare sig blir nödvändigt eller överhuvudtaget av intresse.[233]

Det är dock tydligt att denna form av organisationsskuld passar ihop endast med en normativ, social oaktsamhet som inte har mycket att göra med oaktsamhet som en skuldform som består i att man borde ha känt till betydelsen av sin handling (dvs. egentligen borde ha haft uppsåt). Det låter sig sägas att en viss handling som företagits inom ramen för ett företag inte *borde* ha blivit realiserad. Men hur uppsåt och oaktsamhet i den betydelse som ovan diskuterats – velat, känt till eller bort känna till – skall kunna kopplas till företag kan organisationsskulden inte förklara.[234]

Organisationsskulden flyttar bara frågan till en högre nivå i organisationen; istället för att fråga hur den egentliga överträdelsen skall kunna tillräknas företaget, måste vi fråga hur detta tillräknande skall ske beträffande den bristande organisationen. Schünemann har uttryckt saken på följande sätt:

> "denn so wie die juristische Person als solche keine Delikte begehen kann, kann sie ja auch als solche nicht organisieren; d. h. sie ist immer auf natürliche Personen angewiesen, die für sie handeln, und deren Verschulden würde ja allemal in gleicher Weise lediglich zugerechnet, ob es sich nun um die direkte Zurechnung eines von einem Organ begangenen Delikts oder aber um die Zurechnung eines von einem Organ begangenen Organisationsverschuldens handelt."[235]

Hur man än vänder och vrider på saken blir slutsatsen således, att uppsåt och oaktsamhet, som rena skuldformer måste hänföra sig till naturliga personer på ett eller annat sätt.[236]

[232] Tiedemann 1989 s. 175.

[233] Dannecker 1994 s. 342 och Hamann 1992 s. 172.

[234] Jfr dock Colvin 1995 s. 31 ff som argumenterar för att det alls inte är en fiktion att tala om att ett företag avser eller vet något. Som exempel dras bl.a. upp att man brukar tala om en lagstiftarvilja. Just denna lagstiftarvilja brukar emellertid anklagas för att vara en fiktion (vilken i och för sig kan vara användbar).

[235] Schünemann 1994 s. 285.

[236] Se Siohl 1986 s. 94 och Grabitz m.fl. 1994 Verordnung Nr. 17 (Art. 15) nach Art. 87 s. 13 rdnr 41.

Häri ligger också skillnaden mellan organisationsskulden och *actio libera in causa* respektive Vollrausch, eftersom man i de sistnämnda fallen hänger upp tillräknandet på *egen föregående skuld.* När det gäller organisationsskulden är också den föregående oaktsamheten någon annans, dvs. en, eller flera naturliga personers.[237]

Organisationsskulden och EG:s sanktionsrätt. Som ovan nämnts finns i tysk litteratur ett flertal förespråkare för att använda organisationsskulden som förklaringsmodell avseende den övernationella sanktionsrätten.

Såväl Tiedemann[238] som Otto,[239] Dannecker & Fischer-Fritsch[240] och Hamann[241] tar tydlig ställning för en organisationsskuld. Skälen för detta ställningstagande diskuteras i det följande.

Av praxis framgår endast att det förutsätts att företag har förmåga att ha skuld.[242] Det sägs i regel att företaget i fråga känt till eller åtminstone bort känna till de relevanta förhållandena.[243] Hur den EG-rättsliga konstruktionen egentligen ser ut får vi däremot inga närmare anvisningar om.[244] Vissa tecken tycker sig dock de ovan nämnda författarna finna.

Till att börja med sker i praxis oftast ingen fastställelse av huruvida naturliga personer känt till eller bort känna till ett visst faktum. Detta talar sammantaget med kommissionens sätt att formulera sig – t.ex. "Champagne Moët Chandon, as the parent company, must have been and in fact was aware..."[245] – för att kommissionen använder någon form av organisationsskuld.[246]

Vidare anges att en organisationsskuld är väl förenlig med den tendens som finns i praxis att ta hänsyn till företagets storlek, koncerntillhörighet, verksamhetsområde och position vid oaktsamhetsbedömningen.[247] Mot detta skulle kunna anföras att personer inom ett större etc. företag *borde* ha tillgång till, och en plikt att inhämta, mer information etc. än personer inom ett mindre företag, varför detta beaktande av företagets

[237] Schünemann 1994 s. 285.
[238] Tiedemann 1993 s. 30 hsp. samt 1993b s. 532. Se även utförligare (rörande tyska Ordnungswidrigkeiten) Tiedemann 1988 s. 1172 f och 1989 s. 173 ff.
[239] Tiedemann & Otto 1990 s. 106.
[240] Dannecker & Fischer-Fritsch 1989 s. 287 ff.
[241] Hamann 1992 s. 172 ff.
[242] Siohl 1986 s. 116 och 118 och Hamann 1992 s. 169.
[243] Se t.ex. KOMB 76/353 *Chiquita* OJ L 95/1 s. 17.
[244] Se Siohl 1986 s. 135 f samt Schroth 1993 s. 138.
[245] KOMB 82/203 *Moët et Chandon* OJ L 94/7 s. 10 hsp.
[246] Hamann 1992 s. 169.
[247] Så Dannecker & Fischer-Fritsch 1989 s. 287 samt Hamann 1992 s. 173.

storlek och position är berättigat även om man använder sig av tillräknelsemodellen.

Enligt Dannecker och Fischer-Fritsch förklarar en modell med organisationsskuld också varför kommissionen inte konsekvent kontrollerar uppsåtet hos de personer som verkställer överträdelsen, utan ibland nöjer sig med att säga att företagsledningen känt till förehavandena.[248]

Hamann påpekar också att de personer vars handlingar tillräknas företaget måhända helt saknar skuld eftersom de var och en för sig saknar överblick över vad som händer i företaget som helhet.[249] Dessutom krävs för att kunna fastställa skuld hos naturliga personer att man vet vilka dessa är; skuld ger inte som handlingar lika tydliga avtryck i yttervärlden.

Även om många av de skäl som framförts ovan är beaktansvärda och även om en organisationsskuld onekligen ter sig som en, om också inte invändningsfri,[250] möjlighet att skapa en mer självständig sanktionsrätt gentemot företag, måste organisationsskulden i detta sammanhang underkännas.

Att det är på detta vis hänger samman med att skulden inom EG-rätten så tydligt likställs med, eller åtminstone uttryckligen sägs innefatta, just uppsåt och oaktsamhet.[251]

Dannecker och Fischer-Fritsch skriver, med hänvisning till Siohl, att en personlig komponent ingående i skulden på intet sätt är nödvändig.[252] Detta må vara riktigt om man med skuld menar en socialt tillskriven skuld; dvs. att personen i fråga inte motsvarat de krav som kan ställas på honom. Som ovan beskrivits är det emellertid ogörligt att utan den omtalade personliga komponenten finna någon skuld motsvarande begreppen *velat, känt till, bort känna till.* En allmän social oaktsamhet går visserligen att skapa utan att knyta an till personer, men beträffande uppsåt är detta omöjligt.[253] Om man inte helt vill bortse från artikel 15.2

[248] Dannecker & Fischer-Fritsch 1989 s. 287.

[249] Hamann 1992 s. 174.

[250] Se t.ex. Schünemann 1994 s. 284 som menar att det sociala skuldbegreppet inte duger som grund för en personlig förebråelse, ty det man faktiskt inte kan kan man heller inte rättsligt kräva. Det sociala skuldbegreppet synes vara svårt att förena med en konsekvent genomförd konformitetsprincip.

[251] Se Siohl 1986 s. 13 med vidare hänvisningar; instämmande Tiedemann i Tiedemann & Otto 1990 s. 106. I den gemenskapsrättsliga skulden finns som ovan diskuterats åtminstone ett ytterligare element utöver uppsåt och oaktsamhet, oundviklig straffrättsvillfarelse.

[252] Dannecker & Fischer-Fritsch 1989 s. 288 samt Siohl s. 79 ff.

[253] Se Volk 1993 s. 435 vsp.: "Es ist klar, daß man einen überindividuellen Handlungsbegriff leicht bilden kann, systemtheoretisch oder wie auch immer. Ein korrespondie-

i förordning 17/62 och den praxis som utbildats – där det alltså krävs uppsåt respektive oaktsamhet i ovan beskriven form – är det således svårt att anamma organisationsskulden för EG-rättens del. För att kunna använda organisationsskulden krävs att man tar klart avstånd från ett skuldbegrepp som innefattar personliga och psykologiska komponenter; då detta inte har skett inom EG-rätten är organisationsskulden inte gångbar som förklaringsmodell.[254]

Ytterligare ett skäl till att organisationsskulden är mindre träffande är det mycket omfattande tillräknande som sker inom EG-rätten. I och med att företagen svarar för varje "person who is authorized to act on behalf of the undertaking"[255] är det svårt att se att överträdelsen på något vis skulle gå att koppla till ett fel i organisationen av företaget.[256]

7.5.3 Tillräknande av skuld från naturliga personer

Tillräknande som förklaringsmodell avseende EG-rätten. Om organisationsskulden har starkt stöd hos den tyska rättsvetenskapen, har även tillräknelsemodellen sina förespråkare. I kommentarlitteraturen utgår man t.ex. enhälligt ifrån att skuld tillräknas företagen från de naturliga personer som ingår däri.[257] Detta menar även Siohl och Hildebrandt i sina respektive dissertationer.[258] Greve synes även han mena att tillräknelsemodellen faktiskt används, men han uttalar å andra sidan sympati för en organisationsskuld.[259]

Som stöd för denna ståndpunkt anförs, förutom den ovan diskuterade omöjligheten att finna någon form av uppsåt etc. hos ett företag, vissa beslut och domar vari kommissionen respektive domstolen uttryckligen lagt vikt vid naturliga personers vetskap etc.

I kommissionens beslutspraxis har enskilda naturliga personers vetskap diskuterats, och använts för att grunda uppsåt, i fallen *Miller*,

---

render Begriff des Vorsatzes jedoch ist nur als Fiktion denkbar." Se även Straffelovrådets betænkning nr 1289/1995 om juridiske personers bødeansvar s. 10 och 55.

[254] Det är därför överraskande att läsa Dannecker & Fischer-Fritsch 1989 s. 289: "Erst im Rahmen des Organisationsverschuldens kommen die verschiedenen Verschuldensformen voll zum Tragen."

[255] C-100–103/80 *Pioneer* [1983] ECR 1825 s. 1903 punkt 97.

[256] Schünemann 1994 s. 292.

[257] Se t.ex. Grabitz m.fl. 1994 Verordnung Nr. 17 (Art. 15) nach Art. 87 s. 13 rdnr 41 och von der Groeben, Thiesing & Ehlermann 1991 s. 1980 rdnr 8. Se även Siohl 1986 s. 138 not 386 med vidare hänvisningar.

[258] Se t.ex. Siohl 1986 s. 118 ff och Hildebrandt 1990 s. 76. Hildebrandt synes dock mena att vikt också läggs vid en sorts företagsskuld, jfr s. 47.

[259] Greve 1993 s. 190 f.

Pioneer och *BNIC*.[260] I *Pioneer* citeras ett brev från Mr Todd hos företaget Shiro där han skriver:

> "I am well aware of EEC rules regarding parallel exports but quite honestly at times I am more concerned with justice than with the law itself."[261]

Kommissionen synes således lägga vikt vid vad Mr Todd vet. Likaså konstaterar kommissionen uttryckligen i *Tipp-Ex* och *Konica* att de personer som varit ansvariga känt till att åtgärderna stred mot konkurrensreglerna.[262] (Att de nämnda besluten rör förbudskännedomen torde inte ha någon betydelse i detta sammanhang; tillräknandet bör likväl ske på samma sätt.)

EG-domstolens dom i *Pioneer* synes också ge stöd åt tesen att vetskap hos naturliga personer tillräknas företaget.

Generaladvokaten *Sir Gordon Slynn* uttalar i sitt yttrande, under rubriken "Vicarious liability" att även underlydande kan arrangera samordnade förfaranden vilket således företaget får svara för.[263] Skuldproblematiken diskuteras inte uttryckligen av generaladvokaten, men eftersom den ingick som en huvudsaklig beståndsdel i företagets argumentation får antas att Slynn menar att uppsåt respektive oaktsamhet tillräknas företaget från de anställda.

På motsvarande sätt ger domstolen endast ett implicit svar på företagets argumentation:

> "It must be emphasized, in that respect, that Article 15 (1) and (2) of Regulation No 17 empowers the Commission to impose on undertakings or associations of undertakings fines where, intentionally or negligently, they have been guilty of infringements. For that provision to apply it is not necessary for there to have been action by, or even knowledge on the part of, the partners or principal managers of the undertaking concerned; action by a person who is authorized to act on behalf of the undertaking suffices."[264]

Om "knowledge" eller något liknande nämnts också efter semikolonet hade domstolens uttalande tvivelsutan gett stöd för tillräknelsetanken. Nu blir frågan mer öppen; att vetskap (uppsåt) etc. inte behöver föreligga hos personer i ledande ställning bör visserligen innebära att det räcker

[260] KOMB 76/915 *Miller* OJ L 357/40 s. 42 hsp., KOMB 80/256 *Pioneer* OJ L 60/21 s. 36 hsp. samt KOMB 82/896 *BNIC* OJ L 379/1 s. 13 hsp.
[261] KOMB 80/256 *Pioneer* OJ L 60/21 s. 36 hsp. Som ovan visats kan man av förbudskännedom i regel dra slutsatser angående uppsåtet.
[262] KOMB 87/406 *Tipp-Ex* OJ L 222/1 s. 10 hsp. och KOMB 88/172 *Konica* OJ L 78/34 s. 42 vsp.
[263] C-100–103/80 *Pioneer* [1983] ECR 1825 s. 1949 vsp.
[264] C-100–103/80 *Pioneer* [1983] ECR 1825 s. 1903 punkt 97.

med att underordnade har vetskap. (Den sista meningen implicerar med denna läsning att såväl handling som skuld kan tillräknas från varje person som har behörighet att handla å företagets vägnar.) Men eftersom inget sägs explicit om att skuld – utan endast "action" – hos de underlydande räcker, går det även att läsa uttalandet som om skulden varken skall hänföra sig till personer i överordnad eller underordnad ställning, utan till företaget som sådant.[265]

Som synes är stödet i praxis för tillräknandetanken inte i sig av sådan styrka att det omedelbart tillåter att slutsatser dras. Sammantaget med den rent begreppsliga omöjligheten att finna uppsåt och oaktsamhet (i den mening vartill EG-domstolen och kommissionen åtminstone enligt orden bekänner sig) hos företaget i sig är den enda rimliga slutsatsen att en tillräknelsemodell används.

Den enda möjliga utvägen är annars att se alla yttranden om vetskap etc, i praxis, som rena fiktioner som tillskrivs företagen. Den lösningen ter sig i alla fall för mig mindre tilltalande, eftersom den på ett sätt utgör ett grundskott mot allvarligt menad rättsdogmatik; kan man inte ta domstolarnas ord på allvar och om språket även i en ganska bestämmande kontext inte har någon mening, blir det inte mycket kvar att bygga på.[266]

Att vi kommit fram till att tillräknelsemodellen bör användas löser emellertid inte alla problem; tvärtom uppstår en mängd nya frågor som söker svar.

Ett av de mer besvärliga problemen rör frågan om vems uppsåt respektive oaktsamhet som är av relevans. I den ovan citerade domen i *Pioneer* finns troligtvis stöd för att tillräkna företaget skuld från alla personer som har behörighet att handla å företagets vägnar. Men inte sällan är flera personer inblandade i samband med överträdelsen. Hur, exempelvis, skall tillräknandet ske när en handläggande tjänsteman har uppsåt, medan företagsledningen handlat blott oaktsamt?[267] Likaså kan frågan ställas vad som straffvärdemässigt väger tyngst: uppsåt hos en underordnad eller oaktsamhet hos en överordnad?[268]

[265] Jfr Tiedemann & Otto 1990 s. 108.

[266] Det är naturligtvis möjligt att använda en modell som fordrar både tillräknande och organisationsskuld, dvs. utöver uppsåt eller oaktsamhet hos anställda fordras, som en extra förutsättning, att företaget som sådant inte levt upp till de krav som rimligen kan ställas på ett företag av ifrågavarande typ.

[267] Exemplet är hämtat från Dannecker & Fischer-Fritsch 1989 s. 289.

[268] Dannecker & Fischer-Fritsch 1989 s. 289.

Tillräknande och skuldprincipen. När vi nu konstaterat att det EG-rättsliga företagaransvaret bygger på tillräknelsetanken, är det av intresse att se om denna konstruktion är förenlig med skuldprincipen.

Siohl menar att en distinktion härvidlag måste göras mellan *ansvar för annans skuld* och *tillräknande av skuld*, varvid endast den senare varianten är förenlig med skuldprincipen.[269] Om hur skiljelinjen mellan ansvar för annan och tillräknande skall dras ges emellertid inga klara anvisningar.[270]

Det sägs att begreppet tillräknande – vilket alltså är den tillåtna varianten – används endast i de fall "in denen die handelnden Personen eng an das Unternehmen gebunden sind".[271] Vidare uttalas att tillräknande slutligen leder till att företaget blir ansvarigt för sin "egen" skuld och att tillräknandet nyttjas för att komma till rätta med de speciella förhållanden som föreligger när juridiska personer är inblandade.[272] Slutligen sägs också att konstruktionen är ett "Kunstgriff" som syftar till att i möjligaste mån likställa juridiska och naturliga personer.[273] För att skulden skall kunna tillräknas företaget som egen är vidare viktigt att den personkrets för vilken företaget svarar inte är alltför omfattande.

Ansvar för annans skuld kräver inte denna begränsning av personkretsen. Eftersom ansvaret är vikarierande, man ansvarar för någon annan, finns inget skäl att söka sig så nära företaget som möjligt. Som exempel på ansvar för annans skuld anges de tankar lagstiftaren hade inför införandet av 30 § OWiG.[274] Denna exemplifiering är numera tvivelaktig inte minst eftersom BVerfG har uttalat att de juridiska personerna ansvarar för de naturliga personers skuld, vilken låter sig tillräknas såsom företagets egen.[275] Enligt BVerfG är det således inte fråga om ansvar för annans skuld utan om tillräknande.

Hur som helst bör den uppdelning som görs avvisas. Om vi håller oss till de "psykologiska" delarna av skuldbegreppet, dvs. uppsåt och oaktsamhet, är det svårt att se annat än att skillnaden mellan de båda

[269] Denna tanke återfinns även hos andra. Se Hamann 1992 s. 171 med vidare hänvisningar.
[270] Siohl 1986 s. 139 medger också att de båda begreppen inte innehållsmässigt klart kan skiljas åt.
[271] Siohl 1986 s. 140.
[272] Siohl 1986 s. 140. De speciella förhållanden som syftas på är följande: "Im Gegensatz zu natürlichen Personen haben Verbände keinen eigenen Willen im psychischen Sinne, da sie (im medizinischen Sinne) kein Gehirn haben."
[273] Siohl 1986 s. 141.
[274] Siohl 1986 s. 141 ff.
[275] BVerfGE 20, 323, 335 f, Boujong 1989 s. 384 f rdnr 11 samt Göhler 1995 s. 205 rdnr 12.

alternativen endast är terminologisk.[276] Tillräknande av skuld måste för att skilja sig från ansvar för annans skuld grundas i en företagets egen skuld, ty ett rent objektivt tillräknande måste väl vara detsamma som strikt ansvar för andra?[277] Därmed blir det ingen skillnad på tillräknande och ansvar för annans skuld eftersom företag, som konstaterats, saknar förmåga till egen skuld; också om man utgår från en organisationsskuld flyttas frågan endast upp en nivå.[278]

Vi hamnar därmed i ett läge där vi talar om skuld i en situation där ordet efter dess tidigare användning inte hör hemma:

> "Wenn eine Maßnahme Schuld voraussetzt, die wiederum Handlungsfähigkeit und Willensfreiheit erfordert, so kann sie gegen juristische Personen überhaupt nicht angeordnet werden, und wenn man die Zurechnung der Schuld ... ebenfalls als »Schuld« bezeichnet, so kann dieser sprachliche Fehlgriff natürlich nichts daran ändern, daß eine derartige »vicarious liability« mit dem Legitimationsgesichtspunkt der Schuldvergeltung auch nicht das mindeste mehr gemein hat."[279]

Det är naturligtvis möjligt att utvidga skuldbegreppet (och handlingsbegreppet) så att det även passar in på juridiska personer.[280] Men i så fall finns en uppenbar risk att begreppet inte på ett fullgott sätt kan fullgöra den funktion det har i dag. Bättre än att ändra begreppen så att de passar in också på juridiska personer synes därför vara att *acceptera skillnaderna mellan naturliga och juridiska personer* och med denna insikt som utgångspunkt skapa en egen och fristående dogmatisk konstruktion för de senare.

På ett liknande sätt synes även Schünemann och Träskman mena att det när det gäller den dogmatiska uppbyggnaden av företagsansvaret är förfelat att söka likställa juridiska personer med naturliga.[281] Att det sedan kan finnas skäl att sträva efter neutralitet (i den meningen att det

[276] Jfr Siohl 1986 s. 144 not 397 med hänvisning till Baumann.

[277] Jfr Hamann 1992 s. 171: "Aus dem Schuldgrundsatz folgt, daß der Täter nur bestraft werden darf, wenn die Tat ihm als Rechtssubjekt vorgeworfen werden kann. Dem Täter muß also ein eigenes Versagen vorgeworfen werden, nur hierfür und nicht für das Versagen anderer hat er einzustehen."

[278] Jfr beträffande tillräknande av handlingar Lampe 1994 s. 731.

[279] Schünemann 1979 s. 234 f.

[280] Jfr t.ex. Tiedemann 1989 s. 173 som synes uppfatta sin organisationsskuld som en utvidgning av det traditionella skuldbegreppet. Se också Ehrhardt 1994 s. 185 ff med sammanfattning på s. 198 f.

[281] Schünemann 1979 s. 235 och 1994 s. 285 samt Träskman 1977 s. 272. Här kan också hänvisas till SOU 1997:127 där företagets ansvar knyts till brott begångna av fysiska personer, se t.ex. del A s. 234 ff.

straffbara området är lika omfattande inom som utom företag) är en annan sak.

Trots att uppsåt och oaktsamhet krävs för att företag skall kunna ådömas böter enligt EG:s sanktionsrätt är det således omöjligt att förena dessa sanktioner med skuldprincipen. Eftersom skuldprincipen inom EG-rätten *inte* är upphöjd till en författningsskyddad frihet, får detta emellertid inga direkta praktiska konsekvenser.[282] Huruvida ett företagsansvar, trots att det inte kan förenas med skuldprincipen, är legitimt skall diskuteras i nästa avsnitt.

Att det, trots att det inte kan sägas leda till att skuldprincipen upprätthålls, krävs uppsåt eller oaktsamhet hos den enskilde handlande är likväl förståeligt. Det krävs ju att man på något sätt avgränsar de företeelser för vilka företaget får svara. Härvidlag synes det vara praktiskt fördelaktigt att söka efter en neutralitet såtillvida att företagen inte svarar för sådana handlingar som inte hade utgjort brott om de vidtagits av en enskild person. Utöver detta krav på att ett brott skall ha begåtts synes därjämte böra krävas ett funktionellt samband mellan företagets verksamhet och det ifrågavarande brottet.[283] Denna koppling är naturligtvis ofta, för att inte säga alltid, tydlig när de gäller de delikt (konkurrensstridigt beteende, subventionsbedrägerier, överskridande av minimiprisregleringar etc.) som förekommer inom EG:s sanktionsrätt.

7.5.4 Är företagsansvar utan skuld legitimt?

I detta avsnitt skall diskuteras huruvida det överhuvudtaget är kriminalpolitiskt försvarbart att, i strid med skuldprincipen (se föregående avsnitt), utdöma straffrättsliknande sanktioner emot företag.

Enligt en ofta framförd åsikt ligger grunden för sanktioner riktade direkt emot företag däri att reciprocitet bör råda såtillvida att företaget får ta såväl önskade som oönskade konsekvenser av sina anställdas handlande.[284]

Vidare brukar uttalas att preventionsbehovet blir otillräckligt tillgodosett om sanktionerna enbart riktas mot naturliga personer, eftersom sanktionens stränghet då kommer att anpassas efter den enskilde och inte efter företaget. Dessutom kan företagets väl och ve utgöra starka handlingsskäl för den anställde, varför en sanktion riktad mot företaget

[282] Därtill anser BVerfG och förmodligen även EG-domstolen att tillräknande av skuld är förenligt med skuldprincipen.
[283] Jfr SOU 1997:197, del A s. 304 ff.
[284] Se t.ex. Deruyck 1991 s. 246, Fijnaut & Scarlett 1993 s. 115, Greve & Langsted 1992 s. 29 f, Hirsch 1995 s. 297 samt Volk 1993 s. 430 hsp.

bör medföra att det framstår som mindre lockande att begå brott i företagens intresse. Utan ett företagsansvar kan den handlande känna att han offrar sig, tar risken, för företagets räkning.

Huruvida dessa försök att motivera ett företagsansvar är hållbara och applicerbara på EG:s sanktionsrätt skall diskuteras i det följande. Vill man kan man säga att detta avsnitt syftar till att – från utgångspunkten att skuldprincipen inte tillgodoses – utvärdera EG:s sanktionsrätt ur kriminalpolitisk synvinkel.

Utgångspunkter. För att på allvar kunna fullfölja denna uppgift måste först vissa utgångspunkter fastslås. Eftersom dessa utgångspunkter närmast rör straffrättens väsen kan det inte komma ifråga att närmare motivera dem; för detta skulle krävas en egen avhandling.[285]

Såvitt jag kan förstå finns i princip två sidor att ta hänsyn till när det skall avgöras huruvida företagsansvar är legitimt.

För det första måste avgöras huruvida ett dylikt ansvar är rationellt utifrån vad som kan karaktäriseras som utilitaristiska överväganden. Till grund för straffrätten ligger allmänpreventiva överväganden; straffrätten skall förhindra att vissa skyddsintressen träds för när.[286] Om ett företagsansvar inte bidrar till att så blir fallet är givet att företagsansvaret inte kan försvaras från etiska utgångspunkter.[287] Det kan aldrig vara befogat att – utan skuld hos företaget – straffa detta, om det inte gör någon nytta.

Denna preventiva motivering av straffsystemet leder sammantaget med principen om straffrätten som *ultima ratio*,[288] till att vissa underprinciper kan preciseras. Detta har gjorts bl.a. av Schünemann.[289]

I Schünemanns modell fordras till att börja med att den sanktion som skall bedömas är *ägnad* att bidra till att säkra ett skyddsintresse. Detta är emellertid endast ett första krav. På grund av *ultima ratio*-principen bör sanktionen ifråga också vara *nödvändig* för ett godtagbart skydd av intresset. Räcker det att sätta in andra och mildare medel skall dessa användas i första hand. Först om en sanktion både är ägnad och nödvändig för att åstadkomma ett acceptabelt skydd finns anledning att gå vidare till en *avvägning mellan nytta och skada.* I detta led kontrolleras

[285] Se Schünemann 1979 s. 197.

[286] Se Jareborg 1994 s. 326 och 328 ff och Schünemann 1979 s. 197 f.

[287] Jfr Jareborg 1992 s. 138 samt Jakobs 1993 s. 7: "eine nutzlose Strafe [kann] im säkularisierten Staat überhaupt nicht legitimiert werden ... ; Strafe muß zur Erhaltung der sozialen Ordnung notwendig sein – ohne diesen Zweckbezug wäre sie ihrerseits ein nutzloses Übel".

[288] Se t.ex. Jareborg 1994 s. 324.

[289] Se för det följande Schünemann 1979 s. 198 ff.

således att oönskade bieffekter inte förtar det resultat som sanktionen skapar. Sålunda kan t.ex. ett genombrott av tryckfrihetsrätten förta den nytta som en eventuell kriminalisering av innehav av barnpornografi skulle innebära.[290]

Det är tydligt att denna modell påminner mycket om den proportionalitetsprincip som nyttjas – inte minst inom EG – i stats- och förvaltningsrättsliga sammanhang. Att modellen inte är alldeles oantastlig till sin uppbyggnad har påvisats ovan i kapitel 4. Exempelvis synes kravet på att sanktionen skall vara *duglig* för att uppnå det ifrågavarande målet vara helt överflödigt.

Denna första del av bedömningen av en sanktions legitimitet kallas i fortsättningen för *nivå 1.*

För det andra krävs att systemet är etiskt försvarbart. Dvs. även om ett visst system medför vissa fördelar kan det vara så orättfärdigt att vi förkastar det på strikt etisk basis.[291]

Man kan naturligtvis säga att etiska hänsynstaganden bör ingå i en bedömning av huruvida fördelarna med ett visst system är större än nackdelarna. Att det likväl synes vara fördelaktigt att dela upp bedömningen i två delar kan knappast betvivlas. Bland annat kan en dylik uppdelning bidra till att orsaken till oenighet i dessa frågor blir synlig.

Denna värderationella del av legitimationen kallas fortsättningsvis för *nivå 2.*

Bedömning. Till att börja med skall diskuteras huruvida företagsansvarets oförenlighet med skuldprincipen har några konsekvenser för bedömningen av nivå 1. Härvid utgår jag ifrån att rättsstatliga kriminaliseringskrav som inte har att göra med skuldprincipen är uppfyllda (t.ex. att ett företagsansvar inom många områden är både ägnat att, och nödvändigt för att uppnå en tillräcklig preventionsnivå).[292] Som exempel på områden där det framstår som plausibelt att ett dylikt ansvar skulle ha nämnvärda preventiva effekter är t.ex. konkurrensrätten och miljörätten.

Även om det som sägs i detta avsnitt i mångt och mycket är influerat av vad Schünemann har skrivit om företagsansvar, är det i just detta

[290] Detta förutsätter i och för sig att man funnit att en innehavskriminalisering kan bidra till ett skydd av det aktuella intresset (dvs. i det här fallet till att de utnyttjade barnen inte kränks).

[291] Jfr Schünemann 1979 s. 200 f där han kritiserar att Maßregeln vanligtvis rättfärdigas endast genom proportionalitetsprincipen (se 62 § StGB). Detta visar enligt Schünemann endast att Maßregeln är målrationella inte att de också besitter en "wertrationaler Legitimation".

[292] En grundlig genomgång av preventionsbehov etc. finns i Schünemann 1979 passim. Se också Ehrhardt 1994 kapitel 5.

sammanhang det finns skäl att rikta kritik mot hans tankar. Schünemann skriver sålunda att en bristande skuldförmåga hos företagen "spielen zunächst einmal für die zweckrationale *Notwendigkeit* einer Maßnahme nicht die geringste Rolle".[293] Schünemann menar således att skuldprincipens vara eller icke vara inte har någon betydelse för nivå 1; huruvida ett företagsansvar är ägnat att och nödvändigt för att åstadkomma ett godtagbart skydd för vissa intressen, samt medför med nytta än skada skulle sålunda kunna bedömas helt oberoende av om skuldprincipen kan upprätthållas.

Som diskuterats ovan i avsnitt 7.1.1 är det emellertid inte enbart, om också främst, argument som hänger samman med rättsstatliga värderingar (närmast motsvarande nivå 2) som motiverar skuldprincipen. Den är också i någon mån i hopkopplad med allmänpreventiva överväganden (närmast motsvarande nivå 1). Således bör även "die zweckrationale *Notwendigkeit*", dvs. nivå 1, påverkas av att skuldprincipen överges.

Viktigast av kopplingarna mellan skuldprincipen och allmänpreventionen är teorin att straff utan skuld kan framstå som orättvisa och därmed i slutändan verka preventionshämmande. Exempelvis kan det framstå som obilligt att aktieägarna, vilka i realiteten på intet sätt kunnat hindra de överträdelser som begåtts av företagets företrädare, drabbas av de böter som ådöms företaget.[294] (Detta innebär som synes att de etiska betänkligheter som är av högsta relevans på nivå 2 kan få praktiska återverkningar redan på nivå 1.) I vilken omfattning dylika orättvisor påverkar den preventiva effekten av straff är naturligtvis mycket svårt att sia om. Det synes dock rimligt att anta att effekterna är små, särskilt med tanke på att de orättvisor som det är fråga om inte är alldeles uppenbara (se vidare nedan rörande nivå 2).

Att straffrätten genom sitt krav på föregående kriminalisering – ett villkorat straffhot – rent begreppsligt riktar sig mot människor som kan handla annorlunda är inget som talar emot ett straffhot riktat mot juridiska personer. Eftersom det alltid är naturliga personer som handlar å företagets räkning, får dessa betraktas som förhållningsregelns egentliga adressater.[295] Hotet kan egentligen sägas lyda: "om du gör X (straffbelagd gärning) döms ditt företag till böter". Tanken är således att företagets väl och ve utgör handlingsskäl för den anställde och att denne på det viset påverkas av straffhotet. I detta ligger inga problem utöver de rent etiska. Vidare framstår det härmed som förklarligt varför man lägger vikt vid den anställdes skuld; den som förhållningsregeln egentli-

[293] Schünemann 1979 s. 233.
[294] Jfr Schünemann 1994 s. 284 f och Ehrhardt 1994 s. 209 ff.
[295] Liknande Ehrhardt 1994 s. 201 f.

gen riktar sig mot bör alltid vara en person med förmåga att svara upp till regelns krav.

Även om företaget inte därigenom kan sägas inneha skuld, så framstår ett dylikt ansvar i allt fall som mindre godtyckligt än ett ansvar som utdöms på fullständigt objektiva grunder (dvs. utan att den för företaget handlande personen kunde ha gjort annorlunda).

Den tredje kopplingen mellan prevention och skuld, att det i frånvaro av skuld saknas ett preventionsbehov, har avfärdats ovan (avsnitt 7.1.1) varför hänsyn inte behöver tas till denna här.

Sammanfattningsvis kan konstateras att det finns skäl att anta att ett företagsansvar i viss utsträckning kan framstå som obilligt och av denna anledning ha vissa preventionshämmande bieffekter. I övrigt har övergivandet av skuldprincipen ingen betydelse före nivå 1. I den tankestruktur som utvecklats ovan är företagsansvar, vilket delvis förutsatts, fortfarande ägnat och nödvändigt för att skydda de intressen som är aktuella. Vid avvägningen mellan nytta och kostnad tillkommer emellertid ovan nämnda bieffekt. En sammantagen bedömning ger likväl resultatet att ett företagsansvar inom många områden skulle ha en inte obetydlig preventiv effekt och att nyttan således inom många områden skulle överväga kostnaderna.

Från rent preventiv synvinkel ligger således inget märkligt i att straffa företaget för den anställdes skuld.

Om vi övergår till nivå 2 kan konstateras att följden av att skuldprincipen icke är tillämpbar här blir mer betydelsefull. Det som i den vanliga straffrätten gör att det framstår som etiskt försvarbart med straff är, i stor utsträckning, att det hela tiden knyts an till något som den som skall straffas *har gjort på ett sätt som han kan klandras för.* Genom att detta sker, kan även en straffrätt vars bärande idé är allmänpreventionen undgå att, efter Kant, bli beskylld för att använda människor enbart som medel och inte som ett mål i sig.[296] Skuldprincipen är således en av de hörnstenar som bidrar till att straffrätten, i all sin grymhet, framstår som etiskt acceptabel. Även om människor straffas behandlas de i allt fall som människor.[297] Man kan kalla skuldprincipen för – åtminstone en del av – straffrättens *legitimation.*[298] När skuldprincipen nu ovan har avfärdats såsom icke tillämpbar när det gäller företagsansvar måste vi finna en annan legitimation för dessa sanktioner.[299]

[296] Se t.ex. Jakobs 1993 s. 7 samt Roxin 1994 s. 714 rdnr 33.
[297] Se t.ex. Jareborg 1992 s. 145 och 240.
[298] Se Schünemann 1979 s. 199.
[299] Schünemann 1979 s. 235.

Schünemann menar att det förhållande som kan legitimera ett företagsansvar är ett "*Rechtsgüternotstand*" som kan härledas från en "*notstandsähnlichen Schwächung der Preventionseffizienz*" vad gäller kriminalitet inom företag.[300] Legitimationsprincipen skulle således vara densamma som ligger till grund för BrB 24:4 och StGB 34 §. En straffsanktion mot företag är därvid enligt Schünemann godtagbar när:

> "*der erforderliche Rechtsgüterschutz auf andere Weise nicht sichergestellt werden kann, wenn die Erhaltung der gefährdeten Rechtsgüter schwerer wiegt als die dem Verband zugefügte Einbuße und wenn eine derartige Verfolgung des höherrangigen auf Kosten des geringerwertigen Interesses nicht gegen sonstige rechtsetische Prinzipien verstößt*".[301]

Med denna legitimation kommer Schünemann till frågan huruvida ett företagsansvar är rättfärdigat enligt nödrätten (dvs. huruvida en nödsituation föreligger, huruvida företagsansvaret är ägnat att och nödvändigt för ett godtagbart skydd, huruvida preventionsintresset väsentligt överstiger ingreppet samt huruvida ett företagsansvar är lämpligt).

Även om själva grundtanken, att en nödliknande situation, skulle kunna motivera ett företagsansvar i allt väsentligt är övertygande förefaller denna test enligt 34 § StGB emellertid vara något konstlad. Nödrätten i 34 § StGB nyttjas ju för att göra en eljest rättsstridig gärning rättsenlig. När avvägningsnormen har utformats har detta sålunda skett med den förutsättningen att den gärning som skall rättfärdigas är en straffbelagd gärning. Det synes därför vara tvivelaktigt om paragrafens avvägningsnorm rakt av kan appliceras på statliga lagstiftningsåtgärder. Det framstår t.ex. som högst tveksamt huruvida principen om det väsentligen övervägande intresset kan tillämpas i samband med lagstiftningsåtgärder.

Dessutom har vissa av de krav som paragrafen uppställer redan kontrollerats (eller i förekommande fall förutsatts) när vi undersökte huruvida ett företagsansvar – trots att det inte kan bygga på skuldprincipen – var målrationellt. I principen om straffrätten som ultima ratio finns i princip ett krav på nöd inbyggt (om också detta sällan tas på allvar).

Vad som blir kvar av nödparagrafen är kravet på att åtgärden inte får strida mot "sonstige rechtsetische Prinzipien" och detta är såvitt jag kan se inget annat än en kontroll av att det är möjligt att etiskt motivera ett företagsansvar, under förutsättning av att detta är målrationellt.

Den som vill spetsa till problemet härvidlag skulle t.ex. kunna säga att ett företagsansvar (för anställdas skuld) är jämförbart med ett ansvar

[300] Schünemann 1979 s. 236 (jfr även s. 200 f) samt 1994 s. 286.
[301] Schünemann 1979 s. 236 f.

för barn (för föräldrars skuld). I grunden är ju tanken i båda fallen att omsorg om någon eller något skall utgöra ett handlingsskäl som är tillräckligt starkt för att förmå någon att avstå från att begå en straffbelagd handling.

Jämförelsen är naturligtvis uppenbart missvisande på många sätt,[302] men den kan likväl vara användbar. Vi kan nämligen utan vidare utgå ifrån att ett ansvar för barn (för föräldrars skuld) anses vara så oetiskt att det skulle förkastas oberoende av om de preventiva effekterna skulle visa sig vara mycket stora. Uppgiften för den som vill godta ett företagsansvar blir därför att finna så stora skillnader mellan barn/föräldrarelationen (nedan familjefallet) och företag/anställda-relationen (nedan företagsfallet) att ett ansvar i det senare fallet framstår som etiskt acceptabelt.

Vilka skillnader står då att finna mellan dessa båda relationer?

En sak som är ganska uppenbar är att i familjefallet är den som får svara en människa, medan den vartill sanktionen riktas i företagsfallet är en juridisk konstruktion. Med avseende på argument rörande människovärde etc. synes denna skillnad ha genomgripande konsekvenser. Något som inte kan förbises är emellertid att bakom ett företag står alltid i slutändan naturliga personer. Likväl är det så att sanktionen träffar dessa på ett ganska indirekt sätt. Ett aktiebolag är ju konstruerat för att aktieägarna skall kunna sägas vara i en mening fristående från bolaget; deras ekonomi sammanfaller inte. Därför synes det vara en, ur etisk synvinkel, avgörande skillnad att ett företagsansvar inte riktar sig mot någon människa. Tyska Bundesverfassungsgericht har visserligen förklarat att de rättigheter som slås fast i författningen gäller också juridiska personer.[303] Detta synes emellertid inte kunna förklaras enbart utifrån etiska hänsynstaganden till juridiska personer.

En annan punkt av relevans är att om nu straffet oförtjänt drabbar företaget, och i slutändan aktieägarna, så måste detta också gälla eventuella vinster. Om en anställd gör något mycket vinstgivande kommer denna fördel omedelbart företaget tillgodo, utan att företaget som sådant kan sägas ha gjort sig förtjänt av det. Ett företagsansvar innebär alltså en viss reciprocitet mellan (positivt värderade) chanser och (negativt värderade) risker. Detta faktum synes i sig tala för att företaget, som sådant, får ta de risker som är förknippade med verksamheten.[304]

[302] Bland annat såtillvida att ett ansvar för barn (för föräldrars skuld) får antas ha en betydligt större preventiv effekt.

[303] Se BVerfGE 10, 89, 99 samt BVerfGE 20, 323, 336.

[304] Så också Schünemann 1979 s. 241 och Colvin 1995 s. 29.

Att påstå att en förälders förtjänster på motsvarande sätt direkt kommer barnet tillgodo är givetvis inte riktigt. En annan sak är att föräldern i många fall låter barnet komma i åtnjutande av fördelar som beror på olika typer av förtjänster hos föräldern.

Synpunkten att det är rättvist att företaget, och därmed ytterst aktieägarna, får ansvara för en del av det som sker i ett företag har utvecklats av bl.a. Fisse. Han framhåller att rättvisan här inte i första rummet rör "individual desert" utan "individual justice as fairness".[305] Med detta avses att det i första hand inte är rättvisa i form av förtjänst utan rättvisa i form av fördelning som skall vara styrande. (Idén bygger i grunden på den numera, med rätta, kritiserade "unfair advantage" teorin.)[306] Fisse argumenterar således för att även om den börda som belastar aktieägarna inte är förtjänt, så är den förenlig med principen om "retributive justice as fairness" och bygger härvidlag på tre argument.[307]

För det första drabbas de som ytterst får bära kostnaden endast av denna kostnad och inte av den klandrande eller stigmatiserande delen av straffet (som direkt drabbar företaget). För det andra ligger det i själva delägarskapet att man går in i verksamheten med vetskap om att utfallet snarare beror av företagets risker och chanser än av egen personlig förtjänst. För det tredje slutligen skulle ett underkännande av möjligheten att på detta sätt bestraffa företag innebära att företagen fick åtnjuta oproportionellt stora förmåner på samhällets bekostnad. Det sista argumentet innebär såvitt jag förstår att det skulle innebära en orättvis fördelning av de fördelar som överträdelsen skapat, om man låter dessa tillfalla enbart företaget och aktieägarna.

Man kan möjligen också anföra att det trots allt föreligger en orsaksrelation mellan bildandet av företaget och det överträdelser som begås. Brotten hade s.a.s. aldrig förverkligats om den inte varit för företagets verksamhet. I slutändan kan man säga att sanktionen träffar den som föranleder verksamheten. Om vi jämför med familjefallet är det uppenbart att detta är ett av de skäl som gör att ett ansvar för barn (för föräldrars skuld) framstår som alldeles orimligt. Ett ansvar för föräldrar (för barns skuld) framstår inte i samma grad som förkastligt. Även om jag på intet sätt vill förorda sistnämnda typ av ansvar så visar det i alla fall att en orsaksrelation kan innebära en relevant skillnad i förhållande till situationer där en sådan relation inte föreligger.

[305] Fisse 1983 s. 1174.
[306] Se Fisse 1983 s. 1169. För en sammanfattning av kritiken se t.ex. von Hirsch 1993 s. 7 f.
[307] Se för nästa stycke Fisse 1983 s. 1175 f.

Ytterligare en sak som talar för att ett företagsansvar kan motiveras från etisk synpunkt är att företag ofta är uppbyggda på ett sätt som gör att en viss position blir viktigare än den individ som in concreto intar positionen. I många fall är det på grund av positionen givet vad en viss individ – i en viss position – har att göra. Därmed synes det från social-etisk utgångspunkt ibland vara naturligt att rikta in sig på att bestraffa den som s.a.s. förfogar över rollen snarare än rollinnehavaren.

Det är givet att något auktoritativt svar på frågan, om det är etiskt acceptabelt att ha ett företagsansvar, inte kan ges. De skillnader, som ovan påvisats i ansvarshänseende mellan ett företagsansvar och ett personligt ansvar för annans skuld, gör emellertid att jag inte kan finna annat än att ett företagsansvar i vart fall är, ur etisk synvinkel, åtskilligt mindre betänkligt än ett vikarierande ansvar för naturliga personer. Ett företagsansvar bör således inte principiellt sett vara uteslutet.

Huruvida ett företagsansvar verkligen är preventivt nödvändigt, vilken utformning det bör ha samt vilken relation ett sådant ansvar bör ha till individuellt ansvar är frågor som ligger utanför denna framställning. Jag vill dock ansluta mig till författare som starkt betonar företagsansvarets subsidiära karaktär.[308] Uppenbart är att detta står i strid med hur ett sådant ansvar nyttjas inom EG-rätten. Att företagsansvaret inom EG inte används på sätt som här förordas är dock naturligt eftersom EG saknar allmän straffrättslig kompetens. En samordning av det kollektiva och det individuella ansvaret är naturligen lättare att åstadkomma när den legislativa kompetensen finns hos en och samma institution. Såsom kompetensen är fördelad idag skulle en samordning av företagsansvaret och det individuella ansvaret fordra ett nära samarbete och ömsesidig anpassning mellan EG:s institutioner och dess medlemsstater. Detta har hittills inte framstått som realistiskt.

7.5.5 Sammanfattning

I föregående avsnitt har frågan om hur juridiska personer skall kunna tillskrivas skuld behandlats. Ett av de mer intressanta försöken att förena ett sanktionsrättsligt företagsansvar med skuldprincipen – organisationsskulden – har beträffande EG-rättens del avvisats eftersom skuld inom EG:s sanktionsrätt i princip likställs med uppsåt respektive oaktsamhet. Dessa begrepp är förbundna med psykiska företeelser. Hur företag kan *vilja, känna till eller böra känna till* olika förhållanden kan organisationsskulden inte förklara.

[308] T.ex. Schünemann 1979.

Med ett dylikt skuldbegrepp är det ofrånkomligt att på ett eller annat sätt knyta an till naturliga personer. En tillräknelsemodell har därför accepterats. Vidare har påvisats att en tillräknelsemodell skapat ett flertal nya, och än så länge olösta problem, i och med att det på intet sätt är givet vilken naturlig persons skuld som är av relevans. Inom EG-rätten synes gälla att företaget kan tillräknas skuld från alla personer som har befogenhet att handla å företagets vägnar. Vidare har jag instämt i Schünemanns tes att tillräknande av skuld aldrig kan bli en företagets egen skuld, såvitt vi inte förändrar, och uttunnar betydelsen av skuldbegreppet.

Slutligen har jag, trots att skuldprincipen inte kan upprätthållas i dessa fall, tagit ställning till förmån för sanktioner riktade direkt mot företag. Vad man kan kritisera i den EG-rättsliga sanktionsrätten är inte förekomsten av ett företagsansvar, utan att detta ansvar används primärt, som en förstahandsåtgärd. Detta synes emellertid kunna förklaras av att EG, såsom gemenskap, saknar straffrättslig kompetens och att en direkt samordning av den individuellt och kollektivt inriktade sanktionsrätten därför skulle fordra ett samarbete mellan EG:s institutioner och medlemsstater i en omfattning som åtminstone hittills inte framstått som realistisk.

DEL III

OM DE EG-RÄTTSLIGA SANKTIONERNAS KARAKTÄR

I denna tredje del av avhandlingen skall frågan om de EG-rättsliga sanktionernas karaktär behandlas. Bör de betraktas som straff eller som sanktioner av annan – administrativ – karaktär. Att frågan uppkommer i detta sammanhang, dvs. i samband med EG-rättens sanktioner, är inte ägnat att förvåna. Å ena sidan finns i såväl artikel 15.4 förordning 17/62 som i förordning 2988/95 uttryckligen stadgat att böterna och de andra sanktionerna inte är att betrakta som straff. Å andra sidan är de sanktioner som utdöms, åtminstone inom konkurrensrätten, av närmast drakoniskt format; mot Tetra Pak utdömdes 1992 böter om 75 miljoner ECU, vilket då motsvarade nära 600 miljoner svenska kronor.

I doktrinen ägnas, i snart sagt varje framställning som berör EG:s förhållande till straffrätten, åtminstone några rader åt frågan.[1] Trots detta kan inte sägas att frågan är tillfredsställande behandlad. Dels är det, med ett fåtal undantag, ganska ytliga analyser som företas, dels begränsas diskussionen ofta till att gälla de konkurrensrättsliga böterna (vars karaktär kanske kan sägas vara den som är minst diskutabel).

En grundläggande orsak till det otillfredsställande läget, på detta liksom på andra områden där oklarheter föreligger, torde helt enkelt vara att det saknas en god teori att luta sig mot. Detta innebär nu inte att syftet med denna framställning är att åstadkomma en revolutionerande teori som löser alla problem. Vissa synpunkter på hur man kan se på problemet kommer givetvis att framläggas, men dessa är närmast skissartade till sin karaktär. Förhoppningen är dock att den analys som leder fram till målet i någon utsträckningen skall öka förståelsen för problemet och dess svårighetsgrad. Möjligen kan några diskussionspunkter

[1] Se t.ex. Barents 1985 s. 241 ff, Dannecker 1991 s. 269 f, Dannecker 1995 s. 104, Dieblich 1985 s. 248 ff, Grabitz m.fl. 1994 Verordnung Nr. 17 (Art. 15) nach Art. 87 s. 3 f, Grasso 1993 s. 128 f, Greve 1993 s. 13 ff, Hildebrandt 1990 s. 11 ff, Ipsen 1972 s. 534, Oehler 1983 s. 563 f rdnr 935–940, Oehler 1983a passim, Pache 1994 s. 252 ff och 265 ff, Sevenster 1992 s. 32 f (särskilt fotnot 12), Siohl 1986 s. 21 ff, P. Tiedemann 1983 s. 2728 f, Tiedemann 1985 s. 1414 ff, Vogel 1993 passim, Weigend 1993 s. 779 f och Winkler 1971 passim.

avföras från debatten och nya, mer fruktbara tillföras. Detta kan måhända låta defensivt i överkant, men en mer ambitiös programförklaring vore både naiv och fåfäng, med tanke på den energi som bara under det senaste seklet lagts ned på att behandla frågan.

I en mening har dock frågan lösts på ett positivrättsligt sätt i och med att Europadomstolen ett flertal gånger tvingats ta ställning till vad som avses med "anklagelse för brott" i Europakonventionens mening. Den distinktion som görs i Europadomstolens praxis används i denna framställning framförallt som underlag för utarbetandet av min egen teori.

Som grund för utarbetandet av en egen teori skall också den tyska respektive svenska diskussionen beträffande avgränsningen beskrivas och analyseras.

Framställningen är i hithörande hänseenden disponerad så att den diskussion som förts i Tyskland, Sverige respektive Europadomstolen behandlas i var sitt kapitel (9, 10 respektive 11). I det avslutande tolfte kapitlet diskuteras inledningsvis vad som sagts i doktrin och praxis om de EG-rättsliga sanktionerna. Därefter konstrueras på grundval av de erfarenheter som erhållits i kapitlen 9–11 två straffbegrepp. Slutligen vidtar en analys av de EG-rättsliga sanktionerna utifrån dessa konstruerade begrepp.

Innan vi går in på den diskussion som förts finns emellertid skäl att föra en inledande diskussion om utgångspunkter, frågeställningen och dess relevans, samt om begreppsanalys i allmänhet. Denna inledande diskussion förs i kapitel 8.

8 Frågeställningen

I denna del av avhandlingen skall som sagt avgränsningen av straff från andra typer av sanktioner diskuteras. Intresset kommer här ofrånkomligen att fokuseras kring straffbegreppet. Här skall inledningsvis sägas några ord om analysens inriktning. Därtill diskuteras vilken funktion straffbegreppet fyller inom juridiken. Vidare skall skälen för en uppdelning samt vissa särdrag hos frågeställningen belysas.

8.1 Varför är det viktigt att skilja på straff och sanktioner?

En första fråga som bör ställas är varför det överhuvudtaget är av intresse att skilja på straff och sanktioner.

Det svar som kan ges härvidlag är att detta har betydelse för huruvida straffrättsliga grundprinciper och rättssäkerhetsgarantier är tillämpliga. Så länge som man vill hävda att särskilda garantier skall (eller bör) gälla för straffrättsliga sanktioner så finns ett behov av att kunna särskilja dessa sanktioner från andra. Man kan förvisso hävda att rättssäkerhetsgarantierna inte bara bör gälla för straffen, utan också för andra sanktioner med straffkaraktär, men i så fall blir problemet att avgränsa dessa från ytterligare andra typer av sanktioner.

Exempel på att straffbegreppet tillmäts sådan betydelse är inte svåra att finna. Först och främst bör Europadomstolens praxis såvitt gäller artikel 6 i Europakonventionen nämnas. Vidare kan hänvisas till EG-domstolens praxis där straffrättsliga principer ibland åberopas under hänvisning till sanktionens rättsliga karaktär.

En likartad, men inte identisk, funktion fyller straffbegreppet i följande fall. Bland andra Agge, Greve, Oehler och Tiedemann har fört fram tanken att sanktionernas karaktär bör kunna anses vägledande för vilka

allmänna principer eller regler som bör tillämpas.[2] Skillnaden mellan detta och Europadomstolens sätt att använda straffbegreppet består däri att i Europakonventionen utgör straffbegreppet (eller egentligen "anklagelse för brott") ett rekvisit medan det i doktrinen används mer som ett tolkningsdatum. Vidare handlar den distinktion som görs av Europadomstolen endast om huruvida konventionens rättssäkerhetsgarantier skall upprätthållas eller ej, medan doktrinens företrädare även riktar in sig på andra regler.

Ett annat skäl är att distinktionen mellan straff och andra typer av sanktioner inom EG-rätten tillmäts betydelse vad gäller kompetensfördelningen mellan EG och medlemsstaterna. Straffrätten faller under det mellanstatliga samarbetet som regleras i tredje pelaren, medan det måste sägas ha godtagits att EG har viss kompetens – under första pelaren – vad gäller andra typer av sanktioner. Att skiljelinjen kommit att få sådan betydelse torde sammanhänga med att straffrätten är intimt förknippad med den statliga suveränitetstanken. Det torde inte vara en överdrift att säga att självbestämmandet över den straffrättsliga lagstiftningen hör till suveränitetens kärnområde. Det kan visserligen antas att frågor om EG:s kompetens i olika hänseenden *inte endast* låter sig avgöras utifrån juridiska, eller t.o.m. nästan rättsfilosofiska resonemang,[3] men likväl torde den rättsliga argumentationen ha viss betydelse för när andra (politiska) medel sätts in.

Vissa tyska författare framhåller i detta sammanhang att eftersom skillnaden mellan straff och sanktioner (Ordnungswidrigkeiten) är kvantitativ så måste EG:s kompetens i dessa hänseenden vara enhetligt reglerad. Dvs. antingen har EG kompetens vad gäller såväl straff som sanktioner eller också saknas kompetens fullständigt.[4] Principiellt kan mot detta naturligtvis invändas att det inte är ogörligt att ha en kvantitativ gräns. Detta är relativt vanligt i juridiken.[5] Att en rent kvantitativ gränslinje blir svår att arbeta med för att skilja på första och tredje pelaren kan dock inte förnekas. Detta beror på att EG har kompetens att utdöma böter som uppgår till hundratals miljoner kronor. Skall gränsen dras ovanför denna stränghetsnivå blir det väldigt mycket som faller under den första pelaren. Detta förhållande gör det angeläget att söka

[2] Se Agge 1961 s. 174 f, Greve 1979 s. 422 f (Greve påpekar här att man bör se upp så att det hela inte urartar till ren begreppsjurisprudens) och 1993 s. 13, Oehler 1983a s. 563 rdnr 937 och 1983b s. 135 samt Tiedemann 1985 s. 1414. Jfr även Herlitz 1995 s. 167.

[3] Jfr här avsnitt 2.1.2.

[4] Se Oehler 1985 s. 1406 och Sieber 1991 s. 972.

[5] Ta t.ex. gränsen mellan snatteri, stöld och grov stöld som, ceteris paribus, dras med hjälp av kvantiteten på det tillgripna.

utreda på vilken grund man skulle kunna dra gränsen mellan första och tredje pelaren.

Slutligen kan straffbegreppet tillskrivas en funktion som är rent systematisk. I straffbegreppet ligger avgränsningen av straffrätten gentemot andra rättsliga discipliner. Här kan i och för sig invändas att det egentligen är brottsbegreppet som s.a.s. är straffrättens ämnesmässiga grund, men en dylik invändning kan jag inte se som bärande. Detta beror på att brottsbegreppet svårligen kan ges ett fast innehåll utan en koppling till den sanktion som möter beteendet ifråga; vad som är att anse som brott är helt avhängigt av den ifrågavarande sanktionen.[6] Detta rent systematiska skäl kan förefalla svagt. Det torde dock inte kunna uteslutas att systematiska ämnesmässiga uppdelningar ger upphov till olika kulturer (den som så önskar kan ju sätta kultur inom citationstecken) eller nästan paradigmatiska grundvärden vilka torde kunna få dogmatiska följder. I straffrättens fall torde man kunna säga att det finns en tendens att särskilt betona rättssäkerheten och att detta förhållande utgör en del av den rättskultur man arbetar inom. Om en sanktion rent ämnesmässigt hamnar inom ett annat rättsområde kan detta således tänkas få inverkan på hur den både rättsvetenskapligt och praktiskt behandlas.[7]

8.2 Undersökningens karaktär

Att dra en gränslinje mellan straff och andra sanktioner kan göras på många olika sätt. I praktiken blir frågan att likställa med vad som omfattas av straffbegreppet. Vid begreppsbestämning är principiellt är att skilja mellan ett de lege lata-perspektiv och ett de lege ferenda-perspektiv.

En annan gränsdragning är den mellan en systemberoende och systemoberoende begreppsbildning.[8] Ett systemberoende begrepp är dock detsamma som ett begrepp konstruerat utifrån en viss rättsordning de lege lata.

En undersökning kan t.ex. syfta till att utreda vilka sanktioner som omfattas av förbudet mot retroaktiv strafflagstiftning i RF 2:10. I ett sådant fall skulle man kunna säga att undersökningen syftar till att fastställa, eller om man så vill ge rekommendationer beträffande frågan, huruvida en viss sanktion är att se som straff enligt gällande svensk rätt. (Saken är något mer komplicerad än vad som här antyds eftersom RF

[6] Det sagda motsäger i och för sig inte Jareborgs notering att "kriminalrätt" egentligen vore ett mer adekvat namn på straffrätten. Se Jareborg 1995 s. 16.
[7] Se Greve 1995 s. 113 och 1997 s. 603 ff.
[8] Frändberg 1985 s. 85.

2:10 omfattar fler rekvisit än straff.) Som synes avser undersökningen i detta fall vad som har kallats ett systemberoende begrepp; den undersöker ett begrepp vars innehåll "är helt avhängigt av innehållet i ett givet rättssystem vid en given tidpunkt".[9] Den analys som görs i kapitel 11 av Europadomstolens praxis kan sägas ha en dylik systemberoende karaktär.

En undersökning kan också företas på ett mer allmänt – begreppsligt – plan. Undersökningen får då en allmänfilosofisk och begreppsutredande karaktär; kan man finna någon begreppslig skillnad mellan straff och sanktioner?

Även härvid är i praktiken ofrånkomligt att utgå från vad vi kan kalla verkligheten och ett där förekommande systemoberoende straffbegrepp. Man undersöker helt enkelt straffbegreppet såsom det förekommer, inte i ett särskilt system, utan som mer allmän företeelse. Det kommer då att visa sig att det finns vissa särdrag som knappast kan undvaras i en meningsfull avgränsningsteori. Om man stipulerar att X bör vara ett straff trots att X fullständigt saknar de element som det systemoberoende straffbegreppet uppvisar blir forskningen helt oanvändbar. Andra drag hos de straff som undersöks kan dock visa sig vara mer eller mindre beroende av enskilda system.

Man behöver givetvis inte nöja sig med att utifrån empirin konstruera ett systemoberoende straffbegrepp, utan det finns anledning, inte minst på ifrågavarande område, att undersöka om det finns skäl som talar för att andra hållpunkter bör tillmätas betydelse. Att något faktiskt är betyder inte med nödvändighet att det också bör vara.[10] Man kan säga att begreppskonstruktionen har både deskriptiva och normativa, stipulativa, inslag.[11]

Denna blandning av bundenhet (till det faktiskt förekommande, om också systemoberoende, begreppet) och obundenhet (såtillvida att varat inte kan styra börat) är naturligtvis inget särskilt för just vårt förevarande problem. Tvärtom är ett dylikt samspel karaktäristiskt för juridisk begreppsdiskussion.[12]

Bundenheten till vad som kan kallas kärnan i det systemoberoende straffbegreppet är dock inte på något sätt besvärande. De element som så att säga inte går att avvara från straffbegreppet kan givetvis aldrig vara kontroversiella.

[9] Se Frändberg 1985 s. 85 f.

[10] Denna del av avgrunden mellan börat och varat torde stå sig även i modern filosofi. Se härom Jareborg 1975 s. 132 not 13.

[11] Jfr här Peczenik 1995 s. 150 f.

[12] Om begreppsanalys i allmänhet se t.ex. Jareborg 1974 kapitel 3 och Spaak 1994 kapitel 2 och 1997 s. 490 ff.

Denna systemoberoende analys av vad som bör anses utgöra brott och straff kan sägas vara huvuduppgiften för denna avhandlingens andra del.

Det bör i detta sammanhang betonas att förevarande undersökning syftar till att, s.a.s. i efterhand, avgränsa straffen från andra sanktioner. Att det kan vara kriminalpolitiskt motiverat att ha ett differentierat system motsvarande t.ex. den tyska uppdelningen i Strafrecht och Ordnungswidrigkeitenrecht är en annan sak. Framställningen syftar inte i första hand till att ge förslag på hur en sådan uppdelning kan göras. När en uppdelning väl har gjorts är dock meningen att det som sägs nedan skall kunna användas för att avgöra huruvida de sanktioner som används bör vara att anse som straff.

8.3 Motstridiga intressen

Under denna rubrik skall blott noteras ett av de förhållanden som bidrar till att göra problemet svårlöst. När man tittar närmare på diskussionen kring de administrativa sanktionerna inses ganska snart att det som gör problemet så besvärligt att hantera är att det, inom ramen för problemkomplexet, tycks finnas kolliderande intressen.

Å ena sidan uttalas ofta, och med rätta, att det finns skäl att anta att de traditionella ansvarsregler som traditionellt förknippas med området kan komma att uppluckras om straffrätten används för att lösa problem som den inte är ägnad att bemästra. Hassemer har t.ex. påvisat att det i tysk rätt finns en tendens till att överge de traditionella krav på kausalitet och individuellt tillräknande som brukar uppställas, och i dess ställe endast sätta en generell kausalitet och ett mer kollektivt tillräknande.[13]

Vidare befaras att straffrättens allmänpreventiva verkningar kan komma att ta skada om det kriminaliserade området blir alltför omfattande. Om också bagatellöverträdelser som begås i mycket stor omfattning faller under straffrättens tak, kommer straffen inte längre att uppfattas som ett uttryck för klander. Den moralbildande eller norminternaliserande delen av allmänpreventionen torde helt enkelt fungera bäst om straffet bara används för att markera att det ifrågavarande beteendet utgör ett klart oacceptabelt avsteg från ordningen.[14] Taget för sig talar

[13] Se Hassemer 1994 s. 27 ff och 49 ff med sammanfattningar på s. 49 och 70.

[14] Jfr här Jareborg 1994 s. 325 som talar om kriminaliseringens expressiva funktion: "Det finns inget påtagligare sätt för statsmakten att tala om för folk, att vissa handlingssätt inte är förenliga med en önskvärd social ordning, än att lägga ut det rättsliga mönstret brott–straff. Detta beror just på att straffet till sin natur är repressivt." Jag tror att man till Jareborgs förklaring bör tillägga att det också beror på att mönstret brott–straff genom inarbetning (dvs. användning bara i fall när beteendet i fråga är höggradigt

detta för att avgränsa straffrätten mot andra typer av sanktioner. **Slutsats**: alla sanktioner bör inte behandlas som straff.

När lagstiftaren sedan använder sig av andra typer av sanktioner[15] uppkommer emellertid inte sällan diskussion om huruvida det är lämpligt att lagstiftaren genom en ometikettering kan förvandla straff till sanktioner och därigenom kringgå de rättssäkerhetsgarantier som normalt ledsagar straffrätten. **Slutsats:** alla sanktioner bör anses vara straff. (Den sistnämnda slutsatsen är naturligtvis ytterst tillspetsad. Vad kritikerna mot nya sanktionsformer hävdar är endast att om inget annat sker än att sanktionen döps om, så är denna utveckling inte att välkomna; en avkriminalisering medelst sanktionsavgifter måste ha reella följder.)

Jag tror ändå att de ovan beskrivna motstridiga strömmarna ligger mycket nära problemets kärna. Dialektiken i det hela kan t.o.m. förstärkas på följande sätt.

Alla överträdelser bör inte bemötas med straff → avkriminalisering. Ett behov av sanktioner (verkligt eller föregivet) kvarstår → bot, avgift etc. Dessa sanktioner saknar straffens stigmatiserande moraliska förebråelse → sanktionerna måste vara kraftigare än tidigare. Allt som har skett är att rättssäkerhetsgarantierna försvunnit och den reella repressionen skärpts → diskussion kring etikettsvindel.

En huvuduppgift för den fortsatta framställningen blir därför att försöka konstruera en modell som upphäver eller åtminstone förklarar denna cirkelgång.

8.4 Om begreppsjurisprudens

Det kan måhända tyckas finnas en risk att man genom att överhuvudtaget befatta sig med frågan om straff och andra sanktioner, eventuellt mot

---

förkastligt) kommit att stå för just avståndstagande och klander. Med en annan, alltför frekvent, användning av mönstret (under en längre tid) kommer denna uppfattning säkerligen att tunnas ut.

[15] Det skall villigt medges att skälen för lagstiftaren att nyttja sanktioner istället för straff i många fall är allt annat än hedervärda. Se t.ex. Warnling-Nerep 1987 s. 51: "Det helt avgörande motivet [för avkriminalisering i kombination med införande av sanktionsavgifter] är ... en önskan att åstadkomma en effektiv sanktion. Ibland diskuteras t.o.m. straffskärpning som ett alternativ till avkriminalisering, me[n] det senare väljs alltså för att garantera effektiviteten." Önskan att uppnå effektivitet kan naturligtvis vara ett hedervärt handlingsskäl, men inte när målet nås genom att med pennan stryka några rättssäkerhetsgarantier. Jfr Riz 1988 s. 654 som framhåller att resultaten av en avkriminalisering ofta är en försämring för den enskilde.

sin vilja bidrar till att underblåsa närmast begreppsjuridisk argumentation. (Och begreppsjurisprudens är ju numera närmast ett skällsord.)[16]

Till att börja med kan sägas att det som i första hand var besvärande med begreppsjurisprudensen var tron att begreppen hade "ett slags objektiv, nödvändig och tidlös giltighet av samma slag som naturvetenskapens begrepp och kategorier".[17] Kritiken drabbar således inte omedelbart användningen av begrepp som sådan, utan tron att begreppen kan ges ett en gång för alla gällande innehåll, som kan användas för att deducera fram lösningar på konkreta problem.

Likväl kan man i doktrinen finna en motsättning mellan å ena sidan en tendens till att deduktivt, ur en viss sanktions karaktär, söka lösningar på enskilda problem, och å andra sidan uttalanden av innebörd att man istället bör lägga vikt vid reella hänsyn.[18]

De sistnämnda uttalandena är naturligtvis att beakta såtillvida att det finns skäl att vara på sin vakt mot argumentation som enbart bygger på begreppsbildning. Till undvikande av missförstånd bör emellertid följande sägas.

Ofta kan man se att ett resonemang som bygger på begrepp inte är annat än en förkortad version av en fullständig argumentation som styrs av reella hänsyn.[19]

Anta t.ex. att en viss fråga avseende de EG-rättsliga böterna är fullständigt oreglerad. Om jag i detta läge skriver att eftersom böterna är att anse som straff så bör lösningen X väljas, så kan detta vara detsamma som att säga att böterna har (reella) drag som så starkt påminner om straffrättsliga böter att det är befogat att använda de straffrättsliga reglerna analogt.

Begreppet straff kan således här sägas utgöra en förkortning av alla de särdrag som är hänförliga till straffen. Så länge såväl konstruktionen av begreppen, som tillämpningen av begreppen på enskilda fall sker utifrån reella hänsynstaganden blir skillnaden gentemot en begreppsoberoende argumentation inte särskilt stor. Det är möjligt att begreppen idealiskt sett borde försvinna, eftersom man knappast kan utesluta att rena begreppsdeduktioner förekommer, men med tanke på komplexiteten hos samhället skulle vi knappast klara oss begreppen förutan.[20]

Ytterligare en sak att beakta är att begreppen faktiskt används i rättskällor inom såväl EG-rätten som nationell rätt. I svensk rätt sägs

[16] Se t.ex. Jareborg 1974 s. 87 och Strömholm 1996 s. 89 f.
[17] Strömholm 1996 s. 87 f (samt s. 230, 277, 450 och 456). Man kan för övrigt fråga sig vad det är som är objektivt och tidlöst hos de naturvetenskapliga begreppen.
[18] Se t.ex. Matningsdal 1985 s. 108 samt Strömberg 1949 s. 92 ff.
[19] Jfr t.ex. Strömberg 1949 s. 92.
[20] Jfr Strömholm 1996 s. 230.

bl.a. i vissa utredningar att sanktionsavgifterna skiljer sig såväl formellt som materiellt från straffen.[21] Och inom EG-rätten sägs exempelvis att EG har kompetens att skapa vissa typer av sanktioner eftersom dessa inte är straffrättsliga till sin karaktär.[22] Därigenom har begreppsanalysen gjorts nödvändig av positivrättsliga skapelser. I sämsta fall kan resultaten av analysen användas för att kritisera att en viss rättslig företeelse (i det här fallet EG-rätten) bygger på en ohållbar distinktion (dvs. den mellan straff och andra sanktioner).

Det låter sig i vart fall sägas att det som kan vara farligt är att, utan närmare eftertanke, låta begreppen inverka på de dogmatiska följderna. Att konstruera och analysera begrepp som faktiskt förekommer bidrar istället till att klargöra vad det är som ligger i begreppen. Sådan kunskap kan vara av värde inte minst för att bemöta begreppsjuridiska resonemang; kunskapen möjliggör ett påvisande av det sätt två företeelser förhåller sig till varandra.

8.5 Om bedömningen av avgränsningsteorier

När vi i det följande går igenom den diskussion som förts i Tyskland, Sverige och inom ramen för Europakonventionen är det av vikt att veta vad vi egentligen är ute efter.

En första sak är att det vi söker är ett sätt att särskilja straff från administrativa sanktioner. Intresset fokuseras således på rättsföljdssidan. Vidare är perspektivet s.a.s. retrospektivt. En avgränsningsteori som i huvudsak handlar om vilka typer av beteenden som bör handhas i straffrättslig respektive administrativ ordning blir således inte av intresse såvitt inte teorin också har återverkningar på själva sanktionens karaktär.

Vidare kan vara klokt att fundera något över vilka krav som kan ställas på en avgränsningsteori. De viktigaste synpunkterna kan sammanfattas i fyra punkter.

(1) Teorin måste utgå från hållbara premisser.[23]

Detta innebär kort sagt att teorin inte får bygga på förlegade uppfattningar. Premisserna kan man givetvis strida om i oändlighet varför argumentationen i vissa fall måste sluta långt innan något framstår som självklart. I detta ligger också en viss verklighetsförankring. Det är ofrånkomligt att man såvitt gäller bedömande av premisserna utgår i

[21] Se nedan avsnitt 10.3.
[22] Se t.ex. nedan avsnitt 12.1.
[23] Jfr Eser 1961 s. 20 f.

från vad som kan tänkas accepteras i dagens straffrättsvetenskapliga värld.

(2) Teorin måste vara internt konsistent.[24]

Detta krav säger intet annat än att avgränsningen måste följa av premisserna.

(3) Teorin måste möjliggöra en avgränsning.

Detta innebär att teorin inte får vara så svåranvänd att den i praktiken blir innehållslös. Det är emellertid givet att några knviskarpa gränsdragningskriterier är omöjliga att hitta.

(4) Teorin måste medföra en rimlig avgränsning.

Detta krav sätts upp som en sista kontroll av att teorin verkligen ger en avgränsning som vi är betjänta av.

8.6 Något om bakgrunden till dagens situation

I detta avsnitt skall skisseras en bakgrund till förekomsten av administrativa sanktioner. I ett sista sammanfattande underavsnitt söker jag också precisera vilka syften en uppdelning av den "straffande rätten" egentligen skall tjäna.

8.6.1 Traditionell straffrätt

Det är lätt att se att straffrätten skiljer sig från andra rättsområden på olika sätt. För det första ingriper straffrätten i medborgarnas liv på ett ganska brutalt sätt. Att sätta någon i fängelse är uppenbarligen en av de mest ingripande åtgärder som är rättsligt tillåtna i civiliserade stater av idag.[25] Men denna ingripande (intervenerande) karaktär hos straffrätten räcker uppenbarligen inte för att skilja straff från andra offentligrättsliga discipliner. Människor berövas friheten och tvingas att betala vissa belopp till staten också inom andra rättsområden; på grund av allvarlig psykisk störning kan medborgare hållas inlåsta och i form av skatt betalas stora summor in till staten varje år.

Vad som skiljer straffrätten från dessa andra discipliner är för det första den utpräglat repressiva och tillbakablickande karaktären. Straffrätten möter ont med ont och kan inte sägas vara konstruktiv eller reparativ i någon rimlig mening.[26] För det andra innefattar straffrätten ett

[24] Jfr Eser 1961 s. 21.

[25] Här bortser jag från stater som fortfarande tillämpar dödsstraff.

[26] Jfr t.ex. Greve 1995 s. 97: "[c]riminal law separates itself from other parts of the legal system by openly admitting that *its core is infliction of human suffering*".

moment av klander. När vi dömer någon att betala böter betyder detta inte endast att vi berövar honom en viss summa pengar utan vi säger samtidigt: du borde inte ha gjort det där.[27]

Fortsätter man att titta efter särdrag hos straffrätten kan man inte undgå att nämna preventionen. Straff används för att skydda människor, och deras gemensamma intressen, från allvarlig skada. Söker man ett "general justifying aim" för straffrätten är det svårt att helt förbigå allmänpreventionen; utesluter man denna från diskursen blir systemets existens svårförklarlig.[28] Att falla tillbaka på rehabilitering är knappast möjligt. Är det inte ett utomordentligt konstigt sätt att få vårdbehövande till de vårdande institutionerna att hota med ett straff som sannolikt – åtminstone i någon mån – avhåller dem från att göra vad som är nödvändigt för att de skall komma under behandling?[29] Vidare är det få som idag hävdar att vedergällning är det *enda* motivet bakom strafflagstiftningen.[30]

De straffrättsliga särdrag som här har diskuterats – strängheten, nonkonstruktivismen, klandret och även i viss mån preventionen – har samtliga bidragit till att straffrätten omges med en mängd rättssäkerhetsgarantier. På grund av detta kan man säga att straffrätten inte bara skyddar individer – i egenskap av potentiella brottsoffer – från varandra, utan också individen – i egenskap av brottsling – från staten.[31] Strafflagen har i denna anda kallats brottslingens Magna Charta. Även om man knappast kan säga att det råder någon enighet i fråga om *varför* vi straffar eller när vi *bör* straffa,[32] har det således varit möjligt att i viss

[27] Se t.ex. Ashworth 1995 s. 1.

[28] Jfr Jareborg 1992 s. 137 f.

[29] Jareborg 1992 s. 138. Om rehabilitering skall vara det grundläggande skälet till varför vi har straff måste man rimligen inta ståndpunkten att alla de som begår brott är i behov av vård, dvs. att varje brott avslöjar ett vårdbehov. Brottskatalogen förvandlas då till en lista på företeelser som förser oss med prima facie-bevis på "sjukdom". Jfr Löfmarck 1986 s. 413: "vi [har inte] funnit något hållbart substitut för behandlingsbehovet som rättsgrund för straffsystemet".

[30] Se t.ex. Jareborg 1992 s. 138 och Löfmarck 1986 s. 413. Jfr dock Moore 1992 s. 188 f.

[31] Jfr Bård s. 202 och Jareborg 1995a s. 24. Vidare kan man säga att straffrätten också bidrar till att begränsa den konflikt som uppstått. Dvs. genom att bestraffning görs till en offentlig angelägenhet som styrs av en formalistisk procedur förhindrar man privatjustis.

[32] Se härom Jareborg 1995a passim. Vissa anser t.ex. att straffrätten är ett utmärkt medel för att göra folk "goda" och vill följaktligen kriminalisera allting som de personligen finner förkastligt. Andra anser att straffrätten skall användas enbart i syfte att säkerställa att människor inte skadar (eller hotar) varandras intressen i en oacceptabel omfattning. En skiljelinje går således mellan dem som tycker att det är legitimt att använda straffrätten för att göra folk bättre och dem som inte anser detta. Jag tvekar inte att säga att jag ansluter mig till den sistnämnda uppfattningen.

omfattning komma överens om *hur* vi skall straffa. Dessa rättssäkerhetsgarantier är idag i viss utsträckning institutionaliserade i den Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.[33] Det finns dock fundamentala regler som inte återfinns i konventionen. Det är t.ex. mycket tveksamt om det är konventionsstridigt att föreskriva ansvara oberoende av skuld, s.k. strikt ansvar, men sentensen "nulla poena sine culpa" nämns inte desto mindre ofta som en fundamental regel.[34]

Rättssäkerhetsgarantierna gör emellertid straffrätten till ett ganska klumpigt vapen i statens hand. Att den tilltalade skall ha rätt till fritt bistånd av en advokat är måhända naturligt när det gäller ett mordfall, men då någon blott tagit en karamell i en godisbutik kan kostnaderna stå utom all proportion till sakens vikt. Det har därför alltmer kommit att diskuteras huruvida man bör skilja mellan olika sorters straff. Utvecklingen i detta hänseende skisseras kort i nästa avsnitt.

8.6.2 Behovet av förenkling

Under 1900-talet har straffrätten varit stadd i ständig tillväxt. Uttryck som "inflation" i straffrätt används inte sällan.[35] Till stor del saknar denna utveckling motstycke i historien. Denna ökande straffrättsliga materia kan åtminstone delvis sammankopplas med framväxten av den moderna välfärdsstaten och det (post)industriella samhället. Den offentligrättsliga regelmassan, framför allt inom vad som brukar kallas förvaltningsrätt, har vuxit på ett explosionsartat sätt och lagstiftaren har inte tvekat att använda straffrätten för att uppnå normkonformt beteende.[36]

[33] Se nedan i kapitel 11. Det skall återigen betonas att konventionen inte garanterar att straffrätten används bara när det är förnuftigt, utan bara att när den används detta sker på ett acceptabelt sätt. Stater kan t.o.m. vara förpliktade under konventionen att kriminalisera vissa gärningar, se Harris, O'Boyle & Warbrick 1995 s. 38 ff.

[34] Jfr ovan avsnitt 7.1.2. I t.ex. Italien och Tyskland torde principen ha författningsrang, se Siohl 1986 s. 53 f.

[35] Se t.ex. SOU 1995:91 II s. 39, Victor 1988 s. 389 och Weigend 1994 s. 96 hsp.

[36] Zila 1992 s. 9. Jfr dock Zila 1992 s. 112 där han säger att problemen med massbrottsligheten inte har orsakats av lagstiftarens beteende. Formellt sett är detta naturligtvis en felaktig ståndpunkt eftersom problem med *brott* alltid orsakas av lagstiftaren; hade lagstiftaren inte kriminaliserat beteendet i fråga skulle det inte finnas någon massbrottslighet. (Jfr härom Anttila & Törnudd 1973 s. 104 f och von Hofer s. 5:1.) Men behovet av att kontrollera och modifiera beteende skulle naturligtvis fortfarande finnas kvar. Jag är emellertid inte övertygad om att det är nödvändigt att använda straffrätten i en sådan omfattning som görs idag. Några av de problem som finns inom straffrätten idag hade sannolikt kunnat undvikas om kriminalisering, som medel, använts på ett mer restriktivt sätt.

Efterhand har det dock framstått som alltmer uppenbart att straffrätten inte är ett särskilt lämpligt medel för att säkra genomslag för alla administrativa regler. Man kan helt enkelt inte bortse från att alla rättssäkerhetsgarantier som omgärdar straffrätten gör den till ett dyrt och komplicerat verktyg i statens hand. Den traditionella straffrätten är skapad för att handha gärningar som på ett relativt starkt (eller åtminstone beaktansvärt) sätt kränker, eller hotar att kränka, andra människors intressen. Det är därför inte ägnat att förvåna att systemet inte fungerar särskilt väl när det används i samband med administrativa överträdelser och bagatellbrottslighet som inte orsakar någon omedelbar skada utan enbart förorsakar att det administrativa maskineriet inte kan gå för fullt. Härur har vuxit ett behov av sanktioner som kan utdömas på ett schabloniserat och förenklat sätt.[37]

Sympati för en uppdelning av olika former av sanktioner har till och med uttryckts av en domare i Europadomstolen. I sin skiljaktiga mening i målet *Öztürk* uttalade Bindschedler-Robert att:

> "I find it reasonable to consider that the highly detailed guarantees afforded by Article 6 were not designed to be applied to petty offences which do not involve the moral condemnation attaching to criminal offences: this is all the more so as in the present circumstances it is clearly in the interests of both the individual himself and the general working of the machinery of justice that such offences should be decriminalised or depenalised."[38]

Denna kritik aktualiserar, även om den berör traditionell bagatellbrottslighet, frågor rörande rättssäkerhetsgarantiernas tillämpningsområde, men även frågor om hur stort utrymme som är rimligt att ge straffrätten.

8.6.3 Liknande behov inom civilprocessen

Ovan har jag antytt att 1900-talets samhälle – delvis på grund av förändringar av samhället, delvis på grund av en alltför stor vilja att kriminalisera – har skapat ett behov av förenkling av sanktionsanvändningen. Man kan knappast undgå att se att en liknande situation återfinns inom civilprocessen. Där har otillräckligheten av den traditionella, liberala och individualiserade processen, som bygger på fiktionen om två förhållandevis jämnstarka parter, diskuterats på ett ganska genomgripande

[37] Jfr Warnling-Nerep 1987 s. 18: "[s]anktionsavgifter har i huvudsak tillkommit för att straffet ansågs omgärdat av alltför många rättssäkerhetsgarantier, vilka uppfattades som ett hinder för effektiviteten".
[38] Opinion of Judge Bindschedler-Robert tryckt i *Öztürk v FRG*, ECHR, Serie A, No. 73, 1984 s. 25.

sätt.[39] (De nedan, i avsnitt 8.6.4 citerade orden av Andrè Tunc är, det skall påpekas, hämtade ur ett samlingsverk om "Access to Justice".)

I dag har händelser ofta, på grund av industrialisering, urbanisering och massifikation, betydelse för ett stort antal människor. Skadeståndsrätten kan användas som ett exempel för att illustrera detta. Om ett företag, genom utsläpp i luften eller genom att saluföra en farlig produkt på marknaden, har orsakat mycket små skador för låt oss säga 100 000 personer så har varje enskild individ inte särskilt stor nytta av sin möjlighet att stämma företaget, eftersom kostnaderna för t.ex. rättsligt biträde och bevisning kommer att vida överstiga det skadestånd som kan erhållas vid en framgångsrik rättegång.

Faran med detta ligger inte enbart däri att individer lider brist på rättsskydd (och således inte har någon reell möjlighet att, även om de har rätt, också få rätt) utan även däri att den prevenerande eller, för att tala ekelöfska, handlingsdirigerande effekten av olika regler försvagas eller försvinner. Det blir t.ex. möjligt för företag att genom "illegal profits" skaffa sig oförtjänta konkurrensfördelar mot vilka det inte finns någon motåtgärd.[40]

För att möta dessa problem måste civilprocessen modifieras och kompletteras.[41] Massproduktionen söker s.a.s. sin processuella motsvarighet.[42]

Ett sätt att göra civilprocessen mer ägnad att möta dagens behov kan måhända vara att tillåta någon form av grupptalan.[43] Ett annat, vilket kan användas självständigt eller som ett komplement till grupptalan, är att ändra principerna för beräkning och distribution av skadestånd, eller att sänka beviskraven i detta hänseende.[44]

Man kan således se en utveckling mot en civilprocess som inte nödvändigtvis, åtminstone inte alltid, siktar mot exakt rättvisa, men vilken å andra sida möter dagens behov. Men liksom inom straffrätten möts denna trend mot förenkling och schablonisering av invändningar av mer principiell karaktär.[45]

[39] Se t.ex. Lindblom 1989 s. 639 f.
[40] Se t.ex. Lindblom 1989 s. 41 f.
[41] Lindblom 1989 s. 719.
[42] Backer enligt Lindblom 1989 s. 640.
[43] Jfr särskilt SOU 1994:151.
[44] Jfr Lindblom 1989 s. 725.
[45] Jfr Tunc 1981 s. 352 med vidare hänvisningar, Lindblom 1989 s. 269 och Kleineman 1994/95 s. 196 ff och 1994/95b.

8.6.4 Om syftet med uppdelningen

Ovan har skisserats en bakgrund till varför behovet av olika former av straffande sanktioner har uppkommit. Här skall mer explicit redogöras för syftet med att skilja straff från andra typer av sanktioner.

I litteraturen kan man finna följande skäl att från den egentliga straffrätten skilja andra former av sanktioner.

Processekonomi. I det alltmer komplicerade samhället har den rättsliga regleringen fått allt större betydelse; antalet regler som föreskriver eller förbjuder visst handlande blir allt fler. Dessa påbud respektive förbud måste i praktiken på något sätt erhålla stöd från sanktioner. Om alla former av sanktioner skulle betraktas som straff i strikt mening, och handhas av domstol i ordinär brottmålsprocess skulle domstolarna bokstavligt talat dränkas i mål, varav de flesta skulle röra närmast bagatellartade företeelser.[46]

I förlängningen av denna tanke ligger också en differentiering av rättssäkerhetskraven. Skall det vara någon vinst med att ta bort vissa mindre överträdelser från domstolarna måste det förfarande till vilket de flyttas vara förenklat. En gränsdragning mellan straff och sanktioner som i huvudsak bygger på det ovan anförda är den som utarbetats av Europadomstolen.

Här bör nämnas att det naturligtvis finns en rent processuell väg ut ur detta problem. Dvs. man klassificerar visserligen alla typer av punitiva sanktioner som straff, men handhar istället en stor del av dem i ett förenklat förfarande; jfr här de svenska reglerna om strafföreläggande och ordningsbot.[47]

Ett syfte som kanske kan sägas falla in under det processekonomiska är det förhållandet att man söker anpassa processen till processföremålet. Man kan uttrycka det så att det i bagatell- eller massfall saknas skäl att använda sig av en fullfjädrad brottmålsprocess.

Ett citat av Andrè Tunc som visserligen inte rör administrativa överträdelser utan traditionell bagatellbrottslighet kan här tjäna som illustration.

> "I spent a full day in the Crown Court, attending the trial by jury of a petrol-station employee accused of having stolen coupons in the value of 80 pence. The trial started, I think, at about 9:30 a.m. By 6 p.m., the judge opened the instruction to the jury by stating that the honor of the employee was at stake, exactly as if he were accused of having stolen £80 million. This is, of course, a wonderful approach to justice. England may pride it-

[46] Jfr här nedan avsnitt 10.1. Se vidare Eser 1961 s. 8 f.

[47] Se Hassemer 1994 s. 18 f som är kritisk till sådana lösningar.

self on having produced not only 'the best car in the world,' but also the best system of administration of justice in the world. Should we, however, maintain such a luxury? Does this type of administration of justice deserve the investments in time, money and talent it requires? For the sake of justice, could we not make better use of our time, money and talent?"[48]

Bevarande av straffrätten. Det moderna samhället har inte bara medfört att antalet regler som stöds av sanktioner blivit omfattande utan därtill att nya behov har skapats vilka knappast kan tillfredsställas av straffrätten i sin klassiska – idealtypiska – form.[49] Här skall blott ges några exempel på dylika problem:

– det individuella tillräknandet kan framstå som begränsande i en tid när allt mer av det samhälleliga livet tilldrar sig i olika former av associationer,

– kravet på kausalitet kan bli begränsande i komplexa situationer där det på förhand kan sägas vara i praktiken uteslutet att med säkerhet fastslå orsaken till skadan,

– kravet på bestämda och begripliga straffföreskrifter kan vara besvärande i tider när utvecklingen är mycket snabb.

Listan kunde göras längre, men jag tror att det har framgått vad som avses. Om straffrätten skall lösa alla problem kommer det inte att dröja länge innan många straffrättsliga grundvärden luckrats upp. Bättre än att låta dessa förändringar ske inom den egentliga straffrätten är att skapa ett, eller flera, särskilda rättsområden med egna ansvarsförutsättningar och procedurregler.[50] Här blir det i praktiken också fråga om att skapa mindre ingripande och moraliskt fördömande sanktioner än straffrätten. Att straffrätten bör vara det grövsta och allvarligaste medel som ska tillgripas är så att säga förutsatt.

Bevarande av positiva generalpreventiva effekter. I längden torde såväl en dylik uppluckring av straffrättsliga grundvärden som ett alltför

[48] Tunc 1981 s. 353.

[49] Se härom Hassemer 1994 s. 3 ff samt Jareborg 1995a passim.

[50] Hassemer 1994 s. 23. Hassemer menar att man bör lösa problemen inte genom att förändra straffrätten utan genom att skapa en särskild lösning på de nya problemen. En sådan lösning skulle enligt Hassemer kunna vara en särskild "'Interventionsrecht' ... das zwischen Strafrecht und Recht der Ordnungswidrigkeiten, zwischen Zivil- und Öffentlichem Recht angesiedelt ist, das zwar über weniger anspruchsvolle Garantien und Verfahrensregulierungen verfügt als das Strafrecht, aber dafür auch mit weniger intensiven Sanktionen gegenüber einzelnen ausgestattet ist".

omfattande bruk av straffrätten också medföra att den positiva generalpreventiva effekt som straffen förmodas medföra förminskas. Om straff utdöms för allehanda små förseelser eller i sammanhang där det framstår mer som otur än som förtjänt att drabbas av straff kommer sannolikt den stigmatiserande och klandrande effekten hos straffen att avta.

Särskilt betonas detta problem av Koskinen:

> "Kriminaliseringarnas grundnatur som ett uttryck för allvarligt samhälleligt klander fördunklas om området för kriminaliserat beteende utsträcks så långt att det omfattar även de ringaste lagöverträdelserna. Just detta är den straffrättsliga inflationens allvarligaste problem."[51]

Sammanfattningsvis kan vi se att huvudsyftet bakom en uppdelning är att skapa ett mer differentierat system av sanktioner. Uppdelningen är härvid tänkt att få återverkningar dels på de materiella och processuella regler som skall gälla beträffande sanktionen, dels på allmänhetens uppfattning av de utdömda sanktionerna.

[51] Koskinen 1985 s. 152. Se även Vinding Kruse 1983 s. 447 samt Eser 1961 s. 10: "Es ist getragen von der Befürchtung daß sich die Strafe als sozialetischer Tadel und Anruf in ihrer Kraft und Wirkung verschleißen könnte, wenn sie auch zur Ahndung kleinster und sittlich völlig irrelevanten Normverstöße herangezogen wird." Jfr också Jareborg 1984 s. 37 f.

9 Ordnungswidrigkeiten

I Tyskland har under hela 1900-talet förts en intensiv debatt om hur man kan avgränsa förvaltningsstraffrätten från den egentliga straffrätten. Det som gör de tyska förhållandena särskilt intressanta är att man där i sin lagstiftning sedan 1952 har brutit ut ett område – Ordnungswidrigkeiten – från den egentliga straffrätten. Att lagstiftaren löst problemet s.a.s. positivrättsligt har emellertid inte inneburit att diskussionen avstannat. Litteraturen på området är mycket omfattande – ja, rent av oöverskådlig – och jag vill därför redan nu framhålla att jag såvitt gäller detta avsnitt inte har upprätthållit någon ambition på fullständighet.[1]

Såvitt gäller litteratur tillkommen före andra världskrigets slut har jag endast undantagsvis strävat efter att gå till originalkällorna. Detta kan motiveras med att de avgränsningsteorier som framlades tidigare i stor utsträckning kan anses vederlagda (varför de också i motsvarande mån saknar aktualitet i den moderna tyska diskussionen), och att framställningen beträffande diskussionen före 1945 i huvudsak har en orienterande karaktär.

För vidare läsning rekommenderas främst Albin Esers dissertation *Die Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten* (1961) samt Heinz Mattes grundliga framställning *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten* i två band (1977 och 1982). Av grundläggande betydelse är även James Goldschmidts verk *Das Verwaltungsstrafrecht* (1902).

9.1 Historisk introduktion

Distinktionen mellan brott och andra former av orätt går i Tyskland mycket långt tillbaka i tiden.[2] Bland annat har sagts att det redan i den frankiska kungens bannlysningrätt fanns ett embryo till en från

[1] Att sträva efter fullständighet torde knappast vara motiverat med tanke på den tjänande natur detta avsnitt har.
[2] Se t.ex. Eser 1961 s. 16 och Weigend 1988 s. 67.

straffrätten särskild ordningsrätt.[3] Vidare fanns under medeltiden en uppdelning i svårare och lättare brott som processuellt motsvarades av "hohe und niedere Gerichtsbarkeit". Den lägre jurisdiktionen övergick sedan i vad som kan kallas polisstraffrätt.[4] Därutöver fanns också i de gamla "Reichspolizeiordnungen" (från 1530, 1548 respektive 1577) en straffande rätt som var skild från den som fanns i *Constitutio Criminalis Carolina.*[5] Slutligen återfanns en uppdelning också senare i de olika ländernas "Polizeistrafgesetzbücher".

Huruvida dessa medeltida fenomen är att förstå som egentliga föregångare till dagens Ordnungswidrigkeitenrecht är emellertid tvivelaktigt. Mattes har hävdat, gentemot bl.a. Goldschmidt, att om man ser dessa uppdelningar av straffrätten som föregångare till Ordnungswidrigkeiten så applicerar man på dessa historiska företeelser föreställningar vilka var den tiden helt främmande.[6] Den frankiska kungens rättigheter kan t.ex. enligt Mattes snarare ses som en föregångare till det offentliga straffet; genom kungens rättsbildning frigjordes straffen från den gamla folkliga rätten.[7] Rikspolisordningarna i sin tur innehöll på intet vis skydd enbart för rena ordningsrättsliga intressen: "Vielmehr diente ihre Bekämpfung unmittelbar der Gerechtigkeit im sozialen Lebensraum."[8] Det som skilde Rikspolisordningarna från den egentliga strafflagen var snarare att den senare innehöll mer traditionella brott medan de förra skapade den nya straffrätten (anpassad efter nya behov).

Mattes menar istället att en uppdelning av den straffande rätten som kan kopplas till dagens diskussion gjordes först i anslutning till det senaste sekelskiftet, bl.a. genom Goldschmidts insatser.[9]

Oavsett om man i enlighet med det sagda menar att det fram till detta sekels början inte går att finna några förebilder till dagens uppdelning i straffrätt och ordningsrätt, står klart att t.ex. Rikspolisordningarna innefattade en egen straffrätt som var skild från den som fanns i Constitutio Criminalis Carolina.[10] En uppdelning av straffrätten gjordes således. Dessutom var det redan på detta stadium så att de brott som inte hörde

[3] Se Eser 1961 s. 16.
[4] Se t.ex. Mattes 1977 s. 41.
[5] Eser 1961 s. 16 och Weigend 1988 s. 67 och 1994 s. 96 vsp.
[6] Mattes 1977 s. 39.
[7] Mattes 1977 s. 40 f: "Kraft seines Bannrechts konnte er ... das Recht um- und fortbilden."
[8] Mattes 1977 s. 52. Det var dock så att de intressen som skyddades av Rikspolisordningarna mestadels var av kollektiv natur, s. 53.
[9] Mattes 1977 s. 108.
[10] Se Mattes 1977 s. 51 f och Weigend 1994 s. 96.

till straffrätten i strikt mening var föremål för milda sanktioner vilka utdömdes av administrativa myndigheter.[11]

Huruvida Mattes kritik träffar rätt beror således på vilken karaktär man tillskriver dagens Ordnungswidrigkeiten. Om man ser dessa som tillhörande en ren förvaltningsstraffrätt vilken endast får användas för att se till att förvaltningen löper obehindrat är Mattes kritik i viss mån träffande. Om man däremot ser Ordnungswidrigkeiten mer som ett svar på en nödvändig uppdelning av straffrätten är det naturligt att se vissa paralleller i de medeltida fenomenen. Dylika jämförelser får dock inte övervärderas; bl.a. är det naturligtvis så att Ordnungswidrigkeiten till stor del är ett svar på den moderna statens problem – med massföreteelser och en växande regelmassa – och dessa problem fanns överhuvudtaget inte på 1500-talet.

De första försöken att åstadkomma en sammanhängande avgränsningsteori företogs först på 1800-talet i samband med upplysningens naturrätt.[12] Som exempel på en författare som utgick från upplysningstidens ideal är härvid Feuerbach att nämna.[13]

I upplysningens efterdyningar på 1800-talet utsattes uppdelningen av straffrätten för kritik inspirerad av bl.a. Montesquieu; det kunde inte anses förenligt med maktdelningsläran att straff utdömdes av administrativa myndigheter. Detta ledde, i kombination med svårigheterna att finna en klar gränslinje mellan straffrätt och förvaltningsstraffrätt,[14] till att den strafflag som antogs 1871 innehöll såväl de traditionella brotten som de tidigare i polislagarna reglerade överträdelserna.[15] Ambitionen var att strafflagen skulle omfatta alla brott, "from murder down to such mundane matters as feeding another person's animals against the will of the owner".[16]

[11] Weigend 1994 s. 96 vsp.
[12] Mattes 1977 s. 105.
[13] Eser 1961 s. 17.
[14] I motiven till StGB från 1871 sades härom följande: "Vergeblich ist von den Rechtsschulen des Mittelalters bis herab zu unserer Zeit ... der Versuch gemacht worden, die Grenzlinie zwischen dem kriminellen und polizeilich Strafbaren zu finden. Auch in der neuesten Zeit ist es nicht gelungen, jenen, die Juristen in Verzweiflung setzenden Unterschied mit Sicherheit und Gleichmäßigkeit durchzuführen." (Citerat efter Göhler 1995 s. 1 rdnr 2.)
[15] Eser 1961 s. 17, Weigend 1994 s. 96 vsp. och Heitzer 1997 s. 11. En viss särbehandling av vissa brott fanns dock även i 1871 års lag. Det fanns avsnittet om Übertretungen ett flertal blankettstraffbud vilka fick sitt innehåll först genom förvaltningsmyndigheters normgivning. Detta återspeglades även i den dåvarande StPO vars § 211 möjliggjorde ett förenklat förfarande i dessa fall. Se härom Bohnert 1984 s. 13 och Boujong 1989 s. 9 rdnr 6.
[16] Weigend 1994 s. 96 vsp.–hsp.

Diskussionen om en från straffrätten särskild förvaltningsstraffrätt eller ordningsrätt tog trots detta åter fart i början av 1900-talet. Detta berodde i första hand på att det snart insågs att ambitionen med en heltäckande strafflag var orealistisk, men även på att Goldschmidts verk *Das Verwaltungsstrafrecht* kom ut 1902. Den teoretiska diskussionen ledde, i kombination med det faktum att straffrätten – i takt med den framväxande socialstaten – växte sig större, till att det blev alltmer uppenbart att en viss särbehandling av förvaltningsstraffrätten var önskvärd.[17]

Viljan till och förhoppningen om utveckling hamnade emellertid i skymundan under 1930- och 1940-talen. Under det nationalsocialistiska styret infördes visserligen en enorm mängd bestämmelser rörande ordningsstraff, framförallt på näringsrättens område, men dessa präglades naturligtvis av nationalsocialismen och utdömdes av förvaltningsmyndigheter utan möjlighet till överprövning i domstol.[18] Sanktionerna som förekom var uteslutande av pekuniär natur.[19]

Efter krigsslutet fanns därför ett behov av att reformera näringsrätten; man ville dels fjärma sig från den nationalsocialistiska andan, dels skapa ett sammanhängande och rättsstatligt acceptabelt system av förvaltningssanktioner.[20] Till en början ansåg man sig dock, på grund av det svåra ekonomiska läget nödgad att behålla den nationalsocialistiska näringsrätten.[21]

År 1947 kom den första lagen som sökte bättra på den rättsliga situationen, men den innebar inga genomgripande förändringar. Dessa kom istället i 1949 års lag om förenkling av näringsstraffrätten. Häri återfanns också för första gången i en modern tysk lagstiftningsprodukt en avgränsning mellan straffrätt och förvaltningsrätt. Denna lag täckte dock inte hela det förvaltningsrättsliga området och hade dessutom provisorisk karaktär, vilket ledde till att ytterligare lagstiftningsåtgärder ansågs nödvändiga. År 1952 infördes Gesetz über Ordnungswidrigkeiten.[22]

[17] Eser 1961 s. 17 f och Göhler 1995 s. 1 f rdnr 3. Det fanns dock en viss förvaltningsstraffrätt (bl.a. inom försäkringsrätten, börsrätten, konkurrensrätten, skatterätten samt tullrätten) även under tiden 1871–1933, se Bohnert 1984 s. 15 f.

[18] Se Bohnert 1984 s. 16 ff, och Eser 1961 s. 18 och 47.

[19] Bohnert 1984 s. 17.

[20] Mattes 1977 s. 175 uttrycker det så att man genom att använda den förvaltningsstraffrättsliga teorin ville motivera det avsteg från maktdelningsläran som förvaltningssanktioner trots allt måste anses innebära.

[21] Eser 1961 s. 19.

[22] Se Bohnert 1984 s. 18. Lagen har därefter ersatts av Gesetz über Ordnungswidrigkeiten från 1968 senast omtryckt 1987.

Denna var avsedd att utgöra en materiell- och processrättslig ramlag för Ordnungswidrigkeiten på allehanda områden.[23]

Det bör observeras att man i denna lagstiftning inte gjorde vad som kan tyckas vara det naturliga: att bryta ut Übertretungen från straffrätten och göra dem till ordningsrätt. En reform i denna riktning skedde dels 1968 då en ny, nu gällande, OWiG infördes samtidigt som många trafikförseelser omvandlades till Ordnungswidrigkeiten,[24] dels 1975 då brottskategorin Übertretungen avskaffades och många av dessa omvandlades till ordningsrättsliga delikt.[25]

9.2 Materiellrättslig översikt

Ordnungwidrigkeitenrecht (i fortsättningen ordningsrätt) utgör i Tyskland ett rättsområde som – likt straffrätten – behandlar oönskade gärningar och dessas följder men befinner sig på en nivå under den egentliga straffrätten. Ordningsrätten kan dock sägas tillhöra straffrätten i vid mening.[26] Som skäl för att behandla ordningsrätten såsom tillhörande straffrätten i vid mening har bl.a. angetts: (1) att de båda rättsområdena likställs författningsrättsligt, (2) att reglerna avseende den allmänna delen i allt väsentligt överensstämmer för de båda områdena, (3) att båda rättsområdena har en generalpreventiv respektive specialpreventiv funktion, samt (4) att samma regler gäller för förfarandet såvitt inte annat stadgas i OWiG.[27] De områden inom vilka Ordnungswidrigkeiten används är framförallt trafik-, miljö-, politi- och näringsrätt.[28]

Formellt sett dras skiljelinjen mellan straff och Ordnungswidrigkeiten genom att de överträdelser som bestraffas med Geldbußen är Ordnungswidrigkeiten medan de som bestraffas med Geldstrafen eller fängelse är brottsliga i egentlig mening, OWiG § 1 st. 1.[29]

I den nuvarande lagen om Ordnungswidrigkeiten finner man i första delen generella regler, om bl.a. legalitet, skuldkrav, nöd och nödvärn,

[23] Göhler 1995 s. 3 rdnr 8.
[24] Boujong 1989 s. 14 f rdnr 41 ff.
[25] Se Göhler 1995 s. 4 rdnr 12, Boujong 1989 s. 15 rdnr 44 och Weigend 1994 s. 97 vsp.
[26] Se t.ex. Rosenkötter 1995 s. 16 och Rebmann, Roth & Hermann 1995 s. 2.
[27] Rebmann, Roth & Hermann 1995 s. 2.
[28] Se Weigend 1994 s. 97 hsp.
[29] Se Bohnert 1984 s. 20 och Göhler 1995 s. 3 rdnr 9. Denne formella avgränsning har av Weigend 1988 s. 85 träffande beskrivits som "a positivist shortcut through a labyrinthine problem".

närmast motsvarande vad man kan kalla straffrättens allmänna del.[30] I del två behandlas förfarandet. Den tredje delen innehåller gärningsbeskrivningar avseende vissa enskilda Ordnungswidrigkeiten och i den fjärde delen finns två "Schlußvorschriften" varav den ena närmast erinrar om att lagen inskränker vissa fundamentala rättigheter och den andra utgör en övergångsbestämmelse avseende vissa kostnadsfrågor.[31]

Reglerna för ordningsrätten påminner i många delar om de som gäller inom straffrätten. Bundesverfassungsgericht har slagit fast att legalitetsprincipen, som återfinns i den Tyska grundlagens artikel 103 st. 2, är av relevans också för ordningsrätten.[32] Likaså är det så att rättfärdigande omständigheter såsom nödvärn (OWiG § 15), nöd (OWiG § 16) och samtycke (oskriven regel) gäller även beträffande ordningsrätten. Tillämpningsområdet beträffande nödvärn och samtycke blir emellertid litet på grund av att det nästan alltid är allmänna intressen som skyddas.[33] Beträffande ursäkter sammanfaller reglerna inte helt. Nödvärnsexcess kan ursäktas liksom inom straffrätten (OWiG § 15 st. 3), men nöd såsom ursäkt erkänns inte inom ordningsrätten. En dylik ursäkt ansågs obehövlig eftersom gärningsmannen nästan i alla situationer kan åberopa rättfärdigande nöd istället.[34]

I ordningsrätten upprätthålls även ett krav på skuld. Enligt OWiG § 1 st. 1 är en Ordnungswidrigkeit "eine rechtswidrige und vorwerfbare Handlung", och enligt § 10 krävs uppsåt om inte uttryckligen anges att oaktsamhet är tillräcklig.

Bestämmelserna om försök ansluter nära till de straffrättsliga reglerna, OWiG § 13, medan man inom medverkansläran laborerar med en form av "Einheitstäterschaft", dvs. man gör ingen skillnad på gärningsmän och medverkande, OWiG § 14.

Den förmodligen viktigaste skillnaden mellan den ordinära straffrätten och ordningsrätten är att "Geldbußen" enligt den senare kan ådömas också juridiska personer. Se OWiG §§ 29a och 30. Även andra skillnader förtjänar emellertid att nämnas.[35] Sålunda gäller inom ordningsrätten opportunitetsprincipen, dvs. vad gäller ådömande av Geldbußen har de myndigheter som ansvarar härför ett visst handlingsutrymme. Vidare är

[30] Så också Göhler 1995 s. 9 rdnr 1, Rebmann, Roth & Hermann 1995 s. 2 och Rosenkötter 1995 s. 16.
[31] Se Göhler 1995 s. 1126.
[32] BVerfGE 26, 186, 203 samt BVerfGE 71, 108, 114. Se härom t.ex. Weigend 1994 s. 100.
[33] Se t.ex. Weigend 1994 s. 101 vsp.–hsp. Jfr även ovan avsnitt 6.2.
[34] Se Weigend 1994 s. 103.
[35] Se härom t.ex. Eser 1989 s. 17 f.

såväl reglerna rörande förundersökningen som själva utdömandet av en sanktion kraftigt förenklade.

Som exempel på enskilda Ordnungswidrigkeiten kan nämnas *falsk namnangivelse, offentlig uppvigling avseende Ordnungswidrigkeiten, obefogat orsakande av störande oljud, förargelseväckande beteende, otillåten prostitution, hållande av farliga djur* osv.[36] Vidare är många trafikförseelser Ordnungswidrigkeiten. I § 49 i Straßenverkehrsordnung finns en uppräkning av ett 50-tal Ordnungswidrigkeiten som täcker de flesta trafikförseelser.[37] Men även *rattfylleri* är enligt § 24a i Straßenverkehrsgesetz att anse som en Ordnungswidrigkeit.[38]

9.3 Allmänt om de tyska avgränsningsförsöken

Den tyska distinktionen mellan Straftaten och Ordnungwidrigkeiten har medfört ett behov av att kunna göra en teoretiskt klar distinktion de båda områdena emellan. Vid första påseende kan tyckas att lagstiftaren löst detta genom att ange formella kriterier för vad som är det ena respektive det andra, och i viss mån är detta riktigt.

I två viktiga hänseenden är dock den formella distinktion som finns i OWiG § 1 st. 1 otillräcklig.[39] Dels ger den ingen ledning för lagstiftaren när han skall inordna nya överträdelser i systemet: skall överträdelsen bestraffas med ett straff eller en Geldbuße? Dels finns bestämmelser som tillåter att antingen straff eller Geldbußen ådöms – s.k. "Mischtatbestände" – varför även domare ibland behöver välja om en viss överträdelse är av straffrättslig eller ordningsrättslig art. I dessa fall har lagstiftaren således ansett överträdelsen ligga i gränsområdet mellan straffrätt och ordningsrätt och överlåtit åt domaren att göra gränsdragningen i det konkreta fallet.[40]

Även om det liksom på andra områden existerar en viss praxis i dessa hänseenden, och beträffande Mischtatbestände även vissa kriterier angivna direkt i lagtexten, är det naturligtvis önskvärt att distinktionen görs på ett koherent och teoretiskt hållbart sätt.

[36] Se §§ 111, 116, 117, 118, 120 och 121 OWiG.

[37] Weigend 1994 s. 97 hsp.

[38] Rattfylleri kan också vara ett brott förutsatt att körförmågan varit nedsatt, se §§ 315a och c och 316 StGB. Se också Lackner 1995 s. 1257 rdnr 5.

[39] Se härom t.ex. Eser s. 4 ff samt Rebmann, Roth & Hermann 1995 s. 4.

[40] Se om Mischtatbestände i allmänhet t.ex. Göhler 1995 s. 24 ff rdnr 33–36 samt Rosenkötter 1995 s. 18. Mischtatbestände är dock på väg att förlora i betydelse, se Rebmann, Roth & Hermann 1995 s. 4.

De avgränsningsförsök som gjorts kan enligt Rebmann, Roth och Hermann inordnas i tre grupper: aliud-teorin, den kvantitativa teorin samt blandteorin.[41] Enligt aliud-teorin finns en kvalitativ och ontologisk skillnad mellan ordningsrätt och straffrätt. Den kvantitativa teorin menar däremot att den enda skillnaden mellan ordningsrätt och straffrätt ligger däri att ordningsrättsliga överträdelser innefattar ett mindre mått av orätt. Blandteorin utgår ifrån aliud-teorin däri att det erkänns att det finns en kvalitativ skillnad i själva kärnan av de båda rättsområdena, men man menar likväl att frågan i gränsfall måste avgöras med hjälp av kvantitativa kriterier.

Ett särdrag hos den tyska diskussionen, som på sitt sätt gör den mindre användbar för våra syften, är att den primärt inte söker efter vad som särskiljer straff och sanktioner, utan efter vad som skiljer Straftaten och Ordnungswidrigkeiten. Dvs. diskussionen är inriktad på orätten, på överträdelsen eller, om man så vill, på rättsfaktumsidan. Den gränsdragning som sker härvidlag ges emellertid ofta betydelse för rättsföljdens beskaffenhet på ett eller annat sätt.

Man kan här se att en inriktning på att dra en skiljelinje på rättsfaktumsidan innebär att diskussionen kommer att handla om vilka typer av orätt som bör höra till kriminalstraffrätten, vilket i praktiken gör att lärorna i mångt och mycket antar karaktären av *kriminaliseringsläror*.

Det går givetvis att använda den gränslinje som skapas också för att i efterhand bedöma huruvida en viss överträdelse egentligen, dvs. bortsett från den positiva rätten, är en Straftat eller en Ordnungswidrigkeit. Men intar man ett sådant perspektiv blir det ofta naturligt att istället fokusera på sanktionen. Att uttala att en viss sanktion är ett straff implicerar nämligen ofta att vissa särskilda regler bör gälla för utdömandet. Att i efterhand säga att en överträdelse, som av lagstiftaren inordnats som en Ordnungswidrigkeit, egentligen är ett brott kan inte på samma sätt sägas implicera direkta rättsliga följder.[42]

I den tyska diskussionen har också viss diskussion förts om hur teorierna skall skapas och bedömas. Skall man utgå från lagstiftningen som den ser ut och induktivt söka de rätta kriterierna, eller skall man utgå från en föregiven uppfattning om straffrätten (och världen) – förslagsvis

[41] Rebmann, Roth & Hermann 1995 s. 4.

[42] Jfr dock Wolff 1987 s. 220 som på grundval av att vad som, enligt Wolff, är en Ordnungswidrigkeit felaktigt klassificerats som Straftat hävdar att bestämmelsen i fråga är författningsstridig.

den som ligger till grund för en viss rättsordning[43] – och därur söka härleda kriterierna på ett mer deduktivt sätt?[44]

Svaret bör efter min mening bero på vem man vänder sig till. Skall man lyckas skapa ett sammanhängande straffsystem, och ge råd till lagstiftaren om hur det skall konstrueras (vilket faktiskt har ansetts vara en av de två huvuduppgifterna för den tyska diskussionen), kan man naturligtvis inte okritiskt köpa den verklighet lagstiftaren skapar. Ur mer principiell synvinkel är därför den senare metoden att föredra (och den har också som regel använts i den tyska doktrinen).[45] I detta sammanhang bör framhållas att kriterier som bygger på den deduktiva metoden i princip kan utsättas för två typer av kritik: dels kan själva premisserna ifrågasättas (dvs. den föregivna uppfattningen om straffrättens natur), dels kan även med givna premisser teorin vara osammanhängande.[46]

Skall däremot råd ges till domare i frågan huruvida ett "Mischtatbestand" bör bedömas som ett brott eller som en Ordnungswidrigkeit är det – om inte annat på grund av den allmänna likabehandlingsprincipen – förmodligen nödvändigt att som utgångspunkt använda den induktiva metoden. Det kan knappast accepteras att en domare bygger sin avgränsning på kriterier som är helt främmande för lagstiftaren. Om det i detta hänseende lagstiftas och döms utifrån helt skilda, och måhända oförenliga utgångspunkter, kommer systemet att tala med kluven tunga.

Men även om man i huvudsak använder sig av den deduktiva metoden är det nödvändigt att i viss mån bygga på vad som kan kallas empiri. I realiteten är naturligtvis inget försök att åstadkomma en avgränsning byggt ur intet; i viss utsträckning är man hänvisad till att bygga på hur rätten faktiskt ser ut. Verkligheten sätter s.a.s. ramar för tänkandet. Det finns naturligtvis tillfällen när gällande rätt bör utsättas för hård "revolutionär" kritik, men ett alltför verklighetsfrämmande synsätt torde oftast vara av liten nytta.[47]

I den tyska doktrinen diskuteras också olika teorier utifrån båda dessa utgångspunkter. Dvs. dels vill man att en teori åtminstone i någon mån skall kunna förklara den uppdelning som görs idag, dels vill man att teorin skall bygga på rimliga premisser, vara sammanhängande och ge en önskvärd avgränsning.

[43] Jag är givetvis medveten om att man knappast kan hitta någon genomtänkt konception av straffrätten som grund för t.ex. det svenska straffsystemet, men vissa grundinställningar torde ändå gå att skönja.
[44] Jfr Weigend 1988 s. 86.
[45] Weigend 1988 s. 86.
[46] Se härom Eser 1961 s. 20 f.
[47] Jfr vad som sagts ovan i avsnitt 8.2 och 8.5.

Om de tyska avgränsningsförsöken kan allmänt sägas att de i många fall framstår som orimliga eller förlegade redan vid första påseende.[48] Att de likväl tillåts ta visst utrymme i anspråk beror dels på att det framstår som korrekt att nämna dem, dels på att de manar till ett någorlunda pragmatiskt förhållningssätt.

9.4 Kvalitativa teorier

God förståelse av vad kvalitativa kriterier innebär får man lättast om man uppfattar dem som att de säger att straffrätten har ett element som ordningsrätten saknar, även om de har en gemensam bas. Ett straffrättsligt brott består t.ex. inte såsom en ordningsrättslig förseelse *enbart* av ett normbrott utan också av en skada.

Tanken åskådliggörs i följande figur:

Ordnungswidrigkeiten	*Straftaten*
orätten är positivrättslig...	...och naturrättslig
orätten är positivrättslig...	...och kulturellt betingad
orätten är positivrättslig...	...och moralisk
delikten innefattar normbrott...	...och skuld
delikten innefattar normbrott...	...och skada
delikten innefattar normbrott...	...och indikation på sjukdom
sanktionen är tvingande...	...och sonande

Det är tydligt att det är en svår uppgift att på ett teoretiskt hållbart sätt inordna kriterier för en avgränsning i olika grupper. Eser skiljer t.ex. kriterier som bygger på angreppsobjektet från sådana som bygger på allmänrättsliga kriterier (dvs. straffrätten överensstämmer med något förrättsligt).[49] Ser man närmare på saken finns dock ett samband mellan dessa kategorier. Om vi t.ex. tar en teori som går ut på att straffrätten, till skillnad från ordningsrätten, överensstämmer med något förrättsligt, t.ex. naturrätten, så kan denna lika gärna presenteras som en teori som bygger på att straffrätten och ordningsrätten skyddar olika slags angreppsobjekt; straffrätten skyddar angreppsobjekt – rättigheter – som finns enligt något förrättsligt, medan ordningsrätten skyddar skapade angreppsobjekt eller rättigheter.

På motsvarande sätt kan teorin som säger att straffrätten har ett skuldrekvisit som ordningsrätten saknar sägas ha kopplingar både till de läror som menar att straffrättsliga överträdelser utgör mer än bara ett norm-

[48] Jfr Zila 1992 s. 173.
[49] Eser 1961 s. 22 f.

brott och till den lära som säger att oaktsamma överträdelser är att hänföra till ordningsrätten, uppsåtliga till straffrätten. Hur man väljer att göra är alltså relativt öppet, varför den följande indelningen inte får uppfattas som mycket mer än ett framställningstekniskt val. Att olika teorier sammanförts har ofta berott på att kritiken mot dem är likartad.

En utgångspunkt för framställningen i denna del är att när ett kriterium väl blivit vederlagt finns normalt ingen anledning att utförligt diskutera kring detta.

9.4.1 Ett allmänt problem med de kvalitativa lärorna

Redan innan vi går in på de kvalitativa teorierna bör framhållas att det finns ett problem som är gemensamt för dessa läror. I de olika teorierna finns alltid inbyggt vad som kan kallas ett språng från ontologi till deontologi. Av en väsensmässig skillnad mellan t.ex. rätt och förvaltning dras slutsatsen att delikt som är kopplade till rätt respektive förvaltning juridiskt bör behandlas olika.[50]

Det som är besvärande är således att man hoppar över den avgörande frågan: varför bör dessa områden som är väsensmässigt skilda från varandra behandlas olika?[51] För att spetsa till det hela kan man säga att det är skillnad på hundar och katter; likväl behandlas de i många sammanhang på exakt samma sätt juridiskt. Detta beror givetvis på att de i för sammanhanget väsentliga avseenden uppvisar stora likheter.

Det bör därför betonas att svagheter hos kvalitativa teorier kan ligga på två plan. Först kan de uppställa en dikotomi där ingen går att göra (eller svårligen kan göras), därefter kan de utifrån denna dra slutsatser som är oberättigade.

9.4.2 Den förvaltningsstraffrättsliga teorin

En av de mest inflytelserika lärorna i Tyskland, vilken också ursprungligen låg till grund för lagstiftningen från 1949 och 1952, är den förvaltningsstraffrättsliga teorin (FT).[52] FT är den yngsta kvalitativa avgränsningsteorin och bygger i huvudsak på tankar framförda av James Goldschmidt, Erik Wolf och Eberhard Schmidt. De två första stod för

[50] Se härom närmare Eser 1961 s. 123 ff.

[51] Eser 1961 s. 124 f uttrycker det så att rättsföljder inte följer av naturvetenskapliga kausalitetskriterier, utan av normativa överordnade principer.

[52] Enligt Winkler 1971 s. 36 var FT med dess kvalitativa gränslinje h.M. så sent som 1971.

teoribildningen före nationalsocialismens maktövertagande medan den senare återupplivade FT efter andra världskrigets slut.

Att FT blev så framgångsrik torde i huvudsak bero på att den var förenlig med tidsandan.[53] Den nyare statsideologin hade fjärmat sig från liberalismens ideal om en stat vars legitimitet, tillspetsat uttryckt, kunde mätas i dess återhållsamhet. I de nya tankarna om välfärdsstaten ingick att staten skulle främja den allmänna välfärden. Detta krävde att medborgarna bidrog från sitt håll, varför det blev naturligt att säkra denna medverkan genom någon form av sanktioner.

Goldschmidt. FT bygger på att man framhäver en grundläggande skillnad mellan rätt och förvaltning. Skiljelinjen återfinns dels i de ändamål som ligger bakom de båda områdena, dels i de medel som används.[54]

Rätten syftar till att avgränsa och skydda en viss redan existerande position (den mänskliga viljesfären). Detta kan ske genom att i en rättssats understryka att ett visst tillstånd skall fortbestå. Funktionen är således negativ; intrång skall förhindras.[55]

Förvaltningen har däremot en positiv funktion; den skall främja ett icke uppnåeligt idealtillstånd – välfärden. Eftersom tillståndet icke är för handen räcker det inte längre med tal; det fordras handling.[56] Eser uttrycker det så att Goldschmidt ställer rättens statiska karaktär mot förvaltningens dynamiska.[57]

Detta medför att medan ett brott skadar ett visst tillstånd – "die Beeinträchtigung der Machtsphäre eines anderen Willensträgers: eine Rechtsgüterbeeinträchtigung"[58] – så innefattar en förvaltningsstraffrättslig överträdelse endast ett icke-främjande av välfärden, dvs. ett icke-bidragande till ett hittills endast föreställt tillstånd.

Ur denna motsatsställning härledde Goldschmidt skillnader i såväl formellt som materiellt avseende.

Där ett brott alltid innefattar formell rättsstridighet, såtillvida att en rättssats överträds, medför en förvaltningsstraffrättslig överträdelse endast en förvaltningsstridighet.[59] Detta beror på att medan straffrättsliga regler uttrycks i rättssatser finns förvaltningens påbud och förbud endast

[53] Se Eser 1961 s. 48 och Mattes 1977 s. 135.
[54] Goldschmidt 1902 s. 529 och Eser 1961 s. 51.
[55] Goldschmidt 1902 s. 531 ff. Se vidare t.ex. Wolff 1987 s. 157 f och Weigend 1988 s. 87.
[56] Goldschmidt 1902 s. 533 f.
[57] Eser 1961 s. 52.
[58] Goldschmidt 1902 s. 540.
[59] Se Goldschmidt 1902 s. 548.

i ett "Verwaltungsbefehl".[60] (I detta hänseende modifierade Goldschmidt senare sin teori så att de förvaltningsstraffrättsliga reglerna ansågs vara förvaltningsföreskrifter i rättssatsform.[61] Därmed fick dessa två särskilda formella element: rättsstridighet avseende överträdelsen av rättssatsen och förvaltningsstridighet för överträdelsen av förvaltningspåbudet.)

Materiellt är skillnaden den att ett brott alltid innefattar en materiell Rechtsgutsverletzung vilket förvaltningsstraffrättsliga överträdelser inte kan göra.[62] Ty, när det gäller förvaltningen finns inget tillstånd som kan skadas, utan allt som kan ske är ett icke-främjande av ett ännu icke-existerande idealtillstånd:

> "Da ... das öffentliche Wohl als solches nie einen örtlichen oder zeitlichen Kolorit annehmen, d.h. also nie ein durch dauernde Einrichtungen sanktionirter Zustand werden kann, so kann auch seine Beeinträchtigung niemals eine Rechtsgüterbeeinträchtigung – ein damnum emergens – sein."[63]

I så måtto att kriminalisering i strikt mening fordrar ett Rechtsgut finns här en beröringspunkt med h.M. i dagens tyska doktrin; däremot finns, givetvis, ingen närmare överensstämmelse avseende vad som är att klassificera som ett Rechtsgut.

Om vi så övergår till själva sanktionerna kan följande sägas. Människan är, vad gäller förvaltningen, egentligen ett av flera förvaltningsorgan i samhället. När människorna nu genom olika förvaltningsakter får förelagt vad de skall göra för att främja den allmänna välfärden blir de i praktiken degraderade från likaberättigat förvaltningsorgan till hjälporgan.[64] Från detta perspektiv är förvaltningssanktionen inget som riktas mot en viljebärares rättssfär, utan enbart en disciplinär åtgärd mot ett hjälporgan.[65] Goldschmidt betonade härvid funktionen att genomdriva, eller åtminstone ersätta, det underlåtna understödet till förvaltningen och talade om "[die] Deliktsobligation des Verwaltungsrechts".[66]

Straffanspråket är enligt Goldschmidt i princip förvaltningens, men av rättssäkerhetsskäl förordade han likväl att förvaltningsstraffrätten skulle kläs i rättsliga former och handhas av förvaltningsdomstolarna.[67]

[60] Eser 1961 s. 53 f samt Mattes 1977 s. 144 f.
[61] Att de antog form av rättssatser berodde enligt Goldschmidt på rättsstatliga skäl.
[62] Eser 1961 s. 54.
[63] Goldschmidt 1902 s. 544.
[64] Eser 1961 s. 56.
[65] Se Goldschmidt 1902 s. 549 och 552 f. Se även t.ex. Mattes 1977 s. 146.
[66] Mattes 1977 s. 146 samt Eser 1961 s. 57.
[67] Goldschmidt 1902 s. 582 ff och Mattes 1977 s. 148.

Det bör slutligen framhållas att gränsen mellan rätt och förvaltning enligt Goldschmidt inte var konstant.[68] Förvaltningsdelikt kan genom att ett visst allmänt intresse upphöjs till Rechtsgut förvandlas till ett straffrättsligt delikt. Denna upphöjning kan ske genom att intresset ses som ett medel för att skydda de egentliga rättsgoda.[69] Relativiteten i Goldschmidts teori understryks av att han menade att det knappast finns ett enda delikt som inte skulle kunna hänföras till båda områdena.[70]

Wolf. Wolf utgick i sin teoribildning från vad Goldschmidt hade åstadkommit. Wolf sökte dock göra FT mindre sårbar genom att avstå från att hävda en begreppslig eller ontologisk skillnad mellan rätt och förvaltning för att istället hävda att skillnaden mellan de båda områdena är värderelaterad.[71]

Wolf menade i enlighet med det sagda att det mellan rätt och förvaltning inte går att finna någon skillnad avseende den formella begreppsliga karaktären.[72] Inte heller uttöms skillnaderna av att straffrätten och förvaltningsstraffrätten har delvis olika ändamål.[73] Förvaltningsstraffrätten har också straffkaraktär, men mellan de båda områdena föreligger en värdemässig skillnad som kan utarbetas utifrån tanken om staten som konstitutivt grundvärde.[74]

Enligt Wolf är statsvärdet konstitutivt för rättsordningen i dess helhet. Statsvärdet kan emellertid, i anknytning till Montesquieu, delas upp i tre delar: rättsvärde, välfärdsvärde och maktvärde. Rättsvärdet, Gerechtigkeit, ligger härvid till grund för den egentliga straffrätten, välfärdsvärdet för förvaltningsstraffrätten och maktvärdet för exekutionsväsendet.[75] Dessa ideella grundvärden konkretiseras sedan i Rechtsgüter respektive Verwaltungsgüter (från maktvärdet och exekutionssfären bortses i det följande). Härvid menade Wolf att medan Verwaltungsgüter är förgängliga är Rechtsgüter eviga. Förverkligandet av välfärdsvärdet genom förvaltningsgoda är alltid tids- och personbundet: förvaltningsgoda är skyddsvärda endast under de speciella förutsättningar (t.ex. vad gäller statens organisation) som existerar vid en viss tidpunkt.[76]

[68] Goldschmidt 1902 s. 584 ff och Eser 1961 s. 58 f.
[69] Mattes 1977 s. 145.
[70] Goldschmidt 1902 s. 585. Se också Mattes 1977 s. 145.
[71] Mattes 1977 s. 158 samt Bohnert 1984 s. 12.
[72] Wolf 1930 s. 519 f. Se också Mattes 1977 s. 158.
[73] Wolf 1930 s. 520. Enligt Wolf, s. 583 ff kan man tillskriva förvaltningsstraffrätten avskräckande och uppfostrande (ord som används i sammanhanget är "Vermahnung, "Warnung" och "Zuchtmittel") funktioner.
[74] Wolf 1930 s. 521 ff. Se även Eser 1961 s. 59 f och Mattes 1977 s. 159.
[75] Wolf 1930 s. 521 f och Eser 1961 s. 60.
[76] Wolf 1930 s. 524 och Eser 1961 s. 61.

Gärningsmannakaraktären blir också en annan enligt Wolf. Den gärningsman som begår ett brott respekterar inte ett etiskt minimum. Om den som begår en förvaltningsrättslig överträdelse är istället endast att säga att han inte uppnår ett etiskt maximum. Han handlar egentligen inte orätt utan "ungut" eller "unwohl".[77]

Wolf visade också vad hans teori hade för dogmatiska konsekvenser. Formellt sett är även förvaltningsstraffrätten straffrätt. Strukturen av ett förvaltningsrättsligt delikt är därför densamma som för ett brott – Tatbestand, Rechtswidrigkeit, Schuld – men på alla tre nivåerna har läran enligt Wolf dogmatiska implikationer. På nivån för Tatbestand består den förvaltningsstraffrättsliga särarten däri att det saknas, inte ett skyddsobjekt,[78] utan ett konkret angreppsobjekt.[79] Vad gäller rättsstridigheten menar Wolf att den i formellt hänseende, dvs. som normstridighet, är densamma för förvaltningsstraffrätten och den egentliga straffrätten.[80] Däremot är rättsstridigheten i materiellt hänseende mindre när det gäller förvaltningsstraffrättsliga överträdelser. Den materiella rättsstridigheten ses alltså som graderbar.[81] Den materiella rättsstridigheten ligger också på ett mer immateriellt, icke person- eller sakrelaterat plan, och består främst i "der Erschütterung des objektiven Rechtsbewußtseins".[82]

Beträffande tillräknelighet menar Wolf att personer vilka står främmande inför statslivet, t.ex. barn, fientligt inställda, psykiskt sjuka eller asociala personer, inte är tillräkneliga, ty den som inte vill (eller kan) inordna sig i systemet kan man inte förmana att uppfylla sina plikter.[83] Vad gäller uppsåts- och oaktsamhetskraven framhåller Wolf att eftersom det i förvaltningsdelikten saknas ett konkret angreppsobjekt och det i regel inte fordas någon individualiserad effekt så finns det regelmässigt ingen effekt eller annat faktiskt förhållande att ha uppsåt till. Därmed blir vetskap om gärningens karaktär av att vara förbjuden det centrala uppsåtselementet vid förvaltningsdelikten.[84]

Schmidt. Schmidt var den som efter den nationalsocialistiska tiden återupplivade och vidareutvecklade FT. Schmidt frångick grundtankarna i Goldschmidts och Wolfs arbeten, och teorin kom mer att handla om att

[77] Wolf 1930 s. 525.
[78] Här skriver Wolf att det inte saknas ett Rechtsgut. Med tanke på att han tidigare skilt på Rechtsgüter och Verwaltungsgüter, se ovan vid not 76, borde han rätteligen mena att det inte saknas ett Verwaltungsgut.
[79] Wolf 1930 s. 561 f och Eser 1961 s. 62 f.
[80] Wolf 1930 s. 563.
[81] Wolf 1930 s. 564 ff.
[82] Wolf 1930 s. 567.
[83] Wolf 1930 s. 569 ff, särskilt s. 572.
[84] Wolf 1930 s. 572 ff, särskilt s. 574 f.

förvaltningsdeliktens orätt endast består i själva olydnaden. Denna frigörelse från tidigare teorier skedde dock successivt. Till en början anslöt sig Schmidt nära till Wolf.[85]

Schmidts fristående teori utgick från att skillnaden mellan brott och förvaltningsstraffrättsliga överträdelser går att finna i orättsinnehållet.[86] Schmidt menade härvid att vid brott består orätten i skada (eller konkret fara) som tillfogas ett Rechtsgut. Som Rechtsgut räknas rättsligt erkända intressen hos individer eller sammanslutningar av individer som tagit form av en egen person.

Någon sådan orätt finns nu inte när det gäller förvaltningsdelikten. Här består orätten endast i olydnad gentemot förvaltningen,[87] dvs. i att den enskilde inte i erforderlig omfattning bidrar till förvaltningsintressenas förverkligande.[88] Att Schmidt i vissa fall talar om att det orsakas en förvaltningsskada gör, vilket Eser påpekar, det hela lite motsägelsefullt.[89]

Även i skulden visar sig skillnaden mellan rätt och förvaltning. Straffrättslig skuld tyder på "Gesinnungsverfall" och "Rechtsfeindlichkeit", medan skulden inom det förvaltningsstraffrättsliga området endast tyder på en felaktig vilja.[90]

Dessa skillnader s.a.s. på rättsfaktumsidan återspeglas sedan i rättsföljderna. De egentliga straffen har en sonande funktion, medan förvaltningssanktionerna endast är manande. Beträffande de senare uttalar Schmidt: "Sie ist überhaupt keine 'Strafe', weil ihr jede Beziehung zur Sühneidee fehlt."[91] I linje med detta ville Schmidt inte använda ord som ordningsstraff eftersom det gav associationer till straff; istället höll han "Mahngeld" för en träffande beteckning.[92]

Avgörande för avgränsningen borde enligt Schmidt vara huruvida en överträdelse berör mer än bara förvaltningsintressen. Om statens existens som sådan var det intresse som skyddades var således fråga om ett äkta straffrättsligt delikt.

Schmidt sökte senar konkretisera denna tanke när han i *JZ* 1951 föreslog en avgränsningsformel med följande lydelse:

[85] Eser 1961 s. 66 f.
[86] Mattes 1977 s. 175 f och Eser 1961 s. 67 f.
[87] Schmidt 1951 s. 103 och Mattes 1977 s. 175.
[88] Se Boujong 1989 s. 20 rdnr 74.
[89] Se Eser 1961 s. 68.
[90] Eser 1961 s. 68 och Mattes 1977 s. 176.
[91] Schmidt enligt Mattes 1977 s. 176.
[92] Mattes 1977 s. 177 och Boujong 1989 s. 20 rdnr 74.

"Eine Zuwiderhandlung ist Straftat, wenn sie das staatliche Interesse an Bestand und Erhaltung der staatlich gesetzten Ordnung eines bestimmten Sachgebietes im ganzen oder in einzelnen wesentlichen Beziehungen verletzt, indem entweder

1. die Zuwiderhandlung ihrer Bedeutung oder ihrer Auswirkung nach den mit der Ordnung des betreffenden Sachgebiets erstrebten (inbesondere wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen) Zustand als solchen zu beeinträchtigen geeignet ist,

oder

2. der Täter mit seiner Zuwiderhandlung eine Einstellung bekundet, die die staatlich gesetzte Ordnung des betreffenden Sachgebiets mißachtet, inbesondere dadurch, daß er gewerbsmäßig, aus verwerflichem Eigennutz oder sonst verantwortungslos gehandelt oder Zuwiderhandlungen hartnäckig wiederholt hat.

In allen anderen Fällen ist die Zuwiderhandlung eine Ordnungswidrigkeit."[93]

Denna formel fick under de kommande åren stor betydelse såtillvida att den nästan ordagrant ingick i de olika näringsstraffrättsliga lagar som utfärdades (WiStG).[94] Det har dock påpekats att formeln har kvantitativa drag som är oförenliga med Schmidts kvalitativa utgångspunkt: "[e]s ist klar, daß ... diese Unterscheidung nur quantitativ sein kann; wie anders wäre es denkbar, daß eine rein subjektive Tendenz im Täter eine Unterscheidung überwinden könnte, die aus der objektiven Struktur des Staates hergeleitet wurde".[95]

Kritik. FT kan kritiseras från många olika håll. Detta beror dels på att FT, vilket bör ha framgått, inte är en enhetlig teori utan flera, dels på att man vid kritiserandet kan anlägga olika perspektiv. I detta sammanhang kommer blott några av de mest centrala punkterna i FT att diskuteras.

Härvid bortses helt från den kritik som uteslutande bygger på ett internt tyskt positivrättsligt perspektiv.[96]

[93] Schmidt 1951 s. 103 vsp.–hsp.

[94] Se härom t.ex. Mattes 1977 s. 178 ff samt Bohnert 1984 s. 19.

[95] Boujong 1989 s. 20 rdnr 75.

[96] I tysk doktrin förekommer t.ex. att kritiken tar sin utgångspunkt i den gällande lagstiftningen varvid det påpekas att FT inte kan förklara varför vissa delikt hänförs till straffrätten medan andra blott anses vara Ordnungswidrigkeiten. Exempelvis är det svårt att förklara Mischtatbestände utifrån FT. I dessa fall kan ju samma typ av överträdelse, beroende på omständigheterna, vara att hänföra till båda områdena. Dylik kritik, som s.a.s. grundar sig på att FT har dåligt förklaringsvärde vad gäller detaljer i tysk positiv

Till att börja med kan påpekas (1) *att gränsdragningen mellan rätt och förvaltning är svår att göra.* Det är helt enkelt ofta omöjligt att med anspråk på någon form av säkerhet säga huruvida en viss reglering avser att skydda enskilda rättigheter eller bara främja det allmännas bästa.[97] Se också punkt (3) nedan.

Vidare kan (2) *själva motsättningens betydelse för gränsdragningen* ifrågasättas. Eser frågar t.ex. om inte Gerechtigkeit, som Wolf menade var grundvärde endast för den egentliga straffrätten, är av lika stor relevans för förvaltningen?[98] Jo, enligt Eser är Gerechtigkeit det grundläggande värdet för både rätt och förvaltning. Den tydligaste skiljelinjen finner han istället i "der Verschiedenheit ihrer Funktionsformen",[99] vilket syftar på att medan rätten är tillbakablickande, fastställande och erkännande i förhållande till något som redan skett, är förvaltningen inriktad på att medvetet skapa framtiden.

Rättens uppgift blir med denna syn att säkra och skydda den redan uppnådda rättvisan, medan förvaltningen med blicken riktad framåt skall utvidga och fullkomliggöra densamma.[100]

Om vi så vänder blicken mot förvaltnings*straffrätten*, kommer vi, enligt Eser, att finna att själva formen för verksamheten är densamma som inom straffrätten: att säkra och skydda en viss redan uppnådd position.[101] Förvaltningsstraffrättens uppgift är således att säkra de framsteg som förvaltningen i sin strävan mot fullkomlighet har åstadkommit. Skillnaden mellan straffrätt och förvaltningsstraffrätt ligger alltså principiellt i att den senare skyddar "nyskapade" rättsgoda.[102]

Även om vi således måhända skulle kunna uppställa en skiljelinje mellan rätt och förvaltning så framstår det som oklart *varför* denna distinktion skall användas för att skilja mellan Straftaten och Ordnungswidrigkeiten; även de sistnämnda opererar ju med rättens modaliteter.[103] Ordnungswidrigkeiten utgör s.a.s. ett område inom förvaltningsrätten som är uppbyggt helt enligt en straffrättslig modell.

---

rätt, är av mindre intresse i detta sammanhang, där vi mer är ute för att söka kriterier som kan användas för att avgränsa straff från andra sanktioner.

[97] Weigend 1988 s. 88.

[98] Eser 1961 s. 110.

[99] Eser 1961 s. 111.

[100] Eser 1961 s. 112.

[101] Eser 1961 s. 112 f.

[102] Eser 1961 s. 113.

[103] Det kan möjligen vara av intresse att notera, åtminstone för den som emellanåt finner den tyska diskussionen väl högtflygande, att man kan nå samma slutsatser s.a.s. på mikronivå, dvs. genom att jämföra idealtypiskt straffrättsliga åtgärder med idealtypiskt förvaltningsrättsliga (t.ex. utdömande av fängelsestraff och utdömande av viten).

Ytterligare kan ifrågasättas (3) *huruvida det är rimligt att säga att förvaltningsstraffrättsliga överträdelser inte skadar några rättsgoda.* Denna tanke är gemensam för de tre företrädare för FT, vilka har presenterats ovan (även om den måhända är mest betonad av Schmidt).[104]

För att en sådan teori skall kunna accepteras krävs att man utgår från en given uppfattning om vad rättsgoda egentligen är ("eines vorgefaßten Rechtsgutsbegriffes").[105] Återigen gäller att om något skall kunna särskiljas så måste den företeelse från vilken det skall särskiljas vara någorlunda skarpt avgränsad.[106]

Problemet här är helt enkelt att teorin utgår ifrån en idag hopplöst förlegad teori om rättsgoda. I modern tysk doktrin definieras rättsgoda i regel som företeelser eller målsättningar vilka är viktiga för individen eller samhället.[107] Att statliga skapade intressen kan utgöra rättsgoda torde det inte råda någon som helst tvivel om.

Som Roxin säger finns det "zahlreiche Taten im Bereich der Wirtschafts-, Steuer- und Umweltdelikte, deren Gegenstände erst durch staatliche Anordnungen geschaffen werden, deren Strafbedürftigkeit aber trotzdem nicht ernsthaft bezweifelt werden kann".[108]

Det finns förvisso tendenser att snäva in begreppet Rechtsgut såtillvida att detta i första hand skall hänföra sig till individer – den s.k. personale Rechtsgutslehre – men även inom ramen för denna erkänns att även mer allmänna intressen bör kunna godtas såvitt de kan återföras på individen.[109]

Det bör observeras att detta inte endast är en lek med ord. Att begreppet rättsgoda har utvidgats beror på samhällets utveckling. Allt mer av vårt dagliga liv tilldrar sig i någon form av juridiska personer och statens uppgifter har onekligen utvidgats under 1900-talet.

Skulle man göra ett försök att dela upp dagens tyska Rechtsgutsbegriff i Rechtsgüter och Verwaltungsgüter kan man därför vara förvissad om att gränslinjen mellan rätt och förvaltning inte skulle gå där vi vill. Inte heller här ger teorin således några godtagbara kriterier för hur avgränsningen skall göras.

Drar man det hela ännu längre, vilket har gjorts av bl.a. Schmidt, och hävdar att orätten i Ordnungswidrigkeiten uttöms av olydnaden blir

[104] Se Roxin 1994 s. 12 rdnr 4.
[105] Jfr Roxin 1994 s. 13 rdnr 6.
[106] Jfr här Wittgenstein (1953) 1992 s. 47 punkt 77.
[107] Se t.ex. Roxin 1994 s. 14 rdnr 9 samt Jescheck & Weigend 1996 s. 7.
[108] Roxin 1994 s. 13 rdnr 6. Se även Jescheck & Weigend 1996 s. 59.
[109] Se härom Hassemer 1994 s. 21 f vilken som en av de främsta förespråkarna för die personale Rechtsgutslehre likväl uttalar: "Natürlich kann ein Strafgesetzbuch gerade heute auf Universalrechtsgüter nicht verzichten". Jfr också Schünemann 1994a s. 205.

problemen givetvis ännu större.[110] En dylik skiljelinje är kanske möjlig att dra, men den förefaller likväl inte användbar.

Tillspetsat uttryckt kan man fråga sig vilka skäl lagstiftaren har att införa sanktionerade förbud vars enda konsekvens är att medborgarna ges en chans att vara olydiga.

Därmed blir dylika regler också svåra att legitimera.[111] Ovan har, i anslutning till Schünemann, hävdats att sanktioner fordrar både ett syfte och en etisk legitimation. I dessa fall kan som sagts ifrågasättas om det överhuvudtaget finns något syfte med reglerna.[112] Än viktigare är att rena ohörsamhetssanktioner skulle strida mot fundamentala etiska principer; människan skulle användas endast som objekt för att demonstrera vad som sker vid olydnad.

En teori som går ut på att orätten endast består i olydnad framstår således som fullständigt ohållbar. Ser vi närmare på företrädarna för FT kan man också finna tecken på att man, trots förnekande av att rättsgoda skadas av förvaltningsstraffrättsliga överträdelser, ändå framhåller ett visst mått av ändamålstänkande: hos Schmidt talas t.ex. om en förvaltningsskada.[113] Därmed är vi tillbaka där vi började. Dessa förvaltningsskador osv. skulle nämligen med den uppfattning om rättsgoda som i dag är h.M. i många fall vara att klassificera som angrepp på rättsgoda.

Sammanfattningsvis kan vi konstatera att den distinktion FT söker göra mellan rätt och förvaltning är svår att göra och att det framstår som oklart varför den skall tillmätas avgörande betydelse för gränsdragningen.

9.4.3 Naturrätten som kriterium (Feuerbach)

Vidare har hävdats att gränslinjen mellan ordningsrätt och straffrätt sammanfaller med den mellan mala in se och mala prohibita. Mala in se har då avsett en närmast naturrättslig orätt; straffrätten föregås av en sorts pre-positiv orätt.[114]

Bland de tidigare naturrättsliga teorierna bör nämnas den som utarbetats av Feuerbach. Dennes teori var för övrigt den första som diskuterade problematiken i termer av kvalitet och kvantitet.[115] Att så blev fallet har av Eser träffande förklarats bero på att "solange das Wesen eines Ge-

[110] Se härom Eser 1961 s. 116 ff.
[111] Eser 1961 s. 120.
[112] Lika viktigt som att opponera sig mot en rent funktionalistisk straffrätt är enligt min mening att inte acceptera straff utan en funktionalistisk bas. Se också Greve t.ex. 1994 s. 237 och 1995a s. 182.
[113] Se Eser 1961 s. 85.
[114] Jfr Mattes 1982 s. 247 ff.
[115] Eser s. 20 och Mattes s. 112 f.

genstandes, hier des Verbrechens, noch nicht feststeht, kann von ihm auch noch nichts wesensmäßig Verschiedenes abgeschieden werden".[116] Det fordras således en någorlunda utarbetad straffteori för att något kvalitativt skall kunna särskiljas från straffrätten.

Feuerbachs teori bygger på en uppfattning om brottsbegreppet vilken skiljer mellan subjektiva rättigheter, vilka i och för sig kan innehas av staten, och andra typer av intressen. Brott kan endast begås mot de subjektiva rättigheterna och bestämmelserna i den egentliga straffrätten "gelten für *jeden Ort* und für *jede Zeit*".[117]

Övrig orätt skadar inga rättigheter utan är enbart förbjuden på grund av faran för den rättsliga ordningen och säkerheten.[118] De kan återfinnas varken i religionen, förnuftet eller vetandet utan endast på papperet i polisförordningarna. Enligt Eser vore med Feuerbachs teori t.o.m. brott som våldtäkt att räkna till den övriga orätten.[119] Som exempel på överträdelser vilka Feuerbach själv ansåg ligga utanför den egentliga straffrätten kan nämnas bl.a. ocker, incest och koppleri.[120]

Feuerbachs teori har som synes en naturrättslig utgångspunkt.[121] Den bygger på att det finns naturliga rättigheter, i motsats till sådana rättsliga positioner som skyddas enbart på grund av praktiska skäl.

Till att börja med kan sägas att Feuerbachs teori i princip bara kan appellera till dem som accepterar naturrätten.[122] Detta bör vara en relativt allvarlig invändning. För det första torde det vara svårt för de flesta att acceptera någon form av naturrättslig rättsteori om man inte uttunnar den så mycket att nästan inget blir kvar. Även om man idag ibland talar om en naturrättslig renässans[123] så kan jag inte se annat än att de svagheter, som vidlåter naturrätten som *rättsteori*, kvarstår.

Hur som helst kvarstår de epistemologiska problemen. Hur vet vi vad som ingår naturrätten?: "the designation of offences according to whether they violate natural rights or only peacekeeping rules proved a difficult task, and the results of labelling efforts appeared as rather arbitrary".[124]

Om man försöker knyta an till Feuerbachs tanke om allmängiltighet bör observeras att huruvida det kan sägas vara allmängiltigt att kriminalisera en viss typ av beteende är helt beroende av hur beteendet beskrivs.

[116] Eser 1961 s. 20.
[117] Feuerbach enligt Mattes 1977 s. 111.
[118] Eser 1961 s. 22.
[119] Eser 1961 s. 22.
[120] Se Mattes 1977 s. 112.
[121] Weigend 1988 s. 87.
[122] Weigend 1988 s. 87.
[123] Så t.ex. Strömberg 1996.
[124] Weigend 1988 s. 87.

Säger man t.ex. att svenska trafikregler förbjuder förande av motorfordon på vänster sida av vägen, är det klart att detta inte är en allmängiltig regel; i England är detta beteende tillåtet. Beskriver man regeln istället så att det är förbjudet att köra på fel sida av vägen, ligger det närmare till hands att kalla den allmängiltig. Likväl finns det samhällen som inte alls känner till företeelsen biltrafik. Om man slutligen förstår regeln som en konsekvens av en allmän regel som säger att det är förbjudet att utsätta andra människor för allvarlig fara, så kan regeln nästan kallas för naturrättslig i den mening som t.ex. Hart avser.[125]

Därmed kan man genom att vända och vrida på formuleringarna få gränslinjen nästan vart man vill. Väljer man en konkret beskrivning skulle man måhända kunna påstå, och enas om, att vissa brott – t.ex. mord – omedelbart bygger på människans situation (i detta fall såsom varande en varelse som är sårbar och i behov av sömn) och eftersom denna situation är allmängiltig kommer brottet ifråga att återfinnas överallt.[126] Andra kriminaliseringar skulle då vara nödvändiga inte i sig, men på grund av att människan har organiserat samhället på ett visst sätt.

Ser man det på detta sätt blir problemet att gränsen mellan straffrätt och ordningsrätt kommer att dras för högt upp på skalan; endast ett mindre antal brott kan rimligen vara allmängiltiga i denna mening.

Om man istället väljer att abstrahera finns snart inte ett brott, eller överträdelse, som inte på något sätt kan hänföras till människans naturliga behov.

Ett specifikt problem rörande Feuerbach är vidare att hans brottsbegrepp idag inte är särskilt attraktivt. Det är lätt att argumentera för att det finns sociala, skapade, intressen som kan vara lika skyddsvärda som de individuella rättigheterna. T.ex. torde bestickning och tagande av muta inte vara att anse såsom angrepp på en subjektiv rättighet och kan följaktligen enligt Feuerbach inte anses vara brottsliga. Ändå torde det i dag stå klart att en korruptionsfri förvaltning är ett mycket viktigt element i ett fungerande samhälle.[127]

Intressant att notera är dock att redan Feuerbach bekymrade sig om det faktum att en uppdelning av den straffande rätten kan medföra risker för rättssäkerheten:

> "Wer möchte ohne Spott die Behauptung aussprechen: Vermögen, Ehre, Freiheit der Staatsbürger seien durch den Schutz unabhängiger Gerichte gesichert, wo ein Unterthan zwar nur durch gerichtliches Erkenntniß zum

[125] Se Hart 1994 s. 193 ff.
[126] Se härom Hart 1958 s. 622 f och 1994 s. 193 ff.
[127] Jfr här Eser 1961 s. 22.

Strafgefängniß auf einige Tage, – aber *ohne* richterliches Erkenntniß auf *Ein Jahr zum 'Arrest'* ... verdammt werden darf."[128]

9.4.4 Kulturen som kriterium (Max Ernst Mayer)

Ett förslag som till strukturen påminner mycket om de naturrättsliga teorierna är Max Ernst Mayers teori om att ett brott står i strid med såväl en rättsnorm som en kulturnorm, medan en ordningsrättslig överträdelse endast står i strid med en rättsnorm.[129]

Skillnaden gentemot den ovan presenterade naturrättsliga avgränsningsteorin ligger däri att Mayer uppfattar den förrättsliga orätten inte som en naturprodukt, utan som en kulturprodukt.[130]

Mayer menar att varje rättsordning utgår från en kulturellt betingad normordning vars delar genom lagstiftning, eller annan rättsskapande verksamhet, (genom "Anerkennung") kan upphöjas till rättsregler.[131] Enligt Mayer finns emellertid även andra rättsregler som inte har sin grund i den kulturella kontexten, utan istället skapats för att upprätthålla t.ex. statens funktion.[132] Häri ligger också skillnaden mellan straffrätt och ordningsrätt. Förvaltningsintressen skyddas av staten för att *den är satt att förvalta ett samhälle*; kulturintressen skyddas därför att *de är samhället*.[133]

Mayer menar dock att ett ursprungligt ordningsdelikt kan förvandlas till ett straffrättsligt genom att rättsnormen upptas till en kulturnorm.[134] Häri ligger att Mayer erkänner en viss växelverkan mellan rätt och kultur; kulturen är grundval för rätten men rätten kan också påverka kulturen.

Mayers teori är i vissa delar sympatisk. Att rätten används både för kulturens (läs: samhällets) bestånd och för att påverka denna torde de

[128] Feuerbach citerat efter Mattes 1977 s. 113.
[129] Mayer 1923 s. 56.
[130] Mattes 1977 s. 129 f.
[131] Mayer 1923 s. 55. I detta ligger att inte alla kulturnormer också upphöjs till rättsnormer, Mayer 1923 s. 55 f. Se också Wolf 1930 s. 542 och Mattes 1977 s. 130.
[132] Mayer menar att även denna sorts regler kan vara berättigade eller nödvändiga, men att de likväl inte motsvarar några kulturnormer, se t.ex. Mayer 1923 s. 54 f: "gewiß sind sie [dvs. de förvaltningsstraffrättsliga normerna] keine willkürliche oder unvernüftige Erfindung, aber Erfindung sind sie im Gegensatz zu der Anerkennung, die sonst der Gesetzgebung zugrunde liegt".
[133] Mayer 1923 s. 54 och Mattes 1977 s. 130. Jfr även t.ex. Greve 1995 s. 98 ff och Rüter 1993 passim (särskilt s. 39 ff), vilka båda är tveksamma till en alltför långtgående harmonisering av straffrätten inom EU på grund av bl.a. kulturella olikheter medlemsländerna emellan.
[134] Mattes 1977 s. 131.

flesta kunna enas om. Likaså är väl obestridligt att vissa normer har ett djupare samband med folksjälen än andra mer tillfälliga normer.

Vidare har teorin en fördel jämfört med den ovan diskuterade morallära däri att den möjliggör att såsom ordningsrätt klassificera överträdelser som inte är moraliskt indifferenta. Något kan ha ett moraliskt innehåll utan att för den del utgöra del av kulturen.

Skall emellertid teorin användas för att avgränsa straffrätt från ordningsrätt framstår läran som otillräcklig. Innehållet i denna beror nämligen helt på vad som är en kulturnorm, och i denna fråga kan man lika litet som när det gäller moral förvänta att finna någon enighet. Eser har kritiserat Mayer för att hans "Kulturbegriff völlig leer und inhaltslos [wird]" och menar att det är svårt att inse varför begreppet inte kan omfatta vad som här kallas ordningsrätt.[135] Teorins innebörd beror uteslutande på vad som läggs in i begreppet kultur och ger därför liten ledning för nyttjaren.

9.4.5 Moralen som kriterium

Ett kriterium som ofta används för att skilja ordningsrätten från straffrätten är att den förra till skillnad från den senare är moraliskt indifferent. Medan överträdelser mot ordningrätten inte kan anses moraliskt klandervärda gäller motsatsen beträffande brottsligt beteende. Som bas för distinktionen har bl.a. dekalogen samt, under det nationalsocialistiska styret, "die völkische Sittenordnung" använts.[136]

Detta är tydligtvis ett kriterium som åtminstone är besvärligt att hantera. Till att börja med ersätts bara frågan om hur skiljelinjen skall dras med en ny fråga. Vilka gärningar är moraliskt klandervärda?[137]

För att besvara denna fråga måste avgöras vilken moral som skall användas för att skilja straffrätten och ordningsrätten åt.[138] Skall vi nyttja dekalogen, genomsnittsmoralen hos folket eller någon form av kritisk moral utarbetad av en filosofisk elit? I dagens samhällen kan man knappast påräkna någon större moralisk gemenskap inom en stat. Kriteriet lär därför i praktiken vara mycket svårhanterligt.

[135] Eser 1961 s. 40.
[136] Eser 1961 s. 33 f.
[137] Weigend 1988 s. 87.
[138] Eser 1961 s. 33. Härvid utgår jag från uppfattningen att medan rätten är en (jfr dock diskussionen om rättslig polycentri: en polycentrisk rättsuppfattning underlättar dock knappast för den som söker hävda att moralen skall användas som avgränsningskriterium) är moralen flera, dvs. varje människa kan tillhöra flera moraliska gemenskaper. Jfr härom Jareborg 1992 s. 40.

Vidare stämmer inte en etiskt neutral ordningsrätt överens med vår uppfattning om vare sig den moderna statens eller straffrättens uppgifter: varför skall lagstiftaren under sanktionshot framdriva ett beteende, *som inte ens denne*, anser ha moralisk betydelse? Vad berättigar sådana regler? Även om vissa regler har mindre självklar moralisk anknytning, bör en viss moralisk grund finnas för sanktionerade förbud.[139]

Ytterligare bör framhållas att det legitima området för ordningsrätten skulle snävas in på ett olyckligt sätt. Meningen med att ha en särskild ordningsrätt är åtminstone delvis att avlasta straffsystemet. Om ordningsrätten endast får hålla till på det moraliskt neutrala området måste en stor del av de förseelser som idag bestraffas på administrativ väg återföras till straffrätten.

Av den sistnämnda invändningen framgår också att detta kriterium inte har någon verklighetsförankring. Man kan upprätta mycket långa listor på beteenden som har en ganska uppenbart negativt moraliskt värde vilka idag betraktas som Ordnungswidrigkeiten.[140]

9.4.6 Skuldrekvisit och angreppsintensitet

Två teorier bygger på att straffrätten och ordningsrätten uppvisar olikheter såvitt gäller skuldrekvisiten. Enligt den ena är straffrättsliga delikt sådana som upprätthåller ett skuldkrav medan något sådant ej finns beträffande ordningsrättsliga delikt.[141] Den andra teorin menar att gränsen mellan straffrätt och ordningsrätt sammanfaller med den mellan uppsåt och oaktsamhet.[142]

Problemen med dessa läror är flera. För det första kan man liksom Eser mena att de inte ger upphov till någon avgränsning alls. Allt de gör är att de ger en utsaga om vilket skuldrekvisit som skall användas vid ordningsrättsliga respektive straffrättsliga överträdelser.[143] Mot detta kan anföras att lagstiftaren, enligt teorierna, när han skall inplacera en överträdelse kan låta sig styras av huruvida han anser det lämpligt med ett visst sorts skuldrekvisit; alla de brott som lagstiftaren väljer att bestraffa oberoende av uppsåt skall han således också hänföra till ordningsrätten.

[139] Visserligen kan man med Ashworth 1995 s. 1 säga att beträffande många delikt är den moraliska dimensionen svag; men den finns likväl.
[140] Se t.ex. Weigend 1988 s. 86.
[141] Eser 1961 s. 29.
[142] Weigend 1988 s. 88.
[143] Eser 1961 s. 29.

En annan invändning är att teorierna gör avgränsningar som vi inte är betjänta av.[144] Den teori som skiljer mellan delikt med skuldkrav och delikt med strikt ansvar faller därpå att den utesluter de förra från ordningsrätten. Skall en ordningsrätt, i tysk mening, bli användbar kan den inte gärna begränsas till att användas i de fall vi idag har ett strikt ansvar. På grund av denna starka begränsning av ordningsrätten kan man också befara en stark ökning av antalet brott med strikt ansvar i det fall att teorin skulle tillämpas i praktiken.

Även den teori som drar upp gränsen mellan ordningsrätt och straffrätt på samma vis som mellan oaktsamhet och uppsåt ger otillfredsställande resultat, eftersom den helt negligerar att intressen av olika vikt är inblandade vid olika delikt. Det finns intressen som har sådan betydelse att även vårdslöst skadande av dem bör hänföras till straffrättens kärnområde. Å andra sidan finns regelöverträdelser som det, oavsett hur stor illvilja gärningsmannen visar, finns skäl att behandla i administrativ ordning. Det vore uppenbarligen olyckligt om (uppsåtlig) felparkering vore att hänföra till straffrätten medan vållande till annans död räknades som ordningsrätt.[145]

Vidare har teorierna idag ingen verklighetsanknytning. Det skulle krävas en genomgripande reformering av de tyska sanktionsrättsliga systemen för att åstadkomma den uppdelning som förordas. (Detta hindrar inte att kriterierna i efterhand kan vara användbara för att särskilja olika former av sanktioner. Det kan redan här förutskickas att skuldtanken kommer att ges en bärande roll i den teori som presenteras i kapitel 12. Den teorin har dock en delvis normativ karaktär och till stor del andra syften än de tyska teoriförslagen.)

Ett annat förslag är att skilja straffrätt och ordningsrätt genom att se på graden av intensitet i angreppet. Man kan t.ex. tänka sig att skilja på att handlingen är förbjuden på grund av den skada som orsakas och att den är förbjuden redan på grund av att ett faroläge skapas.[146] Skadedelikten skulle enligt denna teori vara hänförliga till straffrätten, medan faredelikten betraktas som ordningsrättsliga.

När en ytterligare deliktsdifferentiering genomfördes i den straffrättsliga doktrinen såtillvida att man började göra skillnad på abstrakt och konkret fara, vidareutvecklades också avgränsningsteorin.[147] Nu blev föreslaget att gränsen mellan straffrätt och ordningsrätt skulle anses sammanfalla med gränsen mellan abstrakt och konkret fara. Sålunda

[144] Jfr härom Weigend 1988 s. 88.
[145] Weigend 1988 s. 88.
[146] Weigend 1988 s. 88.
[147] Se Eser 1961 s. 23 f.

skulle till ordningsrätten vara att hänföra alla delikt som enbart innefattar abstrakt fara.

Denna uppdelning faller liksom uppdelningen på delikt vilka kräver uppsåt respektive oaktsamhet på att man inte tar hänsyn till att intressen av olika vikt står på spel.[148] Även om straffvärdebedömningar kan vara nog så kontroversiella torde det råda enighet om att det är mer straffvärt att orsaka fara för annans liv än att förstöra någons kaffekopp. Vidare skulle också försöksbrott – t.ex. försök till mord – bli att hänföra till ordningsrätten eftersom de är att hänföra till faredelikten.[149]

Om också dessa argument försvagas när ställning skall tas till den utvecklade teorin – där skiljelinjen återfinns mellan abstrakt och konkret fara – är de fortfarande av sådan tyngd att förslaget framstår som orimligt. Det finns intressen av sådan vikt att redan orsakande av abstrakt fara avseende dessa bör hänföras till straffrätten. Ser man till dagens situation används till och med – och inte helt sällan – delikt med presumerad fara också inom den egentliga straffrätten.[150]

Vidare kan noteras att fara och skada i vissa fall kan sammanfalla. Vid brott med anknytning till ekonomi och affärer leder inte sällan risk för förlust till att skada också uppstår; ekonomisk skada vid bedrägerier är i många fall detsamma som fara för sådan skada eftersom faran värderas negativt.[151]

9.4.7 Brottet som sjukdomsindikation

Enligt en teori återspeglar skiljelinjen mellan straffrätt och ordningsrätt skillnaden mellan delikt vilka tillåter slutsatser, eller misstankar, om ett abnormt psykiskt tillstånd eller en samhällsfarlig vilja hos gärningsmannen och delikt som inte gör det. Delikt vilka inte tillåter sådana slutsatser är följaktligen ordningsrättsliga.

Dessa teorier är, även om[152] de i viss mån liknar de tankar som ligger till grund för rehabiliterande straffideologier, uppenbarligen inte särskilt tilltalande idag. I den tyska diskussionen har t.ex. Eser ifrågasatt om en på dylika teorier byggande "Gesinnungsstrafrecht" ens vore förenlig med tyska grundlagen.[153]

[148] Jfr Weigend 1988 s. 89 som därutöver påverkar att frågan om en viss kriminalisering skall avse orsakande av fara eller skada kan bero på överväganden som helt har att göra med bevissvårigheter.
[149] Eser 1961 s. 23.
[150] Se om denna typ av rekvisit t.ex. Jareborg 1995 s. 117.
[151] Jfr t.ex. KBrB I 1995 s. 417.
[152] Eller kanske just därför.
[153] Se Eser 1961 s. 28 f.

Med den enormt omfattande straffrätt vi har idag torde det vara näst intill omöjligt att hävda att ens en liten bråkdel av vad som idag kallas för brott alltid tillåter misstanke om psykisk abnormitet eller illvilligt sinneslag.

9.4.8 Avgränsning efter rättsföljden

Vissa tyska teorier har också utgått ifrån rättsföljden i sina avgränsningsförsök. Tanken har härvid varit att Strafen har en dubbel karaktär med å ena sidan en sonande, å andra sidan en tvingande funktion.[154] Ordningsrättsliga är med denna lära de delikt som möts med en sanktion som endast har en tvingande funktion.

Hur man skall avgöra huruvida sanktionen har en renodlat tvingande funktion eller jämväl en sonande besvaras dock med hänvisning till rättsfaktumsidan; härvid har t.ex. sagts att sanktionen är sonande om rättsfaktumsidan består av en handling som är orätt i sig. Därmed drabbas läran av den kritik som kan riktas mot den naturrättsliga teorin.[155]

Möjligheten att åstadkomma en avgränsning enbart på grundval av sanktionen har i tysk doktrin förnekats på den grunden att ett sådant försök i slutändan måste grundas i en straffteori. Detta har framstått som att komma ur askan i elden.[156] Att enas kring en straffteori kan nämligen förmodas vara åtminstone lika svårt som att enas kring en teori som avgränsar Ordnungswidrigkeiten från Straftaten.

9.4.9 Sammanfattning

Sammanfattningsvis torde, trots att framställningen har måst bli ytlig på många ställen, kunna fastslås att de kvalitativa lärorna i dag framstår som mer eller mindre överspelade.[157]

Antingen är de distinktioner på vilka lärorna bygger omöjliga att göra (eller så öppna att kriteriet inte ger någon ledning) eller så går det visserligen att åstadkomma en distinktion, men endast till priset av att teorin framstår som orimlig. Att letandet efter kvalitativa kriterier trots allt varit så intensivt torde bero på föreställningen att sådana teorier tillhandahåller ett givet svar (ja/nej) på ett annat sätt än kvantitativa (mer/mindre) läror.[158]

[154] Eser 1961 s. 30.
[155] Eser 1961 s. 30 f.
[156] Eser 1961 s. 31 f.
[157] Se t.ex. Weigend 1988 s. 89 och Zila 1992 s. 173.
[158] Jfr Weigend 1988 s. 89.

9.5 Kvantitativa läror

I dagens tyska doktrin utgår de flesta ifrån att det endast föreligger en kvantitativ skillnad mellan Straftaten och Ordnungswidrigkeiten. Här används inledningsvis den variant som utarbetats av Albin Eser för att visa hur en mer utvecklad sådan lära kan se ut.

Därefter ges också en redogörelse för vad som sägs om skiljelinjen i vissa tyska straffrättsliga standardverk. I många delar kan man härvid finna likheter med Esers teori.

9.5.1 Eser om Strafwürdigkeit

Eser utgår från den ovan diskuterade grundsatsen att man inte omedelbart från en ontologisk skillnad mellan två företeelser kan sluta sig till att de också bör behandlas olika juridiskt.[159] Det krävs att det motiveras *varför* man skall göra skillnad på företeelserna.

Enligt Eser kan detta ske genom att man ser straffet som den skarpaste, mest ingripande och verkningsfulla sanktion som staten har att ta till.[160] Från detta förhållande kan man sedan sluta sig till att straff i vissa situationer är "Unrecht".[161] Frågan att besvara blir därför: i vilka situationer är det rättfärdigt att använda straff? Svaret blir härvid att straff är rättfärdigt när gärningen är "strafwürdig" (straffvärd).[162]

Straffvärdhetsbegreppet kan dock användas i tre olika betydelser.[163] För det första kan det användas för att avgöra huruvida gärningen (överhuvudtaget) bör bemötas med ett "straff" i vid mening. För det andra kan det användas för att avgöra vilket mått av straff som bör drabba gärningsmannen (straffvärde som måttstock för straffmätningen). För det tredje kan det användas för att avgöra vilka gärningar som bör bemötas med straff till skillnad från andra sanktioner. Det är endast det tredje straffvärdhetsbegreppet som Eser intresserar sig för.

Eser analyserar härefter straffvärdhetsbegreppet och når följande resultat. Straff är något relativt enhetligt i människors föreställningsvärd. Även om detaljer kan avvika så frammanar ordet straff en bild av "Vergeltung", "Übelzufügung" och "sittlichen Diffamierung".[164]

[159] Se Eser 1961 s. 123 f.
[160] Eser 1961 s. 126.
[161] Eser 1961 s. 127. Detta syfte, att sörja för "Gerechtigkeit", är enligt Eser utgångspunkten för alla avgränsningsförsök.
[162] Eser 1961 s. 128.
[163] Se Eser 1961 s. 131.
[164] Eser 1961 s. 137.

Det andra ledet i begreppet straff*värdhet* är inte lika bestämt men uppvisar ett krav på ett förhållande: två företeelser skall på något sätt kunna sägas vara likvärdiga i förhållande till varandra.[165] När det gäller straffvärdhet är det således straffet och den ifrågavarande överträdelsen (eller orätten) som skall vara kompatibla. Frågan blir då enligt Eser "welche Merkmale sie [dvs. överträdelsen] haben müssen, um zur Strafe in einem angemessenen Verhältnis zu stehen".[166].

Härvid vill Eser göra sin teori s.a.s. teoriresistent genom att endast utgå ifrån straffet som realitet och i en form som i praktiken inte kan förändras eller omtydas.[167]

Härefter utgår Eser ifrån att straffet har två komponenter: ett ingrepp i den straffades intressen och en socialetisk ogillande bedömning.[168]

Eser finner härvid att straffet är förtjänt endast om de ingrepp som görs i gärningsmannens intressen motsvaras av det negativa värdet av hans gärning.[169]

Detta räcker emellertid inte för att straffet skall vara legitimt. Därutöver fordras att straffet är nödvändigt som den enda verkningsfulla reaktionen: "Strafe nur da, wo es der Strafe bedarf".[170]

Sammanfattningsvis utgörs straffvärdheten av förtjänst och behov. (Detta ligger som synes relativt nära de moderna straffrättsliga teorier som menar att straff för att vara rättfärdigt fordrar både ändamål och etisk legitimation.)

Huruvida behov föreligger får enligt Eser helt enkelt avgöras utifrån kriminologisk kunskap (låt vara att beslut nästan alltid kommer att behöva tas utan tillräckligt beslutsunderlag).[171]

Besvärligare är att komma fram till vad det innebär att ett straff är förtjänt. Här diskuterar Eser utförligt om vad som är förtjänt lidande och förtjänt klander. För våra syften finns inte anledning att gå in närmare härpå.

[165] Eser 1961 s. 138.
[166] Eser 1961 s. 138.
[167] Eser 1961 s. 139. Huruvida det är möjligt att göra den distinktion som Eser gör mellan realitet och teori förefaller tvivelaktigt. Jag tror att det är mer korrekt att säga att Eser utgår från sådant som är, och kan förväntas förbli, okontroversiellt.
[168] Eser 1961 s. 140 ff. Härvid kan konstateras att denna uppdelning av straffet i en del lidande och en del klander återfinns hos bl.a. von Hirsch & Jareborg 1991a. Jfr även Schünemann 1996 s. 7 (otryckt) som föredrar att tala om att tillfogande av lidande på objektspråklig nivå innebär klander på metaspråklig nivå.
[169] Eser 1961 s. 146.
[170] Eser 1961 s. 147. Denna princip motsvarar naturligtvis principen om straffrätten som ultima ratio eller subsidiaritetsprincipen. Jfr t.ex. Roxin 1994 s. 29 rdnr 39.
[171] Eser 1961 s. 151.

Intressantare är att se vilka konsekvenser Esers teori får. För sanktionernas del menar Eser att Geldbußen saknar det socialetiska klander som straff uttrycker.[172] Detta innebär att Geldbußen är en adekvat reaktion på överträdelser som är "sozialetisch indifferente, aber sozialschädliche".[173]

Beträffande behörighet att utdöma Geldbußen anser Eser att denna visserligen primärt bör tillkomma domstolarna, eftersom det rör sig om typiskt dömande (tillbakablickande fastställande osv.).[174] Detta hindrar emellertid inte att det kan vara ändamålsenligt eller nödvändigt att ge förvaltningen kompetens i vissa avseenden. Eser ger här bara några korta kommentarer varvid huvudsaklig vikt läggs vid "das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit",[175] vilket i förevarande sammanhang betyder att förvaltningens beslut om att ådöma Geldbußen måste kunna överprövas i domstol.

9.5.2 Tre standardverk

Jescheck[176] utgår i sin lärobok även han ifrån att lösningen på avgränsningsproblematiken står att finna i begreppet "Strafwürdigkeit".[177] Jescheck framhåller att även Ordnungswidrigkeiten uppvisar en så pass hög grad av farlighet att endast repressiva statliga sanktioner är tillfyllest för att säkra ordningen. Kännetecknande för Ordnungswidrigkeiten, till skillnad från egentliga brott, "ist das **Fehlen jenes hohen Grades von Verwerflichkeit** der Tätergesinnung, welcher allein das schwere sozialetische Unwerturteil der Kriminalstrafe rechtfertigt".[178] Vid Ordnungswidrigkeiten är det endast rättfärdigat med en Geldbuße eftersom gärningen inte uppnår den högre grad av "Sozialwidrigkeit" som fordras för straff.[179] Någon skillnad såtillvida att Ordnungswidrigkeiten inte hotar rättsgoda accepterar inte Jescheck.

[172] Eser 1961 s. 220.
[173] Eser 1961 s. 220.
[174] Eser 1961 s. 221 f.
[175] Eser 1961 s. 223 f. Eser påpekar dock också följande: "zu denken ist hier an den sehr beachtenswerten Gesichtspunkt des BVerfG, daß der Ordnungswidrige, der ja keine sozialetische Mißbilligung verdient, auch vor dem Makel eines strafgerichtlichen Verfahrens bewahrt werden müsse".
[176] I den senaste upplagan av läroboken är Thomas Weigend medförfattare. Härom erinras i det följande inte på annat sätt än i nothänvisningarna.
[177] Jescheck & Weigend 1996 s. 58.
[178] Jescheck & Weigend 1996 s. 59.
[179] Jescheck & Weigend 1996 s. 59.

Utifrån denna grunduppfattning drar Jescheck sedan slutsatsen att eftersom det blott är fråga om en gradskillnad så kan lagstiftaren, med bortseende från det straffrättsliga kärnområdet, utifrån pragmatiska skäl avgöra vilken del av sanktionssystemet ett visst delikt bör tillhöra.[180]

Också Roxin utgår från en kvantitativ avgränsningsteori.[181] Som ovan nämnts betonar Roxin att även Ordnungswidrigkeiten innefattar en kränkning av rättsgoda.[182] Någon väsensskillnad i detta avseende godtas således inte. Avgörande för avgränsningen är istället subsidiaritetsprincipen (vilken i detta sammanhang kan sägas vara detsamma som principen om ultima ratio).[183] Geldbußen och andra icke kriminalstraffrättsliga sanktionsformer skall således användas så snart de lika bra eller bättre kan motverka det ifrågavarande oönskade beteendet. Man kan här notera att Roxin, i enlighet med sin allmänna funktionalistiska syn på straffrätten, betonar ett av de kriterier som Eser anser ingå i begreppet Strafwürdigkeit, nämligen behovet.

Närmast i förbigående nämner Roxin sedan att det etiska klandret vid Ordnungswidrigkeiten är mindre än vid straffrättsliga överträdelser.[184]

Roxin framhåller också att kvantitativa skillnader så småningom övergår till att vara kvalitativa. Detta innebär att det finns ett straffrättsligt kärnområde, bestående av bl.a. mord och bankrån, som det är uteslutet att hänföra till Ordnungswidrigkeitenrecht.[185] Roxin menar dock att det är möjligt att kvalificera bagatellfall av vad som annars är att räkna till det straffrättsliga kärnområdet som Ordnungswidrigkeiten.[186]

Jakobs, slutligen, menar att de kvalitativa lärorna delvis är föråldrade och delvis överhuvudtaget inte kvalitativa.[187] Mot FT invänds exempelvis att intresset av en fungerande förvaltning likväl som allt annat kan definieras som ett Rechtsgut; frågan är när och i vilket omfång förvaltningen är skyddsvärd. Beträffande andra kvalitativa kriterier framhåller Jakobs att de kan förstås som gränspunkter på en kvantitativ skala. Mellan "sozialetisch untermauerten Verletzungsunrecht" och "bloßen Ungehorsam gegen eine Norm, die abstrakte Gefährdungen verbietet, reicht eine stufenlose Skala von Zwischengrößen".[188]

[180] Jescheck & Weigend 1996 s. 59.
[181] Roxin 1994 s. 30 rdnr 40 och 41.
[182] Roxin 1994 s. 29 rdnr 39.
[183] Roxin 1994 s. 29 rdnr 39.
[184] Roxin 1994 s. 30 rdnr 40.
[185] Roxin 1994 s. 30 rdnr 41.
[186] Exempel på detta kan vara snatteri och bedrägligt beteende.
[187] Jakobs 1983 s. 43 rdnr 8.
[188] Jakobs 1983 s. 43 rdnr 8.

Som kvantitativa hållpunkter anges av Jakobs bl.a. att normer vars överträdelser ligger nära det socialadekvata och normer vilka skall användas i fall som har närmast bagatellartade konsekvenser passar bättre i Ordnungswidrigkeitenrecht.[189]

Jakobs framhåller dock att bagatellfall av sådan orätt som hör till det straffrättsliga kärnområdet likväl bör tillhöra straffrätten:

> "Jede Reaktion muß den normativen Zusammenhang berücksichtigen, in dem der Einzelfall steht; dieser normative Zusammenhang reicht bei den Kernnormen stets über den Bagatellbereich des Einzelfalls hinaus; denn auch der im Einzelfall bagatellhafte Bruch einer Kernnorm verletzt ein elementares Prinzip, das zur Definition der Gesellschaft, nicht nur für ihren faktischen Bestand, erheblich ist."[190]

9.5.3 Kommentarer

I allt väsentligt är de kvantitativa avgränsningslärorna att välkomna. I stora delar ansluter jag mig till de framförda tankarna. Av denna anledning skall här endast ges ett par korta kommentarer.

Vad som främst synes böra betonas är att straffvärdheten knappast kan ge ett absolut innehåll. Vad som är straffvärt måste efter mitt förmenande vara relativt.

Enligt Eser består straffvärdhet av förtjänst och behov. Om vi börjar med förtjänsten, så förefaller det högst tvivelaktigt huruvida det kan finnas några absoluta kriterier härför. Vad som är förtjänt beror på vad som tilldelas andra. Här kan vi finna god hjälp av den forskning som betonat skillnaden mellan relativ och absolut proportionalitet inom påföljdsbestämningen.[191]

Likaså bör det vara relativt vad som behövs för att undertrycka en viss typ av beteende, låt vara att denna del av straffvärdheten kanske är mer konstant. Hur hårt man måste gå fram för att framkalla klander och lidande beror åtminstone i någon mån på hur man förfarit tidigare.

En sak som minskar den tyska diskussionens användbarhet när det gäller att skilja på straff och andra former av sanktioner är dock, som ovan framhållits, att den genom att i första hand sträva efter att ge råd till, eller styra, lagstiftaren så tydligt (jfr t.ex. Eser) tenderar att bli en diskussion om kriminalisering.

[189] Jakobs 1983 s. 44 rdnr 9.
[190] Jakobs 1983 s. 44 rdnr 10. Jfr här Roxin, se strax ovan samt Roxin 1994 s. 30 rdnr 41.
[191] Se härom t.ex. Jareborg 1988a.

9.6 Tysk rättspraxis

Frågan om den rättsliga karaktären hos Ordnungswidrigkeiten och Geldbußen har av naturliga skäl främst berörts av Bundesverfassungsgericht. Inledningsvis skall dock noteras att BGH i ett fall från 1957 tycks godta FT som grund för uppdelningen.

I fallet var huvudfrågan huruvida det fordrades uppsåt i förhållande till att den åtalade gärningen "geeignet ist ... die Leistungsfähigkeit der staatlich geschützten Wirtschaftsordnung zu beeinträchtigen". Att gärningen på detta sätt var ägnad att inkräkta på funktionen i ekonomin var enligt § 6 WiStG 1949 avgörande för huruvida det var fråga om ett Straftat eller en Ordnungswidrigkeit.[192]

Domstolen uttalade:

> "Doch hat das Schrifttum einen sachlichen Unterschied zwischen diesem beiden Arten des Unrechts gefunden. Das Kriminalunrecht unterliegt einem besonderen etischen Unwerturteil, das Verwaltungsunrecht erschöpft sich in dem bloßen Ungehorsam gegen einen Verwaltungsbefehl."[193]

Inledningsvis förefaller även Bundesverfassungsgericht ha intagit den hållningen att Ordnungswidrigkeiten är väsensskilda från Straftaten. T.ex. sades i BVerfGE 8, 197, att ett Bußgeldverfahren inte kunde likställas med ett Strafverfahren, varför det inte var oförenligt med GG artikel 92 att Geldbußen utdömdes av förvaltningsmyndigheter.[194]

Inställningen i BVerfGE 9, 167, är mer ambivalent. Å ena sidan hänvisas det till Wolf och Schmidt och det talas om att Geldbußen saknar "der Ernst der staatlichen Strafe".[195] Å andra sidan sägs att Ordnungswidrigkeiten "sollten sich von den kriminellen Vergehen durch den Grad des etischen Unwertgehaltes unterscheiden".[196]

I BVerfGE 22, 49, hänvisas tillbaka till uttalandet om att Geldbußen saknar "der Ernst der staatlichen Strafe" och det sägs också att endast kriminalstraffen är äkta straff, och endast dessa innefattar en form av etisk skuldförebråelse.[197]

I BVerfGE 27, 18, uttalar sig domstolen på ett sätt vilket för tankarna till vad som Rebmann, Roth och Hermann har karaktäriserat som blandteorin, dvs. att Strafrecht och Ordnungswidrigkeitenrecht i sina

[192] BGHSt 11, 263.
[193] BGHSt 11, 263, 264. Domstolen hänvisade särskilt till Goldschmidt och Wolf.
[194] BVerfGE 8, 197, 207. Att det förhöll sig på detta sätt motiverades med ett relativt stort antal bl.a. processuella skillnader.
[195] BVerfGE 9, 167, 171.
[196] BVerfGE 9, 167, 172.
[197] BVerfGE 22, 49, 79.

respektive kärnområden skiljer sig åt på ett närmast kvalitativt sätt, men att gränsfall får avgöras av lagstiftaren på grundval av kvantitativa överväganden.[198] Därutöver sägs beträffande rättsföljden att Gelbußen närmast är en eftertrycklig "Pflichtenmahnung" som inte på allvar påverkar den berördes ära. Åter hänvisas till uttalandet i BVerfGE 9, 167, om att Geldbußen saknar "der Ernst der staatlichen Strafe".[199]

En motsvarande karaktäristik som också innehåller en sammanfattning av dittillsvarande praxis ges i BVerfGE 45, 272.

I BVerfGE 51, 60 är domstolen mycket explicit:

> "Die zur Prüfung gestellte Regelung fällt in den Grenzbereich zwischen kriminellem Unrecht und Ordnungsunrecht. In diesem Bereich bestehen zwischen den genannten Erscheinungsformen des Unrechts nur graduelle Unterschiede. Hier die exakte Grenzlinie verbindlich festzulegen, ist Sache des Gesetzgebers."[200]

Vidare uttalas att BVerfGE inte har att pröva om lagstiftarens val är det mest förnuftiga, mest ändamålsenliga eller mest rättvisa, utan enbart om lagstiftarens beslut är förenligt med den författningsrättsliga värdeordningen.

Som en sammanfattning kan sägas att BVerfGE syn på gränslinjen mellan Straftaten och Ordnungswidrigkeiten i huvudsak är kvantitativ. Inledningsvis kan man förvisso finna vissa inslag av kvalitativt tänkande, men åtminstone fr.o.m. BVerfGE 27, 18, synes praxis peka i riktning mot en kvantitativ avgränsning, där lagstiftaren tillerkänns ett visst diskretionärt utrymme.

[198] BVerfGE, 27, 18, 29 f. Se även BverfGE 37, 201, 212.
[199] BVerfGE 27, 18, 33.
[200] BVerfGE 51, 60, 74. Jfr också BVerfGE 50, 205, 213 och BVerfGE 80, 182, 185 f.

10 Den svenska diskussionen

Om den tyska diskussionen ibland framstår som väl teoretiskt högtflygande så utgör den svenska diskussionen ett bra exempel på motsatsen. Diskussionen präglas här istället av knapphet och pragmatism. Det finns visserligen relativt mycket skrivet om sanktionsavgifter som företeelse, men väldigt litet handlar om vad som egentligen särskiljer dessa från straffen. De viktigaste bidragen har lämnats i olika utredningar[1] samt, i rättsvetenskapliga sammanhang, av Ivar Agge, Wiweka Warnling-Nerep samt Josef Zila.[2] Viss diskussion har även förts i anslutning till grundlagsfrågor (t.ex. rörande tillämpningsområdet för RF 2:10). Förklaringen till denna knapphet torde i åtminstone i viss utsträckning vara att vi i Sverige inte har tagit något samlat lagstiftningsmässigt grepp på problemet. En annan förklaring kan vara att man helt enkelt nöjt sig med den formella skiljelinje som dras av lagstiftaren.

Av detta förhållande följer att det inte på samma sätt går att diskutera problematiken i form av olika teorier. Istället redogörs i tur och ordning för de tankar som förts fram olika utredningar respektive doktrin. Där det framstår som befogat ges också vissa kommentarer.

10.1 Allmänt

Den svenska diskussionen rörande distinktionen mellan straff och andra sanktioner har främst handlat om olika former av sanktionsavgifter. Som Zila framhåller är det inte alls givet att man kan se sanktionsavgifterna som en parallell till vad som i den tyskspråkiga diskussionen benämns förvaltningsstraffrätt.[3] Detta bör visserligen hållas i minnet när man ställer den svenska och den tyska diskussionen mot varandra, men eftersom vi primärt söker efter argument för hur man kan avgränsa straff från andra sanktioner behöver detta inte bekymra oss särskilt. Det kan

[1] Se t.ex. BRÅ 1977:7, Ds Ju 1981:3 samt SOU 1996:116.
[2] Agge 1961 särskilt s. 170 ff, Warnling-Nerep 1987 särskilt s. 69 ff och Zila 1992.
[3] Zila 1992 s. 18.

också konstateras att de tyska Ordnungswidrigkeiten alltmer förlorat sin karaktär av ren förvaltningsstraffrätt.

Sanktionsavgifterna har visserligen funnits länge i svensk rätt,[4] men det var först omkring år 1970 de började tas i bruk i större utsträckning och benämnas sanktionsavgifter.[5] Därefter har sanktionsavgifter införts i en omfattning som har gjort systemet (om man nu kan tala om ett sådant) fullständigt oöverskådligt.

Även om olika former av avgifter sålunda funnits också tidigare torde det vara korrekt att säga att den svenska diskussionen inleddes i och med att skattetilläggen föreslogs och infördes under åren 1969–1971.

I de utredningar och propositioner som föregått införandet av olika former av sanktionsavgifter kan man finna åtminstone följande argument till förmån för avgifterna.[6]

Sanktionsavgifterna

(1) medför att de rättsvårdande myndigheterna avlastas.[7] Detta är tydligtvis en rent ekonomisk synpunkt. Kvalificerade myndigheter som domstolar bör inte ägna sig åt bagateller. Det bör dock observeras att inte alla sanktionsavgifter påförs av administrativa myndigheter.[8]

(2) möjliggör ett mer jämnt och frekvent utdömande av sanktionen.[9] Detta medför att systemet blir mer rättvist, men viktigare som motiv torde vara att lagstiftningen blir mer effektiv.

(3) utgör en sanktion som lättare kan anpassas efter den vinst som kan uppkomma genom överträdelser.[10] Här ses uppenbarligen bötesstraffets anknytning till gärningsmannens ekonomi som en belastning.[11] Denna fråga sammanhänger givetvis med att sanktionsavgifter, men inte straff, kan utdömas mot juridiska personer. I utredningar och doktrin talas ibland om värderelaterade sanktionsavgifter, dvs. avgifter som beräknas med hänsyn till någon parameter som anknyter till överträdelsen. Ofta är denna parameter avsedd att säkra att eventuell otillbörlig vinst neutraliseras.[12]

[4] Se Zila 1992 s. 53 f samt Warnling-Nerep 1987 s. 36 f.

[5] Se t.ex. Ds Ju 1978:5 s. 216.

[6] Jfr härvid Zila 1992 s. 110 ff och SOU 1997:127, del A s. 152 f.

[7] Se t.ex. prop. 1971:10 s. 81, prop. 1975/76:106 s. 33, prop. 1985/86:41 s. 16, SOU 1969:42 s. 140 och SOU 1982:54 s. 141. Jfr även BRÅ 1977:7 s. 346 f samt Warnling-Nerep 1987 s. 41.

[8] Se Warnling-Nerep 1987 s. 41.

[9] SOU 1969:42 s. 140. Se även BRÅ 1977:7 s. 347.

[10] Se t.ex. prop. 1972:81 s. 70, prop. 1980/81:92 s. 55 och 59, prop. 1981/82:146 s. 54, SOU 1977:2 s. 195, SOU 1978:80 s. 137 samt SOU 1981:5 s. 159.

[11] Se prop. 1985/86:23 s. 14.

[12] Se t.ex. Ds Ju 1981:3 s. 84 ff (där man hellre vill tala om straffavgifter och vinstbegränsande avgifter), Victor 1988 s. 391 och Nelson 1990 s. 115. Mot de värderelaterade

(4) utgör en sanktion som kan utdömas utan att besvärliga straffrättsliga regler behöver beaktas.[13] Här har exempelvis påpekats att det kan vara svårt att visa att personer i ledande ställning verkligen varit delaktiga, haft uppsåt etc.[14] Fördelen består således i att man slipper beakta grundsatser vilka förmodas minska den preventiva effekten. Även det faktum att straff inte kan ådömas juridiska personer har diskuterats.[15]

(5) utgör en sanktion som kan utdömas av de myndigheter som har specialkunskaper i ämnet.[16] Härvid betonas att sanktionsavgifter ofta används på speciella områden där den rättsliga materian inte alltid är överskådlig, varför det skulle vara en fördel om även utdömande av sanktioner handhas av i ämnet kompetenta myndigheter.

(6) utgör en sanktion som kan skräddarsys för varje särskilt rättsområde.[17]

(7) utdöms i ett förfarande som är mindre ingripande och besvärande för den enskilde. Här har bl.a. framhållits att det administrativa förfarandet besparar den enskilde kostnader och besvär samt att rättegångsförfarandet kan framstå som alltför ingripande vid mindre överträdelser.[18]

Det är värt att i detta sammanhang särskilt uppmärksamma den kraft effektivitetsargumentet tycks ha.[19] Det handlar inte sällan om att gå runt straffrättsliga skyddsbestämmelser och samtidigt skärpa det faktiska ingreppet. Det har t.o.m. förekommit att diskussionen gällt huruvida man skall avkriminalisera och införa sanktionsavgifter eller skärpa straffen.[20]

---

avgifterna ställs då de beloppsrelaterade där antingen en viss summa eller en skala mellan två summor angivits i bestämmelsen.

[13] Se t.ex. prop. 1972:81 s. 70, prop. 1981/82:154 s. 52 f, prop. 1982/83:87 s. 15, SOU 1977:2 s. 195 samt SOU 1978:80 s. 133 och 137.

[14] Ofta har man kombinerat det strikta ansvaret med en möjlighet till eftergift eller nedsättning i de fall det finns särskilda skäl härför. Detta innefattar också en omvänd bevisbörda såtillvida att det, till skillnad mot en ordningen i en ordinär brottmålsprocess, är den utpekade som måste värja sig. Se Nelson 1990 s. 120 samt Arnholm 1997 s. 21 f och 26 f.

[15] Se t.ex. prop. 1980/81:92 s. 57.

[16] Se SOU 1976:37 s. 69.

[17] Se t.ex. prop. 1983/84:192 s. 9, prop. 1985/86:23 s. 16 och Ds Ju 1984:5 s. 66.

[18] Se prop. 1971:10 s. 81 och prop. 1985/86:41 s. 16. Denna dubbla natur hos den traditionella brottmålsprocessen, dvs. å ena sidan en tillgång för den enskilde, å andra sidan betungande, kan vara värd att notera.

[19] Jfr t.ex. prop. 1981/82:154 s. 51.

[20] Se t.ex. prop. 1971:10 s. 80 f och prop. 1975/76:164 s. 21. Se också Ds B 1975:3 (återgiven i propositionen) s. 127 f. Se också Warnling-Nerep 1987 s. 51. Ett annat exempel på ett utpräglat effektivitetsresonemang återfinns i SOU 1982:54 s. 142 näst sista stycket.

Bortsett från sanktionsavgifterna har straffens särart också diskuterats mer allmänt i straffrättslig doktrin. Här ges först ett antal exempel på regleringar som innehåller föreskrifter om sanktionsavgifter, därefter redogörs i tur och ordning för de utredningar som är av intresse samt för diskussionen i doktrinen.

10.2 Materiellrättslig översikt

Sanktionsavgifter förekommer idag på ett mycket stort antal områden.[21] Mest uppmärksammat är givetvis systemet med skattetillägg enligt kapitel 5 taxeringslagen. Skattetillägg kan tas ut om en skattskyldig i självdeklaration eller annat skriftligt meddelande, som han under förfarandet avgett till ledning för taxeringen, lämnat oriktiga uppgifter. Andra exempel på sanktionsavgifter är övertidsavgift enligt arbetstidslagens § 26 (som kan åläggas arbetsgivare i vars verksamhet arbetstidsreglerna inte respekteras), byggnadsavgift enligt plan- och bygglagen 10:4 (som kan åläggas för olovligt byggande etc.), särskild avgift enligt utlänningslagen 10:7 (som kan åläggas personer som har utlänning utan arbetstillstånd i sin tjänst) samt miljöskyddsavgift enligt miljöskyddslagens § 52 (som kan åläggas om förutsättningarna för otillåten gärning,[22] de s.k. objektiva rekvisiten, enligt § 45 i samma lag är uppfyllda och överträdelsen har medfört ekonomiska fördelar för den som utövar den miljöfarliga verksamheten).

I ett EG-rättsligt sammanhang kan vara värt att särskilt uppmärksamma den konkurrensskadeavgift som kan uttas av företag om någon som handlar å företagets vägnar uppsåtligen eller av oaktsamhet överträder bl.a. förbuden i 6 eller 19 §§ i konkurrenslagen (förbuden gäller, liksom i EG-rätten, konkurrensbegränsande samarbete respektive missbruk av dominerande ställning).[23]

Beträffande sanktionsavgifternas förhållande till det straffrättsliga systemet bör framhållas att sanktionsavgift i många fall är den exklusiva sanktionen (helt enkelt därför att beteendet ifråga inte är kriminaliserat) men att avgift i andra fall kan påföras för en gärning som tillika utgör brott. Så kan t.ex. en gärning som kan föranleda tulltillägg också utgöra

[21] Se vidare SOU 1997:127, del B s. 363 ff.

[22] Se beträffande begreppet otillåten gärning Jareborg 1995 s. 29 ff. I princip avses att gärningen uppfyller straffstadgandets rekvisit och därtill inte är rättfärdigad av någon anledning.

[23] Även om konkurrensskadeavgifterna inte synes nå samma höjder som inom EG-rätten så uppgår avgifterna till betydande belopp. Jfr här den utvärdering av systemet som görs i SOU 1997:20 s. 188 f, 192 ff och 395.

brott enligt varusmugglingslagen, samt en gärning som kan föranleda skattetillägg utgöra brott enligt skattebrottslagen. I de nämnda fallen finns särskilda åtalsregler som indikerar att åtal (för vissa brottstyper) i regel inte skall väckas när tulltillägg eller skattetillägg kan påföras. Om systemen tillämpas kumulativt bör allmänna regler om sanktionskumulation (jfr BrB 29:5 p. 4 och 5) leda till att den först ådömda sanktionen beaktas vid utdömande av den senare.[24]

10.3 Utredningar

Sanktionsavgifterna har i någon form berörts i ett mycket stort antal utredningar och propositioner. I de allra flesta sägs överhuvudtaget ingenting av värde när det gäller frågan om vad som särskiljer straffen från sanktionerna. Av denna anledning lämnas många utredningar här därhän. Istället redogörs för utredningar där frågan behandlas mer ingående. Inte heller i dessa sägs emellertid särskilt mycket om den fråga som i första hand är av intresse för oss.

SOU 1977:6. Se nedan under avsnitt 10.4. Debatten kring skattetilläggen.

BRÅ 1977:7. I BRÅ:s rapport "Nytt straffsystem"[25] diskuterades straffavgifter över ett tiotal sidor. Till att börja med framhölls att även om allt som är straffbelagt formellt sett utgör brott, så görs i realiteten en skillnad mellan främst brott som leder till penningböter och andra brott. De förstnämnda betraktas, enligt rapporten, som förseelser.[26] BRÅ tyckte således sig kunna se att straffrättens utbredning medfört att kriminaliseringen på vissa områden mer eller mindre förlorat sin symbolfunktion.[27]

BRÅ påtalade också, i anslutning till ett examensarbete,[28] att det inte gick att skönja någon klar linje i, som det hette, "depenaliseringsrefor-

[24] Se beträffande förhållandet mellan sanktionsavgifterna och straffsystemet Arnholm 1997 s. 9 och 39 f.

[25] I arbetet med rapporten deltog Sven Andersson, Birgitta Alexanderson, Erland Aspelin, Sten Heckscher, Per Jermsten, Bo Martinsson, Holger Romander, Carl-Erik Sturkell, Knut Sveri, Hans Thornstedt och Arne Wikström.

[26] BRÅ 1977:7 s. 341.

[27] Bl.a. skrevs, BRÅ 1977:7 s. 344, att utvecklingen ledde till att medborgarna "immuniceras", vilket bedömdes vara allvarligt och kunde få konsekvenser för laglydnaden.

[28] Anna Skarhed, "Depenalisering – avkriminalisering med suddigt syfte." Uppsala 1977.

merna". Det behövs en grundlig mål-medel-analys för att åstadkomma en mer genomtänkt reformering i depenaliserande riktning.[29]

Arbetsgruppen framförde slutligen några allmänna principer för depenalisering som kan sammanfattas enligt följande.[30]

Sanktionsavgifterna skall
- vara ändamålsenliga;
- knytas till ett objektivt lätt konstaterbart faktum;
- vara rättvisa såtillvida att de skall drabba alla lika;
- vara schabloniserade; och
- kunna överprövas i domstol.

När det gäller själva gränsdragningen mellan straff och andra sanktioner sägs i princip ingenting. Som ett vägledande uttalande för kommande lagstiftning uttalas emellertid att "[d]en generella regeln bör vara att depenalisering begränsas till mindre regelöverträdelser som inte förtjänar att klassificeras som brott".[31]

Ds Ju 1978:5. I departementspromemorian "Företagsböter"[32] blev sanktionsavgifterna av intresse såtillvida att de eventuellt kunde göra att företagsböter inte behövde införas.[33]

Utredaren framhåller att en nackdel med sanktionsavgifter kan vara att folk inte kan skilja dem från straff och att de därmed kan bidra till att skapa oklarhet och osäkerhet om rättsordningen.[34]

En annan punkt som utredaren trycker hårt på är att om man använder avgifter istället för straff så avstår man därigenom från straffets egenskap att påtala det klandervärda hos beteendet.[35] Det innebär att man förlitar sig helt på kostnadsinternalisering, dvs. det skapas ett kostnadshot som gör att det inte längre framstår som lönsamt att överträda reglerna. I samma anda framhålls att något, som endast bemöts med en sanktionsavgift, inte behöver framstå som förbjudet, och att en renodlad ekonomisk bedömning vid bestämmande av sanktionshotet kan medföra att medborgarna uppfattar att det är på detta vis man bör se på lagöverträdelser.[36] Detta leder utredaren till slutsatsen att avgifter inte bör ersätta, utan användas som komplement till straffen.[37]

[29] BRÅ 1977:7 s. 347.
[30] BRÅ 1977:7 s. 349 f.
[31] BRÅ 1977:7 s. 347. Jfr här Eser ovan i avsnitt 9.5.1.
[32] Utredare var kanslirådet Gunvor Bergström.
[33] Ds Ju 1978:5 s. 206.
[34] Ds Ju 1978:5 s. 219.
[35] Ds Ju 1978:5 s. 221.
[36] Ds Ju 1978:5 s. 221 f. Jfr här även Anttila 1983 s. 52.
[37] Ds Ju 1978:5 s. 224 f.

Å andra sidan befarar man att undantag från skuldprincipen kan väcka betänkligheter hos allmänheten, oavsett om det rör sig om en straffrättslig påföljd eller om en avgift.[38]

Ds Ju 1981:3. I departementspromemorian "Ekonomiska sanktioner vid brott i näringsverksamhet"[39] diskuteras sanktionsavgifterna relativt ingående.

Bland annat görs inledningsvis en kortfattad genomgång av olika typer av sanktionsavgifter[40] samt en redogörelse för de båda ovan nämnda utredningarna och deras remissutfall.[41]

För våra syften är intressant att se att det i promemorian ges vissa allmänna karaktäristika för sanktionsavgifterna. Kännetecknande är enligt promemorian (1) att de erläggs till det allmänna samt (2) att de utgör en form av ekonomisk påföljd för överträdelse av en författningsbestämmelse.[42]

Denna karaktäristik är naturligtvis av begränsat värde i detta sammanhang eftersom dessa särdrag gäller också för de egentliga straffen (av ekonomisk natur). Det framhålls följdriktigt i promemorian att sanktionsavgifterna används på ett sätt som påminner om straff och förverkande och i stor utsträckning fyller samma funktion.

Därefter fastslås dock att sanktionsavgifterna "[f]ormellt och materiellt står ... utanför den straffrättsliga ordningen och är därför inte bundna av de allmänna principer som där gäller".[43] Vari den materiell skillnaden består diskuteras dock överhuvudtaget inte.

Däremot diskuteras i anslutning till vissa remissvar till tidigare utredningar risken att medborgarna inte skall göra någon åtskillnad mellan straff och sanktioner och därför uppfatta det som om ett "strängare och mer onyanserat straff införts".[44]

SOU 1996:116. I denna utredning görs en analys av huruvida de svenska skattetilläggen är att anse som straff i den mening som Europakon-

[38] Ds Ju 1978:5 s. 228 f.
[39] Av promemorian framgår ej vem som var utredare.
[40] Ds Ju 1981:3 s. 67 ff.
[41] Ds Ju 1981:3 s. 75 ff.
[42] Ds Ju 1981:3 s. 83.
[43] Ds Ju 1981:3 s. 83. En liknande lokution återfinns i prop. 1983/84: 192 s. 9.
[44] Ds Ju 1981:3 s. 86 f. Jfr även s. 77 f där RÅ:s remissvar på BRÅ 1977:7 refereras: "Även om avgiftssystemet i princip skiljer sig klart från ett straffrättsligt system torde erfarenheten visa att det hos allmänheten ej görs någon åtskillnad mellan de olika systemen. Den enskilde torde alltså inte uppfatta depenaliseringens principiella innebörd utan endast se till de faktiska verkningarna. Och därvidlag upplever han situationen som om en mycket strängare och i sin tillämpning orättvis straffbestämmelse införts."

ventionen avser.[45] Utredningen består till stora delar av en sammanfattning, med citat av viktigare partier i relevanta domar, av Europadomstolens praxis. Beträffande denna praxis får hänvisas till kapitel 11 nedan. I detta sammanhang kan emellertid vara av intresse att se hur utredningen bedömde skattetilläggen.

I utredningen skulle alltså utredas huruvida Europakonventionens minimiregler i artikel 6 (för den som anklagats för brott) är tillämpliga på skattetilläggen. Utredaren fann att så inte är fallet, medan två av de experter som biträdde utredningen reserverade sig och menade att artikel 6 är tillämplig på skattetilläggen.

Som skäl för att skattetillägget inte skulle anses falla under artikel 6 angav utredaren främst att skattetilläggen inte är klassificerade som straff i den svenska lagstiftningen, att skattetilläggen påförs utan hänsyn till uppsåt eller oaktsamhet samt att skattetilläggen aldrig kan omvandlas till fängelse.[46]

De två experter som reserverade sig utvecklade sin syn i ett särskilt yttrande.[47] De menade att frågan om skattetilläggen utdöms med eller utan hänsyn till skuldfaktorer saknar relevans i sammanhanget (och framhöll att skattetilläggens strikta tillämpning kunde vara i konflikt med oskuldspresumtionen i artikel 6). Vidare framhöll reservanterna att skattetilläggen på snart sagt varje punkt är att likställa med de tillägg som i fallet Bendenoun av domstolen bedömdes falla under artikel 6. Den största skillnaden härvidlag är att skattetilläggen inte kan omvandlas till fängelse. En sådan möjlighet skall dock, enligt reservanterna, inte ses som en nödvändig förutsättning för att konventionen skall vara tillämplig.

Av särskilt intresse här är diskussionen kring uppsåt och oaktsamhet. Utredaren synes mena att frånvaron av s.k. subjektiva rekvisit medför att överträdelsen förlorar sin karaktär av brott. Reservanterna däremot synes mena att skuldrekvisit inte kan beaktas som en faktor vid bedömande av huruvida något är ett brott eller ej, utan att dessa rekvisit snarare är något som bör (eller skall) upprätthållas när något är ett brott. Reservanterna har naturligtvis rätt i den meningen att om en följd av att skattetilläggen är att se som straff är att ett skuldkrav måste upprätthållas, så kan frånvaron av ett skuldrekvisit inte på samma gång ges betydelse som kriterium vid prövning av huruvida skattetilläggen är att se som straff. Detta problem om vad som s.a.s. bör kunna utgöra ett kriterium

[45] Utredare var generaldirektören Claes Ljungh.
[46] Se SOU 1996:116 s. 112 ff (särskilt 119).
[47] Cecilia Gunne och Kerstin Nyquist, se SOU 1996:116 s. 167 ff.

vid bedömande av om något är ett straff får vi anledning att återkomma till i kapitel 12.

10.4 Doktrinen

Thornstedt. Hans Thornstedt kom i sin avhandling "Om företagaransvar" att behandla problematiken kring en uppdelning av straffrätten. Thornstedts utgångspunkt härvidlag var att den uppdelning som skulle ske var den mellan allmän straffrätt och specialstraffrätt.[48] Thornstedt behandlar också skiljelinjen mellan egentliga brott och polisförseelser; denna skiljelinje är dock enligt Thornstedt inte att likställa med skillnaden mellan allmän straffrätt och specialstraffrätt.[49]

Thornstedt hänvisar därefter till olika uttalanden efter vilka uppdelningen får dogmatiska konsekvenser. Thornstedt noterar, helt korrekt, att dylika uttalanden förutsätter att polisförseelserna kan definieras oberoende av de regler för vilka begreppet skall verka styrande.[50]

Vid försök att finna en sådan definition diskuterar Thornstedt inledningsvis de på kvantitet byggda tredelningar av brotten (efter straffets stränghet) som förekommer i bl.a. Frankrike och Tyskland. Någon motsvarande indelning går dock inte att finna i svensk rätt.[51]

Därefter går Thornstedt in på de kvalitativa lärorna som utarbetats i tysk doktrin.[52]

Thornstedts slutsatser av sin genomgång av den tyska doktrinen blir att "det är omöjligt att finna en praktiskt användbar kvalitativ skillnad mellan de olika grupperna av brott".[53] Det som återstår blir då att göra en kvantitativ uppdelning med hänsyn till de till brotten knutna straffskalorna. I och med detta, menar Thornstedt, blir termen politiförseelse mindre lämplig, eftersom den ger associationer till en kvalitativ uppdelning; istället föreslås termen bagatellförseelse.[54]

Detta medför dock inte att Thornstedt vill frånkänna försöken att ställa upp kvalitativa kriterier för gränsdragningen värde. Vid bedömande av brotts relativa straffvärde låter sig lagstiftaren, enligt Thornstedt,

[48] Thornstedt 1948 s. 31.
[49] Thornstedt 1948 s. 32.
[50] Thornstedt 1948 s. 34.
[51] Thornstedt 1948 s. 34 ff.
[52] Här hänvisas läsaren till föregående kapitel och sidorna 36 ff i Thornstedt 1948.
[53] Thornstedt 1948 s. 46.
[54] Thornstedt 1948 s. 48.

influeras av de kriterier som ställts upp i försök att åstadkomma en kvalitativ gränslinje.[55]

Agge. Ivar Agge har, trots att han inte direkt behandlat problematiken med sanktionsavgifter, i olika sammanhang försökt påvisa vad som särskiljer straffrätten från andra rättsområden. Agge finner till en början att det inte går att finna något gemensamt för allt det vi kallar brott, utan att särdragen istället får sökas i rättsföljden.[56] Skall man vara noga diskuterar Agge dock särdrag också på rättsfaktumsidan.

När Agge sedan diskuterar rättsföljden kommer han bl.a. att fundera över förverkandesanktionen.[57] Förverkande anser Agge faller utanför straffbegreppet då sanktionen företer väsentliga olikheter i förhållande till straffet. Bl.a. krävs ej att samtliga straffbarhetsbetingelser är uppfyllda och sanktionen kan dessutom drabba annan än den som begått det brott som motiverar sanktionen. Agge tillägger dock att dessa avsteg från normala straffrättsliga principer "måste betecknas som ganska anmärkningsvärda" eftersom förverkandesanktionen till viss del har samma syfte som de egentliga straffen.[58]

Vidare sägs om vad Agge kallar deliktuella skyddsåtgärder, såsom den numera avskaffade påföljden internering, att de inte direkt är knutna till de särskilda brotten. För deras användning fordras istället bl.a. att vissa speciella positiva indikationer föreligger.[59] Vidare kan vissa negativa förutsättningar uppställas, såsom att brottet inte är alltför grovt.[60] Slutligen karaktäriseras skyddsåtgärderna också av att de inte ställs i direkt relation till överträdelsens svårhet.[61]

Det sagda rör emellertid endast straffrättsliga åtgärder. Agge diskuterar dock också vad som särskiljer straffen från andra rättsliga reaktioner. Det är här som Agges framställning blir av särskilt intresse för våra syften.

Agge påpekar till en början att straff alltid anknytes till en icke önskvärd mänsklig gärning,[62] varvid betoningen får antas ligga på de två sista orden. Så snart rättsfaktum utgörs av andra omständigheter än mänskligt beteende är det inte fråga om straff.

[55] Thornstedt 1948 s. 47.
[56] Agge 1961 s. 159.
[57] Se Agge 1961 s. 179 f.
[58] Agge 1961 s. 180.
[59] Agge 1961 s. 183.
[60] Agge 1961 s. 184.
[61] Agge 1961 s. 184.
[62] Agge 1961 s. 185 (handling eller underlåtenhet).

Agge betonar vidare att den mänskliga gärningen skall stå i ett särskilt temporalt och kausalt förhållande till rättsföljden för att denna skall vara att betrakta som straff.[63] Temporalt fordras att gärningen föregått reaktionen. Straffet måste helt enkelt ha ett retrospektivt element. Kausalt krävs att straffet ådöms "just på grund av handlingen".[64] Det kan härvid noteras att det egentligen inte är tillräckligt att tala om att det skall föreligga ett *kausalt* förhållande mellan gärning och straff. En gärning kan orsaka en reaktion utan att reaktionen ådöms "just på grund av handlingen" i den mening som Agge avser. Man kan uttrycka det så att *givet ifrågavarande reglering* skall anledningen till åtgärden vara att överträdelsen *har* begåtts. Domaren skall kunna motivera sitt beslut med att överträdelsen har skett. Alla regleringar som föreskriver att domaren skall göra något *för att* något skall (eller inte skall) ske i framtiden kan således uteslutas.

Sålunda bör det råda enighet om att det inte utgör ett straff att ta in en gravt mentalsjuk person för tvångsvård enligt 3 § LPT. Detta gäller även om anledningen till att frågan aktualiserats varit att personen i fråga har begått brott på sätt som givit anledning att ifrågasätta hans mentala status. Anta t.ex. att en person begår brottet förargelseväckande beteende på ett sätt som får polisen att misstänka att personen är psykiskt störd. Senare beslutas att han skall underkastas psykiatrisk tvångsvård. Detta utgör då icke ett straff, eftersom den beslutande inte kan motivera beslutet med att mannen har överträtt en förhållningsregel. Likväl kan allmänt sett sägas att överträdelsen varit kausal i förhållande till tvångsvården.

Efter att, utifrån dessa kriterier, ha utmönstrat tvångsmedlen från straffbegreppet,[65] övergår Agge till frågan om vad som skiljer vissa fall av administrativa frihetsberövanden (sociala vanartspåföljder) från straff. De besvärliga fallen av administrativa frihetsberövanden är "sådana, där de rättsfakta, som gjorts till indikationer för samhällsingripandet, utgöras av *redan manifesterade* mänskliga handlingssätt eller former av livsföring, vilka samhället för sin egen skull ej kan tolerera utan måste försöka motverka".[66] Agge finner här stora likheter med straffet, bl.a. den preventiva effekten, men också grundläggande skillnader.[67] Till att börja med handhas de sociala vanartspåföljderna av administrativa myndigheter istället för av domstol. Vidare fordras utöver

[63] Agge 1961 s. 186.
[64] Agge 1961 s. 186.
[65] Agge 1961 s. 187 ff.
[66] Agge 1961 s. 191.
[67] Agge 1961 s. 191 ff.

att visst mänskligt handlande redan skett, att "vissa personliga indikationer av prognostisk natur"[68] föreligger. De handlingar som uppställs som rekvisit är generellt mer vagt angivna än de som står att finna i brottsbeskrivningar. Detsamma gäller rättsföljden, som såvitt gäller den sociala vanarten är tidsmässigt obestämd och saknar den relation till den begångna handlingen som karaktäriserar straff.

Agge konstaterar också att den straffrättsliga legalitetsprincipen saknar motsvarighet när det gäller de mer socialrättsliga åtgärderna, varvid han säger att förhållandet ur flera synvinklar är betänkligt.[69]

Mer allmänt uppmärksammar Agge också att straffrätten skiljer sig från övrig rätt genom dess allmänna karaktär och syfte.[70] Socialrätten är mer resocialiserande och vårdande. Här betonas också att det faktum att en viss rättslig reglering har en brottsprevenerande roll inte i sig kan göra den straffrättslig. Ytterligt många samhälleliga fenomen är i större eller mindre utsträckning brottspreventiva.

Vad slutligen gäller avgränsningen mot skadeståndsrätten, är Agges uppfattning att skillnaden är att finna i skadeståndsrättens reparativa karaktär.[71] Även om straffandet av den skyldige kan bidra till att offret och samhället i övrigt tillfredsställs på ett emotionellt plan, är dessa reparativa inslag att se som rena biverkningar vilka inte återspeglas i de straffrättsliga reglernas utformning.

Kommentarer till Agge. Agges framställning visar med all önskvärd tydlighet problemets svårighetsgrad. Så länge det går att särskilja straffrätten genom *dess form* är hans argumentation enligt mitt förmenande mycket övertygande.

Att straff knytes an till mänskligt handlande och att handlandet skall stå i ett temporalt och kausalt förhållande till straffet förefaller mig vara, om också elementära, oantastliga påpekanden.

När de sociala vanartspåföljderna skall skiljas från straffen blir det emellertid besvärligare. Här kan kriterierna ifrågasättas på ett helt annat sätt. Är exempelvis det faktum att en viss sanktion handhas av administrativ myndighet istället för domstol verkligen ett gott skäl att inte kalla ingripande påföljder för straff? Och kan man i dagens läge verkligen göra skillnad mellan mer eller mindre bestämda beskrivningar på rättfaktumsidan i en rättsregel? Är det inte i så fall betänkligt att hänföra de mest obestämda till den administrativa rätten och därigenom undandra dem de rättssäkerhetsgarantier som trots allt omgärdar straffrätten?

[68] Agge 1961 s. 192.
[69] Agge 1961 s. 193.
[70] Agge 1961 s. 193 f.
[71] Agge 1961 s. 194 f.

Detta behöver visserligen inte ses som kritik mot Agge, eftersom hans framställning uttryckligen syftar till att, på positiv rättslig grund, induktivt söka efter straffens särdrag, men de kriterier som han finner utöver formen förefaller vara föga användbara.

Ett särskilt problem är att avgränsningen mot skadeståndsrätten bygger enbart på dennas reparativa karaktär. I dagsläget kan man näppeligen uteslutande bygga på detta element, eftersom påföljder med reparativa inslag blir allt vanligare. Exempel på lagstiftning som åtminstone har någon form av reparativa inslag är lag (1989:928) om samhällstjänst och lag (1994:419) om brottsofferfond. Det som fortfarande skiljer ifrågavarande sanktioner från de skadeståndsrättsliga är inte att de inte har ett reparativt inslag utan (1) att de reparativa inlagen inte är direkt korrelerade till den orsakade skadan, och (2) att den skadelidande inte äger fritt förfoga över anspråket.[72]

Agges framställning tydliggör således att det är i formen vi först och främst kan finna de straffrättsliga särdragen. Hur man s.a.s. inom den straffrättsliga formen skall särskilja straffrätten från andra rättsområden är en mycket besvärlig fråga.

Jareborg. Beträffande skiljelinjen mellan straff och och andra sanktioner har Jareborg överraskande nog nästan inte sagt någonting. I inledningen till "Straffrättens gärningslära" finns emellertid en bestämning av begreppet straff. Straffet sägs vara

> "ett lidande eller obehag som avsiktligen tillfogas en person
> (a) därför att han har överträtt en befallning eller regel som uppfattas som bindande för honom;
> (b) av någon – t.ex. 'staten' – i auktoritativ ställning;
> (c) på ett 'opersonligt' sätt, motiverat av rättviseskäl (jämför den oreglerade hämnden)."[73]

Jareborg fortsätter med begreppet brott och säger att det inte är möjligt att göra en motsvarande bestämning. "Det går inte att finna något gemensamt för allt det som kallas brott, utom just överträdelsen av en norm ...".[74]

Vi kan här se att vad vi kan kalla Agges temporala och kausala förhållande mellan handling och påföljd finns i Jareborgs punkt (a). Straffet skall ådömas *därför att* någon *har överträtt* en norm.

[72] Här kan visserligen invändas att offret i vissa speciella fall – dvs. då målsägandeangivelse är en nödvändig betingelse – kan avgöra huruvida ett visst brott skall åtalas.
[73] Jareborg 1995 s. 14.
[74] Jareborg 1995 s. 14. Dessa delar återfinns också i Jareborg 1984 s. 21.

Jareborg har också i annat sammanhang givit uttryck för kritik mot det sätt på vilket sanktionsavgifterna hittills hanterats:

> "Straffrätten kan knappast tillåtas 'avskaffas'. Däremot finns det all anledning att söka motverka dess tilltagande utbredning, och att verka för att den stegvis ersätts av andra regleringsformer. Här finns kanske en dröm om ett 'revisionistiskt' avskaffande. Erfarenheterna av avkriminalisering, varvid straff ersatts av administrativt hanterade sanktionsavgifter, ger emellertid inte anledning till optimism: den enskilde är inte särskilt betjänt av att till priset av minskad rättssäkerhet byta etiketten 'böter' mot 'avgifter'."[75]

Leijonhufvud och Wennberg. I "Straffansvar" sägs att straffrätten är en del av den offentliga rätten samt att den inte reglerar lösningar av konflikter utan istället anger regler för utövandet av statlig tvångsmakt. I detta sammanhang betonas att det sagda passar in också på delar av förvaltningsrätten med vilken straffrätten har ett nära samband:

> "I själva verket finns det inte någon given gräns mellan vad som skall höra till straffrätten respektive till förvaltningsrätten, om saken betraktas ur lagstiftarens perspektiv. Det är ofta en ren lämplighetsfråga om en önskad ordning skall åstadkommas med hjälp av ett straffhot eller ett hot om förvaltningsrättsligt ingripande."[76]

Vissa straffrättsliga kärnområden, såsom uppsåtliga angrepp på liv och hälsa, anges det dock knappast vara tänkbart att reglera på förvaltningsrättslig väg. Att skiljelinjen mellan straffrätt och förvaltningsrätt i första hand kan ses som formell antyds av författarna också genom att en avkriminalisering som innebär att ett straffbud ersätts med en förvaltningsrättslig reglering benämns "*skenbar*".[77]

Senare i boken uttalas också att det knappast är möjligt att "finna någon gemensam nämnare för ett *materiellt brottsbegrepp*."[78] Brott får därför enligt författarna karaktäriseras som rättsfakta för rättsföljden straff, varvid straff får identifieras med hjälp av BrB 1:3.

Nelson. Nelson diskuterar i sin bok "Kriminalpolitik och ingripanden vid brott" sanktionsavgifterna över ett knappt tiotal sidor. I 1990 års upplaga behandlas frågan om gränsdragningen mot straffen nästan inte alls.

[75] Jareborg 1992 s. 151.
[76] Leijonhufvud & Wennberg 1996 s. 11. Jfr också Leijonhufvud & Wennberg 1997 s. 11.
[77] Leijonhufvud & Wennberg 1996 s. 12.
[78] Leijonhufvud & Wennberg 1997 s. 31.

I en tidigare upplaga finns emellertid en lista med fem karaktäristiska drag hos sanktionsavgifterna:[79]

"1. Sanktionen förutsätter icke personligt ansvar (uppsåt eller oaktsamhet), men vissa ursäkter godtages och kan leda till nedsättning eller bortfall av avgift, som eljest skola åläggas.
2. Sanktionen kan därför påläggas såväl fysiska som juridiska personer.
3. Sanktionen pålägges vanligen av administrativ myndighet.
4. Besvär över ålagd sanktionsavgift får föras vid domstol.
5. Sanktionsavgifter tillfaller staten."

Warnling-Nerep. Warnling-Nerep torde vara den som i svensk doktrin gjort det mest ambitiösa försöket att avgränsa sanktionsavgifterna från andra typer av penningprestationer. Till en början görs ett försök att definiera sanktionsavgifterna. Warnling-Nerep finner härvid att tre kriterier bör uppställas. Sanktionsavgifterna utgör (1) en ekonomisk sanktion, som (2) utdöms med stöd av författning och (3) tillfaller det allmänna.[80]

Warnling-Nerep diskuterar vidare om hur sanktionsavgifter kan särskiljas från bötesstraffen. Hon framhåller därvid att den kritik som riktas mot sanktionsavgifter ofta går ut på att de i själva verket är särskilt stränga bötesstraff som påförs utan iakttagande av de traditionella straffrättsliga rättssäkerhetsgarantierna.[81]

Warnling-Nerep säger, efter att ha citerat några uttalanden rörande frågeställningen, att en distinktion måste göras mellan påståendet att sanktionsavgifter *är* straff, respektive att de *upplevs* som straff.[82]

Säger man att sanktionsavgifter är straff ifrågasätter man enligt Warnling-Nerep hela konstruktionen. Är påståendet riktigt innebär det att lagstiftaren tillåtit förvaltningsmyndigheter att utdöma straff utan iakttagande av straffrättsliga grundsatser.[83]

En annan sak är menar Warnling-Nerep att påstå att sanktionsavgifterna uppfattas som straff. Hon vill visserligen inte göra någon distinktion utifrån människors "upplevelser" eftersom dessa torde vara skiftande, men framför ändå tanken att rättssäkerhetsfrågorna borde få en mer framskjuten roll vid utformning av sanktionsavgifterna.[84]

[79] Nelson 1985 s. 103.
[80] Se Warnling-Nerep 1987 s. 53 ff.
[81] Warnling-Nerep 1987 s. 69.
[82] Warnling-Nerep 1987 s. 71.
[83] Warnling-Nerep 1987 s. 71.
[84] Warnling-Nerep 1987 s. 74 f.

Någon skiljelinje utöver detta finner Warnling-Nerep inte. Hon påpekar att någon skarp avgränsning mot straffrättsliga sanktioner inte har kunnat åstadkommas och konkluderar därför på följande sätt:

> "En ekonomisk sanktion som utgår med stöd av författning och tillfaller det allmänna är en sanktionsavgift och inte något straff eller någon straffavgift, om den av lagstiftaren utpekas och behandlas som en sanktionsavgift."[85]

Warnling-Nerep har i dessa delar en tydlig positivrättslig och de lege lata-inriktad utgångspunkt. Intresset fokuseras överhuvudtaget aldrig kring frågan hur avgränsningen *bör* göras. I detta påstående ligger överhuvudtaget ingen kritik. Warnling-Nerep utgår ifrån den gränslinje som finns, dvs. i realiteten BrB 1:1, och vill utifrån denna göra sanktionsavgifterna acceptabla.

Senare i en sammanfattning av det kapitel där avsnittet om böter och sanktionsavgifter ingår sägs följande om hur sanktionsavgifterna bör användas:

> "Accepteras företeelsen sanktionsavgifter, måste man således tolerera 'avvikelser' ifrån traditionella straffrättsliga regler ifråga om rent objektivt ansvar, omedelbar betalningsskyldighet, förenklade metoder för beräkning av sanktioner och beslutande myndigheter, dvs. alla de olika moment som åt sanktionsavgifterna förlänar den åstundade preventiva effekten. Om företeelsen sanktionsavgifter accepteras, bör emellertid 'avvikelser' bara tillåtas, där det prövats vara absolut nödvändigt för att uppnå de effektiva sanktionsregler som åsyftats."[86]

Här finner vi en sorts omvänd ultima ratio- eller subsidiaritetsprincip (i den mening som finns hos t.ex. Roxin). Här är det inte fråga om att straffrätten skall användas bara när det är nödvändigt. Tvärtom skall den egentliga straffrätten – i förhållande till sanktionsavgifterna – tillämpas i första hand varvid sanktionsavgifterna, med sin minskade rättssäkerhet, endast skall användas när det är nödvändigt.[87]

Betraktelsesättet innehåller säkerligen, särskilt med tanke på de uttalanden i olika utredningar som antyder att straffrätten är besvärlig, en viss realism. Straffrätten kanske inte längre bör ses som det strängaste medlet, vilket skall tillgripas i sista hand?

[85] Warnling-Nerep 1987 s. 78.
[86] Warnling-Nerep 1987 s. 79.
[87] Jfr för en liknande tanke prop. 1983/84:192 s. 10.

Zila. Josef Zila gör i sin avhandling "I stället för straff" inget direkt försök att avgränsa sanktionsavgifterna från straffen.[88]

Han säger dock, beträffande avgränsningen mellan böter och sanktionsavgifter, att de från rättssociologisk synpunkt, dvs. i funktionen eller verkansmekanismen, inte skiljer sig åt på något sätt.[89] Rättssystematiskt är de dock klart skilda åt genom att de överträdelser som föranleder sanktionsavgifter inte utgör brott i formell juridisk mening, varför de straffrättsliga principerna inte heller gäller vid tillämpningen.[90]

Tidigare i avhandlingen gör han vidare vissa uttalanden om sanktionsavgifternas plats i rättssystemet som på ett sätt anknyter till frågeställningen.

Zila beskriver sanktionssystemet så att ju större intresse som föreligger att avhålla medborgarna från ett visst beteende, desto kraftigare olägenhet hotar staten med.[91] Olägenhetsgraden får därefter i sin tur betydelse såtillvida att ju större den är, desto viktigare är det att ingen oskyldig drabbas. Således blir kravet på noggrannhet, rättssäkerhetsgarantier, också större.

Bilden är i all sin enkelhet tilltalande. Det finns emellertid vissa problem med den. Framför allt bör nämnas det faktum att sanktionsavgifterna inte sällan, materiellt betraktat, är mer ingripande än bötesstraff. Sett från detta perspektiv är Zilas bild närmast en enkel idealtyp av ett rationellt konstruerat sanktionssystem, vilket idag inte används.

Debatten kring skattetilläggen. I debatten kring skattetilläggen framhävdes i första hand att systemet var alltför onyanserat för att kunna accepteras. Detta ledde så småningom till att det infördes ökade möjligheter att beakta omständigheterna i det enskilda fallet.

I övrigt framfördes viss allmän kritik mot tilläggen utifrån synpunkten att de egentligen är straff som i strid med straffrättsliga grundprinciper handläggs i administrativ ordning. Sålunda uttalade t.ex. revisorn Lennart Toftered:

> "Inledningsvis vill jag tala om, att jag hyser aversion mot det administrativa straffet skattetillägg. Det borde vara förvånande att denna lagstiftningshorrör ännu fyra år efter ikraftträdandet finns kvar i taxeringslagen."[92]

[88] Däremot utesluter han två avgifter, parkeringsavgift och tilläggsavgift i kollektivtrafik, från sanktionsavgifterna p.g.a. deras privaträttsliga karaktär. Se Zila 1992 s. 97 ff.
[89] Zila 1992 s. 107. Se också s. 109.
[90] Zila 1992 s. 107. Det kan tilläggas att sanktionsavgifterna inte heller utgör straff i formell juridisk mening.
[91] Zila 1992 s. 90.
[92] Toftered 1976 s. 305.

Claes Werdinius återgav i Skattenytt de åsikter som kom till uttryck i SOU 1977:6. Utredningen arbetade i första hand med att se över reglerna om eftergivande av skattetilläggen samt med att försöka att göra systemet mer differentierat. Vad gäller "de skatteadministrativa sanktionernas rättsliga natur" menade utredningen att avgifterna har en speciell karaktär vilket enligt utredningen gör att de bör uppfattas inte som straff utan som en särskild form av social reaktion. De flesta som drabbas av skattetillägg är därför inte att betrakta som brottslingar "i social mening"; de har endast åsidosatt en rättsplikt mot samhället. Skattetilläggen är härvid endast ett påtryckningsmedel som är avsett att säkra att denna rättsplikt fullgörs. Det påpekades också att liknande konstruktioner finns också utomlands varvid särskilt det tyska systemet med Steuerordnungswidrigkeiten framhävdes:

> "Enligt juridisk terminologi är Ordnungswidrigkeiten ej att anse som brott. Sanktionerna mot dem betraktas inte heller som straff utan som påtryckningsmedel avsedda att tvinga fram en bättre ordning (ein Aufruf zur Ordnung)."[93]

I ett kort debattinlägg, som i vissa delar präglas av förvirring, vände sig Olle Öhlén mot denna syn på skattetilläggen. Öhléns mening var att "om de drabbade känner sig straffade, så är det i realiteten fråga om ett straff alldeles oavsett om myndigheterna med gängse juridisk terminologi benämner sanktionen straff eller 'påtryckningsmedel avsett att framtvinga en bättre ordning'"[94]

Som synes var diskussionen tämligen ytlig. Gentemot utredningens syn, som i huvudsak byggde på det tyska synsättet, framfördes bara enstaka uttalanden som inte underbyggdes närmare. (Som ovan nämnts har skattetilläggens rättsliga natur åter aktualiserats i och med implementeringen av Europakonventionen.)

Något om diskussionen kring normgivningsfrågor. Håkan Strömberg kom i anledning av ett lagrådsyttrande och en anmälan av hans bok "Normgivningsmakten enligt 1974 års regeringsform" att diskutera sanktionsavgifternas grundlagsmässiga status.

Strömberg klassificerar i boken sanktionsavgifterna som sådana avgifter med tvångskaraktär som faller under RF 8:9 st. 2. En sådan klassificering innebär en generell möjlighet för riksdagen att bemyndiga regeringen att meddela föreskrifter om sanktionsavgifter. Om 8:9 st. 2 inte anses tillämplig kan delegation ske endast inom ramen för RF 8:7.

[93] Se Werdinius 1977 s. 187. Se också SOU 1977:6 s. 171 ff.
[94] Öhlén 1977 s. 379.

Denna klassificering ifrågasattes i en anmälan av Claes Eklundh med motiveringen att sanktionsavgifterna till sin funktion påminner mer om viten och böter.[95]

Strömberg anförde i en replik att han vid närmare eftertanke ger Eklundh rätt.[96] Denna ståndpunkt hade också lagrådet intagit i ett aktuellt lagstiftningsärende.[97]

Strömberg kom också i anslutning till nämnda lagrådsyttrande att diskutera huruvida sanktionsavgifterna kunde anses utgöra annan rättsverkan av brott än böter, i vilket fall delegation enligt 8:7 inte skulle vara möjlig. Strömberg fann härvid att i de fall sanktionsavgifter utgår för en gärning som formellt sett inte är brottslig, så kan de inte anses utgöra rättsverkan av brott.

I de fall då sanktionsavgifter utgår jämte straff finns det enligt Strömberg dock skäl att se sanktionsavgifterna som rättsverkan av brott. Visserligen kan sanktionsavgifterna sägas likna bötessanktionen, "[m]en det kan med minst lika stort fog hävdas att sanktionsavgifter står förverkande nära".[98] Det sistnämnda uttalandet stöder Strömberg framförallt på avgifternas vinstbegränsande funktion.

Slutligen framförde Strömberg åsikten att samtliga sanktionsavgifter bör kunna efterges genom nåd enligt RF 11:13. De sanktionsavgifter som kan utgå jämte straff bör betraktas som "annan sådan rättsverkan av brott" och de andra bör betraktas som "annat liknande av myndighet beslutat ingrepp avseende enskilds person eller egendom".[99]

10.5 Sammanfattning

Sammanfattningsvis får den svenska diskussionen sägas vara mager när det gäller frågan om avgränsningen mellan straff och administrativa sanktioner. Bortsett från Agges undersökning av straffens karaktär och Warnling-Nereps diskussion kring sanktionsavgifter och bötesstraff finns mest enstaka uttalanden som inte underbyggs närmare. Det kan dock noteras att de kvalitativa lärorna lyser med en närmast total frånvaro; ingen i svensk doktrin har velat se någon kvalitativ skiljelinje vare sig mellan brott och andra regelöverträdelser,[100] eller mellan straff och

[95] Eklundh 1983 s. 386 vsp.–hsp.
[96] Strömberg 1984 s. 227 vsp.
[97] Se prop. 1983/84:192 s. 28 ff.
[98] Strömberg 1984 s. 229 vsp.
[99] Strömberg 1984 s. 229 hsp. Se vidare om den diskussion som förts i anslutning till normgivningsfrågor Warnling-Nerep 1987 s. 80 ff.
[100] Se t.ex. Thornstedt 1948 s. 46.

andra sanktioner.[101] Däremot synes den utredning som stod bakom SOU 1977:2, med dess uttryckliga referenser till de tyska Ordnungswidrigkeiten, bygga på ett kvalitativt synsätt.

[101] Se t.ex. Warnling-Nerep 1987 s. 78.

11 Europadomstolen och sanktioner

11.1 Inledning

En annan distinktion som här skall analyseras är – som tidigare nämnts – den som görs i den Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (såsom konkretiserad av de institutioner som har att tillämpa konventionen). Denna distinktion skiljer sig från den tyska på åtminstone två viktiga punkter. För det första kan man i förhållande till indelningen i Ordnungswidrigkeiten och Straftaten säga att Europadomstolen drar en helt annan och lägre belägen gränslinje, dvs. en gränslinje som skiljer straff i vid mening från andra typer av sanktioner.[1] För det andra är den skiljelinje som dras upp i konventionen auktoritativ och praktiskt betydelsefull på ett sätt som den tyska diskussionen knappast kan vara. Om man studerar Europadomstolens praxis kan man lätt se att domstolen har haft stora svårigheter att göra distinktionen; hade man inte Europadomstolens stipulerade auktoritet att falla tillbaka på vore det förmodligen ogörligt att enas om en gemensam europeisk gränslinje som skiljer straffen från sanktionerna.

Grunden för distinktionen enligt Europakonventionen är de artiklar som stadgar vissa minimirättigheter för den som är anklagad för att ha begått ett brott.[2] Tillämpningsområdet för konventionen är således i dessa delar knutet till ett rekvisit som bygger på brottsbegreppet i någon form. De artiklar vid vars tillämpning skiljelinjen aktualiseras skall här kort beskrivas.

[1] Den tyska gränslinjen kan med sådan terminologi sägas skilja mellan två områden som båda tillhör straffrätten i vid mening. Konventionen skiljer dock mellan mindre grova gärningar och andra mer allvarliga gärningar i artikel 2.2 i protokoll nr 7 (som gäller rätt till omprövning i högre domstol).

[2] För en kort översikt över de artiklar i Europakonventionen som är av straffrättslig relevans, se Eskeland 1995 s. 190 ff.

Enligt artikel 6.1 krävs att den som är underkastad en "anklagelse ... för brott [skall] vara berättigad till opartisk och offentlig rättegång inom skälig tid och inför en oavhängig och opartisk domstol, som upprättats enligt lag". I artikel 6.2 föreskrivs att en oskuldspresumtion råder i alla fall där någon "blivit anklagad för brottslig gärning". Den som "blivit anklagad för brottslig gärning" har vidare enligt artikel 6.3 rätt att bli informerad om anklagelsen på ett lämpligt sätt, att få tillräcklig tid och möjlighet att förbereda sitt försvar, att få försvara sig personligen eller genom ombud, att få förhöra vittnen och att, vid behov, få fri tillgång till en tolk.

I artikel 7 har legalitetsprincipen[3] blivit upphöjd till norm med människorättsstatus. I korthet kan sägas att denna princip – som egentligen är flera – innebär att ingen får straffas för något som inte var kriminaliserat vid tidpunkten för brottet. Detta betyder i en kontinental kontext[4] att det måste föreligga en skriven rättsregel vilken inte får skapas eller tillämpas retroaktivt, inte får vara alltför obestämd och inte får tillämpas analogt.[5] Tillämpningsområdet för artikel 7, dvs. det område där de nyss nämnda reglerna gäller, är uttryckt så att ingen "må fällas till ansvar för någon gärning eller underlåtenhet, som vid tidpunkten för dess begående icke utgjorde ett brott enligt inhemsk eller internationell rätt". I andra meningen stadgas också att man inte får dömas till ett "högre straff" än vad som var tillämpligt då brottet begicks.

Vidare bestämmelser vars tillämpningsområde är beroende av brottsbegreppet finns t.ex. i protokoll 7, artiklarna 2, 3 och 4.

Även om det, som framgår av de citerade partierna ovan, är så att rekvisiten är något olika formulerade torde tillämpningsområdet för de straffrättsliga rättssäkerhetsgarantierna i de olika artiklarna vara detsamma. Vad som är ett brott enligt artikel 6 torde således sammanfalla med vad som är brott enligt artikel 7.

Det är svårt att argumentera för att ge någon artikel ett större tillämpningsområde än en annan eftersom detta ställningstagande implicerar att de garantier som ges i en artikel med vidare tillämpningsområde är viktigare och mer fundamentala än de andra; om det är nödvändigt med en rättvis och opartisk rättegång enligt artikel 6 är det då inte viktigt också att legalitetsprincipen upprätthålls (och omvänt)?

[3] Se om denna Frände 1989 passim.

[4] I common law-traditionen behöver den rättsliga grunden inte nödvändigtvis vara en skriven rättsregel. Se t.ex. van Dijk & van Hoof 1990 s. 361.

[5] Förbuden mot vag strafflagstiftning och analog tillämpning av sådan är inte uttryckligen fastslagna i konventionstexten, men anses inte desto mindre följa av artikel 7. Se t.ex. van Dijk & van Hoof 1990 s. 359.

Det gemensamma tillämpningsområde som här förordas är inte uttryckligen bekräftat av Europadomstolen,[6] men kommissionen (för mänskliga rättigheter, inte EG-kommissionen) har uttalat att artikel 7 är tillämplig bara i fall som innefattar en anklagelse för brott enligt artikel 6, dvs. att kopplingen gäller åtminstone åt ena hållet.[7] Vidare synes denna koppling artiklarna emellan vara underförstådd i doktrinen på området.[8]

I några skiljaktiga meningar[9] kan man visserligen finna uttalanden enligt vilka en mer differentierad hållning – t.ex. att vissa garantier skall tillämpas bara vid grövre brott, medan andra tillämpas även vid bagatellbrottslighet – är att föredra, men även om man förordar en sådan hållning torde det vara svårt att hävda att skiljelinjen skall gå just mellan artiklarna.

I det följande kommer jag således att utgå ifrån att samtliga artiklar som aktualiserar frågan om straffrättsliga rättssäkerhetsgarantier bygger på samma brottsbegrepp. När jag säger att något utgör ett "brott", en "straffrättslig sanktion", ett "straffrättsligt förfarande" etc., innebär detta således att samtliga artiklar där brottsbegreppet ingår som ett rekvisit är tillämpliga.

Utgångspunkten för kommissionen och Europadomstolen när det skall fastställas vad som utgör brott enligt konventionen är att konventionsstaterna har olika formella definitioner av vad som är brott i sina inhemska lagar. Sålunda kan konventionen inte falla tillbaka på fördragsstaternas lagar utan ett autonomt koncept av vad som är brott måste utvecklas.[10]

Att falla tillbaka på den klassifikation som görs i fördragsstaternas inhemska rätt vore vidare olämpligt även av ett annat skäl. Om lagstiftarens klassifikation vore avgörande skulle denne ha möjlighet att avgöra

[6] Jfr dock det uttalande som citeras nedan i not 11, vilket synes implicera ett gemensamt tillämpningsområde.

[7] *X. v Luxembourg*, Application No. 4519/70, Yearbook of the European Convention on Human Rights 1971 s. 622.

[8] Jfr Danelius 1993 s. 146, 161, 173 och 181, Frowein & Peukert 1985 s. 117 och 185, Harris, O'Boyle & Warbrick 1995 s. 166 och 276, Lorenz, Rehof & Trier 1994 s. 225, Stavros 1993 s. 7, Tallroth 1996 s. 53 f och van Dijk & van Hoof s. 364. Se även fallet *Welch v UK*, ECHR, Ser. A, No. 307, 1995 s. 13 punkterna 27 och 28 där man visserligen inte direkt kopplar artiklarnas tillämpningsområde till varandra men ändå gör klart att det är fråga om en likartad bedömning.

[9] Se t.ex. den skiljaktiga meningen av Matscher i *Öztürk v FRG*, ECHR, Ser. A, No. 73, 1984 s. 30.

[10] Se t.ex. *Engel and others v Netherlands*, ECHR, Ser. A, No. 22, 1976 s. 34 punkt 81, Danelius 1993 s. 146, Frowein & Peukert 1985 s. 117, Schutte 1992 s. 393, Stavros 1993 s. 2 ff, van Dijk & van Hoof 1990 s. 313 och Vermeulen 1994 s. 67.

konventionens tillämplighet avseende de straffrättsliga rättssäkerhetsgarantierna. Detta vore förenligt varken med syftet bakom konventionen eller mänskliga rättigheter i allmänhet; om individen skall skyddas från missbruk av statlig makt kan staterna själva inte ha makt att göra dessa skyddsmekanismer icke-tillämpliga:

> "Es gehe nicht an, daß der Gesetzgeber über den Weg der Entkriminalisierung den Menschenrechtsschutz umgehe."[11]

Man kan således säga att konventionen har en substantiell snarare än en formell syn på begreppen brott och straff. Detta till trots har både kommissionen och Europadomstolen erkänt att stater mycket väl kan ha ett legitimt intresse av att behandla vissa överträdelser, t.ex. disciplinförseelser och bagatellbrott, som icke-kriminaliserade och låta sanktionerna utdömas av förvaltningsmyndigheter.[12]

Man kan därför säga att konventionens uppgift i detta sammanhang dels blir att sätta en standard för hur denna avkriminalisering får gå till (i de fall konventionen befinns tillämplig),[13] dels att avgöra i vilka fall man överhuvudtaget inte har att göra med brott i konventionens mening.

Om man studerar den praxis som utbildats av konventionsorganen, särskilt Europadomstolen, kan man finna vissa element som tilläggs betydelse av domstolen. Dessa element, som mer erbjuder en grundval för fortsatt rationell diskussion än ger några omedelbara svar, kan ses som "weichen Topoi-Katalogen".[14] Nedan kommer jag att redogöra för dessa element. Jag listar dem som vore de tre, men åtminstone inom element 2 och 3 kan man finna flera argument vilka beaktas.

De tre huvudelementen som behandlas nedan är alternativa, inte kumulativa, i förhållande till varandra. Det räcker således i princip att ett visst förfarande anses straffrättsligt enligt ett av elementen för att kon-

[11] Åsikt refererad i Spaniol 1988 s. 723. Se även *Öztürk v FRG*, ECHR, Ser. A, No. 73, 1984 s. 18 punkt 49: "if the Contracting States were able at their discretion, by classifying an offence as 'regulatory' instead of criminal, to exclude the operation of the fundamental clauses of Articles 6 and 7, the application of these provisions would be subordinated to their sovereign will". Jfr dock de skiljaktiga meningarna av Matscher s. 33 som karaktäriserar denna oro som "more fanciful than real" och Bernhardt s. 36 som menar att oron är "completely unfounded".

[12] Se målen *Öztürk v FRG*, ECHR, Ser. A, No. 73, 1984 s. 17 f punkt 49 och *Lutz v FRG*, ECHR, Ser. A, No. 123, 1987 s. 24 punkt 57.

[13] Även om konventionen är tillämplig och fråga således är om brott i konventionens mening finns det inget som hindrar att man betraktar t.ex. införandet av de tyska Ordnungswidrigkeiten såsom en avkriminaliseringsåtgärd.

[14] Vogel 1995 s. 339. Om rättsvetenskap, topik och topoikataloger se H. Andersson 1993 s. 224 ff och 1994 s. 140 ff.

ventionens rättssäkerhetsgarantier skall vara tillämpliga.[15] Se vidare avsnitt 11.5.2.

11.2 Element 1: klassifikationen i den ifrågavarande konventionsstaten

Även om den formella etikett som lagstiftaren satt på ett visst förfarande – kriminalstraff, disciplinåtgärd, administrativ sanktion etc. – inte är avgörande för konventionens tillämplighet så utgör den ändå en preliminär utgångspunkt för konventionsorganen.[16] Detta kriterium är emellertid endast av formellt och relativt värde och kan således utan att det är något märkvärdigt få vika för de andra kriterierna.

Lagstiftarens val är dock avgörande i ett fall. Om ett brott klassificeras såsom varande straffrättsligt i den nationella rätten betyder detta – förmodligen – alltid att brottet är att anse som straffrättsligt enligt konventionen. I fallet Engel uttalade Europadomstolen följande:

> "The Convention leaves the States free to designate as a criminal offence an act or omission not constituting the normal exercise of one of the rights that it protects. This is made especially clear by Article 7. Such a choice, which has the effect of rendering applicable Articles 6 and 7, in principle escapes supervision by the Court. ... In short the 'autonomy' of the concept of 'criminal' operates, as it were, one way only."[17]

Denna hållning stöds också av teleologiska argument. Det faktum att en åtgärd får etiketten "straffrättslig" implicerar, såsom ovan diskuterats, klander och innefattar en viss stigmatisering varför det är viktigt att göra ådömandet av sanktionen föremål för konventionens rättssäkerhetsgarantier.[18] Och detta håller streck även om den faktiska sanktionen i fråga är mycket mild. Enligt denna syn är således en straffrättslig etikett, föreskriven av lagstiftaren, en tillräcklig men inte nödvändig betingelse för tillämpligheten av artiklarna 6 och 7.

[15] Se målen *Öztürk v FRG*, ECHR, Ser. A, No. 73, 1984 s. 21 punkt 54 och *Lutz v FRG*, ECHR, Ser. A, No. 123, 1987 s. 23 punkt 55.
[16] Jfr Danelius 1993 s. 146, Frowein & Peukert 1985 s. 118, Schroth 1985 s. 559, van Dijk & van Hoof 1990 s. 310 och Vermeulen 1994 s. 67.
[17] *Engel and others v Netherlands*, ECHR, Ser. A, No. 22, 1976 s. 34 punkt 81. Se också Danelius 1993 s. 146. Jfr också *A.P., M.P. and T.P. v Switzerland*, dom av den 29 augusti 1997 (punkt 42) och *E.L., R.L. and J.O.-L. v Switzerland*, dom av den 29 augusti 1997 (punkt 47) där hänsyn togs till att Schweiz högsta federala domstol ansett att en form av skattetillägg hade straffande karaktär.
[18] Jfr Harris, O'Boyle & Warbrick 1995 s. 167.

Nu kan det synas som om det inte finns så mycket kvar att diskutera under denna rubrik. Om elementet är uppfyllt kan lätt kontrolleras svart på vitt mot den nationella lagstiftningen; överträdelsen i fråga är klassificerad antingen som straffrättslig eller icke-straffrättslig.

Europadomstolen har emellertid genom sin dom i fallet *Ravnsborg*[19] förorsakat att saken inte längre är så självklar. I detta fall hade en man blivit dömd att betala böter på grund av olämpliga uttalanden inför svensk domstol. Klaganden argumenterade för att överträdelsen i fråga var klassificerad som straffrättslig av lagstiftaren och påpekade särskilt att överträdelser som kan föranleda böter per definition är straffrättsliga i Sverige. Den tillämpliga bestämmelsen återfanns visserligen inte i BrB utan i RB 9:5, men den tillhörde enligt Ravnsborg likväl specialstraffrätten. Vidare betonade han att bestämmelsen i RB 9:5 i kommentarer karaktäriseras såsom straffrättslig och att procedurreglerna rörande ådömandet av böterna återfinns i den del av RB som heter "Om rättegången i brottmål". Slutligen framhöll Ravnsborg också att böterna kunde konverteras till fängelsestraff under vissa förutsättningar.

Europadomstolen uttalade inledningsvis att *några av dessa faktorer* kunde anses implicera att böterna klassificerades som straffrättsliga enligt svensk rätt.[20]

Domstolen framhöll emellertid att det fanns andra faktorer som pekade i en annan riktning. Böterna i fråga skulle ådömas direkt av den sittande nationella domstolen utan inblandning av någon åklagare. Vidare angick bestämmelsen enbart den interna ordningen i domstolen. Annat allvarligt olämpligt uppträdande kunde vara ett straffrättsligt brott enligt andra bestämmelser. Europadomstolen beaktade också det faktum att böterna varom fråga var i målet inte var inkomstbaserade och de gav heller inte upphov till någon anteckning i kriminalregistret. På dessa grunder fann domstolen att artikel 6 inte var tillämplig i detta fall.

Avgörandet kan kritiseras på flera punkter. För det första är det uppenbart att böterna formellt sett är straffrättsliga enligt svensk rätt. I BrB 1:1 definieras brott som gärningar på vilka straff kan följa. Straff i sin tur definieras därefter i BrB 1:3 som böter och fängelse. Böter är vidare enligt BrB 25:1 dagsböter, penningböter eller normerade böter och i RB

[19] *Ravnsborg v Sweden*, ECHR, Ser. A, No. 283, 1994 s. 28 ff. Se också Edelstam 1994/95 passim.

[20] Man kan i detta sammanhang knappast undvika att kritisera Europadomstolen för dess ovillighet att precisera sig. Är det inte ett minimikrav att den domstol som anförtrotts den viktiga uppgiften att skapa en enhetlig standard avseende mänskliga rättigheter åtminstone specificerar vilka faktorer som den referar till?

9:5 används just penningböter. De olämpliga uttalanden som Ravnsborg gjorde sig skyldig till var således per definition brott enligt svensk rätt.[21]

Följden av detta blir att vad Europadomstolen gjorde var att säga att, trots att böterna *formellt* sett hade straffrättslig karaktär enligt svensk rätt, så var de inte klassificerade såsom straffrättsliga enligt nationell rätt i den mening som krävs enligt det första elementet. Poängen är således att det första elementet – klassifikationen i den nationella rätten – enligt domslutet inte är detsamma som den formella klassificering som görs i den nationella rätten. När man skall ta reda på huruvida en viss sanktion klassificeras som straffrättslig enligt den inhemska rätten räcker det alltså inte med att ta hänsyn till den formella etikett som sanktionen fått, eftersom sanktionen även om den formellt klassificeras som straffrättslig kan anses klassificerad såsom icke-straffrättslig.

Jag tror inte att det är särskilt klokt att resonera på detta sätt. Det finns åtminstone tre skäl att låta den *formella* klassificeringen i den nationella rätten vara avgörande för det första elementet – dvs. klassificeringen enligt nationell rätt. För det första är det ur rent språklig synvinkel olyckligt att säga att klassifikationen i nationell rätt är något annat än klassifikationen i nationell rätt. Men detta är måhända inte ett särskilt starkt argument; mer än en gång i rättshistorien har begrepp haft ett mer stipulerat än naturligt innehåll. För det andra är den formella klassifikationen i nationell rätt av materiell betydelse eftersom – som ovan sagts – själva begreppet brott implicerar klander och stigma. Man kan alltså argumentera för att rättssäkerhetsgarantierna redan av denna anledning bör vara tillämpliga. För det tredje: om den formella klassifikationen enligt nationell rätt inte är avgörande för vad som skall anses vara klassificerat som brott enligt nationell rätt, vad skall ytterligare krävas? Brottets natur och sanktionens stränghet och natur beaktas ju under element 2 och 3 varför det såvitt jag kan se inte finns något kvar att beakta. Om man inte låter den formella klassifikationen bli avgörande för det första elementet kommer därför de tre elementen oundvikligen att flätas samman, med allt vad detta innebär av förvirring istället för struktur.

Jag anser således att det skulle ha varit klokt att låta den *formella* klassifikationen enligt den nationella rätten vara avgörande för huruvida det första elementet är uppfyllt eller ej.

Det bör emellertid inte vara uteslutet att argumentera för att det redan de lege lata förhåller sig på det sätt jag argumenterat för. Utvägen ur dilemmat är att hävda att Europadomstolen har missförstått, eller fått

[21] Motsvarande synpunkt har jag i efterhand funnit framförd också av Edelstam 1994/95 s. 748 f.

otillräcklig information om, den svenska rättsordningen och på så sätt inte förstått att det fanns en klar klassificering enligt svensk rätt. Detta, vilket bör betonas, är i så fall ingen unik situation. Sverige tvingades ju t.ex. införa rättsprövningslagen för att uppfylla konventionens krav på domstolsprövning, trots att förutsättningarna för rättsprövning torde vara snävare än för det – redan tidigare existerande – extra-ordinära rättsmedlet resning i förvaltningsärenden.[22] Om denna argumentation håller kan man således bortse från vad som ovan sagts om att domstolens tolkning av konventionen är mindre lyckad och istället hävda att domstolen, på grund av att den missförstått sakförhållanden, dömt fel.[23]

Denna fråga är dock för de EG-rättsliga sanktionernas del inte av avgörande betydelse eftersom sanktionerna inom EG-rätten klassificeras som icke straffrättsliga.

I sammanhanget kan även hänvisas till målen *Schmautzer*, *Umlauft*, *Gradinger*, *Pramstaller*, *Palaoro* och *Pfarrmeier* i vilka hänsyn togs till den österrikiska terminologin, enligt vilken de ifrågavarande överträdelserna var att betrakta som *Verwaltungsstraftaten* och proceduren som *Verwaltungsstrafverfahren*.[24]

11.3 Element 2: brottets natur

Ett element som tilläggs större betydelse än den formella klassifikationen är brottets natur. Under denna rubrik tar Europadomstolen hänsyn till ett flertal olika faktorer. Jag kommer nedan att behandla dem i tur och ordning och försöka ge en antydan om deras relativa vikt.

Generell tillämpbarhet. En faktor som synes tilläggas stor vikt av Europadomstolen är huruvida sanktionsbestämmelsen i fråga är generellt tillämplig eller ej.[25] Om regeln är riktad till en specificerad grupp av människor, t.ex. en särskild sorts offentliga tjänstemän, är det en indikation på att regeln kan vara av icke straffrättslig karaktär. Detta kriterium

[22] Se t.ex. Warnling-Nerep 1991 s. 156 ff och Ragnemalm 1992 s. 138.

[23] Minoriteten kom till det slutet att artikel 6 var tillämplig men på andra grunder än de jag rekommenderar. Domstolen har under 1996, i målet *Putz v Austria*, ECHR, Reports of Judgments and Decisions 1996-I, åter ansett att rättegångsförseelser, denna gång enligt österrikisk lag, inte faller under artikel 6. Se också Danelius 1996 s. 376.

[24] *Schmautzer v Austria*, ECHR, Ser. A, No. 328-A, 1995 s. 13 punkt 28, *Umlauft v Austria*, ECHR, Ser. A, No. 328-B, 1995 s. 37 punkt 31, *Gradinger v Austria*, ECHR, Ser. A, No. 328-C, 1995 s. 61 punkt 36, *Pramstaller v Austria*, ECHR, Ser. A, No. 329-A, 1995 s. 15 punkt 33, *Palaoro v Austria*, ECHR, Ser. A, No. 329-B, 1995 s. 38 f punkt 35 samt *Pfarrmeier v Austria*, ECHR, Ser. A, No. 329-C, 1995 s. 63 f punkt 32.

[25] Se här också Tallroth 1996 s. 60 f.

har utvecklats främst i syfte att skilja statliga disciplinära åtgärder från straff. (Europadomstolen har uttryckligen erkänt att stater inom vissa gränser kan använda disciplinära straff t.ex. för att upprätthålla ordning inom de militära styrkorna.)[26]

I samband med de tyska Ordnungswidrigkeiten, använda som sanktion för att säkra efterlevnad av trafikregler, har Europadomstolen i målet *Öztürk* betonat att dessa är riktade till allmänheten, om också i en särskild kapacitet; i detta fall såsom trafikanter.[27] Sanktionen kunde därför inte anses vara riktad till en särskild grupp av människor.

Domstolen har också, i *Weber*, ansett att en regel som anger att parterna i en rättegång – i detta fall målsäganden – har en skyldighet att respektera förundersökningssekretessen inte heller var riktad till en särskild grupp människor. Regeln i fråga kunde såsom domstolen uttryckte det "potentially [affect] the whole population".[28]

Detta kriterium diskuterades också i fallet *Demicoli*.[29] Här hade parlamentet på Malta utdömt en bötessanktion för "breach of privilege"; klaganden hade i en tidning publicerat förolämpande uttalanden om vissa medlemmar av parlamentet. Europadomstolen menade att överträdelsen i fråga skulle skiljas från andra vilka enbart syftade till att skydda parlamentets interna ordning. För den aktuella regelns tillämplighet saknade det betydelse var uttalandena publicerats och huruvida gärningsmannen var medlem av parlamentet eller ej. Sålunda påverkade regeln potentiellt hela befolkningen och kunde inte anses rikta sig till en särskild grupp av människor.

I det ovan nämnda fallet *Ravnsborg*[30] aktualiserades frågan huruvida RB 9:5 kunde anses vara en generell regel eller ej. Domstolen framhöll att regeln var tillämplig i förhållande till en person som närvarar vid eller tar del i rättegången, men inte i förhållande till andra. Regeln var inte heller tillämplig om uttalandena gjordes utanför domstolen av en person i relation till vilken regeln i och för sig var tillämplig. Detta ansågs särskilja Ravnsborg från Weber och Demicoli; regeln ansågs i denna del vara av disciplinär karaktär.[31]

[26] *Engel and others v Netherlands*, ECHR, Ser. A, No. 22, 1976 s. 35 f punkt 84.
[27] *Öztürk v FRG*, ECHR, Ser. A, No. 73, 1984 s. 20 punkt 53. Se för en tysk kommentar till fallet Schroth 1985.
[28] *Weber v Switzerland*, ECHR, Ser. A, No. 177, 1990 s. 18 punkt 33.
[29] *Demicoli v Malta*, ECHR, Ser. A, No. 210, 1991 s. 17 punkt 34.
[30] *Ravnsborg v Sweden*, ECHR, Ser. A, No. 283, 1994 s. 30 punkt 34.
[31] Jfr minoriteten i kommissionen på s. 39 i *Ravnsborg v Sweden*, ECHR, Ser. A, No. 283, 1994, vilken framhåller att RB 9:5 är tillämplig på alla som uttrycker sig olämpligt och att den inte är begränsad till att avse personer som är nära förbundna med domstolens funktion.

Det är uppenbart att detta kriterium, generell tillämplighet, särskilt om det uttrycks som "potentially affects the whole population" är något otillfredsställande om det uppfattas som om det har en antingen/eller-karaktär (från vilken man kan deducera fram huruvida det andra elementet är uppfyllt).

Det finns många brott, stricto sensu, som man bara kan begå när man befinner sig i en särskild position. Var skiljelinjen mellan brott och disciplinära åtgärder skall gå är fullständigt godtyckligt om man bara tar hänsyn till om regeln i fråga "potentially affects the whole population". I Sverige, för att ta ett exempel, finns flera brott som endast kan begås av personer i en viss position. Man brukar i dessa fall säga att brottet kräver ett specialsubjekt. Tjänstefel, BrB 20:1 st. 1, kräver t.ex. att gärningsmannen har behörighet att utöva myndighet.[32]

I den straffrättsliga doktrinen har Jareborg hävdat att det är omöjligt att dra en klar skiljelinje mellan brott som kräver ett specialsubjekt och andra brott, eftersom nästan alla brott kräver någon sorts särskild position – "[a]lla personer kan inte alltid föröva brott".[33] Ett extremt exempel är att det inte går att stjäla om inte någon annans egendom finns i närheten. Men det vore uppenbarligen orimligt att kalla stöld, BrB 8:1, för ett brott som kräver specialsubjekt. Jareborg rekommenderar att termen specialsubjekt bör användas när det enligt gärningsbeskrivningen krävs en situation som är stabil och berör en egenskap eller relation som är speciell såtillvida att en majoritet av befolkningen inte kan förvärva eller inträda däri. Detta betyder enligt Jareborg att konventionella och juridiska positioner blir av särskild vikt.

Den gränslinje som vi söker dra mellan brott som "potentially affects the whole population" och sådana som inte gör det sammanfaller dock bara delvis med linjen mellan brott med respektive utan krav på specialsubjekt. Likheten ligger däri att en skillnad som framstår som en artskillnad i själva verket endast är en gradskillnad. Man måste således inse att en skarp åtskillnad mellan brott som kan respektive inte kan påverka hela befolkningen inte låter sig göra.

Kriteriet bör därför inte användas eller förstås som ett antingen/eller-kriterium utan snarare som graderande; ju mer begränsad den grupp är som faller under regeln desto större chans är det att regeln kommer att anses vara av icke-straffrättslig karaktär.[34]

Men jämfört med svårigheterna att identifiera specialsubjekt finns en faktor som gör Europadomstolens kriterium lättare att tillämpa. Efter-

[32] Se t.ex. Jareborg 1987 s. 194 f.
[33] Jareborg 1995 s. 65.
[34] Se Eskeland 1995 s. 191.

som kriteriet främst används för att särskilja fall då det kan vara fråga om rent disciplinära åtgärder krävs någon sorts koppling till det statliga området. Den speciella grupp av medborgare som påverkas av regeln måste på något sätt vara knutna till staten på ett mer konkret sätt än i egenskap av medborgare. I annat fall kan det begreppsligt sett inte vara fråga om disciplinära åtgärder. Att Europadomstolen tar sådana hänsyn kan man se i t.ex. *Weber* och *Ravnsborg*.[35] Kommissionen har i detta hänseende varit mer explicit och uttalat att man skall ta hänsyn till om den tilltalade måste delta i en speciell procedur för att beröras av regeln och huruvida sanktionen är direkt – i motsats till indirekt – relaterad till denna procedur.[36]

Som sammanfattning kan sägas att det faktum att en norm anses vara riktad till en speciell grupp av människor, gör att det *kan* vara berättigat att behandla det hela som en disciplinär reglering. Andra kriterier får då fälla avgörandet.

Brottets svårhetsgrad. Vad gäller brottets svårhetsgrad har Europadomstolen framhållit att det faktum att ett brott betraktas som bagatellartat inte, i och för sig, gör det till icke straffrättsligt i konventionens mening; "[t]here is in fact nothing to suggest that the criminal offence referred to in the Convention necessarily implies a certain degree of seriousness".[37] Men domstolen har å andra sidan uttalat att om ett brott som, med rätta, är underkastat disciplinära regler samtidigt kan bli föremål för ordinärt åtal enligt straffrätten eller annars är "especially grave", kan detta indikera att brottet fortfarande är av straffrättslig natur.[38]

Klassifikationen i andra konventionsstater. Som tidigare nämnts utgör den formella klassifikationen i andra konventionsstater också en hållpunkt av relevans under det andra elementet. I *Öztürk* togs sålunda hänsyn till att den trafikförseelse som den klagande gjort sig skyldig till ansågs vara av straffrättslig natur i "the vast majority of the Contracting States".[39] Vidare beaktade Europadomstolen både i *Ravnsborg* och i *Putz* att regler som ger domstolar kompetens att utdöma sanktioner vid

[35] Se *Weber v Switzerland*, ECHR, Ser. A, No. 177, 1990 s. 18 punkt 33 och *Ravnsborg v Sweden*, ECHR, Ser. A, No. 283, 1994 s. 30 punkt 34.
[36] Se kommissionens utslag i *Ravnsborg v Sweden*, ECHR, Ser. A, No. 283, 1994 s. 35 f punkterna 53–56. Dessa hållpunkter är i domslutet skräddarsydda för att passa det ifrågavarande fallet. Jag har återgivit dem i mer generell form.
[37] *Öztürk v FRG*, ECHR, Ser. A, No. 73, 1984 s. 21 punkt 53.
[38] *Campbell and Fell v UK*, ECHR, Ser. A, No. 80, 1984 s. 36 punkt 71.
[39] *Öztürk v FRG*, ECHR, Ser. A, No. 73, 1984 s. 20 punkt 53.

olämpligt uppträdande är en företeelse som återfinns i de flesta konventionsstater.[40]

Den normala innebörden av begreppet brott. Europadomstolen har i *Öztürk* noterat att brott normalt sett innebär att man bryter mot en regel som gör gärningsmannen till föremål för straff som åtminstone delvis syftar till att avskräcka och vilka normalt består av böter eller någon form av frihetsberövande.[41] I nära samband med detta står också att hänsyn tas till syftet med en viss sanktion. Det faktum att de tyska Ordnungswidrigkeiten "seeks to punish as well as to deter" var en av de avgörande faktorerna i Öztürk.[42] I detta resonemang kan man intolka en hållning som innebär att straffrätt begreppsligt förutsätter att gärningen skall ha föregått straffet och dessutom stå i ett kausalt förhållande till detta. Ett straff skall alltså ådömas på grund av en gärning som ligger i det förflutna.[43]

I målet *Benham*, där klaganden dömts till fängelse för underlåtenhet att betala en viss skatt, togs hänsyn till att det ifrågavarande förfarandet hade vissa punitiva element, vilka bl.a. angavs bestå i att utdömande av den ifrågavarande sanktionen förutsatte att underlåtenheten att betala skatten varit uppsåtlig eller oaktsam.[44] Här synes således skuldkravet tillmätas betydelse som en faktor vilken talar för att artikel 6 är tillämplig. Omvänt kan detta förstås som att frånvaro av ett skuldkrav kan vara en faktor som gör rättssäkerhetsgarantierna icke tillämpliga.[45]

Skyddsobjektet. Som tidigare nämnts i avsnittet om den tyska diskussionen har det förekommit att man försökt skilja straff- och annan sanktionsrätt genom att visa att de objekt som skyddas är olika.[46] Detta kriterium har uttryckligen underkänts av Europadomstolen. I *Öztürk* framhöll domstolen att det inte är möjligt att skilja mellan att skydda

[40] *Ravnsborg v Sweden*, ECHR, Ser. A, No. 283, 1994 s. 30 punkt 34 (se också kommissionens utslag s. 36) och *Putz v Austria*, ECHR, Reports of Judgments and Decisions 1996-I s. 325 punkt 33.

[41] *Öztürk v FRG, ECHR*, Ser. A, No. 73, 1984 s. 20 punkt 53. Se också *Lutz v FRG*, ECHR, Ser. A, No. 123, 1987 s. 23 punkt 54.

[42] Jfr här också fallet *Welch v UK*, ECHR, Ser. A, No. 307, 1995 s. 14 punkt 35 där punitiva element beaktas som en av de faktorer som gör artikel 7 tillämplig samt *A.P., M.P. and T.P. v Switzerland*, dom av den 29 augusti 1997 (punkt 40) och *E.L., R.L. and J.O.-L. v Switzerland*, dom av den 29 augusti 1997 (punkt 45). Jfr vidare Schroths bedömning av den konkurrensrättsliga bötessanktionen, se avsnitt 12.1.1 nedan.

[43] Jfr Agge 1961 s. 186.

[44] *Benham v UK*, ECHR, Reports of Judgements and Decisions 1996-III s. 756 punkt 56.

[45] Jfr den diskussion som refereras ovan i avsnitt 10.3 under mellanrubriken SOU 1996:116 (omedelbart innan avsnitt 10.4).

[46] Se ovan kapitel 9.

människors rättigheter och intressen och att enbart möta samhällets behov (i Öztürk behovet av en fungerande trafik); "[t]hese two ends are not mutually exclusive".[47]

Skillnader i processuella regler. Europadomstolen har också varit återhållsam i att tillerkänna skillnader i processuella regler vikt. I *Öztürk* framhölls såsom ett argument för att Ordnungswidrigkeiten fortsatte att vara av straffrättslig karaktär att de skillnader som tillskapandet av dessa hade föranlett huvudsakligen var av processuell art. Att domstolen inte beaktar eller i alla fall inte lägger särskilt stor vikt vid processuella skillnader är ganska naturligt. De rättssäkerhetsgarantier som återfinns i konventionen är i stor utsträckning processuella och lade man alltför stor vikt vid hur procedurreglerna är utformade skulle det innebära att man tillät en form av härledande av börat ur varat: eftersom de här sanktionerna inte utdöms under iakttagande av rättssäkerhetsgarantierna i konventionen kan de inte anses straffrättsliga och är således inte underkastade konventionens krav. Förfarandet utgör således en form av cirkelslut eftersom man tillåter att procedurreglerna inverkar på sanktionens karaktär vilken egentligen är avsedd att inverka på procedurreglerna.

I detta sammanhang kan också vara värt att notera att kommissionen har föreslagit att de tillämpliga reglerna om bevisning skall betraktas som en relevant faktor. Som exempel kan nämnas att det finns förfaranden där den tilltalade inte har rätt att inte tala eller åberopa sekretess på grund av sitt yrke. Detta kriterium har dock inte accepterats av Europadomstolen. Vidare har van Dijk och van Hoof, med rätta kritiserat kriteriet, därför att det är beroende av lagstiftaren; dvs. vilka bevisregler som är tillämpliga beror av ett val gjort av lagstiftaren.[48]

11.4 Element 3: sanktionens natur och stränghet

Det element som domstolen, otvetydigt, lägger störst vikt vid är sanktionens svårhet. I detta hänseende kan man litet förenklat säga att om sanktionen innefattar fängelse eller någon annan form av frihetsberövande så är brottet av straffrättslig natur.[49] Denna tumregel är dock, liksom alla sådana, försedd med undantag. Europadomstolen har i vissa

[47] *Öztürk v FRG*, ECHR, Ser. A, No. 73, 1984 s. 20 punkt 53.
[48] van Dijk & van Hoof 1990 s. 314 not 542.
[49] Se t.ex. *Engel and others v Netherlands*, ECHR, Ser. A, No. 22, 1976 s. 35 punkt 82 (där Europadomstolen betonar respekten för den fysiska friheten) och *Campbell and Fell v UK*, ECHR, Ser. A, No. 80, 1984 s. 37 punkt 72. Se även Danelius 1993 s. 146, Frowein & Peukert 1985 s. 119 och van Dijk & van Hoof 1990 s. 311.

fall funnit att ett kortvarigt frihetsberövande inte alltid tillåter slutsatsen att brottet är av straffrättslig natur. Dessutom måste man uppenbarligen utesluta frihetsberövanden som inte beror på en gärning i det förflutna utan uteslutande används som ett medel för att undvika framtida skada.[50] Även om detta har betonats redan under det andra elementet måste hänsyn härtill tas även under det tredje elementet eftersom elementen är alternativa i förhållande till varandra.

I *Engel* bedömde domstolen att fyra dagars "light arrest" – i princip bestående av ett förbud att lämna militärt område[51] – inte ens innebar ett frihetsberövande.[52] En annan klagande i samma mål hotades med två dagars strikt arrest. Denna sanktion var enligt domstolen inte heller av sådan karaktär att den kunde anses vara av straffrättslig karaktär. Ytterligare tre andra personer i Engel riskerade emellertid 14 dagars strikt arrest. Det faktum att den sanktion som stod på spel var så sträng – och innefattade ett frihetsberövande – var enligt domstolen tillräckligt för att denna skulle anses vara av straffrättslig natur. Detta gällde även om sanktionen i slutändan inte utdömts. Vad som är avgörande är således inte den sanktion som i det enskilda fallet faktiskt döms ut utan den maximala sanktion som riskeras.

Detta bekräftades senare i *Demicoli*. Här bestod den sanktion som den tilltalade riskerade i fängelse i maximalt 60 dagar eller böter uppgående till maximalt 500 maltesiska liri (eller både/och), men det ådömdes blott 250 maltesiska liri i böter. Europadomstolen fann att det straff som riskerades var tillräckligt viktigt för att sanktionen skulle klassificeras som straffrättslig.[53]

Att Europadomstolen inte skiljer mellan ådömande av en negativ sanktion och förverkande av privilegier torde stå klart. I *Campbell and Fell* bestod den riskerade sanktionen framför allt av förverkande av en möjlighet till efterskänkning av en del av det straff som klaganden avtjänade. Normalt kunde den klagande påräkna att tre år skulle efterskänkas, men 570 dagar av dessa tre år förklarades förverkade. De intagna hade ingen egentlig juridiskt utkrävbar rätt till efterskänkningen men enligt domstolen hade de åtminstone en legitim förväntan därom. Tiden klaganden faktiskt skulle spendera i fängelse förlängdes därmed jämfört med den förväntade på ett beaktansvärt sätt. På denna grund ansågs sanktionen vara av straffrättslig karaktär.[54] I målet var också

[50] Se van Dijk & van Hoof 1990 s. 314. Jfr Agge 1961 s. 186.
[51] Se om detta *Engel and others v Netherlands*, ECHR, Ser. A, No. 22, 1976 s. 9 punkt 18.
[52] *Engel and others v Netherlands*, ECHR, Ser. A, No. 22, 1976 s. 36 punkt 85.
[53] *Demicoli v Malta*, ECHR, Ser. A, No. 210, 1991 s. 17 punkt 34.
[54] *Campbell and Fell v UK*, ECHR, Ser. A, No. 80, 1984 s. 37 f punkt 72.

vissa andra sanktioner involverade men de synes inte ha påverkat utgången i målet.[55]

Om man generellt kan säga att frihetsberövande påföljder ofta är tillräckliga för att göra ett brott straffrättsligt är det mycket svårare att säga hur böter av olika slag skall bedömas. I *Weber* utdömdes böter bestående av 500 schweizerfranc, vilka kunde omvandlas till fängelse under vissa förutsättningar. Dessa ansågs vara "sufficiently important to warrant classifying the offence with which the applicant was charged as a criminal one under the Convention".[56] Man kan dock inte utesluta att en viss sammanvägning av de tre elementen företogs. Det var i detta fall oklart hur brottet var klassificerat enligt den nationella rätten samt huruvida brottet var av straffrättslig natur enligt det andra elementet.

I *Ravnsborg*[57] ansågs det vara osäkert hur brottet var klassificerat i den inhemska rätten medan det andra elementet ansågs tala för att det rörde sig om ett disciplinärt förfarande. Europadomstolen hade således i detta mål möjlighet att avgöra huruvida böter omfattande 1000 svenska kronor, vilka kunde omvandlas till fängelse under vissa förutsättningar, var en tillräcklig anledning att anse sanktionen vara av straffrättslig art. Domstolen fann att detta inte var fallet. I detta sammanhang beaktades att böterna bara kunde omvandlas till fängelse under mycket begränsade förutsättningar och att en sådan omvandling krävde en separat process.

Inte heller i fallet *Putz*, som också rörde rättegångsförseelser (enligt österrikisk lag), ansågs sanktionens stränghet motivera en tillämpning av artikel 6. Här hade klaganden riskerat böter om upp till 20 000 Schilling vilka under vissa förutsättningar kunde förvandlas till fängelse i ett tiotal dagar.[58]

Att ett bötesbeslut kan omvandlas till fängelse är dock en faktor som regelmässigt torde tala för att de straffprocessrättsliga konventionsartiklarna är tillämpliga. I de ovan nämnda målen *Schmautzer*, *Umlauft*, *Gradinger*, *Pramstaller*, *Palaoro* och *Pfarrmeier*, som alla rörde österrikiska Verwaltungsstraftaten, var detta faktum en av de faktorer som gjorde att domstolen fann att det förelåg en "anklagelse för brott".[59]

[55] Se Frowein & Peukert 1985 s. 119.
[56] *Weber v Switzerland*, ECHR, Ser. A, No. 177, 1990 s. 18 punkt 34.
[57] *Ravnsborg v Sweden*, ECHR, Ser. A, No. 283, 1994 s. 30 f punkt 35.
[58] *Putz v Austria*, ECHR, Reports of Judgments and Decisions 1996-I s. 326 punkt 37.
[59] *Schmautzer v Austria*, ECHR, Ser. A, No. 328-A, 1995 s. 13 punkt 28, *Umlauft v Austria*, ECHR, Ser. A, No. 328-B, 1995 s. 37 punkt 31, *Gradinger v Austria*, ECHR, Ser. A, No. 328-C, 1995 s. 61 punkt 36, *Pramstaller v Austria*, ECHR, Ser. A, No. 329-A, 1995 s. 15 punkt 33, *Palaoro v Austria*, ECHR, Ser. A, No. 329-B, 1995 s. 38 f punkt 35 samt *Pfarrmeier v Austria*, ECHR, Ser. A, No. 329-C, 1995 s. 63 f punkt 32. Se också *Mauer v Austria*, dom av den 18 februari 1997.

I målet *Garyfallou* hade ett bolag fått betala böter för överträdelse av vissa export- och importregler. Böterna ansågs inte ha straffrättslig karaktär enligt grekisk rätt varför domstolen kom att bedöma om sanktionens stränghet kunde göra artikel 6 tillämplig. I fallet kunde ett bötesbelopp om maximalt 15 050 DM utdömas. Om böterna inte betalades kunde dessutom företagets ledning frihetsberövas i upp till ett år. Detta ansågs tillräckligt för att göra artikel 6 tillämplig.[60]

11.5 Fall som inte kan inordnas i modellen

11.5.1 Deweer, Bendenoun och Air Canada

I tre fall har domstolen fört resonemang som inte låter sig inordnas i den modell som beskrivits ovan. Det är fallen *Deweer, Bendenoun* och *Air Canada.* Gemensamt för fallen är att domstolen inte på ovan angivet sätt spaltar upp sitt resonemang i tre punkter utan istället framhåller ett antal faktorer vilka gemensamt stöder slutsatsen (dvs. att artikel 6 är eller inte är tillämplig).

Deweer hade vid prissättning brutit mot de belgiska livsmedelsbestämmelserna. Deweer fick ett erbjudande om att betala 10 000 belgiska franc inom åtta dagar. Om så inte skedde skulle saken avgöras av domstol, och dessutom skulle butiken stängas tills dess domstolen avgjort saken.

Domstolen hänvisade här till ett stort antal olika faktorer innan den konkluderade att sanktionen omfattades av artikel 6. Bl.a. hänvisades till att bestämmelserna i fråga härrörde från andra världskriget och syftade till "repression of offences against rules relating to the country's supplies".[61] Också om strängheten hade minskats allt eftersom förhållandena blivit bättre fanns tecken på ursprunget kvar. Domstolen hänvisade också till att ord som "offender" och "offence" och andra liknande termer användes i sammanhanget.[62] Vidare framhölls att det erbjudande som Deweer erhållit var ett substitut för vissa straff, såsom fängelse, böter, stängning av butiken och publicering av domslutet. Om Deweer inte betalat skulle

[60] *Garyfallou v Greece*, dom av den 24 september 1997 (se punkterna 33–35). Jfr också *A.P., M.P. and T.P. v Switzerland*, dom av den 29 augusti 1997 (punkt 40) och *E.L., R.L. and J.O.-L. v Switzerland*, dom av den 29 augusti 1997 (punkt 45).
[61] *Deweer v Belgium*, ECHR, Ser. A, No. 35, 1980 s. 23 punkt 45.
[62] *Deweer v Belgium*, ECHR, Ser. A, No. 35, 1980 s. 23 punkt 45.

affären ha stängts av myndigheterna och om han likväl hade hållit öppet skulle han ha riskerat böter och fängelse.

Sammantaget fann domstolen att det förelåg en kombination av olika faktorer vilka tillsammans påvisade att förfarandet hade straffrättslig karaktär.[63]

I *Bendenoun* gällde frågan huruvida en sorts fransk motsvarighet till de svenska skattetilläggen var av sådan karaktär att artikel 6 var tillämplig. Domstolen framhöll till en början att det är fullt förenligt med konventionen att låta administrationen handha utdömandet av sanktionen så länge som det finns möjlighet att begära överprövning i domstol.[64] Vidare framhöll domstolen att den inte underskattade de argument mot tillämpligheten av artikel 6 som framförts av den franska regeringen. Domstolen fann emellertid fyra faktorer som talade i motsatt riktning.

För det första riktade den ifrågavarande bestämmelsen sig till alla medborgare i egenskap av skattebetalare. För det andra var tilläggen inte avsedda att kompensera någon skada, utan avsåg istället att avskräcka från ytterligare överträdelser. För det tredje utdömdes tilläggen på grundval av en generell regel vars syfte var både "deterrent and punitive". För det fjärde var tilläggen mycket stränga. De omfattade 422 534 franc mot Bendenoun personligen och 570 398 franc mot hans företag. Om betalning inte skedde kunde tilläggen också omvandlas till fängelse.[65]

Som synes är samtliga beaktade synpunkter bekanta från de fall där man tillämpat de tre ovan beskrivna elementen.

I fallet *Air Canada* hade ett flygplan beslagtagits sedan det visat sig att det i lasten fanns 331 kilo cannabis. Bolaget som ägde planet hade sedan möjlighet att lösa ut planet mot en avgift på 50 000 pund. Bolaget ansåg att det blivit bötfällt och klagade till Europadomstolen.

Domstolen hänvisade inledningsvis till Court of Appeal som inte ansett att avgiften var en form av böter.[66] Vidare anförde domstolen att frånvaron av "a criminal charge or a provision which is 'criminal' in nature and the lack of involvement of the criminal courts – taken together with the fact that there was no threat of any criminal proceedings in the event of non-compliance"[67] var tillräckligt för att särskilja fallet från det ovan omnämnda fallet *Deweer* där artikel 6 ansågs tillämplig.

[63] *Deweer v Belgium*, ECHR, Ser. A, No. 35, 1980 s. 24 punkt 46.
[64] *Bendenoun v France*, ECHR, Ser. A, No. 284, 1994 s. 19 f punkt 46.
[65] *Bendenoun v France*, ECHR, Ser. A, No. 284, 1994 s. 20 punkt 47.
[66] *Air Canada v UK*, ECHR, Ser. A, No. 316, 1995 s. 19 punkt 51.
[67] *Air Canada v UK*, ECHR, Ser. A, No. 316, 1995 s. 20 punkt 52. Här kan förvisso tyckas att domstolens resonemang blir cirkulärt eftersom man använder den icke-straffrättsliga naturen som grund för att sluta sig till att artikel 6 inte är tillämplig (dvs.

Domstolen hänvisade också till fallet *AGOSI* där det slagits fast att enbart det förhållandet att äganderätten inskränkts genom förverkande,[68] inte kan medföra att artikel 6 är tillämplig. Också om det i detta fall inte var fråga om direkt konfiskation utan istället ett krav på betalning gällde detsamma i båda fallen.

Hur dessa fall skall förstås, och inkorporeras i den struktur som givits ovan skall diskuteras i nästa avsnitt.

11.5.2 Särskilt om strukturen av domstolens resonemang

De olika argument som Europadomstolen använder sig av kan, enligt vad som ovan beskrivits, listas på följande sätt:

(1) Klassifikationen i den inhemska rätten
(2) Brottets natur
    a) generell tillämplighet
    b) brottets svårhetsgrad
    c) klassifikationen i andra konventionsstater
    d) den normala innebörden av begreppet brott
    e) skyddsobjektet (ej av omedelbar relevans)
    f) processuella särdrag (ej av omedelbar relevans)
(3) Sanktionens natur och stränghet

Eftersom de tre elementen anses vara alternativa och inte kumulativa kan Europadomstolens argumentering ses som en stegvis kontroll av att inget element som kräver att konventionens rättssäkerhetsgarantier tillämpas är för handen. Relationen mellan de tre elementen synes okomplicerad. *Om ett av elementen ger utslaget "straffrättslig" finns inget behov av något vägande; konventionens regler skall tillämpas.*

Problemet att väga olika faktorer mot varandra borde följaktligen i princip uppkomma enbart inom de tre elementen. Likväl har Europadomstolen tagit upp det tredje elementet (sanktionens natur och svårhet) till bedömning efter att redan ha konstaterat att överträdelsen varit ett brott i enlighet med det andra kriteriet (brottets natur).[69] Ett sådant förfarande borde i princip vara onödigt, varför det kan ses som en indikation på att elementen också kan vägas emot varandra (eller mer egentligt: tillsammans tala i en viss riktning). Likaså kan man, vilket uppmärksammats i SOU 1996:116, i vissa fall se att domstolen inte

---

att förfarandet är icke-straffrättsligt). Den icke-straffrättsliga naturen är det som behöver motiveras.

[68] *Agosi v UK*, ECHR, Ser. A, No. 108, 1986 s. 22 punkt 65.

[69] *Weber v Switzerland*, ECHR, Ser. A, No. 177, 1990 s. 18 punkterna 32–34.

använder sig av de tre uppställda rekvisiten utan gör mer av en helhetsbedömning.[70] Om ett visst förfarande utgör ett gränsfall enligt alla tre kriterierna torde det sålunda inte vara främmande för domstolen att åberopa dem i förening.

Att de tre elementen är utgångspunkten vid bedömning av huruvida konventionens straffprocessuella garantier är att tillämpa framhålls emellertid så sent som 1995, dvs. efter samtliga de tre nämnda sammanvägningsfallen, varför det synes vara svårt att spåra någon klar linje i utvecklingen av praxis.

Här kan jämföras med SOU 1996:116 vari uttalas följande:

> "Det kan konstateras att den senare gruppen [dvs. sammanvägningsfallen] tidsmässigt ligger efter den förra gruppen [dvs. elementfallen]. Det kan därför finnas fog för att uppfatta Bendenounfallet m.fl. som en vidareutveckling av domstolens praxis."[71]

Om den tidsmässiga fördelningen verkligen var så som utredaren framhåller, dvs. en tidigare och en senare grupp av fall, hade slutsatsen om utveckling varit naturlig. Av de tre sammanvägningsfallen är emellertid ett från 1980, ett från 1994 och ett från 1995, och såväl före fallet från 1980 som mellan 1980 och 1994 och efter fallet från 1995 förekommer fall vilka bedömts efter modellen med de tre olika elementen.[72] Dessutom hänvisas i fallet Bendenoun (1994; sammanvägningsfall) till tidigare praxis, särskilt Öztürk (1984; elementfall).[73] Jag tror därför att man av de tre sammanvägningsfallen inte bör dra andra slutsatser än att det inte går några täta skott mellan de tre elementen och att sammanvägningar således kan förekomma.[74]

[70] Se föregående avsnitt och fallen *Deweer v Belgium*, ECHR, Ser. A, No. 35, 1980, *Bendenoun v France*, ECHR, Ser. A, No. 284, 1994 och *Air Canada v UK*, ECHR, Ser. A, No. 316, 1995. Se också SOU 1996:116 s. 110 f.

[71] Jfr här SOU 1996:116 s. 111.

[72] Se t.ex. de fall som nämns ovan i not 59.

[73] *Bendenoun v France*, ECHR, Ser. A, No. 284, 1994 s. 20 punkt 47.

[74] Denna syn på saken, dvs. att kriterierna är utgångspunkten men att viss sammanvägning kan företas, har nyligen fått ytterligare och mer explicit stöd i Europadomstolens dom *Garyfallou v Greece*, dom av den 24 september 1997 (se särskilt punkt 33).

11.6 Europakonventionen och EG:s sanktionsrätt

11.6.1 Europakonventionen och EG

EG är såsom gemenskap inte bunden av Europakonventionen.[75] EG:s institutioner kan därför inte göras ansvariga inför Europadomstolen,[76] och följaktligen finns heller ingen skyldighet att följa Europadomstolens praxis.

EG-domstolen har dock ett flertal gånger framhållit att de mänskliga rättigheterna utgör en del av de allmänna rättsprinciper som gäller inom EG-rätten.[77] Domstolen har vidare framhållit att den vad gäller innehållet i dessa rättigheter finner vägledning i medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner och i de internationella konventioner etc. som medlemsstaterna anslutit sig till.

I Maastrichtfördraget finns numera också artikel F 2 vari denna praxis kan sägas ha kodifierats:

> "Unionen skall som allmänna principer för gemenskapsrätten respektera de grundläggande rättigheterna, såsom de garanteras i Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, undertecknad i Rom den 4 november 1950, och såsom de följer av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner."

Betydelsen av detta begränsas emellertid av det förhållandet att domstolen enligt artikel L saknar kompetens att tolka artikel F.[78]

Praktiskt sett är också en viss anpassning i förhållande till Europakonventionen och Europadomstolens praxis nödvändig eftersom det i stor utsträckning är EG:s medlemsstater – vilka alla är bundna av konventionen – som har att verkställa EG-rätten.[79] Om de mänskliga rättigheterna inte respekterades inom EG-rätten skulle således konflikter uppkomma mellan de båda systemen.

Det invecklade förhållandet mellan systemen illustreras av ett beslut av kommissionen för de mänskliga rättigheterna. Ett bolag, C. Melchers & Co., bötfälldes (i det förfarande som i avhandlingen kallas *Pioneer*)

[75] Se allmänt Vermeulen 1994 passim, Cameron & Kirilova Eriksson 1995 s. 114 ff, Rasmussen 1995 kapitel 18 och Droege & Lysén 1997 s. 96 ff.
[76] Se t.ex. Harris, O'Boyle & Warbrick 1995 s. 27 f och 631.
[77] T.ex. i C-11/70 *Internationale Handelsgesellschaft* [1970] ECR 1125 s. 1134 punkt 4. Se vidare generaladvokaten i C-100-103/80 *Pioneer* [1983] ECR 1825 s. 1920.
[78] Se Cameron & Kirilova Eriksson 1995 s. 117, Droege & Lysén 1997 s. 96 och Rasmussen 1995 s. 345.
[79] Vermeulen 1994 s. 47.

av EG-kommissionen för överträdelser av artikel 85.1.[80] Företaget överklagade till EG-domstolen och gjorde gällande att förfarandet stod i strid med vissa fundamentala rättssäkerhetsgarantier såtillvida att kommissionen agerat både som anklagande och beslutande myndighet, att företaget inte informerats om alla anklagelser, att företaget inte fått ta del av de dokument varpå kommissionen grundade sitt beslut samt att visst material inte kommunicerats såsom det bort. EG-domstolen sänkte visserligen de utdömda böterna på andra grunder, men framhöll samtidigt att rättssäkerhetsgarantierna i artikel 6 i Europakonventionen inte var av relevans eftersom kommissionen inte är "a tribunal" i den mening som avses i artikel 6.[81] Bolagets nästa drag blev att försöka hindra exekutionen av den EG-rättsliga domen i Tyskland. Detta lyckades dock inte. Bolaget valde då att istället stämma den tyska staten för att ha utfärdat en exekutionstitel avseende en dom som stred mot konstitutionella rättigheter, men inte heller här hade bolaget någon framgång. Detta ledde slutligen till att målet hamnade inför kommissionen för de mänskliga rättigheterna.

Kommissionen framhöll att den visserligen saknar kompetens att bedöma förfaranden inför EG:s institutioner, men att medlemsstaterna inte enbart på den grunden att de verkställer EG-rätt kan undgå konventionens krav. Kommissionen uttalade i denna förbindelse också att det kunde förmodas att det konkurrensrättsliga bötesförfarandet skulle falla under artikel 6 om det vore så att det handhades av nationella myndigheter istället för av EG:s institutioner.

Kommissionens slutsats i huvudfrågan var att konventionsstaterna inte automatiskt befrias från ansvar genom att överlåta kompetens till en internationell organisation. Å andra sidan framhölls att det är förenligt med konventionen att överlåta kompetens till internationella organisationer föutsatt att "within that organisation fundamental rights will receive an equivalent protection".[82] Detta ekvivalenskrav ansågs uppfyllt inom EG-rätten eftersom det där finns både materiellt och processuellt skydd för de mänskliga rättigheterna. Därefter avslutades på följande sätt:

[80] KOMB 80/256 *Pioneer* OJ L 60/21.

[81] Se C-100-103/80 *Pioneer* [1983] ECR 1825 s. 1880 f punkterna 7–11. Se också C-209 etc./78 *van Landewyck* [1980] ECR 3125 s. 3248 del III i domen. Detta resonemang är något bakvänt – "a tribunal" är ju inget rekvisit som gör artikel 6 tillämplig eller icke tillämplig utan ett krav som följer av att artikel 6 är tillämplig. Jfr också Lenaerts 1997 s. 39.

[82] *M. & Co. v FRG,* Application No. 13258/87, D.R. 1990 s. 143.

"The Commission has also taken into consideration that it would be contrary to the very idea of transferring powers to an international organisation to hold the member States responsible for examining, in each individual case before issuing a writ of execution for a judgment of the European Court of Justice, whether Article 6 of the Convention was respected in the underlying proceedings.

It follows that the application is incompatible with the provisions of the Convention *ratione materiae* and must be rejected in accordance with Article 27 para. 2 of the Convention."[83]

Även om beslutet pekar mot att Strasbourgorganen inte kommer att kontrollera verkställigheten av EG-rätten får beslutet sägas förutsätta att konventionens krav upprätthålls.

Sammanfattningsvis kan sägas att även om Europakonventionen enligt EG-domstolen må vara icke (direkt) tillämplig i konkurrensrättsliga förfaranden, utgör de krav som uppställs i konventionen en integrerad del av gemenskapsrätten[84] och de är därigenom i vart fall indirekt normerande för förfarandet.[85] Vidare skall gemenskapsrätten verkställas av medlemsstaterna, vilka är bundna av konventionen. Ett respekterande av konventionen fordras därför för att undvika direkta konflikter mellan de två europeiska domstolarna.

11.6.2 Europakonventionen och företag

Eftersom sanktionerna inom EG-rätten i första hand riktar sig mot företag är det av visst intresse att kort redogöra för Europakonventionens tillämplighet i förhållande till företag. Att olika former av kollektiva enheter kan medföra vissa rättsliga problem när det gäller att tillämpa en konvention för mänskliga rättigheter är inte ägnat att förvåna. Å ena sidan är det naturligt med en individinriktning, eftersom konventionens

[83] *M. & Co. v FRG,* Application No. 13258/87, D.R. 1990 s. 144.

[84] Se ovan not 77 samt Lenaerts 1997 s. 37.

[85] Jfr Teitgen-Colly 1996 s. 289 som ställer upp tre olika typfall: (1) rent nationella sanktioner som måste uppfylla Europakonventionens krav, (2) rena EG-sanktioner (i princip omedelbar övernationell sanktionsrätt) som måste uppfylla gemenskapsrättens krav samt (3) sanktioner vilka anknyter både till EG och medlemsstaterna (medelbar övernationell sanktionsrätt samt nationell straff- och sanktionsrätt under påverkan av EG-rätt) som måste uppfylla både Europakonventionens och gemenskapsrättens krav. Min uppfattning är nog att man nästan kan likställa (2) och (3) eftersom de mänskliga rättigheterna utgör del av gemenskapsrätten. I vart fall gör sistnämnda förhållande att skillnaden mellan (2) och (3) blir mindre betydelsefull. Jfr vidare Cameron & Kirilova Eriksson 1995 s. 121 för en mer nyanserad bild.

utgångspunkt kan sägas vara att individer är särskilda från varandra.[86] Å andra sidan måste man om de mänskliga rättigheterna skall vara värda något i praktiken ta hänsyn till att kollektiva enheter utgör en viktig realitet i dagens samhälle.

I praxis har framkommit att vissa av konventionens rättigheter är tillämpliga också i förhållande till företag, medan andra är förbehållna människor. Avgörande synes vara huruvida den aktuella rättigheten eller friheten i praktiken kan appliceras på juridiska personer.[87] Bland artiklarna som är tillämpliga på företag finns bl.a. artikel 6 i konventionen (rätt till rättegång m.m.), artikel 10 (rätt till yttrandefrihet)[88] samt artikel 1 i första tilläggsprotokollet (rätt till egendom).[89] Mycket talar för att också artikel 7 (legalitetsprincipen) hör till denna kategori.

Artiklar vilka inte är tillämpliga i förhållande till företag är t.ex. artiklarna 2 (rätt till liv; jfr ovan avsnitt 6.3.5), 3 (frihet från tortyr och annan omänsklig eller förnedrande behandling),[90] 8 (rätt till respekt för privat- och familjelivet) samt delar av artikel 9 (samvetsfrihet[91]).[92]

Denna korta redogörelse synes till fyllest i detta sammanhang eftersom de artiklar som främst är av intresse, artiklarna 6 och 7, synes tillämpliga också i förhållande till företag.

> När jag kommit så långt, satt jag mig upp och rev mig gruvligt i håret, alldeles som om tankarna sprängt och kittlat under svålen.
>
> BROR BENJAMIN CARLANDER

[86] Jfr t.ex. Lysén 1993 s. 17 ff.
[87] Jfr beträffande rättighetsskyddet i svensk rätt Bull 1997 s. 347 f.
[88] Se kommissionens beslut i fallet *Société Stenuit* återgivet i *Société Stenuit v France*, ECHR, Ser. A, No. 232-A, 1992 s. 14.
[89] Harris, O'Boyle & Warbrick 1995 s. 634.
[90] Se kommissionens beslut *Verein Kontakt-Information-Therapie and Siegfried Hagen v Austria*, Application No 11921/86, D.R. 1988 s. 88.
[91] Se föregående not.
[92] Harris, O'Boyle & Warbrick 1995 s. 634 not 5.

12 Konfrontation*

12.1 Tidigare framställningar

12.1.1 Bötessanktionen

De konkurrensrättsliga böterna kan utan tvekan sägas vara den övernationella sanktion som uppvisar störst likheter med traditionella straff. Det torde därför låta sig säga att det i de allra flesta fall är så att den som inte anser bötessanktionen vara ett straff inte heller anser de andra sanktionerna vara det.

Som har nämnts tidigare har relativt mycket skrivits om de EG-rättsliga sanktionernas karaktär. Det kan därför här inte bli fråga om att presentera allt som har skrivits. Det torde dock inte vara att påstå för mycket att den kommande framställningen täcker det viktigaste.

Som utgångspunkt för alla analyser finns den i förordning 17/62 givna icke definitionen av böterna som tidigare omtalats. I artikel 15.4 stadgas sålunda:

> "Beslut fattade med stöd av punkterna 1 och 2 [dvs. beslut att ålägga företag böter på grund av konkurrensrättsliga överträdelser] har inte straffrättslig karaktär."

Winkler. Winklers dissertation "Die Rechtsnatur der Geldbuße im Wettwerbsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft" som utkom 1971 behandlar, vilket framgår av titeln, den rättsliga karaktären hos de konkurrensrättsliga böterna.

* Rubrikens namn är hämtat från Thornstedt 1948 och 1994 (1955), Jareborg 1974 och Frände 1989. Jag finner rubriken utmärkt; den tillåter relativt mycket samtidigt som den antyder kommande synteser samt viss självständighet.

Winkler jämför till att börja med böterna med typiska kriminalstraff och finner ett stort antal skillnader:[1]

(1) Bötessanktionen behandlas i EG-rätten annorlunda än kriminalstraffen. Med detta avser Winkler att medan bötessanktionen föreskrivs i sekundärrätt i regler vilka kan användas direkt, så är de regler som rör brott som i medlemsstaterna räknas som "Kernstrafrecht" – härmed avses artiklarna om mened respektive brott mot tystnadsplikt – utformade som utvidgningar av nationella straffbud.

(2) Bötessanktionen påförs av förvaltningsmyndigheter medan kriminalstraff enligt medlemsstaternas författningsrättsliga traditioner endast kan utdömas av domstol.

(3) Bötessanktionen överprövas i ett förvaltningsrättsligt förfarande inför EG-domstolen. I nationell rätt sker överprövning av kriminalstraff i särskilda straffdomstolar.

(4) Grundsatsen om reformatio in pejus gäller inte beträffande de EG-rättsliga böterna, däremot i nationell kriminalstraffrätt.

(5) Bötessanktionen riktar sig mot företag. Enligt den dominerande uppfattningen i medlemsstaterna kan kriminalstraff dock inte utdömas mot företag.

(6) Bötessanktionen kan ej omvandlas till ett frihetsstraff, vilket kriminalstraffrättsliga böter i medlemsstaterna regelmässigt kan.

(7) Bötessanktionen syftar till stor del till att undanröja den orättmätiga fördel som den konkurrensrättsliga överträdelsen medfört.

Efter denna genomgång konkluderar Winkler: "Diese Unterschiede sind Kennzeichen einer Wesensverschiedenheit, die die Zurechnung der Geldbuße zum Kriminalstrafrecht ausschließt."[2]

Winkler jämför därefter bötessanktionen med den förvaltningsstraffrättsliga teorin och teorin om "sanctions administratives" såsom den förekommer bl.a. i Frankrike.[3] Härvid sägs till en början att den traditionella förvaltningsstraffrättsliga teorin idag inte längre är hållbar; efter socialstatens intåg kan man inte längre skilja på rätt och välfärdsfrämjande.[4] Vidare påpekas att den förvaltningsstraffrättsliga teorins krav på en egen judiciell kompetens hos förvaltningen att påföra sanktioner, under efterkrigstiden blivit alltmer diskrediterad.[5] Detta, menar Winkler, gör att det inte kan förmodas att medlemsstaterna har velat ge en sådan förvaltningsrättslig kompetens till EG. Ty detta skulle innebära

[1] Winkler 1971 s. 54 ff.
[2] Winkler 1971 s. 62.
[3] Se härom Winkler 1971 s. 63 ff.
[4] Winkler 1971 s. 76.
[5] Winkler 1971 s. 76 f.

att EG-rätten är mindre rättsstatlig än medlemsstaternas rätt. Slutsatsen blir att bötessanktionen tillhör straffrätten i vid mening. Artikel 15.4 i förordning 17/62 skall sålunda läsas endast som ett avvisande av att böterna är av *kriminalstraffrättslig* art.[6]

Winkler fortsätter med att säga att dylika sanktioner, vilka är icke-kriminalstraffrättsliga, men likväl tillhör straffrätten i vid mening återfinns bara i Tyskland, närmare bestämt i dess Ordnungswidrigkeitenrecht. Winkler finner också många likheter med Ordnungswidrigkeiten. För båda sanktionsformerna gäller att de kan utdömas mot juridiska personer. Ingen av sanktionerna kan ersättas med frihetsstraff eller föranleda anteckning i straffregister. Slutligen gäller inte förbudet mot reformatio in pejus vare sig de EG-rättsliga böterna eller de tyska Ordnungswidrigkeiten.[7]

Avgörande för Winkler är dock inte dessa likheter i sig utan "daß diese Parallelen der positiv-rechtlichen Regelung auf einer grundlegenden Übernahme des deutschen Unterscheidungsprinzips von Kriminalunrecht und Ordnungswidrigkeit in das Gemeinschaftsrecht beruhen".[8] Den tyska avgränsningsprincip som avses är att endast kriminalstraffrätten motsvarar morallagarnas påbud och människors värderingar. Ordnungswidrigkeiten kännetecknas visserligen av ett angrepp på rättsgoda, men angreppet är så indirekt eller avlägset att det inte kan anses social-etiskt förkastligt.[9]

Resultatet av Winklers undersökning är följande: "die Rechtsnatur der Geldbuße des Gemeinschaftsrechts" kännetecknas av "*die Zugehörigkeit zur Kategorie 'Strafrecht' und – als Ahndung gemeinschaftsrechtlicher Ordnungswidrigkeiten – durch die (deutsch-rechtliche) qualitative Abgrenzung vom Kriminalstrafrecht*".[10] Dvs. de gemenskapsrättsliga böterna tillhör straffrätten men är enligt tyska kvalitativa teorier att skilja från kriminalstraffrätten.

Schroth. Schroth inleder med att diskutera den definition av vad bötessanktionen *inte* är som finns bl.a. i artikel 15.4 i förordning 17/62. Han påpekar härvid att vad som egentligen står är att själva påförandet av sanktionen är av icke straffrättslig karaktär. Detta betyder enligt Schroth inte automatiskt att också sanktionen saknar straffrättslig karaktär.

[6] Winkler 1971 s. 77 f.
[7] Winkler 1971 s. 81.
[8] Winkler 1971 s. 81.
[9] Winkler 1971 s. 81 ff.
[10] Winkler 1971 s. 86. I ytterligare ett par senare dissertationer företräds ståndpunkten att böterna är att se som en motsvarighet till de tyska Geldbußen. Se Siohl 1986 s. 43 ff och Hildebrandt 1990 s. 11 ff.

Huruvida så är fallet får avgöras utifrån den avsedda och faktiska effekt som sanktionen har.[11]

Schroth framhåller därefter att böternas rättsliga karaktär inte heller låter sig bestämmas utifrån artikel 192 Romfördraget. Där stadgas att böterna (liksom andra beslut av rådet och kommissionen) skall vara verkställbara i enlighet med de civilprocessuella regler som gäller i den aktuella medlemsstaten.[12] Schroth påvisar här att verkställighetsreglerna i medlemsstaterna varierar; i vissa fall verkställs böter tvångsvis i enlighet med civilprocessuella regler. Sålunda ger inte artikel 192 någon ledning ifråga om de EG-rättsliga böternas karaktär.

Schroth går också igenom vad EG-domstolen sagt ifråga om bötessanktionens syfte och finner att domstolen uttryckt detta som att "suppress illegal activities".[13] Schroth uppfattar detta uttryck som en hänvisning till böternas punitiva och avskräckande effekt. På grund av dessa särdrag hos böterna bör de anses vara "of a criminal law nature as the task of the criminal law is precisely to suppress illegal activities and to prevent any recurrence by means of punitive sanctions".[14]

Oehler. Oehler är till att börja med mycket noga med att påpeka att sanktionens rättsliga natur har avgörande betydelse för frågor om försök, medverkan osv.[15]

Oehler underkänner liksom Winkler böternas kriminalstraffrättsliga karaktär.[16] Ett säkert tecken på att denna ståndpunkt är korrekt är, enligt Oehler, att fördragen innehåller artiklar vilka hänvisar till nationell straffrätt (dvs. artiklarna rörande mened och tystnadsplikt). Att dylika artiklar har tagits in i fördragen visar att medlemsstaterna inte velat överföra någon kriminalstraffrättslig kompetens till gemenskapen.

Vidare menar Oehler att om böterna vore kriminalstraff så skulle det strida mot skuldprincipen att utdöma dem mot företag. Och eftersom skuldprincipen åtnjuter författningsrang i Tyskland så skulle det innebära att bötessanktionen är oförenlig med den tyska grundlagen.

Oehler framhåller sedan att bötessanktionen uppvisar stora likheter med de tyska Geldbußen, men också skillnader. Detta föranleder Oehler

[11] Schroth 1983 s. 157. Se också Tiedemann 1985 s. 1416 not 19.
[12] Se här också Greve 1996 s. 139.
[13] Schroth 1983 s. 158 f.
[14] Schroth 1983 s. 159. Se även sammanfattningen på s. 167.
[15] Oehler 1983 s. 563 rdnr 937 samt Oehler 1983a s. 135.
[16] Se för detta och nästkommande stycke Oehler 1983 s. 563 rdnr 937 samt 1983a s. 136 f. Jfr även för en mer aktuell, men samtidigt kortare framställning Oehler 1992 s. 570.

att klassificera sanktionen som "eine Rechtsfolge sui generis".[17] När man läser Oehler får man intrycket av att han kräver fullständig överensstämmelse mellan två företeelser för att de skall kunna falla under samma begrepp. På sitt sätt kan detta sägas vara en realistisk hållning; de EG-rättsliga böterna är de facto inte (i varje detalj) att likställa med de tyska Geldbußen. En sådan inställning rimmar emellertid illa med Oehlers ovan nämnda uppfattning att man utifrån sanktionens natur kan avgöra vissa allmänna tillämpningsfrågor.

Oehler har också framhållit att eftersom skiljelinjen mellan Straftaten och Ordnungswidrigkeiten numera anses vara av övervägande kvantitativ natur så kan man inte tillerkänna EG kompetens vad gäller Ordnungswidrigkeiten och samtidigt förneka EG:s straffrättsliga kompetens: "die Befugnis, solche Vorschriften zu erlassen, muß einheitlich gegeben oder nicht gegeben sein".[18]

Dieblich. Att Dieblich får utrymme när det gäller att redovisa doktrinens ståndpunkter beror inte på att han sagt något särdeles värdefullt, utan snarare på att hans framställning i dessa delar utgör ett avskräckande exempel på hur man inte bör resonera. Dieblichs resonemang kan sägas bygga på ett av Oehlers argument. Dieblichs sätt att resonera i dessa delar är dock mer explicit vilket innebär att det felaktiga i resonemanget framgår tydligare.

Dieblich framhåller att Ordnungswidrigkeitenrecht i Tyskland utgör ett självständigt rättsområde, vilket emellertid dogmatiskt tillhör straffrätten. Detta medför att legalitetsprincipen i artikel 103 st. 2 GG gäller också för Ordnungswidrigkeiten.[19] (Redan detta tycks innehålla en motsägelse. Om Ordnungswidrigkeitenrecht dogmatiskt tillhör straffrätten så bör det väl innebära att den inte utgör ett eget rättsområde. Vad Dieblich synes åsyfta är att Ordnungswidrigkeiten författningsrättsligt är att räkna som straffrätt.)

Om man nu ser på de artiklar i Romfördraget vilka ger EG-kompetens att påföra böter så finner Dieblich att dessa inte uppfyller GG:s krav på bestämdhet. Litet senare säger Dieblich att, när det i bl.a. förordning 17/62 stadgas att böterna är av icke-straffrättslig art, så är detta inte blott en fiktion, utan "eine, allerdings nur von der deutschen Dogmatik her verständliche und vom Verfassungsrecht geforderte Charakterisierung dieser Bußgeldkompetenz des Rates. ... Gerade weil mit der Anerkennung des strafrechtlichen Charakters der Sanktionen zuviele unlösbare

[17] Oehler 1983a s. 137 f.
[18] Oehler 1985 s. 1406. På ett liknande sätt resonerar Dieblich 1985 s. 249 f och Sieber 1991 s. 972.
[19] Dieblich 1985 s. 248.

Probleme verbunden waren, hat man den Weg gewählt, diese als administrative anzusehen."[20]

Således är det enligt Dieblich korrekt av t.ex. Oehler att karaktärisera böterna som en rättsföljd sui generis.

Detta är ett underbart sätt att resonera när det gäller författningsrättsliga frågor: eftersom det skulle vara oförenligt med den tyska grundlagen om bötessanktionen vore att likställa med Geldbußen, eller i övrigt straff i författningsrättslig mening, så är de väl inte det.

Man kan ha viss förståelse för att folk i lagstiftande position tenderar att gå runt problemen genom att uttrycka sig på detta sätt, men det hör enligt min mening knappast till rättvetenskapens uppgifter att okritiskt sammanjämka olika regler.

Tiedemann. Klaus Tiedemann framhåller liksom Oehler att sanktionens natur kan få återverkningar på hur dogmatiska frågor bör lösas.[21]

Tiedemann menar vidare att eftersom lagstiftaren i allmänhet – och i synnerhet när det gäller gränsdragningen mellan straffrätt och förvaltningsrätt – har viss frihet att bestämma ändamål och rättsnatur hos en sanktion, så är den definition[22] som ges bl.a. i artikel 15.4 förordning 17/62 bindande inom ramen för förordningen.

Denna klassificering anser Tiedemann sedan, i kombination med det faktum att förvaltningsmyndigheters påförande av kriminalstraff anses författningsstridigt i alla medlemsstater, vara tillräckligt för att inordna bötessanktionen som en motsvarighet till de tyska Geldbußen.[23] Tiedemann beskriver närmare denna sanktionsform så att den har ett repressivt syfte men samtidigt inte innefattar det moraliska klander som följer av ett kriminalstraff.[24]

Tiedemann menar att en sådan klassificering är att föredra framför Oehlers sui generis-tanke. En sådan inordning lämnar enligt Tiedemann i alltför hög grad öppet vilka grundprinciper som bör gälla vid rättstillämpningen. Om man däremot anser sanktionen vara ett straff i vid mening ligger det nära till hands att använda straffrättsliga grundprinciper.[25]

[20] Dieblich 1985 s. 250 f.
[21] Tiedemann 1985 s. 1414.
[22] Som Schroth 1983 s. 156 samt Greve 1993 s. 14 påpekar rör det sig snarast om ett avvisande av en definition.
[23] Tiedemann 1985 s. 1416 f.
[24] Tiedemann 1985 s. 1416.
[25] Tiedemann 1985 s. 1417.

Greve. Greve poängterar inledningsvis att utgångspunkten bör vara att det inte har någon betydelse om man karaktäriserar en viss sanktion som ett straff.[26] Detta är dock endast en utgångspunkt. Liksom de ovan nämnda tyska författarna menar Greve att sanktionens rättsliga natur kan få betydelse för tolkningen av vissa allmänna bestämmelser. Som exempel härpå anges att valet av processform, processregler och intertemporala principer kan bli olika beroende på om sanktionen är ett straff eller något annat.[27] Greve framhåller också att sanktionens karaktär kan ha betydelse för huruvida den kan användas i förhållande till minderåriga samt för frågan om benådning.

Greve poängterar därefter åter att "[r]ealistiske begrebsbestemmelser af denne type må tage udgangspunkt i en analyse af de karakteristiske forskelle på straf, andre strafferetlige retsfølger og andre sanktioner, og ikke blot i den formelle betegnelse".[28]

Greve går därefter igenom ett par olika definitioner av straff, givna av Torp och Hurwitz, och diskuterar även kort kring hur man brukar skilja på straff och andra straffrättsliga rättsföljder.

Därefter sammanfattar Greve med att säga att bötessanktionen är ett straff: "[d]en har så mange af de ovennævnte almindelige kendemærker for 'straf', at det vil være urimeligt at nå til andet resultat".[29]

Närmare upplysning om vad som allmänt sett bör ingå i en definition av straffbegreppet har Greve givit i en senare bok:

> "Straf er
> (1) en retlig reaktion, som
> (2) indebærer en lidelse af personlig eller økonomisk art, og som
> (3) tilføjes en person, der bebrejdes en foretagen lovstridig handling,
> (4) således at indgrebets intensitet afhænger af lovovertrædelsens grovhed."[30]

EG-domstolen och generaladvokaterna. EG-domstolen har inte i någon större utsträckning diskuterat bötessanktionens karaktär. Detta torde i första hand bero på att EG:s kompetens i detta hänseende, på grund av tydliga fördragsbestämmelser, inte har ifrågasatts i någon

[26] Greve 1993 s. 13. Greve karaktäriserar härvid straffbegreppet som ett tû-tû-begrepp. Denna karaktäristik kan ifrågasättas. Tû-tû-begrepp är om man följer Ross begreppsbildning sådana som helt saknar semantisk referens. Straffbegreppet kan knappast på detta sätt sägas sakna semantisk referens. Begreppet utgör inget renodlat kopplingsled utan har en egen innebörd (även om innebörden förvisso måste bestämmas, men det gäller ju alla begrepp). Jfr Ross 1951 (t.ex. s. 471 och 479).
[27] Greve 1993 s. 13.
[28] Greve 1993 s. 15.
[29] Greve 1993 s. 16.
[30] Greve 1996 s. 13.

större utsträckning. Det har således inte funnits anledning att försvara bötessanktionens existens med argumentet att den inte är straffrättslig.

I de båda målen *Chemiefarma* och *Boehringer*, från år 1970, hävdade dock klaganden att bötessanktionen så som den stadgas i artikel 15.2 i förordning 17/62 var att likställa med ett vite och att den därför inte kunde dömas ut när en överträdelse väl hade upphört.[31]

Domstolen fastslog häremot att "[t]heir object is to suppress illegal activities and to prevent any recurrence".[32] Domstolens uttalande om syftet med regleringen kan förstås så att regleringen genom repression skall uppnå en viss prevention.

Frågan diskuteras vidare av generaladvokaterna i ett antal domar. *Mayras* uttalar t.ex. i *Suiker Unie* att böterna inte är "of a criminal law nature".[33] Skälen för detta anges, utöver den icke bestämning av sanktionernas karaktär som finns i artikel 15.4 i förordning 17/62, vara att medlemsstaterna inte överfört någon straffrättslig kompetens till EG.[34]

I fallet *Germany v Commission* blev frågan om sanktionernas karaktär åter diskuterad. Tyskland hävdade i sin talan att de regler, som föreskriver att en jordbrukare som uppgivit felaktiga uppgifter i en bidragsansökan skall uteslutas från bidragssystemet under nästkommande år, var ogiltiga eftersom sanktionen har straffkaraktär. Generaladvokaten *Jacobs* kom härvid att göra en genomgång över gemenskapens kompetens i sanktionsrättsligt hänseende och diskuterade i detta sammanhang bl.a. bötessanktionen.

Först och främst noterade Jacobs att de konkurrensrättsliga böterna inte behövde betraktas som straff: "die Unterscheidung zwischen Straf- und anderen Sanktionen ist vom Rat ausdrücklich anerkannt worden. Diese Unterscheidung, die im Mittelpunkt der hier zu erörternden Frage steht, bedarf einer näheren Untersuchung".[35] I denna undersökning framhöll sedan Jacobs att de konkurrensrättsliga böterna är avsedda att avhålla företag från att överträda konkurrensreglerna. Även om ett sådant syfte kan sägas gälla också straffen så följer enligt Jacobs inte att alla sanktioner med ett avskräckningssyfte är att klassificera som straff.

[31] Se C-41/69 *Chemiefarma* [1970] ECR 661 s. 701 punkterna 170–171 samt C-45/69 *Boehringer* [1970] ECR 769 s. 805 f punkterna 52–53.

[32] C-41/69 *Chemiefarma* [1970] ECR 661 s. 701 punkt 173 samt C-45/69 *Boehringer* [1970] ECR 769 s. 805 punkt 53. Det kan för övrigt noteras att det på det förstnämnda stället i den engelskspråkiga upplagan av ECR för 1970 står "prevent any reference" istället för "prevent any recurrence".

[33] C-40 etc./73 [1975] *Suiker Unie* ECR 1663 s. 2119 hsp.

[34] C-40 etc./73 [1975] *Suiker Unie* ECR 1663 s. 2119. Mayras hänvisar här till tidigare uttalanden av generaladvokaten Gand.

[35] C-240/90 *Germany v Commission* [1992] ECR I-5383 s. 5408 vsp.

Ty straffen skall utöver sitt avskräckande syfte också uttrycka "gesellschaftliche Mißbilligung oder ein Unwertsurteil". Sålunda skall straffets stränghet i regel motsvara samhällets ogillande, och inte så mycket anpassas efter praktiska överväganden. En icke-straffrättslig sanktion har enligt Jacobs, även om den förutsätter skuld, inte på detta sätt en skuldförebråelse som huvudsyfte. Som ett exempel anger Jacobs skadeståndssanktionen. Även om denna sanktion påförs endast i fall när skuld föreligger och även om sanktionen också verkar avskräckande, så är huvudsyftet att kompensera den drabbade.

Litet senare i sitt yttrande fastslår också Jacobs att gränserna för gemenskapens kompetens bestäms enligt gemenskapsrätten. Därför är också frågan om avgränsningen mellan straff och andra sanktioner en fråga för gemenskapsrätten.[36]

Domstolen kom i detta mål aldrig att behandla frågan om bötessanktionens karaktär eftersom det var andra sanktioner som var föremål för talan.

Här kan också noteras – även om det inte rör EG-domstolens inställning till bötessanktionen – att domstolen funnit att en bestämmelse i en förordning som innehöll rekvisitet "act that could give rise to criminal court proceedings" inte var tillämplig på de tyska Ordnungswidrigkeiten (utan endast på brott i egentlig mening).[37] Man bör vara försiktig att dra slutsatser utifrån detta mål eftersom det endast rörde betydelsen av "criminal" i en viss förordning, men det kan ändå vara värt att nämna såtillvida att EG-domstolen tillmäter skillnaden mellan straff och andra sanktioner betydelse.

12.1.2 Förverkandesanktionen

P. Tiedemann. Paul Tiedemann[38] gick i en artikel från 1983 till kraftfullt angrepp mot den EG-rättsliga förverkandesanktionen. Artikeln hade namnet "Das Kautionsrecht der EWG – ein verdecktes Strafrecht?", och icke överraskande var slutsatsen att förverkandesanktionen i vissa fall var att likställa med en Geldbuße.

[36] C-240/90 *Germany v Commission* [1992] ECR I-5383 s. 5413 vsp.–hsp.

[37] C-273/90 *Meico-Fell* [1991] ECR 5569 s. 5586 f punkterna 8–13. Generaladvokaten fann däremot, bl.a. under hänvisning till Europadomstolens vida straffbegrepp, att bestämmelsen var tillämplig också när det gäller Ordnungswidrigkeiten, se s. 5575 ff.

[38] P. Tiedemann var för övrigt domare vid den kammare i VG Frankfurt varifrån förhandsbeskedet i C-117/83 *Könecke* [1984] ECR 3291 begärdes. Se rättsfallet s. 3315 vsp. samt Möller 1990 s. 170 not 104. Jfr också den tyska domstolens argumentation i målet (återgiven på s. 3293) med Tiedemanns.

Tiedemanns argumentation bygger på den tidigare diskuterade indelningen i restitutiva och punitiva säkerheter.[39] Skillnaden är att den förstnämnda typen av säkerheter är avsedda att täcka en eventuell fordring som kan uppkomma gentemot den enskilde, medan den andra typen av säkerheter mer fungerar som en motiverande faktor för att få den enskilde att fullgöra en icke-pekuniär förpliktelse som han åtagit sig.

Beträffande den punitiva typen av säkerheter avfärdar först P. Tiedemann analogier till viten och skadestånd. Förverkande av säkerheter kan inte utgöra viten dels eftersom förverkande bara kan ske en gång (och alltså inte kan upprepas vid fortsatt underlåtenhet att fullgöra den ifrågavarande förpliktelsen), dels eftersom förverkandet sker vid en tidpunkt då det inte längre är möjligt för den enskilde att fullgöra förpliktelsen. Vad gäller uppfattningen om förverkandesanktionen som ett sorts skadestånd medger visserligen P. Tiedemann att tyska Bundesverfassungsgericht funnit en liknande tysk sanktion utgöra en form av skadestånd, men i det fallet fanns en möjlighet att frånträda sitt åtagande. Då detta inte är fallet beträffande de EG-rättsliga säkerheterna kan skadeståndsanalogin inte anses träffande.

P. Tiedemann fortsätter därefter med att beskriva verkansmekanismen hos förverkandesanktionen. Den fungerar på så vis att man genom hot om något ont (dvs. förverkande av säkerheten) skall förmå den förpliktade att uppfylla förpliktelsen. Om detta försök att motivera den förpliktade misslyckas, så verkställs hotet. En sådan sanktionstyp är enligt P. Tiedemann att karaktärisera som ett straff eller en bot. Tiedemann framhåller sedan att själva säkerheten inte i sig är något straff. Den ställs i stället för att säkra att det eventuella anspråk på en bot som kan uppstå om förpliktelsen inte utförs.

Möller. Möller för i sin dissertation från 1990 en utförlig diskussion kring förverkandesanktionens karaktär.

Möller avfärdar till att börja med möjligheterna att likställa förverkandesanktionen med civilrättsliga institut (som skadestånd och avtalsböter), liksom mer fiskala institut (som skatter och avgifter).

Därefter diskuterar han huruvida förverkandesanktionen kan anses ha karaktär av vite. Härvid diskuteras främst de två invändningar som anförts av P. Tiedemann, dvs. att förverkande kan ske endast en gång samt att förverkande kan ske först när pliktuppfyllelse inte längre är möjlig. Den sistnämnda punkten finner Möller sakna relevans; just när det gäller plikter som skall utföras inom en särskild tidsfrist är det

[39] Se avsnitt 3.3.3.1.

nödvändigt att ett vite kan utdömas också efter fristens utgång. Annars finns det ju i slutskedet ingen anledning för den förpliktade att fullgöra sin skyldighet. Den förstnämnda punkten, dvs. att förverkande kan ske endast en gång, finner dock Möller utgöra ett skäl att inte anse förverkandesanktionen vara en typ av vite.[40]

Möller går också särskilt in på förverkandesanktionens mer uttalade sanktionsrättsliga drag. Här är Möller särskilt utförlig varför det inte kan bli tal om att återge annat än huvuddragen av vad han säger. Möller går bl.a. igenom den diskussion som förts kring böternas rättsliga karaktär. De skäl som i denna diskussion anförts för att böterna inte kan anses utgöra kriminalstraff,[41] är enligt Möller tillräckliga också vad gäller förverkandesanktionen.

Beträffande frågan om förverkandesanktionen istället kan utgöra en form av Geldbuße och därmed tillhöra straffrätten i vid mening framhåller Möller till en början att många av de argument som kan framföras för en icke straffrättslig klassificering gäller också de EG-rättsliga böterna varför de i detta sammanhang inte blir av större intresse. Möller finner emellertid sedan att det finns en avgörande skillnad mellan böterna och förverkandesanktionen. Denna skillnad består däri att för bötesrätten kan straffrättsliga grundsatser, beträffande t.ex. försök, villfarelse, rättsstridighet och försvårande och förmildrande omständigheter, vara att tillämpa medan så inte är fallet när det gäller förverkandesanktionen.

Slutsatsen blir att förverkandesanktionen inte kan likställas med böterna och inte heller kan sägas tillhöra straffrätten ens i vid mening.

Detta stöds enligt Möller också av det faktum att medan böterna fullföljer såväl preventiva som repressiva syften, så kan förverkandesanktionen endast sägas ha preventiva uppgifter: "Ein repressiver Zweck wohnt weder den Sicherheiten zur Abdeckung eines finanziellen Risikos der Verwaltung noch den Administrativsicherheiten inne."[42] Enbart det faktum att säkerheten förverkas först när det står klart att förpliktelsen inte kommer att infrias medför enligt Möller inte att det handlar om repression; detta är nödvändigt för att säkerheterna inte skall förlora sin påtryckande funktion.

Möllers slutkläm blir sedan att karaktärisera förverkandesanktionerna som "gemeinschaftsrechtliche Surrogate der Verwaltungsvollstreckung mit sui generis - Charakter".[43]

[40] Möller 1990 s. 165 ff, särskilt 168.
[41] Se strax ovan.
[42] Möller 1990 s. 185.
[43] Möller 1990 s. 188. Jfr också den diskussion som förs av Heitzer 1997 s. 76 ff.

EG-domstolen. EG-domstolen har haft tillfälle att ta ställning till förverkandesanktionens karaktär vid ett flertal tillfällen.

I målen *Internationale Handelsgesellschaft* och *Köster* invände klaganden att förverkandet i själva verket var att likställa med böter eller en annan form av straff varför EG således saknade kompetens att utfärda dylika regler. Domstolen avfärdade invändningen med att den grundade sig på en felaktig analys av systemet med säkerheter "which cannot be equated with a penal sanction, since it is merely the guarantee that an undertaking voluntarily assumed will be carried out".[44]

I fallet *Buitoni* där begreppet relativ A-proportionalitet introducerades diskuterades förverkandets natur inte uttryckligen. Genom hela domen används emellertid termen "penalty".[45]

I *Könecke* kom frågan om förverkandesanktionens natur åter att diskuteras relativt utförligt. Frågan i målet gällde bl.a. huruvida en säkerhet som felaktigt återbetalats, i efterhand kunde återkrävas av myndigheterna.

Generaladvokaten[46] inledde sitt yttrande i denna del med att säga att gemenskapen saknar kompetens vad gäller kriminalstraffrätt, varför förverkandet inte kan vara av sådan natur. Inte heller fann generaladvokaten det berättigat att likställa förverkandesanktionen med de böter som förekommer inom konkurrensrätten. Härvid hänvisades särskilt till att medan böterna skall anpassas efter överträdelsens svårhet så avser förverkandesanktionen ett fastställt belopp. Även om sanktionen således inte ansågs vara av kriminalstraffrättslig eller ens förvaltningsstraffrättslig natur, utan en sanktion *sui generis* så måste den uppfylla de krav som allmänna gemenskapsrättsliga principer ställer.

Domstolen fann sedan att en sådan princip är att "a penalty, even of a non-criminal nature, cannot be imposed unless it rests on a clear and unambigous legal basis".[47] Frågan blev då om den aktuella sanktionen kunde sägas utgöra "a penalty". Domstolen fann visserligen, i enlighet med tidigare praxis, att systemet med säkerheter endast syftar till att säkerställa att självpåtagna förpliktelser utförs.[48] Om säkerheten felak-

[44] C-11/70 *Internationale Handelsgesellschaft* [1970] ECR 1125 s. 1136 punkt 18 och C-25/70 *Köster* [1970] ECR 1161 s. 1176 punkt 34. Jfr också generaladvokatens yttrande s. 1142: "The institution of a security is clearly only with difficulty capable of being assimilated to the institution of a penalty. A penalty is intended to punish. A security is intended to prevent and possibly to recompense."

[45] C-122/78 *Buitoni* [1979] ECR 677 s. 685 t.ex. punkt 21. Termen används vidare i ett stort antal andra fall.

[46] Se C-117/83 *Könecke* [1984] ECR 3291 s. 3315 vsp.–hsp.

[47] C-117/83 *Könecke* [1984] ECR 3291 s. 3302 punkt 11. Se också Heitzer 1997 s. 113 ff.

[48] C-117/83 *Könecke* [1984] ECR 3291 s. 3304 punkt 14.

tigt utgivits efter det att den period inom vilken föpliktelsen skulle ha utförts, kan emellertid säkerheten inte längre garantera att förpliktelsen utförs (ty tiden har ju gått till ända); att i detta läge återkräva säkerheten är därför "a penalty" varför det fordras klart och otvetydigt stöd för åtgärden. Domen synes innebära att så länge som förverkande sker när förpliktelsen inte längre kan utföras är förfarandet att se som en sanktion (penalty) för vilken ett krav på rättsligt stöd gäller.

Detta synsätt bekräftas i rättsfallet *Maizena*.[49] Däremot gäller enligt domstolen inte principerna *nulla poena sine culpa* och *in dubio pro reo* för dylika sanktioner av icke kriminalstraffrättslig karaktär.[50]

Sammanfattningsvis förefaller domstolen mena att förverkandesanktionen, *om förverkande sker när förpliktelsen inte längre kan uppfyllas på föreskrivet sätt*, utgör en sanktion – "a penalty" – vilken motiverar att vissa rättssäkerhetsgarantier upprätthålls. Det synes dock vara svårt att finna exempel på fall när förverkande sker under den tid det fortfarande är möjligt att uppfylla förpliktelsen. Sålunda torde förverkandesanktionen alltid utgöra en sanktion i denna mening.

12.1.3 Övriga sanktioner

Heitzer. Nyligen har Heitzer ägnat stort intresse åt frågan om de EG-rättsliga sanktionernas karaktär. Heitzer utgår ifrån att det för EG-rättens del saknas anledning att skilja mellan straff i strikt och vid mening, eftersom det bortsett från lagstiftarens formella klassifikation inte gått att finna några goda avgränsningskriterier.[51]

Frågan är istället vilka sanktioner som är punitiva till sin karaktär. Härvid utgår Heitzer från att skiljelinjen skall dras med hjälp av (1) den formella klassifikationen, (2) likheter med straff som används på nationell nivå, (3) de ansvarsförutsättningar som används, (4) regleringens syfte, (5) regleringens verkningar och, slutligen, (6) de förfaranderegler som är tillämpliga.[52] Viktigast anges syftet med sanktionen vara.[53]

Med tillämpning av dessa kriterier finner därefter Heitzer att strafftilläggen är punitiva såvitt de går utöver tillbakabetalning jämte ränta. Detta följer av att sanktionen påförs på grund av falska angivelser

[49] C-137/85 *Maizena* [1987] ECR 4587 s. 4606 f punkterna 11–15.
[50] C-137/85 *Maizena* [1987] ECR 4587 s. 4607 punkt 14.
[51] Heitzer 1997 s. 18 och 33 f.
[52] Se Heitzer 1997 s. 34 ff.
[53] Heitzer 1997 s. 44 f.

(vilket ligger nära vad som nationellt brukar betraktas som bedrägeri) samt på grund av att dess syfte är prevention och repression.[54]

På samma sätt är minskning av bidrag en punitiv sanktion på grund av dess preventiva och repressiva syfte, förutsatt att bidraget inte minskas på grund av att förutsättningarna för att erhålla bidrag inte varit uppfyllda.[55]

Också uteslutning från bidragssystemen karaktäriseras som en punitiv sanktion bl.a. eftersom sanktionen ofta förutsätter uppsåt eller oaktsamhet samt eftersom sanktionen inte är renodlat preventiv utan också repressiv. Att sanktionen inte anses renodlat preventiv – dvs. att den inte *bara* skall förhindra överträdelser i framtiden – beror bl.a. på att inga prognostiska kriterier uppställs för dess användande samt på att sanktionen gäller för en bestämd tid och endast för vissa (inte alla) subventionssystem.[56]

Vad gäller EG:s kompetens i dessa hänseenden menar Heitzer att kompetens att utfärda sanktionsföreskrifter finns "wenn dies zur wirksamen Anwendung von Sachregelungen erforderlich ist".[57] Denna kompetens är inte begränsad till straffrätt i vid mening utan gäller också kriminalstraffrätt. Detta beror på att denna gränsdragning inte låter sig göras inom EG-rätten.[58] Frihetsstraff anges dock vara uteslutna på grund av att det såvitt gäller dylika sanktioner fordras en omedelbar demokratisk legitimation som saknas inom EG-rätten.[59]

Övrigt. I övrigt har någon diskussion om den rättsliga naturen hos dessa mer speciella sanktioner inte förts. Man kan visserligen finna enstaka uttalanden där det utan närmare motivering påstås att den ena eller andra sanktionen är av en eller annan natur, men det är givetvis av begränsat intresse i detta sammanhang.

I det ovan nämnda rättsfallet *Germany v Commission*, som i första hand rörde sanktionstyperna tillbakabetalning med strafftillägg och uteslutning från bidragssystem fördes ingen ingående diskussion om dessa sanktioners karaktär. (Mest utförlig var generaladvokaten i den ovan, avsnitt 12.1.1, återgivna diskussionen som närmast tycks avse de konkurrensrättsliga böternas karaktär.)

Domstolen fann dock i all korthet att varken strafftilläggen eller uteslutningen kunde anses ha straffkaraktär. Argumentationen byggde

[54] Heitzer 1997 s. 88 ff.
[55] Heitzer 1997 s. 100 ff.
[56] Heitzer 1997 s. 107 ff.
[57] Heitzer 1997 s. 166.
[58] Heitzer 1997 s. 167.
[59] Heitzer 1997 s. 165.

härvid inledningsvis på att Tyskland ifrågasatt EG:s kompetens endast vad gäller uteslutningen (som av Tyskland ansågs ha straffkaraktär), och alltså i princip godtagit strafftilläggen (vilka inte ansågs ha straffkaraktär). Domstolen framhöll på grund härav att (1) eftersom Tyskland inte ifrågasatte gemenskapens kompetens vad gäller strafftilläggen, och (2) eftersom det inte går att finna någon principiell skillnad mellan strafftilläggen och uteslutningen, så måste också uteslutningen vara tillåten.[60]

Domslutet bygger i denna del således på det sätt på vilket den tyska talan fördes. Det görs i denna del ingen självständig prövning av huruvida gemenskapen har kompetens utan det är Tysklands acceptans av strafftilläggen som domstolen – eftersom sanktionerna inte går att särskilja – lägger till grund för bedömningen av uteslutningens tillåtlighet. Det är svårt att överhuvudtaget godta detta som ens ett mycket svagt argument: att Tyskland inte har ifrågasatt strafftilläggen kan inte utgöra grund för EG-rättslig kompetens avseende uteslutningssanktionen. Argumentationens svaghet ligger inte däri att man av svårigheten att dra en skiljelinje mellan sanktionerna behandlar dem enhetligt, utan däri att man tillmäter Tysklands (dvs. en enskild medlemsstats) acceptans normativ betydelse.

Därutöver anför emellertid domstolen ett par mer självständiga argument. Bl.a. sägs att uteslutningen endast skall säkerställa att bidrag utgår till tillförlitliga och hederliga bidragstagare. Med detta torde avses att hederlighet etc. närmast kan ses som förutsättningar för att överhuvudtaget ha rätt till bidrag och att man genom att söka fuska sålunda kan diskvalificera sig från bidragssystemet.[61] Vidare uttalas att EG-domstolen tidigare godtagit sanktioner vilka går utöver tillbakabetalning jämte ränta.[62]

12.2 Utvärdering av den tidigare diskussionen kring de EG-rättsliga sanktionernas karaktär

Den diskussion som förts beträffande de EG-rättsliga sanktionernas karaktär skall i detta avsnitt utvärderas i syfte att skapa en grund för den fortsatta framställningen.

En första sak att notera är att det emellanåt talas om straffrätten i vid mening (så t.ex. Winkler). Detta antyder att vi bildligt talat har att göra med två cirklar, där den ena innesluter den andra.

[60] C-240/90 *Germany v Commission* [1992] ECR I-5383 s. 5431 punkt 25.
[61] C-240/90 *Germany v Commission* [1992] ECR I-5383 s. 5431 punkt 26.
[62] C-240/90 *Germany v Commission* [1992] ECR I-5383 s. 5432 punkt 28.

Uttalanden av dylik innebörd – dvs. att man kan tala om straffrätt i snäv respektive vid mening – återfinns inte enbart i EG-rättsliga sammanhang. Särskilt i tysk doktrin sägs ofta att Ordnungswidrigkeiten och Geldbußen inte är att likställa med brott och straff, men likväl hör till straffrätten i vid mening. Denna dubbla bedömning kommer att närmare utvecklas nedan.

För egen del finner jag den största bristen ligga däri att man oreflekterat utgår ifrån ett visst från EG-rätten fristående straffbegrepp, vilket läggs till grund för bedömningen, samtidigt som det aldrig redovisas vari detta begrepp består.

Som så ofta påpekas fordras, för att man med någon grad av precision skall kunna säga om X är ett Y, att vi vet vad vi avser med Y. Häri ligger enligt mitt förmenande problemet när det gäller att diskutera sanktionernas rättsliga karaktär. Det är inte särskilt spännande att veta att A menar att böterna är straff, B att de är Geldbußen och C att de är en sanktion sui generis, såvitt vi inte vet vad de avser härmed.

Annorlunda uttryckt så förutsätter ett påstående av typen "denna sanktion är i realiteten ett straff" alltid att man medvetet eller omedvetet laborerar med ett straffbegrepp som är fristående från det positivrättsliga. Avgörande för den fråga som här behandlas blir därför vad som avses med straff, eller annorlunda uttryckt vilket straffbegrepp som ligger till grund för uttalandet.

Tänkbara (i den meningen att det kan hävdas att de använts i något sammanhang) kandidater till ett straffbegrepp är t.ex.:

(1) Om, och bara om, en sanktion uppvisar stora likheter med de som nationellt klassificeras som straff är den ett straff.[63]

Detta straffbegrepp har den svagheten att vi inte vet vad som är avgörande. Även om man kan enas om vilka reella skillnader som finns mellan två företeelser, så kan det bli svårt att nå enighet om huruvida en viss företeelse faller under begreppet. Man kan säga att denna definition har nära anknytning till topiken. Svårigheten här ligger i att undvika ett tämligen godtyckligt åberopande av likheter och skillnader.

(2) Om, och bara om, det är förenligt med den tyska grundlagen att en viss sanktion är ett straff är den ett straff.[64]

Detta andra begrepp har den uppenbara svagheten att det utgår ifrån att inte bara det tyska rättssystemet, utan också kombinationen det tyska rättssystemet och EG:s rättssystem, måste s.a.s. gå ihop; det får inte ens föreligga en konflikt mellan två regler (dvs. mellan den tyska grundlagsregeln och den EG-rättsliga sanktionsregeln). Denna utgångspunkt är

[63] Så kan t.ex. Winkler 1971 och Greve 1993 förstås. Se också Heitzer 1997 s. 35.
[64] Så kan man förstå Dieblich 1985 och Oehler 1983 och 1985.

givetvis förfelad. Det sedvanliga kravet på rättssystemets enhet är att två mot varandra stridande regler inte båda kan vara gällande i en konkret situation. Detta löses normalt genom att den ena regeln ges företräde. Här går man längre. Till grund för att klassificera en viss företeelse läggs antagandet att två regler inte kan eller ska strida mot varandra. Framförallt sett ur ett maktkritiskt perspektiv är detta mindre lyckat. Vilket skydd ger oss grundlagarnas rättigheter om vi förutsätter att rättsliga företeelser alltid står i harmoni med grundlagarna?

(3) Om, och bara om, en sanktion uppfattas som ett straff är den ett straff.[65]

Det tredje begreppet utgår ifrån hur sanktionen uppfattas. Härvid kan sägas att en sanktion i regel torde uppfattas på många olika sätt varför en dylik begreppsbestämning får anses ohanterlig i praktiken.

(4) Om, och bara om, en sanktion påförs för ett begånget normbrott och uppvisar en sådan stränghet att särskilda straffrättsliga rättssäkerhetsgarantier bör upprätthållas är den ett straff.[66]

Det fjärde begreppet anknyter direkt till det maktkritiska perspektivet. Här är avgörande huruvida det finns skäl att upprätthålla särskilda rättssäkerhetsgarantier. Poängen med att använda ett dylikt straffbegrepp är att man genom att hävda att en sanktion är ett straff samtidigt avger en normativ utsaga som säger att särskilda rättssäkerhetsgarantier bör upprätthållas. Omvänt innebär en klassifikation av något som icke straff att dessa garantier inte behöver upprätthållas.

(5) Om, och bara om, en sanktion påförs för ett begånget normbrott mot en ansvarig gärningsman är den ett straff.[67]

Det femte begreppet är fristående från rättssäkerhetstänkandet såtillvida att straffbegreppet inte antas vara avgörande för huruvida rättssäkerhetsgarantierna är att tillämpa. Visserligen kan rättssäkerhetsgarantierna även med detta begrepp anses gälla för straffen, men detta följer inte av begreppet. Inte heller sägs någonting om huruvida garantierna bör upprätthållas också beträffande andra typer av sanktioner.

[65] På detta sätt kan Öhlén 1977 förstås.

[66] Så kan man förstå Schünemann 1994 s. 281.

[67] På detta sätt kan man förstå t.ex. Quinton 1954 och Jareborg 1992. De båda författarnas uppfattning torde inte sammanfalla. Det viktiga i detta sammanhang är dock att båda ganska tydligt framhåller att straff förutsätter skuld i någon mening.

12.3 Konstruktion av straffbegreppet

12.3.1 Om förhållandet mellan brott, straff och straffprocess

Denna del av avhandlingen har givits titeln "Om de EG-rättsliga sanktionernas karaktär". Anledningen till detta är att huvudsyftet är att utreda huruvida det är möjligt att särskilja straff från andra typer av (administrativa) sanktioner. Att framställningen således i första hand fokuserar på rättsföljden innebär dock inte att man helt kan bortse ifrån andra faktorer.

I inledningen till det andra bandet av "Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten" säger Heinz Mattes att problemet innefattar tre separata frågeställningar:[68] (1) skillnaden mellan Straftaten och Ordnungswidrigkeiten, (2) skillnaden mellan Strafen och Geldbußen samt (3) frågan om domstolars respektive myndigheters behörighet i hithörande hänseenden. Från svaret på en av dessa frågor kan man enligt Mattes inte sluta sig till svaret på en annan.

Mattes torde härmed avse att man på ett begreppsligt plan kan finna att det går att särskilja brotten från andra former av orätt, men samtidigt hävda att dessa båda former av orätt möts av en och samma typ av sanktion (dvs. straff). Omvänt kan man finna att lagstiftaren använder två olika typer av sanktioner, Strafen och Geldbußen, för att bemöta samma sorts orätt. Motsvarande kombinationer kan göras också beträffande processformen.

Det bör dock observeras att vad som hävdas endast är att det inte finns något *nödvändigt* samband mellan svaren på de tre frågorna. Således kan inte uteslutas, åtminstone inte på detta stadium, att orättsformen inverkar på sanktionens karaktär eller att sanktionens karaktär inverkar på frågan om myndigheters och domstolars behörighet osv. Som har framgått ovan så innebär t.ex. den förvaltningsstraffrättsliga teorin i första rummet att det är skillnad mellan brott och förvaltningsstraffrättsliga överträdelser; denna skillnad får emellertid också betydelse för sanktionens karaktär.

Det sagda – dvs. att det inte finns någon nödvändig koppling mellan brott, straff och straffprocess – gäller på ett, från den positiva rätten fristående, begreppsligt plan. Nationellt och positivrättsligt finns åtminstone en envägsrelation mellan begreppen brott och straff: för att något

[68] Mattes 1982 s. 3.

skall vara att anse som brott skall det, in abstracto,[69] finnas möjlighet att utdöma straff. Däremot är alla sanktioner som kan följa på ett brott inte att anse som straff i juridisk mening.

Vidare torde det bli fråga om en enhetlig bedömning i författningsrättsliga sammanhang, t.ex. när frågan bedöms av Europadomstolen eller den tyska författningsdomstolen. Om det författningsrättsligt är så att sanktionen är att se som ett straff är också överträdelsen att anse som ett brott och förfarandet att anse som straffrättsligt. Det är s.a.s. helheten som bedöms.

Om vi tills vidare bortser från frågan om domstol eller myndighet är behörig vid påförandet, så kan beträffande brott och straff följande kombinationer finnas.

(1) Brott och straff. På ett begreppsligt plan innebär detta att vad vi finner falla under brottsbegreppet möts med en sanktion som vi finner falla under straffbegreppet. På det positivrättsliga planet är denna kombination standardfallet: någon begår vad som klassificerats som brott och döms till vad som klassificerats som straff. På detta plan är det möjligheten till straff som medför att normöverträdelsen är ett brott.

(2) Brott och icke straff. På ett begreppsligt plan innebär detta att vad som faller under brottsbegreppet möts med en sanktion som inte faller under straffbegreppet. Denna relation är möjlig också positivrättsligt, t.ex. i så måtto att på ett brott kan följa förverkande eller vad som enligt svensk rätt är att betrakta som en annan påföljd än straff.

(3) Icke brott och straff. På ett begreppsligt plan innebär detta att något som inte faller under brottsbegreppet möts med en sanktion som faller under straffbegreppet. Denna relation är positivrättsligt utesluten. Det förhållande att straff kan ådömas är helt avgörande för att något skall karaktäriseras som brott.

(4) Icke brott och icke straff. På ett begreppsligt plan innebär detta att något som inte faller under brottsbegreppet möts med en sanktion som inte faller under straffbegreppet. Positivrättsligt är detta förhållandet beträffande t.ex. sanktionsavgifter.

Som nämnts tidigare fokuserar detta arbete på sanktionen. Det som är av intresse är således sanktionens karaktär; orättens karaktär blir av intresse blott om den har betydelse för sanktionens karaktär.[70] Detta medför att någon självständig definition av brott inte kommer att ges.[71]

[69] Om det krävdes straffbarhet in concreto skulle exempelvis stöld vara brott om det begicks under helt vanliga förhållanden, medan det inte skulle utgöra brott om förutsättningarna för påföljdseftergift enligt 29:5 och 6 BrB vore uppfyllda.

[70] Det kan härvid vara av intresse att notera att Mattes i sitt stora arbete synes utgå ifrån att det är genom skillnader i orättsinnehållet, dvs. i vad som utgör brottet, som skiljelinjen, om någonstans, är att finna. När Mattes, efter att ha konstaterat att någon sådan

12.3.2 Preliminär utgångspunkt: skälen talar i två riktningar

Den följande framställningen utgår från tanken att vi använder straffbegreppet i åtminstone två olika betydelser. Tanken att straffbegreppet inte alltid används på ett enhetligt sätt har antytts redan genom uppställandet av de olika definitionerna ovan. Här skall göras ett försök att närmare underbygga denna tanke genom att påvisa att straffbegreppet har s.a.s. (åtminstone) två från varandra skilda dimensioner.

Till att börja med kan åter påpekas att man inte sällan får läsa att en viss sanktion tillhör straffrätten i vid mening, eller straffrätten i författningsrättslig mening. Detta antyder samtidigt att sanktionen inte tillhör straffrätten i egentlig mening. Innebörden av det sagda är förstås att man laborerar med två olika straffbegrepp: ett vidare och ett smalare.

Viktigare är emellertid att man vid konstruktion av ett straffbegrepp finner att skälen talar i två riktningar.

Å ena sidan kan man säga att starka skäl talar för en fokusering på sanktionen. Som ovan påvisats handlar en differentiering mellan straff och andra sanktioner i praktiken ofta om att de rättssäkerhetsgarantier som normalt präglar straffrätten i allmänhet och straffprocessrätten i synnerhet, skall minskas i den utdifferentierade sanktionsrätten.

En given följdfråga måste härvid bli varför vi har dessa rättssäkerhetsgarantier, och varför rättssäkerhetsgarantierna är mer omfattande när det gäller straffrätt än t.ex. förvaltningsrätt och civilrätt.

Att vi överhuvudtaget upprätthåller rättssäkerhetsgarantier torde förenklat kunna sägas vara en följd av att vi inte vill att andra människor skall ha godtycklig makt att påverka våra liv i alltför stor utsträckning. Bildligt talat har vi givit makt till staten för att denna genom rättsordningen skall upprätthålla rättstrygghet; rättssäkerheten kan sägas utgöra de inskränkningar i denna makt som är betingade till skydd mot statens makt.[72]

Nästa fråga är varför de straffrättsliga rättssäkerhetsgarantierna i allmänhet är mest långtgående.

---

skillnad inte finns, går över till att bedöma huruvida sanktionerna skiljer sig åt inleder han nämligen med att säga att företaget redan från början är tvivelaktigt. Se Mattes 1982 s. 251.

[71] Det kan för övrigt ifrågasättas om det överhuvudtaget är möjligt att definiera brott utan hänvisning till straffbegreppet. För en framställning som inriktas på brottsbegreppet se Lagerspetz 1989. Lagerspetz s. 9 menar att begreppet brott bäst kan förstås utifrån Wittgensteins tanke om familjelikheter. Se om detta begrepp Wittgenstein 1992 (1953) s. 42 f, punkterna 66 och 67 och Jareborg 1974 s. 79 ff.

[72] Se om detta t.ex. Jareborg 1992 s. 80 ff och Peczenik 1995 s. 50 f.

Svaret kan härvidlag preliminärt sägas vara att de straffrättsliga reaktionerna utgör de strängaste statliga ingrepp i den enskildes liv som tillåts i moderna civiliserade stater. Jescheck skriver:

> "Da das Strafrecht die tiefesten Eingriffe in die Freiheitssphäre des Bürgers ermöglicht, die die Rechtsordnung überhaupt kennt, müssen besondere Schutzvorkehrungen gegen seinen Mißbrauch getroffen werden."[73]

En preliminär första slutsats bör därför kunna vara att om vi skall minska omfattningen av rättssäkerhetsgarantierna bör det också minskas på de element hos straffrätten som motiverar dessa garantier; sanktioner vilka inte skall åtföljas av de sedvanliga rättssäkerhetsgarantierna bör därmed vara mindre stränga än straffen.

Kuhlen beskriver denna uppfattning på följande sätt:

> "Strafe ist die gravierendste Rechtsfolge, das Strafrecht demgemäß die 'schärfste Waffe' des Staates. Daher ist es gerechtfertigt, zivilrechtliche Haftungsvoraussetzungen weniger anspruchsvoll auszugestalten als vergleichbare Strafbarkeitsvoraussetzungen. Der besonderen Strenge der Rechtsfolgen einer Strafhaftung korrespondiert hiernach eine sie mildernde besondere Striktheit im Verständnis der Haftungsvoraussetzungen."[74]

Kuhlen ifrågasätter emellertid, mot bakgrund av ett givet fall, där en tonåring dömdes att betala 116 000 DM i skadestånd för vårdslöst vållande av brand (StGB § 309), hållbarheten i uttalandet. Det straff som tonåringen riskerade, enligt Kuhlen sannolikt någonting i stil med "Vier Wochenenden Dienst bei der Feuerwehr",[75] skulle vara ojämförligt mildare än den civilrättsliga följden.

Kuhlen förklarar sedan detta förhållande med den i och för sig ganska triviala iakttagelsen att civilrättens uppdrag till stor del är att avväga olika personers intressen mot varandra; skadeståndsrätten kan t.ex. sägas utgöra en sorts riskfördelning.[76] Detta får till följd att man inte kan använda principer som "hellre fria än fälla", eftersom det ofrånkomligen leder till att den andra parten, som kanske helt oförskyllt drabbats av en viss skada, blir lidande.

Vi får därför revidera vår uppfattning något. Att särskilda rättssäkerhetsgarantier uppställs vad gäller straff beror dels på att straffen utgör stränga statliga ingrepp i människors liv, dels på att straffen i regel är

[73] Jescheck & Weigend 1996 s. 26.
[74] Kuhlen 1990 s. 274 hsp.
[75] Kuhlen 1990 s. 273 hsp.
[76] Kuhlen 1990 s. 275 vsp.

renodlat repressiva varför det inte drabbar någon på ett direkt sätt om straffen inte döms ut.

Detta talar som sagt för en stark fokusering på sanktionen. Men Kuhlens diskussion understryker att vi inte bara kan se på sanktionen; det krävs att vi i någon form tar hänsyn till huruvida sanktionen också är avsedd att fylla ett reparativt syfte.

Särskilt viktigt att observera är att man inte bör skapa ett straffbegrepp som gör att lagstiftaren genom att ta bort rättssäkerhetsgarantier kan föranleda att en viss sanktion inte betraktas som straff i den mening som här avses. Detta gäller inte minst de processuella reglerna. Härvid kan t.ex. sägas att de processuella regler som gäller för straffutdömande ofta är utformade med tanke på att straff utgör ett mycket hårdhänt ingrepp i den enskildes liv. Följaktligen bör det väcka betänkligheter att från den processuella regleringens karaktär dra slutsatser om huruvida något är att klassificera som straff eller ej.

På ett liknande sätt kan man resonera angående kriterier som hänför sig till ansvarsförutsättningar som uppställts av närmast rättsstatliga skäl. Som ovan framhållits grundas skuldprincipen i första hand på tankar om individens trygghet.[77] Om lagstiftaren enbart genom att ta bort denna trygghet, dvs. genom att föreskriva strikt ansvar, kan föranleda att något klassificeras såsom icke-straff blir konsekvensen densamma som beträffande de processuella garantierna.

Av denna anledning bör man vara försiktig med att låta processuella regler och de ovan nämnda ansvarsförutsättningarna vara självständigt avgörande för huruvida något är att anse som straff.

Likaså råder lagstiftaren över hur en viss sanktion formellt klassificeras, samt i viss mån över vilket ändamål den anses ha.

Dessa problem rör emellertid inte rättsföljden. Eftersom straffbegreppet, i den mening som här avses, främst är av vikt när det gäller olika former av rättssäkerhetsgarantier (dock inte endast de som föreskrivs i Europakonventionen) och rättssäkerhetsgarantierna i första hand motiveras med straffens ingripande karaktär finns det inga direkta risker med att låta rättsföljdens stränghet vara avgörande för sanktionens karaktär. Detta föranleder att rättsföljdssidan kommer att utgöra den grundläggande faktorn när det gäller att avgränsa straffen i den mening som här avses.

Å andra sidan talar mycket för att, vid avgörande av huruvida något bör anses vara ett straff, lägga stor vikt på kopplingen mellan företeelse och individ, eller med andra ord på *ansvarsförutsättningarna.* Härvid kan sägas att de materiella regler som gäller inom straffrätten inte endast syftar till att skydda individen utan också till att göra straffrätten till en

[77] Se avsnitt 7.1.1.

sorts moralisk praktik. För att straffrätten skall kunna kommunicera skuld och ansvar måste det helt enkelt ske med någon som kan sägas bära ansvar för det som skett. Uttunnade ansvarsregler leder därför till en förändring av reglernas karaktär. Man skulle kunna gå så långt som att säga att man begreppsligt inte kan straffa någon för något han inte är ansvarig för.

Bildligt talat så ligger straffrättens själ inte endast i tillfogandet av lidande utan också i det faktum att man talar om för den som begått det ifrågavarande brottet att han har gjort fel.

Det sagda stöds också av normalt språkbruk. Även om vi kommer fram till att vissa former av sanktioner, t.ex. punitive damages,[78] är så stränga att de rimligen bör beledsagas av Europakonventionens rättssäkerhetsgarantier så kommer vi likväl att vara benägna att uttrycka oss så att de inte utgör straff *i egentlig mening*.

Slutsatsen av det sagda är att vi inte behöver ett utan två begrepp: ett som kan indikera att någonting är ett straff i egentlig mening och ett annat som kan indikera att sanktionen ifråga är av sådan art att vissa särskilda rättssäkerhetsgarantier bör gälla. Man kan med andra ord tänka sig att något icke anses utgöra straff, men ändå bör handhas i enlighet med Europakonventionens förfaranderegler.[79]

Så är för övrigt fallet med de tyska Ordnungswidrigkeiten, i vart fall om man utgår från den tyska teoribildningen. Även om de flesta menar att skillnaden mellan Strafrecht och Ordnungswidrigkeitenrecht endast är kvantitativ så särskiljer man klart de båda rättsområdena. Däremot välkomnar de flesta att Ordnungswidrigkeiten anses vara straff i Europakonventionens mening.

[78] Jfr här Jung 1992 s. 122 f, som påvisar att man inom civilprocessen på vissa områden närmat sig det straffrättsliga mönstret samtidigt som de straffrättsliga sanktionerna alltmer uppvisar civilrättsliga och "konsensuale ... Züge". Jung fortsätter: "Solche Verschiebungen sind sicher nicht zufällig, sondern wohl eher Ausdruck allgemeiner Gerechtigkeitspostulate, die sich nicht an eine systematische Linienführung halten, so daß wir auf der Durchführungsebene die Konsequenzen einer bestimmten kategorialen Zuordning korrigieren müssen. Dies wird etwa durch die in den USA zu beobachtende Tendenz belegt, die 'punitive damages', wiewohl sie als Institut des Zivilrechts gelten, an der für Strafen bestimmten Regelung des 8. Zusatzartikels der US-Verfassung zu messen." För en kort beskrivning av begreppet punitive damages, se Erenius 1983 s. 219 f samt Lindblom 1989 s. 272 f.

[79] Jfr här Jung 1996 s. 372 som påpekar att ett "sowohl" (avkriminalisering) "als auch" (användande av rättssäkerhetsgarantier) kan tänkas. Se även de uttalanden av Bernhardt och Jescheck vilka refereras i Spaniol 1988 s. 725 f. Båda menar att Europadomstolen i sin dom i Öztürk inte berör strategier för avkriminalisering eller skiljelinjen mellan straff och Ordnungswidrigkeiten, utan endast avgör huruvida vissa rättssäkerhetsgarantier bör upprätthållas. Se också SOU 1997:127, del A s. 338.

De mest näraliggande termerna i detta sammanhang är kriminalstraff och andra straffsanktioner. Att man inte bör använda enbart termerna straff och sanktioner beror på den sistnämnda termen används för att beteckna ett mycket större antal rättsföljder. I sammanhang då ingen risk för förväxling föreligger kan man ju alltid slopa prefixen. I avhandlingen skall fortsättningsvis av praktiska skäl straffsanktionerna kallas för *människorättsstraff (MR-straff) och* kriminalstraffen för *kriminalstraff (K-straff)*. MR-straffbegreppet kan preliminärt sägas vara både vidare än, och *innesluta*, K-straffbegreppet: dvs. alla K-straff bör förmodligen ses som MR-straff, men endast vissa MR-straff är också K-straff.

Det kan i detta sammanhang vara värt att notera att de två synpunkter som gör sig gällande kan göras kompatibla i relativt stor utsträckning. Kriminalstraffrättens användning bör länkas till ultima ratio-principen och således användas endast när det är nödvändigt med hänsyn till allvaret i beteendet. Om vi skall upprätthålla tanken att kriminalstraffrätten är det starkaste vapnet som staten har i sin hand så fordras att andra sanktioner placeras på en relativt sett lägre nivå. För dessa mindre ingripande sanktioner bör det vara rimligt att laborera med *både ett mindre mått av processuella rättssäkerhetsgarantier och ett mindre mått av ansvarsförutsättningar.* Detta gäller inte minst som ansvarsförutsättningarna kan ses som en sorts rättssäkerhetsgarantier. De båda begreppen kan alltså mycket väl tänkas sammanfalla i många situationer.

De argument som talar emot en sådan dubbel begreppsbildning som här förordas skall kort bemötas. Till att börja med kan hävdas att det är onödigt komplicerat att laborera med två straffbegrepp. Det är nog komplicerat att göra en gränsdragning; med två gränslinjer blir det fullständigt ogörligt. Invändningen faller på att allt blir än mer komplicerat om vi inte har begrepp som motsvarar våra behov. Att hela tiden tala om att en viss sanktion i en mening är ett straff, men likväl inte tillhör den egentliga straffrätten är inte särskilt praktiskt. Genom att inrymma allt under en term döljer man också att olika hänsynstaganden gör sig gällande i olika situationer.

En annan mer formell invändning är att det i Europakonventionen talas om "criminal charge", vilket onekligen anknyter till straffbegreppet. För en jurist bör det dock inte vara alltför besvärande att ett begrepp i en konvention har en särskild teknisk betydelse, som inte överensstämmer med vardagsspråket.

Sammanfattningsvis kan sägas att en preliminär utgångspunkt är att det finns ett behov av två olika straffbegrepp. Dessa straffbegrepp har olika funktioner och bygger på olika grundtankar. MR-straffbegreppet bygger på straffets koppling till rättssäkerhetsgarantier, dvs. på tanken

att särskilda rättssäkerhetsgarantier bör upprätthållas vid den straffande verksamheten. K-straffbegreppet anknyter istället till straffrättens karaktär av moralisk praktik, dvs. att straffa är inte bara att tillfoga lidande utan också ett försök att kommunicera med den tilltalade och förklara att denne gjort fel. I det följande skall jag försöka att närmare underbygga denna tanke och samtidigt undersöka vad som bör tillmätas betydelse vid avgränsningen av de båda begreppen. Innan detta sker skall emellertid strukturen på den fortsatta framställningen kort beröras.

12.3.3 Struktur

En mycket enkel analys visar att man kan skilja på huruvida straffbegreppet är beroende av

(1) vilken klassifikation lagstiftaren gjort,
(2) vad som utgör rättsfaktum,
(3) vad som utgör rättsföljd,
(4) vilket ändamål regleringen har, och
(5) vilka processuella regler som gäller.

Som ovan antytts är det inte alls nödvändigt att bara anknyta till en av dessa punkter. Europadomstolen använder sig i sin praxis av förhållanden vilka anknyter till samtliga fem punkter.[80]

Alla dessa kriterier hänför sig, på ett eller annat sätt, till de regler som lagstiftaren stadgar. Man kan givetvis upprätta en distinktion på grundval av t.ex. sociologiska undersökningar av allmänhetens uppfattning i frågan. Men också dessa fall kan inordnas i uppräkningen; av relevans skulle t.ex. kunna vara allmänhetens uppfattning av huruvida överträdelsen (dvs. punkt 2) är att anse som ett brott eller huruvida en viss sanktion (dvs. punkt 3) är att anse som ett straff. Jag utgår dock i det följande från att en distinktion mellan straff och sanktioner bör upprättas på grundval av reglernas karaktär (och bortser således i princip ifrån hur de uppfattas). En annan sak är att det kan finnas skäl att beakta risken för att sanktioner uppfattas som straff osv., och att detta får påverka mer exakt var gränsen dras.

[80] Detta gäller även om Europadomstolen delar in de förhållanden som är av relevans under tre rubriker.

12.3.4 Konstruktion

I detta avsnitt görs en inventering av vilka olika karaktärsdrag som kännetecknar en straffrättslig reglering. Därvid noteras vilka skillnader mellan straff och andra former av punitiva sanktioner som går att finna i gällande rätt i dag. Här liksom i avhandlingen i övrigt är det i första rummet svensk och tysk rätt som ligger till grund för framställningen.

Därefter diskuteras huruvida de punkter som framkommit bör beaktas vid konstruktion av MR- respektive K-straffbegreppen. Vid denna konstruktion utgår jag ifrån, och underbygger samtidigt, den ovan antydda inriktningen: särdragen är å ena sidan att söka i sanktionen, å andra sidan i ansvarsförutsättningarna.

12.3.4.1 Lagstiftarens klassifikation

Inventering de lege lata. I både Sverige och Tyskland är straffen formellt definierade i lagtexten. I Sverige är denna definition explicit i lagtexten; se BrB 1:3. Den tyska lagtexten är mer implicit i detta avseende. Under StGB:s tredje avsnitt med rubriken "Rechtsfolgen der Tat" finns underrubriken "Strafen" varunder det finns ytterligare en nivå av underrubriker med titlarna "Freiheitsstrafe", "Geldstrafe", "Vermögensstrafe", "Nebenstrafe" och "Nebenfolgen". Underförstått framgår att de fyra förstnämnda är att anse som straff. För frågan huruvida en viss sanktion är att anse som straff i juridisk mening är denna klassifikation helt avgörande.

Denna formella klassifikation gör att sanktionsavgifter respektive Ordnungswidrigkeiten är någonting som formellt sett är skilt från straffrätten. Svenska sanktionsavgifter är inte straff i den mening som avses i BrB 1:3, och beteendet i fråga är därför inte heller ett brott enligt BrB 1:1. På motsvarande sätt är en Geldbuße inte ett straff, varför det beteende som föranleder utdömande inte utgör en Straftat enligt StGB § 12 utan en Ordnungswidrigkeit.

Frågan är nu om lagstiftarens klassifikation bör ha någon plats i definitionen av MR-straffen eller K-straffen.

MR-straff. Beträffande MR-straffen kan noteras att Europadomstolen låter den formella klassifikationen vara *avgörande* i en riktning, dvs. såtillvida att om en reglering formellt tillhör straffrätten så är artikel 6 (och 7) tillämplig(a).[81] Baksidan av detta mynt är att det med automatik innebär att betydelse även måste tillmätas det faktum att en viss reglering inte klassificeras som straffrättslig. Det blir helt enkelt en nödvän-

[81] Se ovan kapitel 11.

dig, men inte tillräcklig, förutsättning för att Europadomstolen skall finna en reglering vara av icke straffrättslig karaktär.

En sådan hållning stöds av teleologiska skäl. Att lagstiftaren klassificerar något som ett straff bör ses som ett sätt att *uttrycka avståndstagande*. Därjämte har straffen genom inarbetning kommit att ha en stigmatiserande effekt.

Vidare kan det knappast uteslutas att det förhållandet att ett *brott* har begåtts har prejudiciell betydelse också inom andra rättsområden (t.ex. vid avskedande av anställda som har begått brott). I svensk arbetsrätt är det visserligen inte av direkt betydelse huruvida brott förövats eller ej, men förhållandet torde likväl kunna spela in i vissa fall.[82]

Att lagstiftaren inte har klassificerat en sanktion som ett straff bör således inte i sig föranleda att den inte anses vara ett *MR-straff*. Visserligen utgör en straffrubricering ett skäl för att anse sanktionen vara ett MR-straff, men frånvaron av detta skäl säger inget om hur det ligger till med andra skäl.

K-straff. Vad gäller K-straffbegreppet kan lagstiftarens klassifikation i princip inte tillmätas någon betydelse. Här skulle kunna invändas att vad vi avser när vi säger "straff i egentlig mening" är just att sanktionen tillhör rättsområdet straffrätt såsom det formellt avgränsats av lagstiftaren. På ett sätt är detta naturligtvis korrekt. Vid diskussion kring det problem som undersöks i denna framställning är emellertid själva utgångspunkten att lagstiftarens klassifikation inte alltid kan vara utslagsgivande; det som söks är kännetecken som ligger utanför den etikett som klistrats på av lagstiftaren. Att godta den etikettering som bjuds är därför i själva verket detsamma som att undvika problemet.

Möjligen skulle man ändå kunna se lagstiftarens klassifikation av en sanktion, som en indikation på lagstiftarens avsikter avseende sanktionen, vilket måhända skulle kunna tillmätas betydelse i tveksamma fall. Dvs. normalt sett bör sanktionens faktiska karaktär avgöra huruvida den är ett K-straff eller ej, men i mycket tveksamma fall skulle man kanske kunna tillmäta lagstiftarens klassifikation betydelse som vägvisare.

12.3.4.2 Rättsfaktumsidan

Inventering de lege lata. Den genomgång av olika försök att åstadkomma avgränsningar som företagits ovan torde ha påvisat det ogörliga i att i dagens tyska och svenska rättssystem särskilja straff och administrativa sanktioner utifrån vad som utgör brottets natur.

[82] Jfr härvid Schmidt 1988 s. 139 f.

Påvisandet av detta förhållande får sägas vara det viktigaste som den tyska diskussionen har bidragit med.[83] Om man t.ex. utgår ifrån FT, kan sägas att det i dag framstår som mer eller mindre uppenbart att straffrätten används för att skydda också mer förvaltningsrättsliga intressen. Läran uppvisar således en dålig korrespondens med verkligheten.

På motsvarande sätt skulle FT rimma illa med svenska förhållanden. Att det i svensk straffrätt i dag går att finna såväl vad som enligt FT är att klassificera som brott, som förvaltningsöverträdelser kan det inte råda någon tvekan om. Jämför härvid t.ex. BrB 3:1 (mord) med 37 § 5 p. naturvårdslagen (underlåtenhet att lämna uppgifter som behövs för planering av naturvården respektive underlåtenhet att samråda med länsstyrelsen i vissa fall). I svensk doktrin finns också många som påpekar det ogörliga i att finna något gemensamt hos allt det som kallas brott.[84] Den ende som egentligen försökt att karaktärisera straffrätten genom att beskriva rättsfaktumsidan är Agge.[85] Men betecknande nog är Agge i dessa delar mindre övertygande (bortsett från de synpunkter som diskuteras nedan).

Samma bristande korrespondens med verkligheten som vidlåder FT gäller de övriga avgränsningsförsök som bygger på skillnader på rättsfaktumsidan. Se härom vidare i kapitel 9 ovan.

Det är emellertid att gå för långt att, som emellanåt sker, säga att det inte går att finna något gemensamt innehåll i det som utgör brott. Som vi kan se i olika definitioner av straff, så är ett återkommande kriterium att straff utdöms *för att en (rättslig) norm har överträtts.*[86]

Även detta kriterium kan emellertid ifrågasättas. Vanligtvis är den egentliga förhållningsregeln endast indirekt stadgad. I ett svenskt straffstadgande finns ingen norm riktad till presumtiva förbrytare, utan endast en handlingsregel riktad till domaren: "Den som gör G, döms för brott till visst straff inom viss skala".[87] Regeln utgör således ett påbud till domaren att under förutsättning av att vissa förutsättningar är uppfyllda utdöma straff. Till sin form har regeln samma karaktär som t.ex. 36 § avtalslagen, låt vara med en annan modal operator.

Denna invändning kan sägas utgöra en variant på temat: alla egentliga regler är sanktionsregler; eller, annorlunda uttryckt, en variant på temat: alla egentliga regler stipulerar att rättstillämparen under vissa förutsätt-

[83] Se avsnitt 9.4 ovan.
[84] Se t.ex. Jareborg 1995 s. 14, Wennberg 1988 s. 7 samt KBrB I s. 32.
[85] Se ovan avsnitt 10.4.
[86] Så Jareborg 1995 s. 14 och Hart 1968 s. 5.
[87] Jareborg 1995 s. 24.

ningar skall stadga en viss rättsföljd. Detta tema har diskuterats av bl.a. Hart i "The Concept of Law".[88] Hart finner där att en enhetssyn, dvs. att alla regler egentligen är handlingsregler riktade till domaren, inte är acceptabel eftersom den döljer att olika regler har olika sociala funktioner. Inte minst döljs att vissa regler har karaktären av standarder för mänskligt beteende. Att straffas är inte detsamma som att beskattas, eftersom beskattningen inte implicerar att man brutit mot en regel som uppställts för att styra enskilda medborgares beteende. Hart medger dock att distinktionen ibland kan vara oklar, t.ex. när skatter används för att avhålla från visst beteende eller i fall när böterna, till följd av att beloppen är låga eller beteendet frekvent, betraktas som "mere taxes".[89] Varför vi kan skilja på dessa regler diskuteras emellertid inte närmare av Hart.

Även om den här aktuella invändningen inte är lika långtgående som de teorier som bemöts av Hart – det hävdas inte att alla regler är av samma slag, blott att det finns regler vilka är svåra att skilja från straffrättsliga – är Harts iakttagelser träffande. Av en straffrättslig regel motsvarande typen "Den som gör G, döms ..." framgår naturligtvis att "G" är förbjuden. Att vi kan skilja på regler som på detta sätt indirekt stadgar en handlingsnorm och regler som endast anger rättsliga konsekvenser beror såvitt jag kan se på följande förhållanden. Det torde kunna hävdas att formen med regler som stipulerar sanktioner, vilka inte har något annat uttalat syfte än att påföra lidande, naturligen uppfattas som ett förbud mot det ifrågavarande beteendet. Skatter skall finansiera, skadestånd reparera och jämkade avtal skall bl.a. korrigera vad som tillkommit i ojämna avtalssituationer. Straffrätten har, med några undantag, traditionellt saknat dylika element. Det torde därför kunna sägas att straffrätten genom inarbetning kommit att implicera förbud.

Vi kan följaktligen säga att det på rättsföljdssidan direkt eller indirekt, explicit eller implicit, skall framgå att ett normbrott är en förutsättning för straff. En förhållningsregel kan härvid antingen påbjuda eller förbjuda något.

Det kan noteras att det inom specialstraffrätten är vanligt att det finns en förhållningsregel (F) som är direkt uttalad. Denna ligger sedan till grund för en annan regel som säger: "Den som gör G (vilket i detta fall är detsamma som att man bryter mot F), döms för brott till straff inom viss skala". Se t.ex. vapenlagen 9:2 b. Inte heller här sägs emellertid uttryckligen att beteendet är förbjudet.

[88] Hart 1994 s. 35 ff.
[89] Hart 1994 s. 39. Jfr även Ten 1987 s. 15 f.

Är då denna del av straffbegreppet något som de lege lata skiljer straffen från andra former av administrativa sanktioner?

Svaret på frågan måste rimligen sägas vara nekande. Om man godtar att man ur de straffrättsliga reglerna (i t.ex. BrB) kan utläsa en förhållningsregel måste detta vara möjligt också beträffande de sanktionsrättsliga reglerna. Således kan både straff och andra former av administrativa sanktioner sägas påföras på grund av ett normbrott.

Att vi, såväl i straffrättsliga som administrativa sanktionsrättsliga regler, kan finna en normativ förhållningsregel av innebörd att ett visst beteende är förbjudet är fullt förenligt med normalt språkbruk; "parkering förbjuden" är t.ex. ett uttryck som inte torde kännas främmande för någon.

I vissa svenska utredningar finns, som ovan nämnts, tanken uttryckt att medan ett straffrättslig reglering uppfattas ge uttryck för att ett visst handlingssätt är förbjudet så uppfattas en administrativ reglering endast som en information om vilken rättslig följd ett visst beteende har.[90] Beteendet anses s.a.s. tillåtet bara man är beredd att betala vad det kostar.[91] Om man – vilket jag inte gör – anser att denna tanke håller streck kan man således inte säga att en sanktionsrättslig regel innehåller någon förhållningsregel, utan endast information om vad följden blir av en viss handling. Möjligen kan sägas att det förbjudande elementet i de sanktionsrättsliga reglerna är svagare till följd av att de inte har samma inarbetade funktion. Det budskap dessa regler sänder är s.a.s. mer öppet för tolkningar av innebörden.

Sammanfattningsvis kan sägas att normöverträdelsen såsom förutsättning för sanktionspåförande bör kunna ses som ett gemensamt drag för både straff och andra typer av sanktioner.

Mot bakgrund av det ovan sagda torde inte vidare behöva motiveras att detta förhållande bör ingå i definitionen av såväl MR- som K-straffen. Eftersom kriteriet är gemensamt för de företeelser som vi här är ute efter att särskilja blir det av föga värde i detta sammanhang. Kriteriet är dock av värde som gränslinje gentemot andra områden, som civilrätt och skatterätt.

En annan sak som bör noteras och gäller för både svensk och tysk rätt är att den norm vars överträdelse medför straff är någorlunda generellt riktad. Normen kan visserligen ha ett sådant innehåll att den bara kan överträdas av personer i viss position, men inom denna klass av personer är den i vart fall generellt gällande. Detta har inneburit att många

[90] Se t.ex. Ds Ju 1978:5 s. 221 f.

[91] Med ett sådant synsätt kommer de administrativa sanktionerna i mycket hög utsträckning att likna styrande skatter.

straff- och sanktionsrättsliga regler kommit att handla om hur man kan binda ihop den händelse som är förbjuden enligt normen med det subjekt som får ansvara härför. Exempel på dylika regler är de som rör kausalitet och skuld. Om normen och sanktionen istället kopplas direkt till en viss persons handlande blir de flesta av dessa traditionellt straffrättsliga regler överflödiga. (Jfr också ovan i avsnitt 6.4.3.)

Ytterligare en gemensam nämnare på rättsfaktumsidan är, vilket vissa mer eller mindre outtalat förutsätter och andra mer explicit uttalar, att rekvisiten på rättsfaktumsidan alltid måste utgöras av något som i förhållande till tillämpningssituationen redan har inträffat.[92] I regel bör det vara fråga om mänskliga gärningar, men det är att gå för långt att säga att rättsfaktum alltid måste bestå av dessa. Det är knappast begreppsligt otänkbart, men förvisso högst olämpligt,[93] att bestraffa tankar osv. och om så sker bör sanktionen onekligen kunna ses som ett straff.

Detta innebär inte att det inte också kan finnas andra typer av rekvisit på rättsfaktumsidan. Exempelvis är det på intet sätt otänkbart att någon vill laborera med ett behov av allmänprevention som förutsättning för straff. Vad som är av vikt är att det finns ett rekvisit som innehåller något som i förhållande till tillämpningssituationen ligger i det förflutna och därtill utgör en nödvändig förutsättning för att rättsföljden skall inträda.[94]

Det omtalade förhållandet är vad Agge kallar det temporala förhållandet mellan brott och straff. Liksom beträffande normbrottet så är emellertid ett dylikt temporalt förhållande karaktäristiskt för både straff och andra former av administrativa sanktioner.

Det torde vidare kunna sägas att detta som vid tidpunkten för domen har hänt, värderas negativt av lagstiftaren.[95] Det som utgör rättsfaktum kan sålunda sägas vara bedömt som *samhällsfarligt, socialskadligt, samhällsbesvärligt* eller *ordningsstörande* på något sätt.[96] Även denna synpunkt gör sig dock gällande också vid administrativa sanktioner. Generellt sett torde det dock vara så att de former av beteende som

[92] Det är inte sällsynt att detta uttrycks så att straff måste vara en reaktion på ett normbrott.

[93] Jfr härvid Morris 1976 kapitel 1.

[94] Rekvisitet får m.a.o. inte vara alternativt så att det t.ex. räcker antingen med att ett brott begåtts eller att det föreligger vissa skäl att befara framtida skadligt beteende.

[95] Den som inte uppskattar att ordet lagstiftaren används kan läsa det sagda på följande sätt. Någon har i ett lagförslag givit uttryck för värderingen att förhållandet på rättsfaktumsidan i brottsbeskrivningen är något som från samhällelig synpunkt är negativt. Denna värdering har godtagits av en riksdagsmajoritet.

[96] Se Agge 1961 s. 204.

hanteras inom det administrativa sanktionssystemet värderas mindre negativt än de som straffbeläggs.

Sammanfattningsvis kan vi således slå fast att för den som söker finna någon skillnad mellan straff och sanktionsavgifter är samtliga de hittills diskuterade karaktäristiska dragen på rättsfaktumsidan utan värde eftersom de är karaktäristiska inte bara för straffen utan också för administrativa sanktioner.

En tanke som redan här bör framföras, men som kommer att diskuteras mer utförligt i nästa avsnitt, är att man kan finna en skillnad såtillvida att straffrättsliga regler på rättsfaktumsidan använder rekvisit vilka på ett närmare sätt knyter gärningen till gärningsmannen; ansvarsförutsättningarna kan idealtypiskt sett sägas vara strängare. I Sverige är detta förhållande relativt tydligt. En punkt att observera är i detta sammanhang skuldkravet. I regel uppställs inget sådant när det gäller administrativa sanktioner.[97] Vidare uttalades i t.ex. SOU 1977:2, där arbetstidsavgiften diskuterades, att en fördel med sanktionsavgifterna är att ansvaret för arbetsgivaren kan uppkomma utan att hans "delaktighet särskilt behöver fastställas".[98] Vi kan alltså beträffande sanktionsavgifterna se en svagare koppling mellan det oönskade beteendet och den individ eller entitet som drabbas av sanktionen. Detta kan sägas vara en konsekvens av synsättet att sanktionsavgifterna "[f]ormellt och materiellt står ... utanför den straffrättsliga ordningen och [därför inte är] bundna av de allmänna principer som där gäller".[99]

I Tyskland är skillnaden vad gäller ansvarsförutsättningar mellan straffrätten och Ordnungswidrigkeitenrecht inte lika tydliga. Också inom ramen för det senare rättsområdet upprätthålls ett skuldkrav som åtminstone i stort motsvarar det straffrättsliga. Inte heller beträffande andra ansvarsförutsättningar finns någon tydlig tendens att kraven skulle vara lägre ställda när det gäller Ordnungswidrigkeiten.[100]

Om betydelsen för MR- och K-straffen. Det går utan tvekan att finna drag på rättsfaktumsidan vilka är gemensamma för det vi kallar straff. Ovan har särskilt framhållits att straff utdöms för att någon har överträtt en norm. I detta ligger också att straff utdöms p.g.a. något som vid domstillfället redan har inträffat. Dessutom kan sägas att det beteende som möts med straff värderas negativt av lagstiftaren. Att dessa drag bör

[97] Se t.ex. Nelson 1990 s. 120.
[98] SOU 1977:2 s. 195.
[99] Ds Ju 1981:3.
[100] Jfr t.ex. Göhler 1995 s. 16 rdnr 14 beträffande kausalitetskravet (som är detsamma som inom den egentliga straffrätten) samt Weigend 1994 för en sammanfattning av rättsområdet.

ingå i en definition av såväl MR- som K-straffbegreppen torde inte vara särskilt kontroversiellt. Eftersom dragen är gemensamma för såväl straff som administrativa sanktioner är de emellertid av ringa värde i detta sammanhang.

12.3.4.3 Rättsföljdsidan: tillfogande av lidande

Inventering de lege lata. Eftersom det är straffbegreppet, dvs. rättsföljden, som egentligen är föremålet för denna undersökning är naturligtvis denna rubrik av särskilt intresse.

Om vi inledningsvis försöker se vad som är gemensamt för det vi kallar straff kommer vi snabbt att se att om det var besvärligt att finna något gemensamt för allt det som förekommer på rättsfaktumsidan i straffrättsliga regler så kan motsatsen sägas gälla rättsföljdsidan. Denna får sägas vara relativt enhetligt utformad.

Till att börja med kan konstateras att straff innefattar påförande av lidande eller obehag.[101] Härvid bör det, och det kan vara av vikt för våra syften, inte göras någon skillnad mellan påförande av det som värderas negativt och borttagande av det som värderas positivt. För den enskilde torde det vara skäligen ointressant hur lidandet eller obehaget tar sig uttryck. Det mesta torde dessutom kunna uttryckas på såväl det ena som andra sättet.[102] Av intresse i detta sammanhang är framförallt att det finns en tendens att inte se uteslutning från vissa statliga subventionssystem som ett straff, eftersom man s.a.s. inte kan sägas bli påförd något lidande.[103] Vad som är lidande eller obehag måste emellertid anses vara relativt. Om man inte kommer i åtnjutande av förmåner som tillkommer andra, bör detta kunna ses som påfört lidande.

Att påförande av lidande är karaktäristiskt för rättsföljdssidan i straffrättsliga stadganden är emellertid inget som kan avgränsa straffen

[101] Se här t.ex. Flew 1954 s. 293, Hart 1968 s. 4 f, Ten 1987 s. 15, Jareborg 1995 s. 14 och Greve 1996 s. 13.

[102] Möjligen skulle man, något tendentiöst, kunna säga att man genom historien kan se en förskjutning från påförande till borttagande. Dvs. tidigare betonades påförande av lidande (jfr kroppsstraff), medan man numera använder sig av borttagande (jfr bötesstraffet, som i och för sig inte är nytt). Denna tes torde vidare stödjas av det faktum att det tidigare inte fanns så mycket som kunde tas från människor.

[103] Jfr här t.ex. Tiedemann 1993a s. 49 vsp. Tiedemann är i detta sammanhang indignerad över att någon kunnat tro att uteslutning från ett subventionssystem kan utgöra ett straff: "Hierein [dvs. i uteslutningen] ein strafrechtlich-repressives Unwerturteil zu sehen, zeugt von wenig Sachkenntnis bei der heutigen Abgrenzung von Strafrecht und Verwaltungsrecht." Det är synd att Tiedemann, som uppenbarligen känner till hur gränsdragningen sker, inte utvecklar sina tankar mer.

från administrativa sanktioner. Detta förhållande är karaktäristiskt även för de senare.

En näraliggande tanke är då givetvis att en distinktion skulle kunna göras på grundval av det förhållandet att straffen till sin natur är strängare än de administrativa sanktionerna.

Att detta inte står i överensstämmelse med verkligheten torde dock stå klart. Förhållandet illustreras tydligt av Warnling-Nerep med ett exempel där en olovlig byggåtgärd då den var kriminaliserad ledde till ett bötesstraff om 300 kr men som numera kan leda till en sanktionsavgift på cirka 20 000 kr.[104]

Vad gäller tysk rätt så kan Geldbußen uppgå till miljonbelopp,[105] även om de normalt omfattar 5–1000 DM. Tyska dagsböter omfattar 5–360 dagsböter à 2–10 000 DM. Även om bötesstraff således kan vara strängare än Geldbußen så kan även det omvända gälla.

Om man däremot ser på det straffrättsliga sanktionssystemet *som helhet* och ställer detta i relation till det icke straffrättsliga sanktionssystemet, så är det givet att det straffrättsliga sanktionssystemet ligger på vad vi kan kalla en högre nivå. Förenklat kan man säga att medan icke straffrättsliga sanktioner ligger på en skala mellan noll och X kronor, så innefattar det straffrättsliga sanktionssystemet sanktioner från noll till livstids fängelse.

Om betydelsen för MR- och K-straffen. Frågan är nu om de diskuterade förhållandena bör få en plats i definitionerna av MR- respektive K-straffen.

Det torde stå klart att tillförande av lidande i någon form bör ingå i båda definitionerna. Två frågor bör emellertid diskuteras närmare. Till att börja med kan man fråga sig hur man skall förhålla sig till sanktioner vilka endast innefattar att den som drabbas inte erhåller en förmån som han eljest skulle haft rätt till.

Inom EG-rätten används, som nämnts, sanktioner vilka innebär att den enskilde, på grund av att han uppgivit felaktiga uppgifter i ett bidragsärende, inte erhåller ens det bidrag som han faktiskt haft rätt till. Detta kan ske antingen genom att det sökta bidraget reduceras eller bortfaller helt, eller genom att den sökande utesluts från bidragssystemet under kommande år. Skillnaden gentemot traditionella böter ligger däri att myndigheterna istället för att tvångsvis göra ingrepp i den enskildes förmögenhet, *drar in en förmån* som den enskilde ännu inte förfogar över.

[104] Warnling-Nerep 1987 s. 27.
[105] Se t.ex. § 130 StGB. Jfr vidare Greve 1994b s. 188.

Frågan är nu huruvida detta speciella förhållande är av relevans för konstruktionen av MR- respektive K-straffen. Om vi inleder med MR-straffen är det enligt min mening svårt att se varför det skall tillmätas betydelse huruvida tillfogandet av lidande har formen av en indragen förmån eller ett tvångsmässigt ingrepp. För den enskilde är det skäligen likgiltigt huruvida han inte erhåller en viss summa i bidrag eller om han visserligen erhåller summan, men tvingas betala ett motsvarande belopp tillbaka.

Emellanåt förnekas att dessa typer av sanktioner har en straffrättslig karaktär på den grunden att det alls inte handlar om att med uteslutningen straffa den enskilde. Att den enskilde inte erhåller det bidrag som han eljest skulle ha haft rätt till anges istället bero på att han inte längre uppfyller de villkor som uppställs för att någon skall vara berättigad till bidrag; det fordras helt enkelt att man är hederlig i någon mening. Detta resonemang synes emellertid inte övertygande. Hederligheten i denna mening måste i så fall vara ytterst inskränkt. Den enda form av hederlighet som är av relevans är ju den som har direkt med bidragssökandet att göra. Resonemanget skulle dock kunna ses som en sorts förtäckt lojalitetstänkande. För att vara berättigad till bidrag fordras att man visar sig lojal, eller rättare sagt inte visar sig illojal, med systemet.

Man skulle också kunna hävda att syftet med att utesluta den enskilde från bidragssystemet inte är att påföra lidande utan endast att säkra att bidragen används på ett korrekt sätt. Sieber uttrycker sig på följande vis.

> "Im Gegensatz zu diesen repressiven, dem schon begangenen Unrecht nachfolgenden verwaltungsstrafrechtlichen Sanktionen wirken *verwaltungsrechtlichen Sanktionen* präventiv: sie sollen der Schädigung nicht folgen, sondern zuvorkommen. ... So muß z.B. der Ausschluß unzuverlässiger Subventionsempfänger von weiteren Subventionen nicht repressive Verwaltungsstrafe für begangene Betrügereien sein, er ist vom Gesetzgeber vielmehr auch einsetzbar, um unzuverlässige Subventionsempfänger präventiv von weiteren Verfahren auszuschließen."[106]

Att sanktioner som i mångt och mycket liknar varandra kan åtskiljas genom deras syfte illustreras av Sieber genom att peka på förhållandet mellan *Fahrverbot* (som repressivt sidostraff) och *Entziehung der Fahrerlaubnis* (som preventiv åtgärd).[107]

Att utesluta den enskilde skulle således vara att likställa med att eliminera en framtida fara för felaktig användning av bidragsmedlen. Ett dylikt tänkande förefaller dock föga förenligt med det förhållandet att

[106] Sieber 1996 s. 73.
[107] Sieber 1996 s. 73.

den enskilde utesluts för en särskild period (oftast ett år). Om skyddstänkandet skall tas på allvar borde det s.a.s. finnas någon form av "utskrivningsprövning". Vidare är förutsättningarna för de rent preventiva åtgärder som Sieber anger inte så direkt kopplade till en överträdelse av någon form av regel. Att en regel har överträtts kan visserligen vara något som gör att förutsättningarna för att använda åtgärden blir mer liberala eller rent av uppfyllda, men överträdelsen utgör i dessa fall ingen nödvändig förutsättning för åtgärden.[108]

Jag vill således hävda att också det förhållandet att en förmån dras in måste kunna ses som ett påförande av lidande i straffrättslig mening. Socialstatens utveckling har de facto medfört att människans beroende av samhället har ökat. Därmed har också nya former av mekanismer för styrning kunnat utvecklas. Att i ett sådant läge inte betrakta indragande av förmåner som ett tillfogande av lidande kan inte leda rätt.

Ytterligare en fråga har att göra med sanktionens stränghet. *Att* sanktionens stränghet bör tillmätas relevans torde stå klart. Frågan är emellertid hur detta kriterium kan operationaliseras. En första fråga är vilken skala av stränghet som är av relevans. En andra fråga är var på denna skala gränsen skall dras. Om man väl hittar skalan kan det dock i viss mån sägas vara godtyckligt var gränsen dras.

Om vi inleder med att diskutera MR-straffen, så har ovan sagts att det finns starka skäl att tillerkänna själva sanktionen stor betydelse vid en närmare begreppsbestämning. De straff- och straffprocessrättsliga rättssäkerhetsgarantierna beror till stor del på att straff utgör stränga ingrepp i människors liv; skall det minskas på rättssäkerhetsgarantierna bör följaktligen också sanktionerna minska i stränghet.

Ovan konstaterades också att såväl straff som olika former av administrativa sanktioner som används på nationell nivå, som ett bärande element, innefattar tillfogande av lidande eller obehag. Att rättsföljder som saknar detta element inte utgör MR-straff torde vara uppenbart; det torde till och med gå att ifrågasätta om de överhuvudtaget är sanktioner. Frågan gäller följaktligen vilka av de sanktioner som innefattar ett tillfogande av lidande som bör anses vara MR-straff.

En distinktion som härvid bör göras är den mellan den konkreta påförda sanktionen och den abstrakta riskerade sanktionen. Med den konkreta sanktionen avser jag den sanktion som faktiskt döms ut i ett visst fall, medan den abstrakta sanktionen avser den strängaste sanktion som kan dömas ut enligt straffskalan. Övervägande skäl talar enligt min

[108] Liknande Heitzer 1997 s. 109 ff. Jfr här körkortslagen § 16 där körkort kan återkallas såväl om vissa brott har begåtts som om vissa rekvisit av klart prognostisk karaktär är uppfyllda.

mening för att särskild vikt läggs vid den abstrakta riskerade sanktionen. Ett avgörande skäl är rent praktiskt: när ett förfarande inleds vet man inte till vilken konkret sanktion, om någon, som kommer att påföras den ifrågavarande individen. Däremot vet man vilken överträdelse han anklagas för att ha begått. Vidare är rättssäkerhetsgarantierna uppställda till individens trygghet och kan inverka på vilken konkret sanktion som döms ut. Ett exempel är att vi har en tilltalad, som inte förstått vad som sagts under rättegången. Det kan i detta läge inte uteslutas att den tilltalade, om han fått tillgång till tolk, kunnat anföra skäl som medfört att sanktionen blivit mildare.

Det går att dra abstraktionen än längre och fråga: är det straffskalan för den konkreta överträdelse som har begåtts som är av relevans, eller är det istället den skala av sanktioner vilka ingår i det system i vilket sanktionen hör hemma? Att acceptera det sistnämnda synsättet innebär att hänsyn skall tas *inte bara* till den abstrakta potentiella sanktion som kan påföras på grund av den ifrågavarande överträdelsen, utan också till den kontext i vilken sanktionen existerar. För en svensk stöld skall alltså inte endast beaktas straffskalan som omfattar fängelse i upp till två år (med möjlighet att döma till olika alternativ) utan också att sanktionen ingår i ett system vilket tillåter att livstids fängelsestraff döms ut. I Europadomstolens praxis kan man möjligen finna ett visst stöd för det sistnämnda synsättet. I *Özturk* sade domstolen att man inte kan utskilja en viss grupp av sanktioner från MR-straffen "merely on the ground of regarding them as petty".[109] Även om domstolen formellt sett aldrig diskuterade sanktionens stränghet så bör man utan vidare kunna förlänga domstolens uttalande så att det också omfattar sanktionen. Det skulle innebära att domstolen säger att enbart det förhållandet att något anses mindre allvarligt och bemöts med en mildare sanktion är inte tillräckligt för att göra rättssäkerhetsgarantierna icke-tillämpliga. I ordet "merely" ligger alltså ett visst stöd för hänsynstagande till vad jag har kallat kontexten.

Dylika hänsynstaganden rimmar också väl med det ovan förordade hänsynstagandet till den formella klassifikationen. Om lagstiftarens klassificering kan anses avgörande bör man också kunna lägga vikt vid att en viss reglering inte formellt, men *faktiskt* framstår som en del av straffrätten. Om man tar dylika hänsyn innebär detta emellertid inte att man tar hänsyn till sanktionens stränghet, utan till *sanktionens systematiska hemvist.* När det gäller sanktionens stränghet som sådan bör den abstrakta riskerade sanktionen vara avgörande.

[109] *Öztürk v FRG*, ECHR, Ser. A, No. 73, 1984 s. 21.

Enkelt uttryckt ligger sanktioner på en kontinuerlig skala från minsta möjliga ingripande till mesta möjliga ingripande, vilket får förmodas vara dödsstraff. Någonstans längs denna skala skall gränsen dras. Exakt var gränslinjen skall gå kan i viss mån sägas vara godtyckligt.

Europadomstolen har i vissa fall godtagit att "arrest" – inom det militära systemet – inte alltid behöver vara att hänföra till MR-straffen, men även ansett att Geldbußen på, in concreto, 60 DM (potentiellt maximum 1000 DM) utgör straff.[110]

Beträffande K-straffen torde räcka med att säga att ett K-straff kräver att någon form av lidande eller obehag påförs. Det finns emellertid inga skäl som talar för att det krävs någon särskild form av stränghet. Ett bötesstraff kan som bekant vara mycket lindrigt.

12.3.4.4 Särskilt om rättsföljdens klandrande karaktär

Inledning. En tanke som ofta förs fram i olika sammanhang är att straff innefattar två element: dels tillfogande av lidande, dels uttryckande av klander. Sålunda talar t.ex. Eser om en "sozialetisch mißbilligendes Unwerturteil",[111] Mattes om "Mißbilligung vom Standpunkt der Rechtsordnung ... , ... einen Tadel ... gegen das als Unrecht und strafwürdig Erkannte",[112] Jareborg och von Hirsch om hur "[b]egreppet straff ... numera oupplösligen [hänger] samman med begreppet klander"[113] samt, sist men inte minst, generaladvokaten Jacobs om att straffen också innefattar "die gesellschaftliche Mißbilligung oder ein Unwertsurteil".[114,115]

Den fråga som kommer att behandlas i detta avsnitt är huruvida, och i så fall på vilket sätt, det klandrande elementet kan tillmätas någon betydelse för straffbegreppet. Kan man, såsom t.ex. generaladvokaten Jacobs synes vilja göra, skilja på straff och administrativa sanktioner på den grunden att straff innefattar detta klandrande element?

[110] Se målen *Engel and others v Netherlands*, ECHR, Ser. A, No. 22, 1976 samt *Öztürk v FRG*, ECHR, Ser. A, No. 73, 1984.
[111] Eser 1961 s. 140, 142 och 219 f.
[112] Mattes 1982 s. 283.
[113] von Hirsch & Jareborg 1989 s. 57. Se även von Hirsch & Jareborg 1991a s. 11 f.
[114] C-240/90 *Germany v Commission* [1992] ECR I-5383 s. 5408 vsp.
[115] Jfr här också Schünemann 1996 s. 7 som istället för en horisontell uppdelning mellan lidande och klander vill framhålla skillnaden mellan "Objektsprache und Metasprache". Ett tillfogande av lidande på "objektsprachlichen Ebene" innebär klander på "der metasprachlichen Ebene". Någon skillnad i sak torde det dock inte vara fråga om. Se också Ashworth 1995 s. 1, von Hirsch och Jareborg 1987 s. 306, 1989 s. 57, Nelson 1990 s. 20 samt Thormundsson 1994 s. 89.

Till att börja med skall blott dryftas en närmast terminologisk fråga. Av citaten ovan framgår att man i det tyska språket använder sig av tre olika termer. Det talas om (1) Mißbilligung, (2) Tadel och (3) Unwerturteil. Språkligt är Mißbilligung närmast att likställa med det svenska ordet ogillande, medan Tadel motsvarar ordet klander. Det kan emellertid noteras att de båda termerna förklaras med hjälp av varandra i Duden Universal Wörterbuch:

> "**mißbilligen** ... *sein Unverständnis, sein ablehnendes Urteil in bezug auf etw. deutlich, meist in Form eines Tadels, zum Ausdruck bringen* ...
>
> **Tadel** ... *in scharfer Weise vorgebrachte mißbilligende Äußerung, die sich auf jmds. Tun, Verhalten bezieht* ..."[116]

Det kan således sägas finnas ett starkt samband mellan dessa båda termer.

Det tyska ordet Unwerturteil betyder ett omdöme om något såsom icke acceptabelt, dvs. en sorts förkastelsedom. I straffrättsligt sammanhang kan termen inte gärna förstås på annat sätt än att beteendet ifråga förklaras förkastligt.

Mot bakgrund av att termerna förefaller ha ett relativt starkt internt släktskap tror jag inte att vi låter oss luras rent språkligt om vi för våra syften likställer uttrycken. I det följande talas endast om klander.

Ytterligare en sak som bör framhållas är skillnaden mellan klander och stigmatisering.[117] Medan klander har att göra med kommunikation mellan den som klandrar och den som klandras, är stigmatisering mer av en effekt. En åtgärd kan sägas vara stigmatiserande om den medför att den utsatte betraktas som allvarligt socialt avvikande. Att en företeelse är stigmatiserande behöver inte innebära att den också är klandrande. T.ex. kan hävdas att det är stigmatiserande att bli utsatt för psykiatrisk tvångsvård, men ingen torde på allvar mena att sådan vård är klandrande.

Likaså finns inget nödvändigt samband mellan avståndstagande och klander. Det bör anses möjligt att ta avstånd från en viss handling utan att klandra den person som utfört den. Denna distinktion mellan avståndstagande och klander kan sägas återspeglas i det svenska brottsbegreppet såsom det koncipierats av Jareborg. Om en viss handling uppfyller rekvisiten för straffbelagd gärning och därjämte är rättsstridig (dvs. inte rättfärdigad p.g.a. t.ex. nödvärn eller samtycke)[118] så uttrycks

[116] Duden 1989.

[117] Jfr härom von Hirsch 1993 s. 24 ff.

[118] Herlitz har myntat den utmärkta termen *gärningsrekvisit* för nivåerna I–IV i Jareborgs brottsbegrepp. Se Herlitz 1996/97 s. 281.

därmed ett avståndstagande till själva handlingen: gör inte likadant om du hamnar i en motsvarande situation. Den person som utfört handlingen klandras dock inte för vad han gjort såvitt inte också rekvisiten för personligt ansvar (dvs. uppsåt eller oaktsamhet samt frånvaro av ursäktande omständigheter)[119] är uppfyllda.

Varför innefattar straff klander? Den centrala frågan är nu vad det är hos straffen som gör att de innefattar klander.

En första förslag till förklaring skulle kunna vara att det är lagstiftaren som genom att använda modellen brott–straff gör att sanktionen innefattar klander. Genom benämningen på sanktionen skulle lagstiftaren ge uttryck för sin vilja att klandra. Utgångspunkten skulle vara att eftersom klander är en fråga om kommunikation kan den som bemöter ett visst beteende välja huruvida han vill klandra eller ej.

Emot detta förslag till förklaring kan främst anföras följande. Det finns inget uttalat i straffstadganden om att sanktionen skall innefatta klander. Det torde därför krävas att straffen på något sätt kommit att stå för klander. Först i ett sådant läge kan lagstiftaren, genom att straffa, uttrycka klander. Med andra ord fordras för att lagstiftaren skall ha möjlighet att uttrycka något visst enbart genom att använda ett visst ord, att ordet har kommit att stå för det som vill uttryckas.

En andra förklaring är att straffens klandrande karaktär beror på vad vi kan kalla *inarbetning*. Eser skriver en del om detta och menar att "der sittlich deklassierende Charakter der Strafe nicht notwedig eine reale Auswirkung des Strafausspruches sein muß, sondern daß dieses Strafmoment nur infolge langjähriger Anschauung und Gewohnheit, anfänglich von der strafenden Gemeinschaft nur bezweckt oder erstrebt, heute als zwangsläufige Begleiterscheinung der Strafe angesehen werden kann."[120]

Eser menar således att vad han tidigare har fastslagit som straffens element av "Mißbilligung", "Tadel" eller "Unwerturteil" är ett resultatet av en långvarig och konsekvent användning av straffen. Följdriktigt menar Eser att Geldbußen, med sin relativt korta historia, inte har denna inarbetade betydelse. Dessa kan således i motsats till straffen, eller i vart fall mycket snabbare än straffen, göras till det som lagstiftaren vill ha dem till.[121]

Såvitt jag kan se gör sig Eser här skyldig till en sammanblandning av klander och andra (icke-klandrande) stigmatiserande effekter. Särskilt

[119] Av Herlitz, 1996/97 s. 281, benämnda *ansvarsrekvisit*.
[120] Eser 1961 s. 143.
[121] Eser 1961 s. 144.

tydligt blir detta när Eser skall illustrera sin uppfattning med ett exempel. Eser uttalar att tukthusen "im allgemeinen Volksbewußtsein einen gesteigerten sittlichen Tadel enthält, der ohne Verzerrung und Verschiebung der bisher gültigen Wertmaßstäbe nicht einfach ersatzlos gestrichen werden kann".[122]

Hur allmänheten uppfattar en viss sanktion kan rimligen inte vara relevant för frågan huruvida sanktionen är klandrande, men däremot för frågan om sanktionen har stigmatiserande effekter. Att en sanktion uppfattas såsom klandrande kan dock vara en orsak till att den också har stigmatiserande effekter, men det är en annan sak.

På motsvarande sätt synes Feinberg, i sin inflytelserika uppsats "The Expressive Function of Punishment",[123] mena att straffens karaktäristiska egenskap av att uttrycka klander – eller fördömande eller något annat liknande – är konventionsberoende: "certain forms of hard treatment have become the conventional symbols of public reprobation".[124] Feinberg framhåller härvid att detta är att likställa med att champagne har kommit att förknippas med firande och att färgen svart kommit att stå för sorg.[125] Det är dock, som antytts, svårt att veta vad Feinberg egentligen menar att straffen uttrycker. Han använder i artikeln ett flertal olika ord, och diskuterar också öppet om svårigheterna med att definiera vad det är som uttrycks.[126]

Ytterligare ett alternativ är att straff innefattar klander därför att straff utdöms mot personer vilka i någon mening kan sägas vara ansvariga för det inträffade. Jareborg har, i linje med många andra,[127] i många sammanhang fört fram tanken att endast den som kan sägas vara ansvarig (för det som motiverar klandret) kan klandras.[128] Förbindelsen mellan ansvar och klander anges till och med vara logisk. "Försök 'klandra' ett litet barn, en sinnessjuk människa eller en katt! Ni skall finna att ni gör något annat."[129]

Det som gör att en straffrättslig reaktion innefattar klander bör därför vara att man upprätthåller ett krav på skuld (i någon mening). För att ett

[122] Eser 1961 s. 143 f.

[123] Som Sverdlik 1988 s. 185 framhåller är titeln missvisande på så vis att vad Feinberg talar om snarare är ett karaktäristiskt drag hos straffen än, såsom titeln antyder, en funktion.

[124] Feinberg 1994 (1970) s. 76.

[125] Feinberg 1994 (1970) s. 76.

[126] Feinberg 1994 (1970) s. 76.

[127] Se t.ex. den litteratur vartill det hänvisas i Jareborg 1992 s. 182 not 29.

[128] Se t.ex. Jareborg 1992 s. 181 f och s. 234 f. Se även Duff 1986 s. 41.

[129] Jareborg 1992 s. 235. Här kan blott noteras att i Duden (se uppslagsordet Tadel) så förklaras uttrycket: "ihn trifft kein T[adel]" med orden "*er hat keine Schuld*".

straff skall kunna klandra fordras att någon kan hållas ansvarig för det som skett.[130] Detta innefattar dels att den ifrågavarande följden står i ett någorlunda nära sammanhang med den handling som individen företagit dels att denne i någon mening kan sägas ha kunnat gjort annorlunda. Härvid kan också hänvisas till Schünemanns tes om att klander analytiskt följer av ett straff som förutsätter skuld.[131]

Använder man detta resonemang e contrario så följer att reaktioner som inte förutsätter en ansvarig individ logiskt inte kan innefatta klander. Detta betyder att om man ger upp kravet på någon form av tillräknande så kommer sanktionen inte längre att innefatta klander. Därmed skulle en reell skillnad mellan sanktioner vilka förutsätter respektive inte förutsätter skuld vara funnen.

Nu finns särskilt en invändning mot detta resonemang som måste bemötas. Det kan hävdas att det som gör att straff innefattar klander inte är att varje enskilt straff förutsätter skuld, utan att straff i regel bara utdöms mot ansvariga personer. Trots skuldprincipen är det de facto så att straff inte alltid förutsätter skuld och man kan likväl säga att dylikt rent objektivt straffansvar innefattar klander så att säga av hävd. När staten straffar klandrar den alldeles oavsett om den handlande egentligen kunde ha gjort annorlunda.

Denna synpunkt må vara korrekt såtillvida att ett straff som utdömts på rent objektiva grunder kan uppfattas som klandrande (eftersom straff normalt sett döms ut mot ansvariga personer på ett sätt som innefattar klander), men det är svårt att se att domen faktiskt kan innefatta klander utan att någon i rimlig mening kan sägas vara ansvarig. Vidare torde kunna sägas att om man beträffande vissa sanktioner aldrig förutsatte någon form av tillräknande så skulle dessa snart upphöra att betraktas som klandrande.[132]

Den grundläggande tanken är att det är omöjligt att klandra någon för något som han inte i någon mening kan sägas vara ansvarig för.

Om klander och MR-straff. Ovan har sagts att man kan göra skillnad på klandrande och icke-klandrande sanktioner på grundval av huruvida

[130] Jfr t.ex. Jareborg 1992 s. 145 som tydligt kopplar klandret till skuldkravet: "Att ta bort skuldkravet, men behålla ett med hänsyn till straffvärdet differentierat hot, är däremot knappast meningsfullt. Tar man bort möjligheten att klandra gärningsmannen är det väl av ringa intresse att på lagstiftningsplanet ... tala om hur negativt en gärning värderas." Se också Mattes 1982 s. 283.

[131] Se Schünemann 1996 s. 10: "Mit der Bestrafung lediglich von rechtswidrigen und vorwerfbaren Taten ist aber auch der Tadelscharakter der Strafe eo ipso gegeben, denn der Tadel bedeutet dann ... nur noch ein analytisches Urteil."

[132] Se särskilt von Hirsch & Jareborg 1989 s. 57.

de förutsätter en ansvarig gärningsman. Frågan är nu om detta kan ges betydelse för avgränsningen av MR-straffen.

En tänkbar ingång är att det klandrande elementet är något som gör sanktionen strängare än den eljest skulle ha varit. Sanktioner som är klandrande skulle utöver tillfogandet av lidande också innefatta ett ytterligare element som gör sanktionen ytterligare något strängare.

Till undvikande av missförstånd bör framhållas att det klandrande elementet i realiteten uttrycks genom tillfogande av lidande. Det är således inte fråga om att någon särskild fördömande akt uttrycker klandret.[133]

Att detta förhållande *inte ensamt* kan ligga till grund för en hållbar avgränsning av MR-straffen är likväl uppenbart.

Den viktigaste synpunkten som här gör sig gällande är att strängheten hos en sanktion inte enbart består av klander. Även om det är så att straff utan skuld, ceteris paribus, är mindre ingripande än straff med skuld så är det uppenbart att om man stryker orden ceteris paribus så förlorar satsen sin giltighet; dvs. huruvida rättssäkerhetsgarantier bör upprätthållas kan inte enbart bero av huruvida sanktionen innefattar klander eller ej, utan också på hur strängt det materiella ingreppet är.

Omvänt innebär däremot resonemanget att sanktionens eventuella klandrande karaktär skulle kunna tillåtas påverka gränsdragningen såtillvida att detta förhållande påverkar sanktionens stränghet.

Ponera t.ex. att gränsen mellan MR-straff och sanktioner helt uppfattas vara en fråga om kvantitet. Exakt var gränsen går blir med detta synsätt en lämplighetsfråga. Låt oss säga att gränsdragningen görs så att sanktioner med en stränghet på mer än 100 stränghetsenheter är MR-straff, medan andra är sanktioner (rätt och slätt).[134] Härvid kan två faktorer bidra till sanktionens stränghet: dels det materiella ingreppet (Übelzufügung eller lidande), dels det ideella ingreppet (Tadel eller klander). Den förra faktorn har förmodligen större betydelse än den senare.

Detta innebär att vi eventuellt skulle kunna tillåta en viss överlappning i materiell stränghet mellan sanktioner och straff såvitt blott den senare typen av sanktioner innefattar klander. Man skulle med ett dylikt resonemang kunna försvara att en sanktion som omfattar 98 (materiellt) + 0 (ideellt) klassificeras som ett icke MR-straff medan en annan som omfattar 90 (materiellt) + 15 (ideellt) klassificeras som MR-straff. Och detta kan ske inom ramen för ett utpräglat kvantitetstänkande och trots att den förra sanktionen materiellt sett är strängare.

[133] Se härom Feinberg 1994 (1970) s. 75 f samt Primoratz 1989 s. 187.

[134] Användningen av siffor tjänar enbart funktionen att tydliggöra resonemanget. När de fullgjort sin funktion bör de helst glömmas.

Med detta synsätt blir det emellertid av stor vikt hur sanktionens stränghet bedöms: hur stor del är att hänföra till den materiella respektive ideella delen? Svaret bör rimligen grundas på någon form av empiri. På grundval av de farhågor som uttalats i bl.a. olika svenska utredningar om att allmänheten inte gör någon skillnad på straff och sanktioner kan möjligen hävdas att sanktionens materiella stränghet är viktigare än dess ideella sida. Detta talar för att den överlappning som kan tillåtas bör vara mycket begränsad.

Måhända är den materiella sidan så viktig att man, bl.a. på grund av risken för att det hela endast uppfattas som en begreppsförvanskning, helt bör avstå från att tillåta någon överlappning i fråga om materiell stränghet.

Om klander och K-straff. Som torde ha framgått ovan hävdas emellanåt att olika former av administrativa sanktioner saknar straffens klandrande karaktär. Med den ovan intagna ståndpunkten – att en sanktions klandrande eller icke-klandrande karaktär beror på vilka förutsättningar som uppställs för att sanktionen skall kunna påföras – ligger det nära till hands att uppställa följande tes. *Uttunnade "ansvarsförutsättningar" leder till en förändring av sanktionens karaktär. Sanktionen upphör att vara klandrande och dess funktion blir expressiv istället för kommunikativ. Häri ligger skillnaden mellan K-straff och andra former av straff.*

Jag tror att det kan vara fruktbart att se problemet ur den synvinkeln. Om vi ser litet närmare på hur vi använder ordet straff kan vi till att börja med se att användandet av straff alltid förutsätter att den som straffas har gjort eller inte har gjort något. Det går visserligen att säga: vi straffar dig för att X hände. Men då är det förutsatt att personen ifråga på något sätt kan tillskrivas ansvar för det som hände; antingen genom att han hade plikt att se till att X inte inträffade, eller genom att han på ett relevant sätt orsakat att X inträffat. Det bör således vara möjligt att hävda att det i en mening inte är möjligt att straffa någon som inte kan sägas vara ansvarig för det som utgör orsak till att vi straffar; straff skulle således i denna mening begreppsligt förutsätta ansvar.

Detta kan sägas anknyta till den filosofiska debatt som förts kring möjligheten att straffa den oskyldige. Det kan vara av visst intresse här att se vad som sagts. Vi kan lämpligen inleda med Quinton. Quintons idé utgår från motsättningen mellan de retributiva och utilitaristiska sätten att legitimera användningen av straff. Quintons tanke är att de retributiva tankegångarna rätt förstådda inte är moraliskt normativa utan logiska; de erbjuder ingen moralisk legitimation av straffen utan istället

en närmare bestämning av ordet straff.[135] Medan de retributiva lärorna ger svaret på frågan "när *kan* vi straffa?", ger de utilitaristiska lärorna svaret på frågan "när *får (eller bör)* vi straffa?".

Det svar som de retributiva lärorna ger är enligt Quinton att vi kan straffa endast under förutsättning att den vi straffar är skyldig. Att straffa en oskyldig är inte fel utan (begreppsligt) omöjligt. Man kan visserligen tillfoga också en oskyldig lidande etc., men detta är efter Quinton inte att straffa; istället är fråga om "judicial error", "terrorism" eller "social surgery".[136]

Att på detta sätt tillfoga den oskyldige lidande bör, av två anledningar, inte ske: "firstly, as brutal and secondly, if it is represented as punishment, as involving a lie".[137]

Quintons tanke förtjänar, mot bakgrund av vad som ovan anförts om inriktningen av K-straffen, att tas på allvar. Quintons resonemang fick givetvis inte stå oemotsagda, men innan vi går in på kritiken mot Quinton skall påvisas liknande idéer hos andra.

Flew skrev år 1954 en artikel där han kom in på de frågor Quinton diskuterat. I artikeln föreslog Flew en definition av straff (S) enligt följande:

(1) (S) måste innefatta något ont eller obehagligt för den som drabbas.
(2) (S) måste påföras (eller åtminstone tros påföras) för "an offence".
(3) (S) måste riktas mot "the offender".
(4) (S) måste påföras av människor.
(5) (S) måste påföras av någon med viss särskild auktoritet.[138]

För våra syften är naturligtvis det tredje kriteriet av särskild relevans. Flew förtydligar detta kriterium genom att framhålla att det vore pedantiskt att i varje enskilt fall hävda att människor inte kan straffas för något de inte gjort. Så länge som de fall när oskyldiga straffas inte blir alltför många, kan man fortfarande tala om straff. Det tredje kriteriet innebär istället att ett system som medvetet påför lidande på oskyldiga syndabockar inte är ett straffsystem överhuvudtaget.[139] Något senare sägs också att det är det förhållandet att termen straff är vag som tillåter oss

[135] Quinton 1953/54 s. 134.
[136] Quinton 1953/54 s. 137. Jfr här också Ten 1987 s. 14 ff.
[137] Quinton 1953/54 s. 137.
[138] Flew 1954 s. 293 f.
[139] Flew 1954 s. 293.

att (i enstaka fall som inte får bli alltför många)[140] säga att en oskyldig har straffats.[141] Denna definition har senare upptagits också av Hart.[142]

Vidare kan hänvisas till Benn som på ett sätt som motsvarar Quintons tankar menar att straff i egentlig mening (primary use) måste rikta sig mot en skyldig individ.[143] Benn härleder detta direkt från det kriterium som säger att straff måste vara för ett normbrott. Benn kan dock inte sägas föra den diskussion som här är av intresse vidare.

År 1955 kom från Baier ett svar till både Flew och Quinton. Baier framhåller att Flew har fel såtillvida att frågan om huruvida något är ett straff eller ej inte har med kvantitet att göra. Det viktiga enligt Baier är inte att en tillräckligt stor del av de som straffas faktiskt är skyldiga.

> "In Ruritania, everyone who has been punished during the last year or the last ten years may have been innocent, for in Ruritania the judges and jurymen and the police and prison authorities are very inefficient and very corrupt. A system of punishing people does not turn into a system of inflicting unpleasantness on scapegoats, simply in virtue of the fact that in this system innocent people happen frequently to get punished."[144]

Avgörande är istället huruvida den enskilde som påförs lidande faktiskt har funnits vara skyldig eller ej. Baiers begreppsliga poäng ligger däri att det inte är möjligt att straffa den som befunnits vara oskyldig.[145] Omvänt gäller enligt Baier att "as long as he was found 'guilty' in the proper way, even though he is not in fact guilty, the infliction of hardship which then follows will be punishment".[146]

På ett liknande sätt framhåller Wasserstrom att det inte är nödvändigt att den person som straffas faktiskt är ansvarig för det som hänt, utan det måste räcka med att man tror att personen är ansvarig.[147] Wasserstrom uttrycker dock kravet negativt och därtill på ett förhållandevis svagt sätt:

> "There is conceptual incompatibility between punishment and the absence of *all* beliefs, appearances, pretenses, etc. of wrongdoing ... If everyone

[140] Om de blir för många så har enligt Flew betydelsen av ordet förändrats. Flew 1954 s. 300.
[141] Flew 1954 s. 299 f.
[142] Hart 1968 s. 4 f.
[143] Benn 1958 s. 331.
[144] Baier 1955/56 s. 28.
[145] Baier 1955/56 s. 27.
[146] Baier 1955/56 s. 32.
[147] Wasserstrom talar visserligen inte direkt om ansvarighet, utan om "wrongdoing", men hans resonemang kring möjligheten att straffa oskyldiga torde likväl vara användbart i detta sammanhang. Det kan också noteras att frågan om vad det verkligen innebär att vara ansvarig och hur vi kan veta om någon varit ansvarig leder ytterst långt.

knew an individual to be innocent it would be conceptually odd, if not impossible, to describe what is done to the person as an instance of punishment ...".[148]

Denna filosofiska debatt kan sammanfattas så att alla, på ett eller annat sätt, menar att det finns en begreppslig koppling mellan straff och skuld. Det som det tvistas om är hur denna koppling ser ut (fordras att de flesta som straffas faktiskt är skyldiga, fordras enbart att den som straffas befunnits vara skyldig, eller är kopplingen än svagare?).

Det bör nu noteras att när dessa filosofer talar om att straff förutsätter skuld, så används ordet skuld, såvitt kan förstås, närmast i den meningen att det motsvarar "skyldig till det som regeln stadgar". Särskilt tydligt är detta hos Baier. Alltså om det för utdömande av straff stadgas vissa rekvisit och dessa rekvisit uppfylls (eller på grundval av en process förmodas uppfyllas) av en viss person så är denna person skyldig i den mening som avses.

Det som jag vill hävda är nu att denna begreppsliga sammankoppling mellan straff och skuld kan tas ett steg längre. Vad jag menar är att den ovan refererade diskussionen måste kunna överföras också till innehållet i de relevanta rekvisiten. Dvs. för att definitionen av straff som en åtgärd som förutsätter skuld skall bli rimlig räcker inte att skuld likställs med skyldig i ovan angiven mening; det krävs också att rekvisiten är av sådan karaktär att det är rimligt att hålla den "skyldige" ansvarig för det som inträffat.[149]

Tanken kan illustreras med ett exempel. Ponera att det funnes en regel som säger att den som är född på samma dag som en rånare skall dömas till fängelse i lägst ett och högst tio år. Den som har födelsedagen gemensam med en rånare är att betrakta som skyldig i den mening som angivits ovan. Ändå är det otillfredsställande att tala om att personen straffas *för något* (vilket var just en av poängerna med att begreppsligt sammankoppla straff och skuld). Detta talar enligt min mening för att begreppsligt uppställa krav på regler vilka i någon mening kan sägas säkerställa att den som finnes vara skyldig också är ansvarig för det som han straffas för.

[148] Wasserstrom 1980 s. 118 f.

[149] Jfr här McCloskey 1962 s. 322 ff som ifrågasätter Quintons, Flews och Benns tankar på den grunden att man kan göra vad som helst till "an offence" och därmed skapa en skyldig. McCloskeys slutsats är emellertid inte att man bör dra in ansvarstänkande i straffdefinitionen utan att detta bara är av relevans för bedömandet av vad som är "deserved punishment". Om man ändå ser det så att "deserved punishment" är ett sorts kvalificerat straffbegrepp finns beröringspunkter med mina tankar. Även Duff 1986 s. 159 uttrycker tankar som i vissa avseenden är besläktade med de här framförda.

Ett visst stöd för det sagda går också att finna i en uppsats av Sverdlik från 1988. Sverdlik diskuterar i sin uppsats de definitioner av straff som givits av Hart, Feinberg och Wasserstrom och presenterar också en egen definition. Av störst intresse i detta sammanhang är att Sverdlik drar in möjligheten *att bli ursäktad* i straffbegreppet. Han anklagar härvid oberättigat Hart för att ha givit en definition av straff som innehåller ett latent cirkelresonemang (att straffa är "the representation of an individual as having no valid excuse" och att ha en ursäkt "is to be unfit for punishment").[150] Cirkeln uppstår emellertid först när man så som Sverdlik förändrar definitionen; vad Hart kan kritiseras för är således att han givit en definition som inte täcker alla aspekter. Nå, i Sverdliks egen definition ingår bl.a. två i förhållande till tidigare definitioner nya element:[151]

> "X punishes Y if and only if
> [a)–d) utelämnade]
> e) X represents Y as having had a fair opportunity to avoid doing A;
> f) X represents Y as having had the capacity to avoid doing A."

Som synes motsvarar Sverdliks tillägg i princip konformitetsprincipen. Personen i fråga skall ha haft tillfälle och förmåga att inte göra det han straffas för. Sverdlik framhåller att de båda förutsättningarna förvisso är mycket öppna och sålunda medger ganska olika straffbegrepp, men menar likväl att de sätter upp en viss gräns för vad som kan innefattas.

Sverdlik diskuterar vidare vad hans begrepp får för konsekvenser. Av särskilt intresse är diskussionen kring möjligheten av strikt straffansvar. Sverdlik framhåller att hans definition kan tyckas begreppsligt utesluta strikt straffansvar.[152] Sverdlik menar emellertid att så inte är fallet, eftersom det som ursäktar en person i en viss situation inte behöver göra det i en annan. Som exempel nämner Sverdlik att frånvaro av uppsåt ursäktar vid brott som mord.[153] Därmed är inte sagt att jag blir ursäktad om jag utan uppsåt råkar slå ned någon när jag är berusad, eftersom jag kunde ha undvikit att bli berusad. Sverdlik menar att många brott med strikt ansvar har just denna struktur; den verkande har i förväg fått veta

[150] Sverdlik 1988 s. 184.
[151] Sverdlik 1988 s. 190. Jfr också Morris 1976 s. 44 som från en förvisso ganska speciell utgångspunkt kommer till en liknande slutsats: "To the degree that the system is of this character [dvs. ett terapisystem] it is, in my judgement, not simply an unjust system but one that diverges from what we normally understand by a system of punishment. At least some deference to the choice of individuals is built into the idea of punishment."
[152] Sverdlik 1988 s. 194.
[153] Sverdlik 1988 s. 195.

att verksamheten kan leda till ansvar oberoende av skuld och har, när han startade verksamheten haft chans att undvika att bryta mot lagen. Sverdlik synes här inte notera skillnaden mellan att den föregående handlingen är oaktsam i förhållande till det senare kommande brottet, och att den inte är det. I det förra fallet kan det givetvis, såsom Sverdlik säger vara berättigat att tala om att den som straffas haft möjlighet att följa lagen; i dessa fall kan man knappast tala om strikt ansvar överhuvudtaget. Men i den mån det inte kan anses oaktsamt att driva själva verksamheten (t.ex. på grund av att de risktaganden den innebär måste anses tillåtna) och det senare i verksamheten inträffar saker helt utanför den enskildes kontroll (dvs. ett strikt ansvar) måste detta anses oförenligt med Sverdliks straffbegrepp. Hur som helst är Sverdliks grundläggande tanke att straff förutsätter ansvar i någon mening likartad med den teori som här framförs.

Likaså passar den här framförda teorin in i ett tänkande där straffets kommunikativa väsen betonas. Antony Duff har i olika sammanhang argumenterat för att vi i första hand inte bör se på straffet såsom expressivt, som Feinberg uttryckte det, utan som kommunikativt. Tanken utgår från det kantianska kravet på att man skall behandla individer som personer och inte som objekt.[154] Härav följer att den straffande verksamheten bör utgöra ett försök att kommunicera: "A criminal trial should ... attempt to engage *with* [the defendant] in a rational enterprise of argument and judgement".[155] Om man istället ser straffet som expressivt blir endast fråga om att uttrycka något *till* den tilltalade, eller kanske i värsta fall, att uttrycka något *till* andra (över huvudet på den tilltalade). Om vi utgår från detta bör stå klart att kommunikation förutsätter dels någon att kommunicera med, dels något att kommunicera om, samt att dessa båda förutsättningar bäst uppfylls såvitt kommunikationen kan ske med en individ som kan sägas vara ansvarig för den händelse kring vilken kommunikationen skall kretsa.

Ytterligare ett visst stöd för tanken att straff förutsätter ansvar i någon form kan hittas hos Schünemann. På ett sätt som kan sägas motsvara Quintons idé menar Schünemann att skuld utgör en ofrånkomlig beståndsdel av det som legitimerar användandet av det vi kallar straff och därför *ligger i straffets begrepp*:

> "Im vorliegenden Zusammenhang kommt es nur auf das Ergebnis aus, daß die individuelle Vermeidbarkeit und – sachlich gleichbedeutend – die individuelle Vorwerfbarkeit der Tat den unerläßlichen Legitimationsgrund

[154] Duff 1986 s. 50, 1992 s. 52 och 1996 s. 33 f.
[155] Duff 1992 s. 51. Se vidare Duff 1986 s. 39 ff och 235 ff.

für die Zufügung des Strafübels darstellen und deshalb im *Begriff der Strafe* zu berücksichtigen sind."[156]

Frågan blir nu om någonting, här skuldkravet, på samma gång kan utgöra en begreppslig nödvändighet och en oundgänglig legitimation. En sådan dubbel funktion kan inte vara utesluten i sig. Men det kan inte, såsom Schünemann synes mena, vara så att det är *på grund av* att skulden är nödvändig för att legitimera straffen som den måste ingå i begreppet straff. Tvärtom kan det såvitt jag förstår möjligen vara så att ett potentiellt element i straffbegreppet, dvs. skulden, också kan utgöra en del av det som legitimerar användningen av straff.

Konsekvensen av ett sådant betraktelsesätt är att straff som är illegitima på grund av att skuldprincipen icke beaktas är en motsägelse i sig självt eftersom vi i ett sådant läge överhuvudtaget inte har att göra med ett straff. Kravet på skuld blir då konstitutivt i den meningen att kravet är en del av det som gör att vi överhuvudtaget har att göra med straff samtidigt som det utgör en del av det som gör att straffen är legitima.

Konsekvenserna för skuldprincipens principiella, men icke för dess praktiska, betydelse blir genomgripande. Skuldprincipens roll förändras från att vara normativ till att vara deskriptiv. Dvs. istället för att säga att inget straff *bör* utdömas utan skuld kommer den att säga att inget straff *kan* utdömas utan skuld. För att återge principen dess normativa betydelse kan man helt enkelt förstå ordet straff som syftandes på straff i vid mening; dvs. något liknande MR-straffen.[157]

Sammanfattningsvis kan sägas att den här framförda idén innebär att straff i egentlig mening (K-straff) fordrar att rekvisiten för att brott skall ha begåtts är sådana att de säkerställer att den individ som straffas är ansvarig för vad som skett. Att en individ är ansvarig för vad som skett kan likställas med att han innehar skuld i juridisk mening. Dvs. det viktiga är inte att han kan sägas moraliskt ha gjort fel, eftersom straffbestämmelser kan, även om de knappast bör, vara moraliskt indifferenta. Avgörande bör istället vara att den ifrågavarande individen kunde ha gjort annorlunda. Med skuld avses således *inte endast* att personen handlat uppsåtligt eller oaktsamt utan begreppet syftar till det vidare skuldbegrepp som framgår av det ovan givna citatet från Schünemann eller av konformitetsprincipen så som den formulerats t.ex. av Jareborg.

Vi kan se att detta rimmar ganska väl med de smått begreppsjuridiska övningar, dvs. att sanktionens karaktär kan ges betydelse för vilka regler som bör gälla i olika avseenden, som inte sällan rekommenderas i

[156] Schünemann 1996 s. 9 f.
[157] Jfr här Heitzer 1997 s. 36 f.

litteraturen. De regler vars (analoga) tillämpning kan styras av huruvida någonting är att anse som ett straff eller ej har såvitt jag kan förstå något olika karaktär. Vissa regler, alltsom oftast de processuella, har utpräglad rättssäkerhetskaraktär, medan andra regler, dvs. de mer rent straffrättsliga, också syftar till att fastställa under vilka förutsättningar som någon är ansvarig. Sålunda kan generellt sägas att det finns skäl att använda den förstnämnda typen av regler när sanktionen utgör ett MR-straff, och den sistnämnda typen när sanktionen utgör ett K-straff.

Förhållandet mellan MR-straffen och K-straffen bör anses vara sådant att klassen av MR-straff innesluter klassen av K-straff. Dvs. alla K-straff bör också anses vara MR-straff, eftersom redan det faktum att en sanktion är klandrande är skäl nog att upprätthålla de straffrättsliga rättssäkerhetsgarantierna.

12.3.4.5 Sanktionens ändamål

Greve framhåller i sin diskussion av de EG-rättsliga böternas karaktär att särskiljande av straff från andra sanktioner först och främst har genomförts med utgångspunkt i sanktionens syfte. Medan straffen är repressiva är andra former av sanktioner preventiva till sin natur.[158] Detta kan möjligen sägas vara en framkomlig väg när det gäller en analys av sanktioner som förverkande eller överlämnande till olika former av vård. När det gäller administrativa sanktioner av den typ som här diskuteras förefaller en dylik infallsvinkel emellertid föga fruktbar.

Om man skall kunna särskilja olika former av sanktioner från varandra med hjälp av det ändamål de tjänar fordras att ändamålen kan sägas vara någorlunda klara och säkra. Vidare fordras givetvis att ändamålen skiljer sig åt på något sätt. Den första svårigheten i förevarande sammanhang är att det finns många olika åsikter om vilket ändamål straffen har.

En klassisk indelning är den i relativa och absoluta straffteorier. Relativa straffteorier kännetecknas av att straffrätten betraktas som ett medel att uppnå vissa samhälleliga mål, vilka i en eller annan mening oftast består i att avhålla människor från vissa typer av beteende. Absoluta straffteorier utgår däremot från att straffen inte tjänar något annat socialt syfte än att just straffa den skyldige.[159]

[158] Greve 1993 s. 16. Motsvarande framhålls i Greve 1979 s. 423.

[159] När jag här talar om syfte så bör preciseras vilken nivå i straffsystemet vi behandlar. Trots att jag här talar om straffen så handlar det givetvis om straffen som helhet dvs. straffsystemet (respektive sanktionssystemet). Vi rör oss således på nivån för "general justifying aim". Därmed inte sagt att sättet för att uppnå detta "general justifying aim" inte kan få betydelse.

Härom kan man naturligtvis träta i evighet, men det låter sig sägas att det i dagens straffrättsfilosofi finns en utbredd och ganska allmänt accepterad uppfattning som uppfattar allmänpreventionen som straffrättens generella syfte. Vidare kan man säga att detta syfte nås i första hand genom hot om vedergällning.

Om man intar en dylik ståndpunkt så är det svårt att se att administrativa sanktioner skulle fylla något annat syfte. Dessa sanktioner finns därför att beteendet ifråga skall undertryckas, och detta mål nås genom ett generellt hot om vedergällning. På detta vis kan man också förstå den lokution – "seeks to punish as well as to deter" – som förekommer i Europadomstolens praxis; dvs. straffen söker inte bokstavligen att straffa, men straffandet utgör det medel genom vilket straffhotet blir trovärdigt. Detta syfte fann för övrigt domstolen gälla både Geldbußen och Strafen.[160]

Om man intar ståndpunkten att straffens syfte i första hand är någon form av behandling, skulle man möjligen kunna finna en skiljelinje gentemot administrativa sanktioner. Brott måste då uppfattas närmast som ett sjukdomssymptom, vilket administrativa överträdelser inte med nödvändighet behöver göra. Detta skulle sedan få den effekten att medan straff implicerar att den straffade var sjuk, så gäller inte detsamma för administrativa sanktioner.

Sanktionens syfte bör dock ges betydelse såtillvida att om det huvudsakliga syftet är någon form av riskfördelning eller reparation, så talar detta starkt för att att sanktionen inte bör anses vara ett MR- eller K-straff. Som ovan framhållits motiverar dylika, närmast civilrättsliga syften ett annat synsätt vad gäller såväl rättssäkerhetsgarantier som ansvarsförutsättningar.[161] De straffrättsliga rättssäkerhetsgarantierna och ansvarsförutsättningarna medför i dessa fall en orättvis fördelning, t.ex. av riskerna vid ovisshet om sakförhållandena.

Påståenden om skillnader i syfte som beror på att det beteende som skall undertryckas skiljer sig åt – straff syftar till att skydda enskilda rättigheter medan administrativa sanktioner syftar till att upprätthålla allmän ordning – är att likställa med påståenden om att straff och administrativa sanktioner kan särskiljas på grund av förhållanden på rättsfaktumsidan. Detta har behandlats, och avfärdats, ovan (se avsnitt 12.3.4.2).

[160] *Öztürk v FRG*, ECHR, Ser. A, No. 73, 1984 s. 20.

[161] Se ovan avsnitt 12.3.2. Jfr beträffande ändamålets betydelse också Heitzer 1997 s. 38 ff.

12.3.4.6 Den processuella regleringen

Inventering de lege lata. Att den processuella regleringen skiljer sig åt beträffande straff och administrativa sanktioner i såväl Sverige som Tyskland är uppenbart. Här skall inte närmare diskuteras hur systemen är uppbyggda. För våra syften räcker det med att säga att straff normalt döms ut i domstol efter regler om rättegången i brottmål (jfr RB och StPO), men att det i såväl Sverige som Tyskland finns ett förenklat förfarande för mindre allvarliga överträdelser.

Administrativa sanktioner döms däremot normalt ut av myndigheter i Sverige. Likaså handhas påförandet av Ordnungswidrigkeiten av administrativa myndigheter.

Om MR- och K-straffen. Beträffande MR-straffen finns som ovan diskuterats starka skäl för att inte tillerkänna processuella regler någon betydelse. De processuella reglerna är skapade med tanke på sanktionernas ingripande karaktär. Att tillerkänna de processuella reglerna betydelse för sanktionens karaktär blir därför något av ett teleologiskt cirkelslut (sanktionens karaktär får återverkningar på det processuella förfarandet som får återverkningar på sanktionens karaktär).

Man skulle i och för sig kunna resonera så att de processuella reglerna, med domstol, höga beviskrav osv., är en del av allt det som gör att de straffrättsliga sanktionerna är så ingripande. Det kan t.ex. hävdas att mindre lidande påförs den som kan få en avi hemskickad och betala 100 kr på posten, än den som måste gå till domstolen och höra åklagaren för att få sin dom. De processuella rättssäkerhetsgarantierna skulle således ses som betungande för den enskilde.

Ett dylikt tänkande kan i och för sig tala för ett förenklat förfarande i första instans för mindre överträdelser, men det kan inte ges någon betydelse för definitionen av MR-straffen. Ty om så skedde skulle man bygga systemet på oförenliga premisser; en viss typ av processuellt förfarande kan inte samtidigt vara både en förmån och en börda för den enskilde. I praktiken kan något givetvis ha både positiva och negativa konsekvenser för den enskilde, men i detta läge är man helt enkelt tvingad att bestämma sig för vilken sida som överväger. Om man i denna avvägning finner att det bör anses vara en fördel för den enskilde att hans gärning bedöms i en ordinär straffprocess bör detta leda till att sanktionsformen inverkar på processformen (och inte omvänt).

Beträffande K-straffen torde i praktiken sällan finnas skäl att tillerkänna de processuella reglerna relevans. Huruvida sanktionen påförs en ansvarig individ och således är att beteckna såsom klandrande kan sällan vara avhängigt av processuella regler. Man kan möjligen ifrågasätta om man kan tala om K-straff i fall där de processuella reglerna inte

på något sätt säkerställer att sanktionen påförs rätt individ. Dvs. även om de materiella reglerna tveklöst är sådana att det finns skäl att anse sanktionen vara ett K-straff, kan de processuella reglerna vara sådana att de förtar den ansvarsförmedlande karaktären hos sanktionen. Detta kan t.ex. vara fallet om beviskraven är så låga att ansvarstillskrivandet blir ett renodlat lotteri. Ett dylikt scenario skall dock inte behöva utspelas ens i en endast måttligt väl fungerande rättsstat.

12.3.4.7 Sammanfattning

Den sammanfattning som här ges skall inte ses som en egentlig definition. Begreppen kan sägas vara öppna i den meningen att det inte kan uteslutas att man bör tillmäta ytterligare faktorer betydelse. Syftet med förevarande undersökning har s.a.s. inte varit att en gång för alla definiera vad som är straff, utan att finna olika riktningar i vilka svaren kan sökas.

Gemensamma drag för MR- och K-straffen är följande:

(1) de påförs på grund av ett normbrott,
(2) de påförs på grund av att något som värderas negativt har inträffat,
(3) de påförs på grundval av regler som är generellt riktade,
(4) de innefattar påförande av lidande eller obehag i någon form, och
(5) de har till syfte att medelst vedergällning verka allmänpreventivt.

Om vi sedan utöver detta försöker karaktärisera MR-straffen så är utöver detta tillräckligt antingen:

(a) att de formellt karaktäriseras som straff enligt det ifrågavarande rättssystemet, *eller*
(b) att de faktiskt framstår som tillhörande det straffrättsliga systemet, *eller*
(c) att de uppvisar en stränghet som går utöver det rent triviala, *eller*
(d) att de är att karaktärisera som K-straff.

För K-straffen kan istället sägas gälla att avgörande är huruvida förutsättningarna som uppställs för sanktionens påförande är sådana att sanktionen kan sägas rikta sig mot den individ som är ansvarig för det som hänt. Med Sverdliks termer skall ett straff implicera att den som påförs straffet inte haft någon giltig ursäkt.

den cirkel som påvisats i avsnitt 8.3. Teorin kan s.a.s. förklara varför vi är obenägna att kalla vissa sanktioner för "riktiga" straff, trots att de uppvisar stor stränghet (därför att de saknar det klandrande elementet). Samtidigt möjliggör teorin att man beträffande dessa sanktioner ändå hävdar att det är angeläget att upprätthålla en viss processuell rättssäkerhetsstandard.

12.4 Bedömning av de EG-rättsliga sanktionerna utifrån de konstruerade begreppen

Detta avsnitt syftar endast till att applicera de ovan konstruerade straffbegreppen på de olika formerna av EG-rättsliga sanktioner. Eftersom de ovan givna straffbegreppen inte direkt definierats i termer av nödvändiga betingelser för deras användning kan det givetvis förekomma tveksamheter i vissa fall. Jag hoppas ändå att läsaren skall finna att angreppssättet har varit fruktbart. Som sagt: det viktigaste är kanske inte att en gång för alla slå fast vilken karaktär de EG-rättsliga sanktionerna har, utan att mer ingående, och mot bakgrund av EG-rätten, diskutera särarten hos de administrativa sanktionsformerna.[162]

12.4.1 Bötessanktionen

Bötessanktionen är, i och med sin ställning inom konkurrensrätten, den kanske mest betydelsefulla sanktionen som vi finner i EG-rätten. På samma gång är det den sanktion som är mest lik de sanktioner vi traditionellt betraktar som straffrättsliga.

Om man med straff menar detsamma som jag ovan har benämnt MR-straff, dvs. en sådan sanktion att det finns skäl att tillämpa de straffrättsliga rättssäkerhetsgarantierna, så finns mycket goda skäl att anse bötessanktionen vara ett MR-straff.

Sanktionen finns i regler vilka är generellt riktade och påförs enbart på grund av att någonting skett i det förflutna. Vidare upprätthålls ett krav på skuld, om också inte hos den som egentligen drabbas av sanktionen. Slutligen och kanske viktigast så kan bötesbeloppen uppgå till mycket stora belopp. Det kan sålunda inte råda något tvivel om att om sanktionens stränghet skall tillmätas den relevans jag har föreslagit så medför detta att bötessanktionen är ett MR-straff.

[162] Jfr Spaak 1997 s. 491 som allmänt framhåller att vägen, vid begreppsanalys, är lika viktig som målet.

Om vi nu återvänder till de krav som jag i avsnitt 8.5 menat att man bör ställa på en avgränsningsteori och applicerar dem på mina tankar kan främst följande sägas.

(1) Teorin måste utgå från hållbara premisser. Den teori som ovan har presenterats har beträffande K-straffbegreppet främst utgått ifrån att straff på något sätt är oupplösligt förbundet med klander och skuld. Att straff implicerar klander och skuld är visserligen ingen ny tanke, men den synes fortfarande vara ett oumbärligt inslag i varje nyanserad diskussion om straffrätten. Det kan härvid också noteras att straffets koppling till klander och skuld tillmäts mycket stor betydelse i modern straffrättsteori.

Beträffande MR-straffbegreppets avgränsning har utgångspunkten varit att det som ytterst motiverar att olika typer av rättssäkerhetsgarantier upprätthålls är att straff utgör stränga statliga ingrepp i människors liv och dessutom är renodlat repressiva (dvs. inte fyller något annat syfte än att vara obehagliga för de drabbade). Detta synes inte vara särskilt kontroversiellt.

(2) Teorin måste vara internt konsistent. Detta innebär att avgränsningen måste följa av premisserna. Av de angivna premisserna följer enligt vad som ovan sagts att K-straff förutsätter att någon form av ansvarsrekvisit utnyttjas. Sker inte detta förlorar sanktionen ofrånkomligen sin klandrande karaktär.

Beträffande MR-straffen har sagts att det finns skäl att betrakta en sanktion som ett MR-straff så snart det finns skäl att upprätthålla de "straffrättsliga rättssäkerhetsgarantierna", dvs. så snart en sanktion som är utpräglat repressiv uppnår mer än en rent trivial stränghet.

(3) Teorin måste möjliggöra en avgränsning. Dvs. teorin får inte vara så vag och svåranvänd att den i praktiken blir innehållslös. Här kan man förvisso hävda att den presenterade teorin är svåranvänd såtillvida att det är svårt att bedöma huruvida en viss sanktion är ett MR-straff, ett K-straff eller något annat. Vad fordras t.ex. i fråga om stränghet för att en sanktion bör betraktas som ett MR-straff, och vilken grad av ansvarsförutsättningar måste gälla för att en sanktion skall vara att betrakta som ett K-straff?

Här vill jag framhålla att en sådan kritik till viss del är berättigad. Teorin ger inga enkla och klara svar. Å andra sidan torde detta, som så ofta inom juridiken, vara ofrånkomligt. Det finns inga skarpa och klara gränser mellan olika typer av sanktioner. Men med utgångspunkt i de ovan förda resonemangen går det att föra rationella diskussioner härikring. Exakt var gränserna läggs är viss utsträckning godtyckligt.

(4) Teorin måste medföra en rimlig avgränsning. Min uppfattning är att teorin uppfyller detta krav. Teorin kan t.ex. användas för att angripa

Omvänt och förkortat kan man fråga sig vilka skälen skulle vara att inte anse bötessanktionen vara ett MR-straff? Det enda som egentligen talar mot (eller snarare: inte talar för) en klassifikation som ett MR-straff är att böterna av lagstiftaren uttryckligen förklarats vara av icke straffrättslig art. Som ovan diskuterats finns dock starka skäl att inte låta lagstiftarens klassifikation vara avgörande i denna riktning.

Däremot bör bötessanktionen knappast anses vara ett K-straff. Här är framförallt två förhållanden av betydelse.

För det första riktas inte sanktionen mot ett objekt som kan sägas vara ansvarigt för, eller ha skuld i någon mening till, det som hänt. I enlighet med de resonemang som ovan förts är klander ett centralt kännetecken för straff. För att straffet skall kunna klandra fordras att det påförs endast i de fall då skuld föreligger. Såsom K-straffbegreppet konstruerats ovan kan K-straff mot företag sägas vara en begreppslig omöjlighet.[163] Detta kan sägas passa väl in i den tradition som menar att juridiska personer, av närmast begreppsliga skäl, inte kan straffas.

För det andra har sanktionen uttryckligen av vad vi kan kalla lagstiftaren bestämts vara av icke straffrättslig art. Detta kan *måhända* i enlighet med vad som ovan (i avsnitt 12.3.4.1) framförts ses som en indikation på att "lagstiftarens" avsikt varit att sanktionen inte skall betraktas och behandlas som ett K-straff.

12.4.2 Förverkandesanktionen

Vad gäller förverkandesanktionen får till att börja med skiljas på restitutiva och punitiva förverkanden. Den förstnämnda typen av förverkande säkerställer endast att status quo uppnås. Att förverka säkerheten innebär i dessa fall i praktiken detsamma som en återbetalning av ett bidrag som man inte hade rätt till.

Den punitiva typen av förverkanden är mer svårbedömd. Här förverkas en säkerhet för vilken det inte finns någon uppenbar motsvarande fordran. Det som gör bedömningen i hithörande hänseenden extra problematisk är att den rättsliga konstruktionen avviker betydligt från den gängse straffrättsliga. Viktigast är att sanktionen påförs efter att den enskilde frivilligt påtagit sig en förpliktelse.[164] Sålunda finns inget generellt riktat sanktionshot, utan i samma stund som sanktionshotet uppkommer – dvs. när den enskilde påtar sig förpliktelsen – blir klart vilken individ (läs företag) som kommer att drabbas av sanktionen. När

[163] Jfr ovan avsnitt 7.5.3.

[164] Jfr t.ex. C-11/70 *Internationale Handelsgesellschaft* [1970] ECR 1125 s. 1136 punkt 18.

en sanktion på detta vis formmässigt avviker från det gängse straffrättsliga mönstret finns skäl att betrakta den som icke straffrättslig. Alla de regler som inom straffrätten ytterst handlar om att koppla samman händelse och individ blir i detta fall överflödiga. Med de termer som använts ovan i sammanfattningen av begreppen (avsnitt 12.3.4.7) kan man säga att föverkandesanktionen inte är generellt riktad.

Med andra ord finns skäl att betrakta förverkandesanktionen varken som ett MR-[165] eller som ett K-straff.

För K-straffens del kan också sägas att ansvarsförutsättningarna inte heller är sådana att sanktionen i någon mening kan sägas uttrycka klander. Tvärtom framgår i praxis att det är likgiltigt huruvida den som drabbas kan sägas ha gjort fel i någon mening.

12.4.3 Strafftillägg, minskning av bidrag och uteslutning från bidragssystemen

Strafftilläggen bör i praktiken vara att likställa med en bötessanktion. Huruvida man betalar en extra summa vid återbetalningen eller en särskild summa vid ett annat tillfälle synes inte böra tillmätas betydelse.

Strafftilläggen bör därför kunna betraktas som MR-straff i den mån de går utöver vad som kan liknas vid en schabloniserad ränta. Om tillägget uteslutande syftar till att säkra räntan på de återbetalade medlen finns inte skäl att anse tillägget utgöra ett MR-straff.

Likaså bör den sanktion som består i minskning av bidrag kunna anses vara MR-straff. Att inte få bidrag man har rätt till är i praktiken också att likställa med att få bidraget men tvingas betala en motsvarande summa i böter. Båda de nu nämnda sanktionsformerna påförs på grundval av generella regler på grund av att något viss hänt i det förflutna.

Motsvarande resonemang är giltigt också vad gäller uteslutning från bidragssystemen.

Huruvida dessa olika sanktioner, i de fall de utgör MR-straff, också bör anses utgöra K-straff är en besvärligare fråga. Sanktionerna är olika utformade på olika områden varför något generellt knappast kan sägas. I vissa fall uppställs krav på uppsåt eller grov oaktsamhet. Även om uppsåt och oaktsamhet inte på något sätt kan sägas uttömma vad som krävs för ansvar, så får detta förhållande sägas tala för att sanktionen i

[165] Beträffande rättssäkerhetsgarantier kan här framhållas att detta på intet sätt innebär att det är uteslutet att den del av artikel 6.1 i Europakonventionen som rör rätt till domstolsprövning och rättvis rättegång när det gäller civila rättigheter och skyldigheter är tillämplig.

dessa fall kan sägas vara ett K-straff. I samma riktning talar det förhållandet att dessa sanktioner i många fall ådöms enskilda företagare.

I andra fall är klart att tillämpningen bara bygger på att det föreligger en felaktig uppgift. I dessa fall kan man inte tala om att sanktionen skulle utgöra ett K-straff. Fråga är istället om en schabloniserad preventionsmekanism.

12.5 Sammanfattning och avslutande synpunkter

Resultatet av den utredning som gjorts i denna avhandlings tredje del är att det laboreras med, och finns ett behov av, åtminstone två straffbegrepp. Här skall framhållas de viktigaste konsekvenserna av denna tudelning. Först och främst skall på ett institutionellt plan framhållas att EG-domstolen och Europadomstolen använder sig av skilda straffbegrepp. Vidare skall påpekas att tudelningen har betydelse också för i vilken omfattning man kan och bör göra analogier till allmänna straffrättsliga grundsatser.

12.5.1 EG-domstolen och Europadomstolen

För EG-rättens del har straffbegreppet betydelse inte minst för kompetensfrågor. Det är en utbredd uppfattning att EG saknar kompetens vad gäller straffrättsliga frågor. Dessa sorterar istället under tredje pelaren och är således föremål för rent mellanstatliga åtgärder. Enligt den begreppsbildning som här förordas skall gränslinjen mellan första och tredje pelaren knytas till K-straffbegreppet. Detta innebär i princip att EG har kompetens att påföra MR-straff så länge de inte också utgör K-straff. Området där EG saknar kompetens är individinriktade sanktioner som påförs under förutsättning av att individen kan sägas vara ansvarig för vad som skett. EG:s kompetens begränsas därutöver, i enlighet med den statsrättsliga legalitetsprincipen, till vissa särskilda – i fördragen angivna – kompetensområden. Det kan härvid noteras att vissa av de EG-rättsliga sanktionerna i vissa fall ligger mycket nära vad som här etiketterats som K-straff. Detta gäller de fall där sanktionshotet riktar sig mot enskilda företagare (naturliga personer) och där sanktionen påförs endast under förutsättning av uppsåt eller oaktsamhet. Hur enskilda företagare skall behandlas i samband med ett företagsansvar är emellertid ett allmänt problem, som sammanhänger med att den enskilda firman ibland är en utpräglad enmansrörelse och ibland mer har karaktär av ett större bolag (med ett flertal anställda osv.).

Om detta godtas är det tydligt att det straffbegrepp som skall användas för att dra gränsen mellan den första och den tredje pelaren, dvs. K-straffbegreppet, inte är detsamma som används av Europadomstolen för de mänskliga rättigheterna. Här nyttjas istället ett begrepp som åtminstone i princip motsvarar vad jag betecknar som MR-straff. Detta medför att det beträffande de EG-rättsliga sanktioner som beskrivits i denna avhandling i stor utsträckning är nödvändigt att uppfylla de krav som artiklarna 6 och 7 i Europakonventionen uppställer.[166] Härvid kan det bland annat utgöra ett problem att kommissionen när de gäller de konkurrensrättsliga böterna agerar i ett närmast inkvisitoriskt förfarande. Detta är sannolikt förenligt med Europakonventionen eftersom det finns möjlighet till överprövning i två domstolar,[167] men särskilt tilltalande är förfarandet likväl inte. En annan rättighet som aktualiseras är "freedom from self incrimination". Här framstår det inte som alldeles givet att de krav på medverkan från företagets sida som ställs i konkurrensrättsliga mål är förenliga med konventionens krav.[168] Dessa frågor är dock mycket komplicerade och kan inte närmare utredas här.[169]

12.5.2 Analogier till straffrättsliga grundsatser

Det som bör framhållas i detta sammanhang är att skälen för analogier till straffrättsliga grundsatser delvis är olika för de båda typerna av straff.

Analogier till straffrättsliga grundsatser som är utpräglade rättssäkerhetsföreskrifter, såsom t.ex. legalitetsprincipen, finns skäl att göra så snart en sanktion visar sig vara ett MR-straff: ty skälet för att klassificera en sanktion som ett MR-straff är ju att det finns skäl att upprätthålla vissa särskilda rättssäkerhetsgarantier. Denna cirkel torde vara oantastlig när det gäller att se klassificeringen som ett MR-straff som skäl för att analogisera till olika rättssäkerhetsgarantier.

Andra former av straffrättsliga grundsatser syftar inte i första hand, eller åtminstone inte enbart, till att tillgodose rättssäkerheten. Regler om

[166] Se t.ex. Lenaerts 1997 s. 37, Guldenmund, Harding & Sherlock 1995 s. 122 och Schutte 1992 s. 392 f. Jfr också Teitgen-Colly 1996 s. 287 f.

[167] Se t.ex. Harris, O'Boyle & Warbrick 1995 s. 240 samt, utförligt, Lenaerts 1997 s. 36 ff. Jfr dock Schutte 1992 s. 393 f.

[168] Schutte 1992 s. 394. Jfr C-374/87 *Orkem* [1989] ECR 3283 s. 3324 ff och 3348 ff.

[169] Se också Teitgen-Colly 1996 s. 301 som menar att även om Europadomstolen och EG-domstolen bygger på samma grundprinciper så finns det skillnader i detaljer. Mest tilltalande vore kanske att (medelst de ändringar som fordras i respektive fördrag) ansluta EG till konventionen och på så sätt, på det ganska begränsade område som de mänskliga rättigheterna trots allt utgör, ge Europadomstolen sista ordet.

medverkan, skuld, orsakande, excess och andra former av ursäkter syftar också till att säkerställa att straffrätten kommer att få en ansvarskommunicerande funktion. Till dessa regler finns skäl att analogisera blott om sanktionen ifråga är ett K-straff. Det finns s.a.s. inte skäl att analogisera till ansvarstillskrivande regler om det är tydligt att regeln ifråga syftar till att vara en renodlad preventionssanktion.

Uppdelningen hindrar inte att det på lagstiftarnivå finns ett normativt samband mellan straffbegreppen. Sanktioner vilka är så stränga att de är att klassificera som MR-straff *bör inte* påföras under andra förutsättningar än att de också blir att klassificera som K-straff. Man kan således säga att skuld- eller konformitetsprincipen i sin normativa variant gäller klassen av MR-straff (dessa bör inte påföras om inte individen haft förmåga att göra annorlunda), medan principen i sin deskriptiva variant gäller klassen av K-straff (ett K-straff existerar endast om ansvarsförutsättningar upprätthålls). Poängen är att i de fall lagstiftaren inte beaktar konformitetsprincipen och således inte låter ett MR-straff vara också ett K-straff, så saknas i regel skäl att analogisera till de grundsatser som är utmärkande för just K-straffen (dvs. normalt ansvarsgrundande rekvisit).

12.5.3 Några tankar kring användningen av MR- och K-straff

Frågan bör nu ställas om de ovan framförda synpunkterna har några implikationer för användandet av de olika strafformerna.

I princip är svaret på den frågan – nej. En teori om vad som bör ingå respektive falla utom straffbegreppet har inga automatisk återverkningar på hur dessa sanktionsformer bör användas. Men jag vill nog hävda att den presenterade begreppsbildningen är användbar när man diskuterar hur man bör nyttja straff och andra sanktioner. Här skall blott ges några synpunkter på hur man skulle kunna förhålla sig till problemet.

Som utgångspunkt kan noteras de diametralt skilda ståndpunkter som framförs av Roxin respektive Warnling-Nerep. Roxin anser att straffrättens användning skall kopplas till *ultima ratio-principen* och att straff sålunda inte skall användas när det räcker att ta till Geldbußen (för att uppnå normkonformitet).[170] Warnling-Nerep menar istället att sanktionsavgifter bara får användas när det är "absolut nödvändigt för att uppnå de effektiva sanktionsregler som åsyftats".[171]

Båda använder således en subsidiaritetsklausul som riktlinje för användandet, men subsidiariteten gäller i olika riktningar: för Roxin är straffrätten subsidiär, för Warnling-Nerep sanktionsrätten.

[170] Roxin 1994 s. 29 rdnr 39.
[171] Warnling-Nerep 1987 s. 79.

Hur bör man förhålla sig härtill?

En viktig sak att notera är att de tyska och svenska systemen skiljer sig åt på väsentliga punkter. Medan ansvarsförutsättningarna i Tyskland, med vissa mindre skillnader, är uppbyggda enligt samma modell för såväl Strafrecht som Ordnungswidrigkeitenrecht så skiljer sig reglerna som gäller för de svenska sanktionsavgifterna avsevärt från de straffrättsliga. T.ex. är ansvaret regelmässigt i det närmaste strikt.

Därmed blir Roxins och Warnling-Nereps skilda uppfattningar förklarliga. För Roxin är straffrätten subsidiär eftersom de straffrättsliga sanktionerna (med viss överlappning) är mer ingripande än de som förekommer inom Ordnungswidrigkeitenrecht. Både Strafen och Geldbußen kan anses utgöra K-straff, men på olika stränghetsnivåer. Införandet av en Ordnungswidrigkeitenrecht kan därför ses som ett försök att dela upp användningen av K-straffen i två delar, där det ena området innehåller mer vardagliga överträdelser.

För Warnling-Nerep och svensk rätt gäller det omvända. De svenska sanktionsavgifterna är materiellt sett ofta mer ingripande än de straffrättsliga sanktionerna för liknande överträdelser, och därtill är ansvaret strikt varför sanktionerna ofta slår slumpmässigt. I Sverige är förhållandet således det att uppdelningen går mellan straffrätten (K-straff) och sanktionsavgifterna (möjligen MR-straff, men inte K-straff).

Vad gäller en uppdelning motsvarande den som sker i Tyskland, dvs. där man önskar dela upp K-straffrätten i en mer och en mindre allvarlig del finns knappast några invändningar mot Roxins rekommendationer. De överensstämmer med allmänna överväganden om A-proportionalitet (det minst ingripande medlet skall väljas i första hand) och humanitet (mindre stränga sanktioner är ur denna synvinkel alltid att föredra).

När det, som i Sverige, gäller ett val mellan K-straff och de MR-straff vilka inte är K-straff är svaret inte lika entydigt. Å ena sidan kan man med Warnling-Nerep mena att de MR-straff som inte utgör K-straff bör användas först i sista hand. Den normala bör vara att repressiva sanktioner skall användas i enlighet med straffrättens grundprinciper. Detta är detsamma som att ge skuldprincipen normativ betydelse för klassen av MR-straff: *MR-straff bör inte utdömas utan att sådana ansvarsförutsättningar uppställs att de också kan anses utgöra K-straff.*

Å andra sidan kan hävdas att K-straffens klandrande karaktär gör att de bör användas i sista hand. För den enskilde kan det vara viktigare att undkomma det klander och den stigmatisering som följer på ett brott än att till varje pris betala så få kronor som möjligt. Kanske kan man kombinera en uppfattning som säger att K-straffen är ultima ratio, med en tanke om att straffrätten sätter vissa gränser för hur man kan använda

andra sanktioner.[172] Dvs. för att man på allvar skall kunna hävda K-straffens ultima ratio karaktär, så fordras att K-straffen också framstår som det strängaste vapen som staten har att tillgripa. Detta innefattar naturligtvis också vissa gränser för hur stränga andra former av sanktioner kan vara.

Som sagt: detta är inte ett problem – eller en intresseavvägning – som omedelbart löses av den presenterade teorin. Frågan synes vara av sådant principiellt intresse att den förtjänar fortsatt diskussion.

[172] Tanken kan sägas vara uttryckt i Kuhlen 1990, jfr t.ex. avslutningen på s. 279 hsp., som diskuterar huruvida det finns straffrättsliga gränser för det skadeståndsrättsliga ansvaret för minderåriga.

Summary

PART I INTRODUCTION

The first part of this thesis begins with a chapter in which the subject is presented and in which the purpose of the study is stated more precisely. There is also one chapter that deals with theoretical and methodological questions, one chapter in which the relationship between EC law and criminal law is discussed and, finally, one chapter that deals with the principles of proportionality.

1 Background and purpose

This is a thesis in criminal law that mainly deals with questions concerning EC law. This may appear a bit strange since the commonly accepted view is that the EC lacks competence in the field of criminal law. Whether the popular opinion is correct depends, however, on what you mean by words such as "criminal law" and "punishment". It is clear that EC law affects national criminal law in various ways and that the EC has competence with regard to certain administrative sanctions which are hard to distinguish from traditional forms of punishment. This thesis is devoted to the latter topic, *supranational* sanctions.

Supranational EC law sanctions have existed from at least 1962 when regulation 17/62 was adopted. This regulation allows the Commission to impose fines on companies which infringe the provisions of Article 85 and 86 of the EC Treaty. According to the regulation, these fines are of a non-criminal nature, but they are still very hard to distinguish from a criminal fine and they are not infrequently very severe: e.g. in 1992 a fine of 75 million ECU was imposed on Tetra Pak.

The interest in the supranational sanctions has increased during the last ten years as the problems concerning fraud against the community

have grown. The thesis does not deal with questions that are directly connected to EC frauds. Instead one can say that the thesis deals with questions that have become more important due to the problems of fraud.

The overarching purpose of the study is to analyse the EC law sanctions from a criminal law perspective.

This purpose can be stated more concretely in the following way:

(1) to put the EC sanctions in context. The first task has therefore been to describe the structural connections between EC law, national criminal law and the supranational sanctions.

(2) to analyse and evaluate the supranational sanctions from a criminal law perspective.

(3) to analyse the relationship between punishment and other types of (administrative) sanctions.

The first task is, in other words, to introduce EC law as a relevant factor in the Swedish (criminal law) reality. As a result of the Swedish membership of the EC questions concerning EC and criminal law have been raised within the government and in the universities, but it is probably still correct to say that the educational level with regard to this subject is low. Most important in this connection is chapter 3 in which the author gives a brief account of the structural relationship between EC law and national criminal law.

The second task is to evaluate the EC sanctions from a criminal law perspective. This is done in part II of the thesis. Attempts to do this have been made before, above all in Germany. That the author is, as will appear for those who read chapters 5–7, critical to many of the results that this research has produced, does not mean that he does not appreciate the value of that research. It has mostly been conducted on the basis of almost nothing having been done before. This second task is completed in chapters 5–7.

The third task is to develop a theory which can be used in distinguishing punishment from other types of sanctions. This question becomes important in a EC law context since the European Court of Justice partly bases its case law on the distinction. The question is also of relevance as regards the European Convention on Human Rights, which recently has been incorporated into Swedish law (the Convention was, however, ratified by Sweden in 1952). One can say concerning this task that the most important thing is not to classify the supranational sanctions, but to analyse the borders of the concept of punishment. This analysis will be completed in chapters 8–12.

2 Theoretical and methodological remarks

In this chapter some basic theoretical and methodological issues are dealt with in order to give the reader an idea of the author's understanding of the law and its environment.

First, the relationship between law and morals is discussed. A basically positivistic approach is recommended. This must however not be understood as a denial of the fact that morals can be of importance in legal argumentation.

Second, it is emphasised that questions concerning the internal and external validity of law are affected by the fact that they are treated within an EC law context. Since the EC in practice lacks power in relation to its Member States a strictly normative analysis will be insufficient, at least when it comes to "large" questions (e.g. questions concerning competence). The conclusion is that one has to take a partly realistic approach to such questions. What the EC has competence to do not only depends on the normative content of the Treaties but also on the reactions of the Member States.

The author also argues in favour of a methodological multiplicity, but nevertheless recommends that one should distinguish between different types of methods. It can, e.g., be valuable to have a concept of legal dogmatics which does not include every type of research that has law as its main object.

The sources and methods of EC law are also discussed. In this connection it is noted that the European Court of Justice has a teleological approach and pays less attention to the "ordinary meaning" of legal terms than national courts. It is emphasised that this method in combination with the vague texts of the Treaties leads to inadequate forseeability.

The comparative material that is used in the study is mainly German and Swedish.

3 The relationship between EC law and criminal law

In this chapter the relationship between EC law and criminal law (taken in a broad sense) is dealt with. The author presents the following structure.

First of all, it is important to make a distinction between (1) the influence of EC law on national criminal law and (2) supranational EC sanctions. This distinction is important since it reflects the difference

between EC law and national law and the different methods of application that are connected to that distinction.

(1) The influence of EC law on national criminal law can be either *positive* or *negative*. Positive influence means that, according to EC law, there is a duty for the national legislator to punish certain conduct.

Positive influence exists in three different forms: (a) general primary law influence, (b) specific primary law influence and (c) secondary law influence.

(a) The general primary law influence stems from the principle of loyalty that is stated in Article 5 of the Treaty of Rome. In this connection, this principle means a general duty of assimilation, i.e. the Member States have a duty to protect the interests of the community in a similar way as they protect their own national interests. It is further required, as a minimum, that the sanctions used are effective, proportionate and have a deterrent effect.

(b) Specific primary law influence means that there are specific articles in the primary treaties which require that the Member States make certain conduct punishable. There are such specific requirements concerning perjury before the Court of Justice (e.g. Article 27 of the statute of the Court), breach of professional secrecy (Article 194 Euratom) and fraud against the financial interests of the Community (e.g. Article 209a Treaty of Rome). One important question is whether these rules can be directly effective. The articles on fraud are not sufficiently precise and unconditional to have direct effect, but the other articles are. In Sweden the general view seems to be that none of the articles is directly effective.

(c) Secondary law influence means that the influence has its origin in secondary law, such as regulations or directives. Both of these are nowadays in practice used in the same manner. It can, e.g., be prescribed that the Member States shall take the measures necessary (e.g. prescribe for sanctions) or more directly that certain conduct shall be punished. Neither regulations nor directives can in this connection be directly effective, i.e. it is not possible to impose a penalty until the national legislator has fulfilled his duties and prescribed for sanctions.

Negative influence stems, as does general positive influence, from the principle of loyalty expressed in Article 5 of the Treaty of Rome. Primarily this means that there is an obligation not to have national rules which are in conflict with EC law. If this obligation is not respected, it still has importance since it, in combination with the principle of supremacy of EC law, means that the national rule cannot be applied. The accused can use EC law as a defence. The principle of loyalty also

implies that national rules which in this way conflict with EC law must be annulled.

(2) What has been said above concerns only the influence of EC law on national criminal law. The second issue is the supranational EC sanctions. They can be structured in the following way.

When you discuss legal competence it is preferable to divide it into *legislative, judicial* and *executive* competence. When it is said that a sanction is supranational (or belongs to EC law) this means that the EC authorities have legislative competence, i.e. competence to enact the rule in question. Thus, for a sanction to be supranational (or belong to EC law) it is enough that the rule that prescribes the sanction is an EC law rule. The judicial and the executive competence can accordingly be exercised by national authorities (or courts).

Within the supranational law of sanctions one should distinguish direct supranational sanctions from indirect supranational sanctions. That a sanction is *directly* supranational means that EC authorities exercises both the legislative and the judicial competence. The executive competence is always exercised by national authorities. Examples of this type of direct supranational sanctions are the fines that are imposed for infringements of the competition rules and the fines that are imposed for infringements of the Treaty of Paris (see, e.g., Article 64). *Indirect* supranational sanctions are characterised by the fact that only the legislative competence is exercised on the EC level; the judicial and executive acts are thus performed by national authorities. This construction is above all used within the CAP. Examples of sanctions that are used are forfeiture of securities, exclusion from aid-schemes, reduction of aid etc.

4 Proportionality

In chapter 4 the author deals with the principles of proportionality. The administrative principle of proportionality that is used within EC law (A-prop.) is different from the principle of proportionality of criminal law (C-prop.).

The A-prop. requires proportionality between means and end. The measure taken must be necessary and appropriate in order to reach the end. Thus the principle is prospective.

The C-prop. is, on the other hand, retrospective. It requires that the penalty is proportionate, not to something in the future, but to the seriousness of the infringement in question.

The author shows that the European Court of Justice in cases concerning sanctions sometimes mixes up the principles. There are several cases where the Court has not made its judgement according to the A-prop. but instead according to the C-prop.

The author argues that A-prop. requires that the means are proportionate in relation to the end. The end is that the undesirable behaviour (which the sanction is supposed to suppress) will not occur. The next question to ask is then: how should the value of this end be judged? The answer must surely be that the value is dependent on the harm that would occur if the undesirable behaviour would be realised. This is obviously a judgement which is closely related to the one that should be made according to the C-prop.

Does this mean that both principles are concerned with one and the same question, and that the only difference is the time perspective (the A-prop. is prospective and the C-prop. is retrospective)?

No, there is at least one further difference between the two principles and that is that the C-prop. has a pronounced individual approach. When a judgement is to be made according to the C-prop. one can only take account of what the individual in question has done. It does not make the crime more serious that others have done the same thing and thereby caused aggregated harm. This limitation, that has its origin in the general principles of criminal law, has no counterpart within the A-prop.

If one applies the A-prop., the end to avoid certain harm is equally important, irrespective of whether the harm is caused by one, ten or a thousand persons. If a thousand persons, independent of each other, do something that is not very harmful, but they together cause aggregated harm, one can when judging according to the C-prop. only take account of the harm done by each individual. If one, though, considers the same situation under the A-prop. one can take account of the aggregated harm. Consequently a judgement that is made according to the A-prop. will allow a more severe sanction than one that is made according to the C-prop.

Finally, the point is made that the judgement that is to be made according to A-prop. is closely related to a judgement on pure general preventive grounds.

PART II ON THE FINES WITHIN EC LAW

The second part of the study is concerned with the fines used within EC law. The fines can definitely be said to be the most important supranational sanction. The objective is to evaluate the construction of the fines from a criminal law perspective. The disposition is built on a concept of crime which consists of three different elements: *an act which can lead to the imposition of a fine, non-justification* and *culpability.*

5 An act which can lead to the imposition of a fine

In this chapter the author makes an inventory and description of the rules which prescribe fines. Attention is primarily paid to the fines within competition law.

Within competition law fines can above all be imposed for infringements of articles 85 and 86 of the Treaty of Rome. The rules about this can be found in regulation 17/62. The behaviour that is sanctioned by a fine is participation in different forms of co-operation that restricts competition or abuse of a dominant position. Fines can further be imposed for infringements of certain obligations that have been attached to an exemption. Finally, certain irregularities in connection with competition procedure can lead to the imposition of a smaller fine (e.g. giving false or deceptive information when applying for negative clearance).

In the framework regulation 2988/95 it is presupposed that rules prescribing fines shall be enacted in other sectoral regulations (concerning irregularities in the sphere of the CAP). It is not possible to impose fines only with support of the framework regulation.

Finally, fines can be imposed according to several articles in the Treaty of Paris.

6 Justification

In this chapter the author discusses whether there are any general justifying circumstances that are acknowledged within EC law. In the legal literature, three such justifying concepts are discussed: self-defence, necessity and force majeure.

The Court of Justice has discussed the concept of self-defence only in a few cases. In most of these cases it is hard to see if the Court has made a distinction between self-defence and necessity.

It is argued that the concept of self-defence could not have any real significance in connection with the imposition of fines. The basic reason for this is that the concept of self-defence allows the defender to take fairly extreme measures in defending himself. The reason for this generosity is, in turn, that the defence act is directed only towards the aggressor. Since none of the infringements for which fines are imposed within EC law are directed only against individual interests, every defence act will also be directed towards other interests than those belonging to the aggressor. These acts must therefore be judged according to the more general provision of necessity. Thus, the concept of self-defence cannot have an independent significance in connection with the imposition of fines.

The situation regarding the concept of necessity is more complicated. The Court of Justice seems, with some hesitation, to accept the concept as such as a basis for justification. This is natural since the defence of necessity is a fundamental and commonly accepted legal concept. In order to accept that an act is justified due to necessity the Court requires that the following prerequisites are fulfilled. The threatened interest must be the existence of the company in question. The threat must further be immediate. There must be a concrete risk of bankruptcy. Furthermore the threat against the existence of the company must not be self-inflicted, i.e. the company must not have put itself in the precarious situation. The act must also be necessary in order to avoid the danger that constitutes the situation of necessity (i.e. in most cases to avoid bankruptcy). The Court has said almost nothing regarding the general weighing of interests. Finally, it should be mentioned that the Court has stated that a company cannot rely on the necessity of a third party (e.g. another company) in order to justify infringements of EC provisions.

The author argues that it is the fact that we are dealing with companies that makes the justification of necessity hard to apply. It is presupposed in a market economy that companies will go bankrupt. One can say that it is assumed that the value of a certain company's existence is determined by the economic market. This does not, however, mean that the defence of necessity becomes of secondary importance to values of the economic market. But in the weighing of interests one must take account of the legal context, and in this case one will find that the existence of companies does not have any legal protection.

This line of reasoning can also explain why the Court requires that the precarious situation must not be self-inflicted. If the existence of a

company is to be regarded as valuable, it is necessary that the company has not, e.g. by a less successful choice of products, caused its own problems.

The third ground for justification that is discussed is force majeure. Here the author emphasises that the concept of force majeure is constructed for situations in which it is clear who will be responsible if a certain obligation is not fulfilled. The attribution of responsibility for the event is made from the very beginning. When it comes to criminal law or administrative criminal law this is not the normal situation. These rules are instead valid for a period of time and concern a lot of people. Since it is not, in this connection, stated who will be responsible if a certain, prohibited, event occurs there are always rules of attribution which serve an equivalent function to that of the concept of force majeure. In connection with general laws these rules should not be regarded as exceptions, as is the case with force majeure, but as conditions which must be fulfilled if the rule shall be applicable.

It is furthermore obvious that the concept of force majeure is constructed for application in relation to omissions (to fulfil a certain obligation). Applied in relation to acts, the use of force majeure becomes artificial: one has to argue that every act other than the one which actually was taken was impossible to perform due to force majeure.

The conclusion is that there is no reason to regard force majeure as a special ground for justification. It is enough, and more appropriate, to use the general rules on involuntary conduct etc.

As regards the burden of proof, the Court of Justice has several times stated that it is the company that argues that its conduct is justified that must prove that it has been in such a situation which would allow justification. This is noteworthy since it obviously conflicts with the principle *in dubio pro reo*, which is commonly accepted.

7 Culpability

A general principle of criminal law is that punishment presupposes culpability: *nulla poena sine culpa.* Somewhat simplified one can say that culpability is to be equated with intention, or negligence, and the lack of excuses.

Within EC law the imposition of a fine requires, in most cases, intention or negligence. There are, though, some types of sanctions which do not presuppose culpability. The European Court of Justice has accepted this type of strict liability on the condition that it is compatible with the

principle of proportionality, i.e., a system of strict liability must be necessary and appropriate in order to achieve the purpose of the regulation in question.

The concepts of intent and negligence within EC law are examined. It is found that intention covers both intention (in a narrow meaning) and knowledge (belief). How the borderline to negligence is drawn is harder to say. The Commission has, however, used words that imply that it employs a concept which is closely related to the German concept "bedingter Vorsatz".

Negligence is, in the case law, expressed by the words "should have known". The concept of negligence should, even though there are some statements that imply the opposite, be individualised: the question should thus be whether the accused, judged as an individual person, should have known the relevant fact.

It is further examined which factors that must be "covered" by intention or negligence. First, one can ask if the existence and the extension of the rule must be covered. In this regard different opinions are presented by the court, the Commission and legal scholars. The Court of Justice has, however, the most uniform approach. In several cases it has explicitly stated that it is irrelevant whether the company knew that it was infringing the rules of the Treaty.

With regard to the act that can lead to the imposition of a fine, the author finds that the intention (or negligence) must cover all the conditions (component parts) in the rule before it is applicable. This means as regards, e.g., abuse of dominant position that the subject in question must know that it is a company with a dominant position and that its abuse of this position can affect the common market.

Even though the existence and extension of the rule does not have to be covered by intent (or negligence), mistakes in this regard can constitute an excuse. This is true especially in cases where (1) the mistake is due to information from authorities, (2) the mistake is due to the fact that the company in question has had special difficulties in obtaining relevant knowledge or (3) the mistake is due to the fact that the law is not clear.

Finally, it is discussed in what way one attributes culpability to companies within EC law. In principle there are two possibilities: either one attributes intentions etc. from natural persons or one uses some form of organisational fault.

In this regard, it is argued that organisational fault cannot be used within EC law, as it stands today, since the fault requirement expressly is equated with the "psychological" factors intention, knowledge and negligence. Thus, the conclusion is that some sort of attributive fault is

used. This means that the company is made responsible for the intentions etc. of its employees. This model is not compatible with the principle of *nulla poena sine lege* since the intentions of the employee are attributed to the company on objective grounds.

Since the principle of *nulla poena sine lege* is often seen as a part of the general justification of the use of punishment, the author discusses what it is that makes sanctions against companies legitimate. The author finds that such sanctions, under certain circumstances, are legitimate *inter alia* since the sanction does not directly affect human beings and since there is a form of reciprocity in that the company takes both the good and the bad consequences of the acts of its employees.

PART III ON THE LEGAL NATURE OF THE SUPRANATIONAL SANCTIONS

In the third part of the thesis the author discusses in which ways one can distinguish punishment from other types of sanctions. After a chapter where the problem is introduced, there follows three chapters where it is examined how the problem is solved in Germany and Sweden and by the European Court of Human Rights. In a concluding chapter a new solution of the author's own devising is presented.

8 The problem

In this chapter the problem is set out. The question is in what ways one can, and should, distinguish punishment from other types of sanctions. Initially the author discusses why it is important to make this distinction. One reason is that special procedural guarantees have been connected to the concepts of crime and punishment (e.g. Article 6 of the European Convention on Human Rights). If one argues that special safeguards should apply in criminal matters, this will automatically create a need for distinguishing criminal matters from other matters. Another reason for discussing the distinction is that it is used in a normative way within EC law, e.g. it is often stated that the EC has competence with regard to administrative sanctions but not with regard to criminal sanctions (which instead should be treated under the third pillar). A third reason for making the distinction is that the concept of punishment can be used as a ground for making analogies of all sorts. One can, e.g., argue that

since a certain sanction is to be equated with a punishment, the rules on attempts and complicity are to be applied by analogy.

The author begins by making it clear that his conceptual analysis, as often is the case, is partly descriptive and partly normative. It is also emphasised that the striving for conceptual clarity is not the same thing as striving for *Begriffsjurizprudenz.*

It is further argued that a theory on this subject must fulfil at least four conditions: (1) the theory must be built on valid premises, (2) the theory must be internally consistent (i.e. the distinction between punishment and other sanctions must follow from the premises), (3) the theory must be workable (e.g. not be too vague), and (4) the distinction which emerges from the theory must be reasonable.

In a concluding section the author sketches on the background to the existence of administrative sanctions. It is emphasised that a criminal law which is constructed for single serious acts is bound to be very expensive and partly ineffective in modern society.

9 Ordnungswidrigkeiten

In this chapter the German distinction between *Straftaten* and *Ordnungswidrigkeiten* is examined. Initially a historical background is sketched, where it is noted that one can find precursors to the distinction as early as in the Middle Ages. The author also gives a brief description of the rules applicable to *Ordnungswidrigkeiten.*

Different theories on the distinction between *Straftaten* and *Ordnungswidrigkeiten* are then examined. The theories can be divided into three groups: qualitative theories, quantitative theories and mixed theories. The qualitative theories assume, as the name suggests, that there is a qualitative, ontological, difference between *Straftaten* and *Ordnungswidrigkeiten.* The quantitative theories deny this. The mixed theories assume that there is a qualitative difference in the core of the two areas but that one has to rely on quantitative criteria in dealing with borderline cases.

The most famous qualitative theory, the theory of *administrative criminal law*, which has been developed by *James Goldschmidt, Erik Wolf* and *Eberhardt Schmidt* is built on a basic distinction between law and administration. According to the theory, the distinction has consequences both for the nature of the infringement and for the nature of the sanction. Some other theories are discussed which build their distinction on, e.g., morals, natural law or culture.

In another section the quantitative theories, as they have been developed by, e.g., *Albin Eser* and in certain standard works on criminal law, are examined. Attention is also paid to the development of quantitative theories in the German courts, especially the *Bundesverfassungsgericht.*

The author finds the quantitative theories appealing. But since the German theories try to find criteria according to which the legislator should systematise *Straftaten* and *Ordnungswidrigkeiten* they can be characterised as theories of criminalization. This, of course, makes them less helpful when we are trying to distinguish between punishment and other types of sanctions.

10 The Swedish discussion

The Swedish discussion concerning the distinction between punishment and other types of sanctions has not been extensive and has mainly concerned monetary administrative penalties (sanktionsavgifter).

Initially, the author examines what has been said in official reports. The most interesting remarks are found in Ds Ju 1981:3 where it is stated that a monetary administrative penalty (1) is paid to the community and (2) is an economic sanction for an infringement of a legal rule. It is fairly obvious that this characterisation is insufficient if one wants to distinguish the monetary administrative penalties from punishment. In the report it is, however, stated that the monetary administrative penalties formally and materially are of a non criminal nature and that the general principles of criminal law are consequently not applicable to them.

Thereafter the literature is examined. In the Swedish literature no author has argued for a qualitative theory. The most interesting contribution is made by *Ivar Agge* who discusses the concepts of crime and punishment. Agge's discussion has no connection to monetary administrative penalties but it is still interesting. Further *Wiweka Warnling-Nerep* has made an attempt to make a distinction between punishment and monetary administrative penalties. Warnling-Nerep considers that the conclusive criteria is whether the legislator calls the sanction a monetary administrative penalty and treats it as such a sanction.

11 The European Court of Human Rights

In this chapter the author examines the case law of the European Court of Human Rights with regard to the area of application of the procedural safeguards under Article 6 of the convention for persons "charged with a criminal offence".

The Court uses three different elements when deciding whether article 6 is applicable: (1) the classification in the state in question, (2) the nature of the offence, and (3) the nature and severity of the sanction. The Court has expressly stated that the elements are alternative, i.e., it is enough that one element is fulfilled in order to make Article 6 applicable.

(1) The first element simply implies that one investigates whether the infringement in question is classified as a criminal offence in the state in question.

(2) The second element, the nature of the offence, is more complicated. According to the case law, one shall under this heading consider several different factors. *Inter alia* one shall consider (a) whether the rule is directed to the whole population, (b) the seriousness of the crime, (c) the classification in other states that have ratified the convention, (d) the normal meaning of the word "offence", (e) the interest protected by the norm, and (f) the procedural rules applicable.

(3) The third element is the nature and severity of the sanction. As a rule of thumb one can say that imprisonment for more than a few days will generally make Article 6 applicable.

It is further noted that there are cases which cannot be systematised in accordance with the three elements. The Court has in these cases considered the case as a whole. These cases must not be understood as if the Court has abandoned the line of reasoning which has been outlined above, but merely as implying that it to some extent is allowed to weigh the elements against each other.

12 Confrontation

In this chapter the author initially examines the previous attempts that have been made in the literature to classify the supranational sanctions. Most of the authors find that the supranational sanctions are to be equated with the German *Geldbußen*.

One thing that is unsatisfactory with this earlier discussion is that everybody is working with a given concept of punishment which is never expressly developed, i.e., it is normally said that there are a number of

differences and similarities and then the conclusion is presented. It is, however, nowhere stated what factors justify the conclusion.

The author of this book therefore tries to construct a useful concept of punishment. It is noted that the reasons for classifying a sanction as punishment points in two different directions. On the one hand one ought to focus on the severity of the sanction. The reason for having special procedural safeguards when it comes to punishment is that punishment generally interferes with people's lives in a brutal way. If one classifies a sanction as something else than punishment, there will be less procedural safeguards and consequently the sanction should be less severe.

On the other hand, one ought to focus on the conditions for imposing liability. The conditions for liability are not merely a type of safeguard. They also have as a purpose to secure that criminal law becomes a form of moral practice. If criminal law is to be a sort of communicative process, it simply has to communicate with persons who can be considered responsible for the crime in question.

The conclusion is that we need two different concepts of punishment: one that implies that certain (procedural) safeguards should be applied and one, more narrow, that implies that the sanction in question is one that is imposed on a responsible individual. Here, the different forms of punishment will be called *Human Rights sanctions (HR-sanctions)* and *Criminal punishment (C-punishment)*

From this point of departure the author searches for criteria which can be used to define the concepts of HR-sanctions and C-punishment. One of the most important points is connected to the censuring character of punishment. The author argues that if a sanction is to entail censure it is required that the sanction is imposed only on those who can be held responsible for the act in question. Consequently sanctions that can be imposed regardless of culpability etc. lose their censuring character. This is seen as the heart of the concept of C-punishment. A censuring element can also be considered as an element of severity and consequently be considered when deciding whether a sanction is an HR-sanction.

These definitions have the following consequences. First, it should be noted that the European Court of Justice and the European Court of Human Rights use different concepts of punishment.

It is generally accepted that the EC lacks competence with regard to criminal law matters. Criminal law should instead be dealt with within the framework of the third pillar. The author argues that this dividing line (between the first and the third pillar) should be connected to the concept of C-punishment. Consequently, the EC has, under the first

pillar, competence to prescribe HR-sanctions as long as they do not (also) have C-punishment character. Questions concerning C-punishment belong under the third pillar. It is noted that there is a tendency that this dividing line is overstepped.

The distinction made by the European Court of Human Rights uses a concept which is related to what the author calls HR-sanctions. This means that the convention to a large extent is applicable to the sanctions used within the EC.

Second, the concepts have implications for how one should make analogies to general principles of criminal law. Analogies to principles which can be seen as pure (procedural or material) safeguards should be made as soon as a sanction is an HR-sanction. Other forms of criminal law principles, regarding e.g. guilt, causation, complicity etc., do not merely have as their purpose the protection of the individual, but also to ensure that the criminal law itself is a moral instrument. Analogies to such rules should be made when the sanction in question is a C-punishment.

Litteratur m.m.

Offentligt tryck m.m.

Sverige

Propositioner

Proposition 1971:10 med förslag till skattebrottslag, m.m.
Proposition 1972:81 med förslag till kungörelse om ändring i förordningen (1940:910) angående yrkesmässig automobiltrafik, m.m.
Proposition 1975/76:106 med förslag till lag om felparkeringsavgift, m.m.
Proposition 1975/76:164 med förslag till lag om påföljder och ingripanden vid olovligt byggande, m.m.
Proposition 1980/81:92 om ändring i miljöskyddslagen (1969:387).
Proposition 1981/82:146 om ändring i utlänningslagen (1980:376), m.m.
Proposition 1981/82:154 om ny arbetstidslag m.m.
Proposition 1982/83:87 om vattenföroreningsavgift.
Proposition 1983/84:192 om sanktionsavgifter vid överträdelser av import- och exportregleringar.
Proposition 1985/86:23 om ändring i brottsbalken m.m. (företagsbot)
Proposition 1985/86:41 om tulltillägg.
Proposition 1992/93:207 om åtgärder mot penningtvätt.
Proposition 1993/94:130. Ändringar i brottsbalken m.m. (ansvarsfrihetsgrunder m.m.)
Proposition 1994/95:75. Vissa livsmedelspolitiska åtgärder vid ett medlemskap i Europeiska unionen.
Proposition 1994/95:133. Några frågor angående EG-domstolen.

Statens offentliga utredningar

SOU 1969:42. Skattebrotten.
SOU 1976:37. Smugglingsbrott och tulltillägg.
SOU 1977:2. Bilarbetstid.

SOU 1977:6. Översyn av det skatteadministrativa sanktionssystemet 1. Eftergift och besvär m.m.
SOU 1978:80. Bättre miljöskydd I.
SOU 1982:54. Översyn av det skatteadministrativa sanktionssystemet 2. Nyansering av skattetillägg m.m.
SOU 1994:49. Utrikessekretessen.
SOU 1994:151. Grupprättegång. Del A–C.
SOU 1995:91. Ett reformerat straffsystem.
SOU 1996:116. Artikel 6 i Europakonventionen och skatteutredningen.
SOU 1996:185. Straffansvarets gränser. Del I. Övervägande och förslag.
SOU 1997:20. Konkurrenslagen 1993–1996.
SOU 1997:36. Bekämpande av penningtvätt.
SOU 1997:127. Straffansvar för juridiska personer. Del A och B

Departementsserien

Ds B 1975:3. Förslag till lagstiftning om påföljder vid olovligt byggande.
Ds Ju 1978:5. Företagsböter. En kartläggande undersökning av korporativt ansvar.
Ds Ju 1981:3. Ekonomiska sanktioner vid brott i näringsverksamhet.
Ds Ju 1984:5. Företagsbot. Delbetänkande av Kommissionen mot ekonomisk brottslighet.
Ds 1997:51. Internationella ekobrott. Rapport från internationella ekobrottsgruppen.

EG och EU

I den mån det är möjligt hänvisas till svenska versioner. För rättsakter som härrör från tiden före det svenska medlemskapet finns svenska versioner i regel i den specialutgåva med översättningar av gällande rättsakter som utkom inför Sveriges inträde (SE).

Gällande sekundärrätt

Rådets förordning nr 11 om avskaffande av diskriminering såvitt avser fraktsatser och befordringsvillkor enligt artikel 79.3 i Fördraget om upprättandet av Europeiska ekonomiska gemenskapen (SE 07 volym 1 s. 23; JO n° 52, 16.8.1960, s. 1121)
Förordning nr 17. Första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86 (SE 08 volym 1 s. 8; JO n° 13, 21.2.1962, s. 204)
Rådets förordning nr 141 om undantag från tillämpning av rådets förordning nr 17 för transportområdet (SE 07 voym 1 s. 36; JO n° 124, 28.11.1962, s. 2751)

Rådets förordning (EEG) nr 1017/68 av den 19 juli 1968 om tillämpning av konkurrensregler på transporter på järnväg, landsväg och inre vattenvägar (SE 07 volym 1 s. 54; JO n° L 175, 23.7.1968, s. 1)

Kommissionens förordning (EEG) nr 2960/77 av den 23 december 1977 om tillämpningsföreskrifter för försäljning av olivolja som innehas av interventionsorgan (SE 03 volym 9 s. 140; OJ No L 348, 30.12.1977, s. 46)

Kommissionens förordning (EEG) nr 2220/85 av den 22 juli 1985 om gemensamma tillämpningsföreskrifter för systemet med säkerheter för jordbruksprodukter (SE 03 volym 19 s. 55; OJ No L 205, 3.8.1985, s. 5)

Kommissionens förordning (EEG) nr 2677/85 av den 24 september 1985 om genomförandebestämmelser för systemet för konsumtionsstöd för olivolja (SE 03 volym 19 s. 165; OJ No L 254, 25.9.1985, s. 5)

Rådets förordning (EEG) nr 4056/86 av den 22 december 1986 om detaljerade regler för tillämpningen av artiklarna 85 och 86 i fördraget på sjöfarten (EES-avtalets bilagor med rättsakter. Band 4. Konkurrens Statligt stöd Offentlig upphandling. EES-avtalets bilagor XIV, XV och XVI, s. 140; OJ No L 378, 31.12.1986, s. 4)

Kommissionens förordning (EEG) nr 2200/87 av den 8 juli 1987 om fastställande av allmänna bestämmelser för framskaffande inom gemenskapen av varor som skall levereras som livsmedelsbistånd från gemenskapen (SE 11 volym 13 s. 3; OJ No L 204, 25.7.1987, s. 1)

Kommissionens förordning (EEG) 3665/87 av den 27 november 1987 om gemensamma tillämpningsföreskrifter för systemet med exportbidrag för jordbruksprodukter (SE 03 volym 24 s. 216; OJ No L 351, 14.12.1987, s. 1)

Rådets förordning (EEG) nr 3975/87 av den 14 december 1987 om förfarandet för tillämpning av konkurrensreglerna på företag inom luftfartssektorn (EES-avtalets bilagor med rättsakter. Band 3. Audiovisuella tjänster Teletjänster Transport. EES-avtalets bilagor X, XI och XIII s. 523; OJ No L 374, 31.12.1987, s. 1)

Rådets direktiv [592/89] av den 13 november 1989 om samordning av föreskrifter om insiderhandel (SE 06 volym 3 s. 10; OJ No L 334, 18.11.1989, s. 30)

Kommissionens förordning (EEG) nr 1738/89 av den 19 juni 1989 om fastställande av närmare bestämmelser om produktionsstöd för durumvete (SE 03 volym 29 s. 173, OJ No L 171, 20.6.1989, s. 31)

Rådets förordning (EEG) nr 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer (EES-avtalets bilagor med rättsakter. Band 4. Konkurrens Statligt stöd Offentlig upphandling. EES-avtalets bilagor XIV, XV och XVI, s. 55; OJ No L 395, 30.12.1989, s. 1)

Kommissionens förordning (EEG) nr 2921/90 av den 10 oktober 1990 om beviljande av stöd för framställningen av kasein och kaseinater av skummjölk (SE 03 volym 34 s. 180; OJ No L 279, 11.10.1990, s. 22)

Kommissionens förordning (EEG) nr 3445/90 av den 27 november 1990 om närmare bestämmelser för beviljande av stöd till privat lagring av nötkött (SE 03 volym 35 s. 146; OJ No L 333, 30.11.1990, s. 30)

Rådets direktiv [308/91] av den 10 juni 1991 om åtgärder för att förhindra att det finansiella systemet används för tvättning av pengar (SE 10 volym 1 s. 68; OJ No L 166, 28.6.1991, s. 77)

Kommissionens förordning (EEG) nr 3887/92 av den 23 december 1992 om fastställande av tillämpningsföreskrifter för det integrerade administrations- och kontrollsystemet för vissa av gemenskapens stödsystem (SE 03 volym 47 s. 107; OJ No L 391, 31.12.1992, s. 36)

Kommissionens förordning (EEG) nr 643/93 av den 19 mars 1993 om ändring av förordning (EEG) nr 2677/85 om genomförandebestämmelser för systemet för konsumtionsstöd för olivolja (SE 03 volym 48 s. 242; OJ No L 69, 20.3.1993, s. 19)

Kommissionens förordning (EG) nr 2945/94 av den 2 december 1994 om ändring av kommissionens förordning (EEG) nr 3665/87 om allmänna tillämpningsföreskrifter för systemet med exportbidrag för jordbruksprodukter vad gäller indrivning av felaktigt utbetalda belopp och sanktioner (SE 03 volym 63 s. 83; OJ No L 310, 3.12.94, s. 57)

Kommissionens förordning (EG) nr 1384/95 av den 19 juni 1995 om ändring av förordning (EEG) nr 3665/87 vad gäller nödvändiga anpassningar för genomförande av jordbruksavtalet inom Uruguayrundan (EGT nr L 134, 20.6.1995, s. 14)

Rådets förordning (EG) nr 1469/95 av den 22 juni 1995 om åtgärder som skall vidtas gentemot vissa förmånstagare till transaktioner som finansieras av garantisektionen vid Europeiska utvecklings- och garantifonden för jordbruket (EGT nr L 145, 29.6.1995, s. 1)

Rådets förordning (EG, EURATOM) nr 2988/95 av den 18 december 1995 om skydd av Europeiska gemenskapernas finansiella intressen (EGT nr L 312, 23.12.1995, s. 1)

Kommissionens förordning (EG) nr 746/96 av den 24 april 1996 om tillämpningsföreskrifter till rådets förordning (EEG) nr 2078/92 om produktionsmetoder inom jordbruket som är förenliga med miljöskydds- och naturvårdskraven (EGT nr L 102, 25.4.1996, s. 19)

Förslag, tillkännagivanden etc.

Commission notice of 3 September 1986 on agreements of minor importance which do not fall under Article 85 (1) of the Treaty establishing the European Economic Community (OJ No C 231, 12.9.1986, s.2)

Proposal for a Council Regulation (EC, Euratom) on protection of the Community's financial interests. COM (94) 214 final. (OJ No C 216, 6.8.1994, s. 11)

Commission of the European Communities notice concerning the updating of the 1986 communication on agreements of minor importance (OJ nr C 368, 23.12.1994, s. 20)

Information från europeiska kommissionen om dess politik för ådömande av böter vid överträdelser av konkurrensreglerna (EGT nr C 341, 19.12.1995, s. 13)

Kommissionens meddelande om befrielse från eller nedsättning av böter i kartellärenden (EGT nr C 207, 18.7.1996, s. 4)

Instrument under tredje pelaren

Rådets akt av den 26 juli 1995 om utarbetandet av konventionen om skydd av Europeiska gemenskapernas finansiella intressen (EGT nr C 316, 27.11.1995, s. 48)

Rådets akt av den 27 september 1996 om upprättande av ett protokoll till konvention om skydd av Europeiska gemenskapernas finansiella intressen (EGT nr C 313, 23.10.1996, s. 1)

Rådets akt av den 27 september 1996 om upprättande av konvention om utlämning mellan Europeiska unionens medlemsstater (EGT nr C 313, 23.10.1996, s. 11)

Rådets akt av den 29 november 1996 om upprättande på grundval av artikel K 3 i Fördraget om Europeiska unionen av protokollet om förhandsavgörande av Europeiska gemenskapernas domstol angående tolkningen av konventionen om skydd av Europeiska gemenskapernas finansiella intressen (EGT nr C 151, 20.5.1997, s. 1)

Gemensam åtgärd av den 17 december 1996 antagen av rådet på grundval av artikel K 3 i Fördraget om Europeiska unionen om tillnärmning av Europeiska unionens medlemsstaters lagstiftning och praktiska tillämpning för att bekämpa narkotikamissbruk samt förebygga och bekämpa olaglig narkotikahandel (EGT nr L 342, 31.12.1996, s. 6)

Gemensam åtgärd av den 24 februari 1997 beslutad av rådet på grundval av artikel K 3 i Fördraget om Europeiska unionen om åtgärder mot människohandel och sexuellt utnyttjande av barn (EGT nr L 63, 4.3.1997, s. 2)

Rådets akt av den 26 maj 1997 om utarbetande på grundval av artikel K 3.2 c i Fördraget om Europeiska unionen av konventionen om kamp mot korruption som tjänstemän i Europeiska gemenskaperna eller Europeiska unionens medlemsstater är delaktiga i (EGT nr C 195, 25.6.1997, s. 1)

Rådets akt av den 19 juni 1997 om utarbetande av andra protokollet till konventionen om skydd av Europeiska gemenskapernas finansiella intressen (EGT nr C 221, 19.7.1997, s. 11)

Kommissionen: rapporter, seminarier etc.

Skydd av gemenskapens finansiella intressen. Kampen mot bedrägerier. Årsrapport 1994 (KOM(95) 98 slutlig, 29.3.1995)

Skydd av gemenskapens finansiella intressen. Bedrägeribekämpning. Årsrapport 1995 (KOM(96) 173 slutlig, 8.5.1996)

Skydd av gemenskapens finansiella intressen. Kampen mot bedrägerier. Årsrapport 1996 (KOM(97) 200 slutlig, 6.5.1997)

Legal Protection of The Financial Interests of the Community. Procedings of the seminar organized by the Directorate-General for Financial Control and

the Legal Service of the Commission of the European Communities on 27, 28 and 29 November 1989 in Brussels. Brussels 1989.

Seminar on The Legal Protection of the Financial Interests of the Community: Progress and prospects since the Brussels seminar of 1989. Brussels 25 and 26 November 1993.

The system of administrative and penal sanctions in the Member States of the European Communities. Volume I – National reports. Commission of the European Communities. Brussels 1994. (Se även förteckningen över litteratur på Arnholm.)

Protection of the Community's Financial Interests. Comparative analysis of the reports supplied by the Member States on national measures taken to combat wastefulness and the misuse of Community resources. European Commission. Secretariat General. Brussels 1995. (Cit. Comparative analysis)

Corpus Juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne. Sous la direction de Mireille Delmas-Marty. 1997.

Övrigt

BRÅ 1977:7. Nytt straffsystem. Idéer och förslag.

Straffelovrådets betænkning om juridiske personers bødeansvar. Betænkning nr 1289/1995.

Böcker och artiklar

Böcker och artiklar citeras, om annat ej anges, genom angivande av författarens (eller utgivarens) efternamn och årtal. Om en författare har publicerat flera verk under samma år särskils de genom angivande av en bokstav (a, b, c etc.).

Agell, Anders, "Rättsdogmatik eller konstruktiv rättsvetenskap." *Festskrift till Stig Strömholm.* Del I. Uppsala 1997, s. 35–62.

Agge, Ivar, *Straffrättens allmänna del.* Föreläsningar. Andra häftet. Stockholm 1961.

Agge, Ivar, *Straffrättens allmänna del.* Föreläsningar. Tredje häftet. Stockholm 1964.

Alexanderson, Nils, "Tillämpning av läran om dolus eventualis." *SvJT* 1945 s. 295–297.

Allen, Caud G., "Criminal Offences Against the Law of the European Economic Community." *CMLRev* 1974 s. 183–190.

Allkemper, Ludwig, "Betrugsbekämpfung bei EG-Agrarsubventionen." *Recht der Internationalen Wirtschaft* 1992 s. 121–128.

Als Andersen, Jørgen, "The Nature and Purpose of Fines Under European Competition Law." *Frontiers of Competition Law.* Utg. av Julian Lonbay. London, New York, Chichester, Brisbane, Singapore 1994, s. 114–127.

Andersson, Håkan, *Skyddsändamål och adekvans.* Om skadeståndsansvarets gränser. Uppsala 1993.

Andersson, Håkan, "Topisk retorik inom juridiken." *Retorik och rätt.* Utg. av Mikael Mellqvist & Mikael Persson. Uppsala 1994, s. 111–154.

Andersson, Håkan, [Anmälan av David Roland Doublet, Rett, vitenskap og fornuft.] *Retfærd* Nr 3 1996 s. 94–100.

Andersson, Håkan, *Trepartsrelationer i skadeståndsrätten.* Op. 9. Uppsala 1997.

Andersson, Torbjörn, *Rättsskyddsprincipen.* EG-rätt och nationell sanktions- och processrätt ur ett svenskt civilprocessuellt perspektiv. Uppsala 1997.

Anttila, Inkeri & Törnudd, Patrik, *Kriminologi i ett kriminalpolitiskt perspektiv.* Stockholm 1973.

Arnholm, Maria (Utg.): Faculty of Law, Uppsala University & Swedish Society for European Criminal Law. *The System of Administrative and Penal Sanctions in Sweden.* Uppsala 1997.

Ashworth, Andrew, *Principles of Criminal Law.* 2 Edition. Oxford 1995.

Baier, K., "Is Punishment Retributive?" *Analysis* 1955/56 s. 25–32.

Bárd, Károly, "Human Rights and Criminal Law." *Criminal Policy and Sentencing in Transition.* Finnish and Comparative Perspectives. Utg. av Raimo Lahti, Kimmo Nuotio & Panu Minkkinen. Helsinki 1992, s. 201–212.

Barents, René, "The System of Deposits in Community Agricultural Law: Efficency v Proportionality." *ELRev* August 1985 s. 239–249.

Barents, René, *The Agricultural Law of the EC.* An Inquiry into the Administrative Law of the European Community in the Field of Agriculture. Deventer 1994.

Beccaria, Cesare, *Dei delitti e delle pene – Om brott och straff.* Stockholm 1977.

Beckman, Nils, Holmberg, Carl, Löfmarck, Madeleine, Strahl, Ivar & Wennberg, Suzanne, *Brottsbalken jämte förklaringar.* Band II. Brotten mot allmänheten och staten m.m. 6 upplagan. Stockholm 1990. (Cit. KBrB II)

Bellamy & Child, *Common Market Law of Competition.* 4 Edition. Utg. av Vivien Rose. London 1993.

Bengoetxea, Joxerramon, "Institutions, Legal Theory and EC Law." *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 1991 s. 195–213.

Bengoetxea, Joxerramon, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice.* Oxford 1993.

Benn, S.I., "An Approach to the Problems of Punishment." *Philosophy* 1958 s. 325–341.

Bentham, Jeremy, "Punishment and Deterrence." *Principled Sentencing.* Utg. av Andrew von Hirsch & Andrew Ashworth. Edinburgh 1992, s. 62–66. (Tidigare publicerad 1838–1843.)

Bleckmann, Albert, "Zu den Auslegungsmethoden des Europäischen Gerichtshofs." *NJW* 1982 s. 1177–1182.
Bleckmann, Albert, "Die Überlagerung des nationalen Strafrechts durch das Europäische Gemeinschaftsrecht." *Beiträge zur Rechtswissenschaft.* Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag. Heidelberg 1993, s. 107–114.
Bohnert, Joachim, "Die Entwicklung des Ordnungswidrigkeitenrechts." *Juristische Ausbildung* 1984 s. 11–22.
Bredimas, Anna, *Methods of Interpretation and Community Law.* Amsterdam, New York, Oxford 1978.
Boujong, Karlheinz (Utg.), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten.* München 1989.
Bridge, J, "The European Communities and the Criminal Law." *Crim.LR* 1976 s. 88–97.
Brown, L. Neville & Kennedy, Tom, *The Court of Justice of the European Communities.* 4 Edition. London 1994.
Bruns, Wilhelm, *Der strafrechtliche Schutz der Europäischen Marktordnungen für die Landwirdschaft.* Berlin 1980.
Buruma, Ybo, [Anmälan av J.A.E. Vervaele, EEG-fraude en Europees economisch strafrecht.] *CMLRev* 1992 s. 658–662.
Bull, Thomas, *Mötes- och demonstrationsfriheten.* En statsrättslig studie av mötes- och demonstrationsfrihetens innehåll och gränser i Sverige, Tyskland och USA. Uppsala 1997.
Bylund, Torleif, *Tvångsmedel I.* Personella tvångsmedel i straffprocessen. Uppsala 1993.
Cameron, Iain, *The Protective Principle of International Criminal Jurisdiction.* Aldershot 1993.
Cameron, Iain & Kirilova Eriksson, Maja, *An Introduction to the European Convention on Human Rights.* 2 Edition. Uppsala 1995.
Cappelletti, Mauro, "Is the European Court of Justice 'Running Wild'?" *ELRev* 1987 s. 3–17.
Colvin, Eric, "Corporate Personality and Criminal Liability." *Criminal Law Forum* 1995 s. 1–44.
Coyet, Johan, Gustafsson, Leif, Olsson, Anna-Karin & Simonsson, Knut, *Konkurrensrätten inom EU och EES.* Stockholm 1994.
Dalberg-Larsen, Jørgen, "Retsvidenskab, retlige værdier og systemteori." *TfR* 1996 s. 918–936.
Danelius, Hans, "Europadomstolens domar 1961–1990 — en rättsfallsöversikt." *SvJT* 1991 s. 257–340.
Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter.* 5 upplagan. Stockholm 1993.
Danelius, Hans, "Nyheter från Europadomstolen – första kvartalet 1996." *SvJT* 1996 s. 368–380.
Dannecker, Gerhard, "Die Verhängung von Geldbußen gegen Unternehmen als Mittel zur Durchsetzung des EuropäischenWettwerbsrechts." *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* 1991 s. 268–289.

Dannecker, Gerhard, "Justification and Excuses in the European Community – Adjudication of the Court of Justice of the European Community and Tendencies of the National Legal Systems as a Basis for a Supranational Regulation." *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 1993 s. 230–245.

Dannecker, Gerhard (Utg.), *Die Bekämpfung des Subventionsbetrugs im EG-Bereich.* Köln 1993a.

Dannecker, Gerhard, "Sanktionen und Grundsätze des Allgemeinen Teils im Wettbewerbsrecht der Europäischen Gemeinschaft." *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts.* Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann. Utg. av Bernd Schünemann & Carlos Suárez Gonzalez. Köln, Berlin, Bonn, München 1994, s. 331–346.

Dannecker, Gerhard, *Strafrecht der Europäischen Gemeinschaft.* Freiburg im Breisgau 1995.

Dannecker, Gerhard, "Strafrechtlicher Schutz der Finanzinteressen der Europäischen Gemeinschaft gegen Täuschung." *ZStW* 1996 s. 576–608.

Dannecker, Gerhard, "Strafrecht in der Europäischen Gemeinschaft. Eine Herausforderung für Strafrechtsdogmatik, Kriminologie und Verfassungsrecht." *JZ* 1996a s. 869–880.

Dannecker, Gerhard & Frischer-Fritsch, Jutta, *Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis.* Köln 1989.

Delmas-Marty, Mireille, "The Impact of Community Law on Domestic Criminal Law." *Legal Protection of The Financial Interests of the Community.* Procedings of the seminar organized by the Directorate-General for Financial Control and the Legal Service of the Commission of the European Communities on 27, 28 and 29 November 1989 in Brussels. Brussels 1989, s. 217–230.

Delmas-Marty, Mireille (Utg.), *What Kind of Criminal Policy for Europe?.* The Hague, London, Boston 1996.

Deruyck, Filiep, "Probleme der Verfolgung und Ahndung von Verbandskriminalität im deutschen und belgischen Recht." *ZStW* 1991 s. 705–731.

Dieblich, Franz, *Der strafrechtliche Schutz der Rechtsgüter der Europäischen Gemeinschaft.* Köln 1985.

Dine, Janet, "European Community Criminal Law?" *Crim.LR* 1993 s. 246–254.

Dreher, Eduard & Tröndle Herbert, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze.* 47 Auflage. München 1995.

Droege, Michael & Lysén, Göran, *Introduktion till EU och EG-rätten.* Uppsala 1997.

Due, Ole, "EF-domstolens retspraksis som integrationsfremmende faktor." *JT* 1991/92 s. 407–416.

Duff, Antony, *Trials and punishments.* Cambridge 1986.

Duff, Antony, "Alternatives to Punishment – or Alternative Punishments?" *Retributivism and its Critics.* Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 47. Utg. av Wesley Cragg. Stuttgart 1992, s. 43–68.

Duff, Antony, "Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment." *Crime and Justice.* A Review of Research. Volume 20. Chicago 1996, s. 1–97.

Dworkin, Ronald, "Is Law a System of Rules?" *The Philosophy of Law.* Utg. av Ronald Dworkin. Oxford 1977, s. 38–65.

Dworkin, Ronald, *Law's Empire.* London 1986.

Edelstam, Henrik, "Är Europakonventionens rättssäkerhetsgarantier tillämpliga vid handläggningen av rättegångsförseelser?" *JT* 1994/95 s. 745–754.

Eerola, Risto, "Vad har EES med straffrätten att göra." *Skuldfrihet och ansvarsfrihet.* En hälsning till Alvar Nelson på 75 årsdagen av Ane den gamles barnbarn. Utg. av Kerstin Berglund, Dan Frände, Lenita Häggblom & Kjell Sevón. Helsingfors 1994, s. 15–26.

Ehrhardt, Anne, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe.* Sanktionen gegen juristische Personen nach deutschem und US-amerikanischem Recht. Berlin 1994.

Ekelöf, Per Olof, "Ur Straffet, skadeståndet och vitet." *Per Olof Ekelöf.* Valda skrifter 1942–1990. De lege. Juridiska fakulteten i Uppsala. Årsbok. Årgång 1, 1991. Uppsala 1991, s. 5–39.

Eklundh, Claes, [Anmälan av Håkan Strömberg, Normgivningsmakten enligt 1974 års regeringsform.] *Statsvetenskaplig tidskrift* 1983 s. 384–386.

Emiliou, Nicholas, *The Principle of Proportionality in European Law.* A Comparative Study. The Hague 1996.

Erenius, Gillis, "Om sambandet straff – skadestånd i anglo-amerikansk rätt." *Festskrift till Hans Thornstedt.* Stockholm 1983, s. 215–228.

Eser, Albin, *Die Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten.* Würzburg 1961.

Eser, Albin, "Justification and Excuse: A Key Issue in the Concept of Crime." *Rechtfertigung und Entschuldigung.* Rechtsvergleichende Perspektiven. Utg. av Albin Eser & Georg P. Fletcher. Freiburg im Breisgau 1987, s. 17–65.

Eser, Albin 1989, "A Century of Penal Legislation in Germany: Developments and Trends." *Old Ways and New Needs in Criminal Legislation.* Utg. av Albin Eser & Jonatan Thormundsson. Freiburg im Breisgau 1989, s. 1–26.

Eser, Albin & Huber, Barbra, *Strafrechtsentwicklung in Europa 4.1–3.* Freiburg im Breisgau 1995.

Eskeland, Ståle, "Straffrätten och de internationella mänskliga rättigheterna." *Varning för straff.* Om vådan av den nyttiga straffrätten. Utg. av Dag Victor. Stockholm 1995, s. 190–205.

Feinberg, Joel, "The Expressive Function of Punishment." *A Reader on Punishment.* Utg. av R.A. Duff & David Garland. Oxford 1994, s. 73–91. (Tidigare tryckt i *Doing and Deserving: Essays in the Theory of Responsibility.* Utg. av Joel Feinberg. Princeton 1970.)

Ferneman-Heurgren, Ragna, "Analys av NJA 1985 s. 281 – fråga huruvida rättsvillfarelse om tullagstiftningen kan påverka ansvarsbedömningen vid tillämpning av 1 § varusmugglingslagen." *SvJT* 1986 s. 119–127.

Finjaut, C.J.C.F. & Scarlett, D., "The Liability of Corporations in Cases of Fraud." *EC Fraud.* Utg. av Jaap van der Hulst. Deventer, Boston 1993, s. 113–116.

Fischer-Fritsch, Jutta, "Ahndung supranationaler Wirtschaftsdelikte auf der Ebene der Europäischen Gemeinschaften." *Zwanzig Jahre Südwestdeutsche Kriminologische Kolloquien.* Utg. av Hans-Jörg Albrecht & Ulrich Sieber. Freiburg im Breisgau 1984, s. 109–127.

Fisse, Brent, "Reconstructing Corporate Criminal Law: Deterrence, Retribution, Fault, and Sanctions." *Southern California Law Review* 1983 s. 1141–1246.

Flew, Antony, "The Justification of Punishment." *Philosophy* 1954 s. 291–307.

Frennered, Hans, "Tredje pelaren och EU:s regeringskonferens." *SvJT* 1997 s. 293–306.

Frowein, Jochen & Peukert, Wolfgang, *Europäische MenschenRechtsKonvention.* EMRK-Kommentar. Kehl 1985.

Frände, Dan, *Den straffrättsliga legalitetsprincipen.* Ekenäs 1989.

Frände, Dan, *Allmän Straffrätt.* En introduktion. Helsingfors 1994.

Frändberg, Åke, *Rättsregel och rättsval.* Om rättsliga regel- och systemkonflikter i tid och rum. Stockholm 1984.

Frändberg, Åke, "Till frågan om de juridiska begreppens systematik. En studie i juridisk begreppsbildning." *TfR* 1985 s. 79–116.

Frändberg, Åke, "Justness as the Cardinal Virtue of the Lawyer." *Festskrift till Stig Strömholm.* Del I. Uppsala 1997, s. 239–252.

Geiger, Rudolf, *EG-Vertrag.* Kommentar zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft. 2 Auflage. München 1995.

Goldschmidt, James, *Das Verwaltungsstrafrecht.* Eine Untersuchung der Grenzgebiete zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage. Berlin 1902.

Grabitz, Eberhard (Utg.), *Kommentar zur Europäischen Union.* München 1994.

Grasso, Giovanni, "The Harmonization and Coordination of National Dispositions Relating to Penalties." *Legal Protection of The Financial Interests of the Community.* Procedings of the seminar organized by the Directorate-General for Financial Control and the Legal Service of the Commission of the European Communities on 27, 28 and 29 November 1989 in Brussels. Brussels 1989, s. 245–270.

Grasso, Giovanni, "Nouvelles expériences en matière de sanctions administratives communautaires." *Die Bekämpfung des Subventionsbetrugs im EG-Bereich.* Utg. av Gerhard Dannecker. Köln 1993, s. 127–138.

Greve, Vagn, *Studier i færdselsstrafferet.* København 1979.

Greve, Vagn, "E.F. og strafferetten." *Lov og Rett* 1992 s. 618–625.

Greve,Vagn, *Traek af den danske strafferet i EF-perspektiv I.* Ansvarslærens almindelige del. Foreløbig udgave. København 1993.

Greve, Vagn, "Forholdet mellem EU-strafferet og national strafferet." *NTfK* 1994 s. 231–243.

Greve, Vagn, "Bedrageri og andre uregelmæssigheder i Den Europæiske Union." Manuskript uddelt på mødet den 31te oktober 1994a i Dansk Sel-

skab for International Strafferet og EU-ret. (Också publicerad i *Kriminalistisk Instituts Årbog 1994*)
Greve, Vagn, "Økonomisk kriminalitet og EF." *Økonomiske forbrytelser og straff – juridiske grunnlagsproblemer.* Utg. av Ståle Eskeland & Einar Høgetveit. Oslo 1994b, s. 184–225.
Greve, Vagn, "European Criminal Policy. Towards Universal Laws?" *Towards Universal Law.* Trends in National, European and International Law. De lege. Juridiska fakulteten i Uppsala. Årsbok. Årgång 5, 1995. Uppsala 1995, s. 91–116.
Greve, Vagn, "Forholdet mellem EU-strafferet og national strafferet." *Varning för straff.* Om vådan av den nyttiga straffrätten. Utg. av Dag Victor. Stockholm 1995a, s. 175–189.
Greve, Vagn, *Straffene.* København 1996.
Greve, Vagn, "Tendenser i det strafferetlige system." *SvJT* 1997 s. 597–618.
Greve, Vagn & Langsted, Lars Bo, *Hovedlinier i erhversstrafferetten.* 3. udgave. København 1992.
Gröblinghoff, Stefan, *Die Verplichtung des deutschen Strafgesetzgebers zum Schutz der Interessen der Europäischen Gemeinschaften.* Heidelberg 1996.
Guldenmund, René, Harding, Christopher & Sherlock, Ann, "The European Community and Criminal Law." *Criminal Justice in Europe.* A Comparative Study. Utg. av Phil Fennell, Christopher Harding, Nico Jörg & Bert Swart. Oxford 1995, s. 107–126.
Gulmann, Claus, "Methods of Interpretation of the European Court of Justice." *Scandinavian Studies in Law 1980.* Stockholm 1980, s. 187–204.
Gydal, Cecilia, *The Principle of Proportionality.* Stockholm 1996.
Göhler, Erich, *Ordnungswidrigkeitengesetz.* 11 Auflage. München 1995.
Hamann, Hartmut, *Das Unternehmen als Täter im europäischen Wettwerbsrecht.* Pfaffenweiler 1992.
Hansen Jensen, Michael, *Proportionalitetsprincippets betydning i EF-retlig belysning.* København 1990.
Harding, Christopher, "The Use of Fines as a Sanction in EEC Competition Law." *CMLRev* 1979 s. 591–614.
Harris, D.J., O'Boyle, M. & Warbrick, C., *Law of the European Convention on Human Rights.* London, Dublin, Edinburgh 1995.
Hart, H.L.A., "Positivism and the Separation of Law and Morals." *Harvard Law Review* 1958 s. 593–629.
Hart, H.L.A., *Punishment and Responsibility.* Essays in the Philosophy of Law. Oxford 1968.
Hart, H.L.A., *The Concept of Law.* 2 Edition. Oxford 1994.
Hartley, T.C., "The Impact of European Community Law on the Criminal Process." *Crim.LR* 1981 s. 75–85.
Hartley, T.C., *The Foundation of European Community Law.* An Introduction to the Constitutional and Administrative Law of the European Community. 3 Edition. Oxford 1994.

Hassemer, Winfried, "Menschenrechte im Strafprozeß." *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 1988 s. 336–343.
Hassemer, Winfried, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht.* Heidelberg 1994.
Heitzer, Anne, *Punitive Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht.* Heidelberg 1997.
Hellner, Jan, *Skadeståndsrätt.* 5 upplagan. Stockholm 1995.
Hellner, Jan, "Positivism och metod inom rättsvetenskapen." *Festskrift till Stig Strömholm.* Del I. Uppsala 1997, s. 351–373.
Herlitz, Carl Erik, [Anmälan av Vagn Greve, Træk af den danske strafferet i EF-perspektiv I.] *NTfK* 1995 s. 166–168.
Herlitz, Carl Erik, "Delaktighet i brott i ljuset av NJA 1992 s 474 – en förvirrad del av straffrätten?" *JT* 1996/97 s. 277–305.
Hildebrandt, Michael W, *Der Irrtum im Bußgeldrecht der Europäischen Gemeinschaften.* Frankfurt am Main 1990.
Hirsch, Hans Joachim, *Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden.* Düsseldorf 1993.
Hirsch, Hans Joachim, "Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht." *ZStW* 1994 s. 746–765.
Hirsch, Hans Joachim, "Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen." *ZStW* 1995 s. 285–323.
Hirschberg, Lothar, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit.* Göttingen 1981.
Holmberg, Carl, Hult, Bengt, Leijonhufvud, Madeleine & Wennberg, Suzanne, *Kommentar till Brottsbalken.* Del I (1–12 kap.). Brotten mot person och förmögenhetsbrotten m.m. 6 upplagan. Stockholm 1995. (Cit. KBrB I)
Hugger, Heiner, "Zur strafbarkeitserweiternden richtlinienkonformen Auslegung deutscher Strafvorschriften." *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 1993 s. 421–424.
Huss, Alphonse, "Die Strafbarkeit der juristischen Personen." *ZStW* 1978 s. 237–260.
Ipsen, Hans Peter, *Europäisches Gemeinschaftsrecht.* Tübingen 1972.
Jakobs, Günther, *Strafrecht, Allgemeiner Teil.* Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch. Walter de Gruyter, Berlin, New York 1983.
Jakobs, Günther, *Das Schuldprinzip.* Düsseldorf 1993.
Jareborg, Nils, *Handling och uppsåt.* En undersökning rörande doluslärans underlag. Stockholm 1969.
Jareborg, Nils, *Begrepp och brottsbeskrivning.* Semantik och läran om normativa rekvisit. Stockholm 1974.
Jareborg, Nils, *Värderingar.* Stockholm 1975.
Jareborg, Nils, "Regler och riktlinjer." *TfR* 1979 s. 385–410.
Jareborg, Nils, *Brotten.* Första häftet. Grundbegrepp. Brotten mot person. 2 upplagan. Stockholm 1984.
Jareborg, Nils, *Brotten.* Tredje häftet. Brotten mot allmänheten och staten. 2 upplagan. Stockholm 1987.
Jareborg, Nils, *Essays in Criminal Law.* Uppsala 1988.

Jareborg, Nils, "Rättvisa och repressionsnivå." *Rättsdogmatikens alternativ.* Utg. av Kaarlo Tuori. Tammerfors 1988a, s. 87–97.
Jareborg, Nils, *Straffrättsideologiska fragment.* Uppsala 1992.
Jareborg, Nils, *Straffrättens ansvarslära.* Uppsala 1994.
Jareborg, Nils, *Straffrättens gärningslära.* Stockholm 1995.
Jareborg, Nils, "Vilken sorts straffrätt vill vi ha? Om defensiv och offensiv straffrättspolitik." *Varning för straff.* Om vådan av den nyttiga straffrätten. Utg. av Dag Victor. Stockholm 1995a, s. 19–37.
Jareborg, Nils & Asp, Petter, "Kommentar till ordförandeskapets förslag ur straffrättsligt perspektiv." *SvJT* 1997 s. 317–325.
Jescheck, Hans-Heinrich, "Die Strafgewalt Übernationaler Gemeinschaften." *ZStW* 1953 s. 496–518.
Jescheck, Hans-Heinrich, "Gegenstand und neueste Entwicklung des internationale Strafrecht." *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag.* Karlsruhe 1972, s. 579–594.
Jescheck, Hans-Heinrich, "Möglichkeiten und Probleme eines europäischen Strafrechts." *Festschrift für Jhong-Won Kim zum 60. Geburtstag.* Seoul 1991, 947–961.
Jescheck, Hans-Heinrich & Weigend, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts.* Allgemeiner Teil. 5 Auflage. Berlin 1996.
Johannes, Hartmut, "Das Strafrecht im Bereich der Europäischen Gemeinschaften." *Europarecht* 1968 s. 63–126.
Johannes, Hartmut, "Zur Angleichung des Straf- und Strafprozessrechtes in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft." *ZStW* 1971 s. 531–575.
Johannes, Hartmut, "Neue Tendenzen im Strafrecht der Europäischen Gemeinschaften." *Revue Internationale de Droit Pénal* 1971a s. 82–88.
Jung, Heike, "Strafverteidigung in Europa." *Strafverteidiger* 1990 s. 509–517.
Jung, Heike, *Sanktionensysteme und Menschenrechte.* Bern, Stuttgart, Wien, Haupt 1992.
Jung, Heike, "Criminal Justice – A European Perspective." *Crim.LR* 1993 s. 237–245.
Jung, Heike, "Die Europäische Menschenrechtskonvention und das deutsche Strafrecht. Eine Fallstudie am Beispiel des Begriffs der 'strafrechtlichen Anklage' i.S.d. Art. 6 EMRK." *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 1996 s. 370–373.
Jung, Heike & Schroth, Hans-Jürgen "Das Strafrecht als Gegenstand der Rechtangleichung in Europa." *Goltdammers Archiv für Strafrecht* 1983 s. 241–272.
KBrB, se Beckman samt Holmberg.
Klami, Hannu Tapani, *Föreläsningar över juridikens metodlära.* 2 upplagan. Uppsala 1989.
Klami, Hannu Tapani, "Monopolium exercere. Spridda tankar om EU-rättens metod och framtid." *Rättsvetenskapliga studier tillägnade Carl Hemström av professorskolleger i Uppsala.* De lege. Juridiska fakulteten i Uppsala. Årsbok. Årgång 6, 1996. Uppsala 1996, s. 135–151.

Kleineman, Jan, *Ren förmögenhetsskada.* Särskilt vid vilseledande av annan än kontraktspart. Stockholm 1987.
Kleineman, Jan, [Anmälan av Festskrift till Bertil Bengtsson.] *JT* 1994/95 s. 189–198.
Kleineman, Jan, "Till frågan om rättsvetenskapen som omedelbart verkande rättskälla." *JT* 1994/95a s. 621–646.
Kleineman, Jan, "Om skadestånd och ökad processbenägenhet." *JT* 1994/95b s. 856–869.
Klem, Søren, "Kronik fra UCLAF – Kommissionens afdelning for bedragericekæmpelse." *NTfK* 1996 s. 300–316.
Kommentar till Brottsbalken, se Beckman samt Holmberg.
Kommissionen, se ovan under Offentligt tryck/EG och EU/Kommissionen: rapporter, seminarier etc.
Koskinen, Pekka, "Skuldprincipen och påföljderna för ringa lagöverträdelser." *Skuld och ansvar.* Straffrättsliga studier tillägnade Alvar Nelson. Utg. av Nils Jareborg & P.O. Träskman. Uppsala 1985, s. 142–154.
Kuhlen, Lothar, "Strafrechtliche Grenzen der zivilrechtlichen Deliktshaftung Minderjähriger?" *JZ* 1990 s. 273–279.
Küper, Wilfried, "Grundsatzfragen der "Differenzierung zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung. Notstand, Pflichtenkollision, Handeln auf dienstliche Weisung." *Juristische Schulung* 1987 s. 81–92.
Kutscher, Hans, "Zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Recht der Europäischen Gemeinschaften." *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen.* Europäische Gemeinschaft, Europäische Menschenrechtskonvention, Bundesrepublik Deutschland, Frankreich, Italien, Österreich. Utg. av Hans Kutscher, Georg Ress, Francis Teitgen, Felix Ermacora & Giovanni Ubertazzi. Heidelberg 1985, s. 89–95.
Lackner, Karl, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen.* 21 Auflage. München 1995.
Lagerspetz, Olli, *Begreppet brott.* Åbo 1989.
Lamassoure, Alain, "Objectives and Principles of, and Constraints on, a Criminal Policy for the European Community in the Area of the Legal Protection of its Financial Interests." *What Kind of Criminal Policy for Europe?* Utg. av Mireille Delmas-Marty. The Hague, London, Boston 1996, s. 7–12.
Lampe, Ernst-Joachim, "Systemunrecht und Unrechtssysteme." *ZStW* 1994 s. 715–745.
Lavin, Rune, "Är den förvaltningsrättsliga forskningen rättsdogmatisk?" *Förvaltningsrättslig tidskrift* 1989 s. 115–129.
Lavin, Rune, "Om förvaltningsrättslig forskning. En replik." *Förvaltningsrättslig tidskrift* 1990 s. 71–74.
Lehrberg, Bert, *Förutsättningsläran.* Allmänna betingelser för möjligheten att frånträda rättshandlingar på grund av okända eller oförutsedda omständigheter. Uppsala 1989.
Leijonhufvud, Madeleine & Wennberg, Suzanne, *Straffansvar.* 4 upplagan (upplaga 4:2). Stockholm 1996. 5 upplagan. Stockholm 1997.

Lenaerts, Koen, "Sanktionen der Gemeinschaftsorgane gegenüber natürlichen und juristischen Personen." *Europarecht* 1997 s. 17–46.
Lillich, Kurt, *Das Doppelstrafverbot bei Kartelldelikten im deutschen Recht und im Recht der europäischen Gemeinschaft.* Berlin 1978.
Lindblom, Per Henrik, *Grupptalan.* Det anglo-amerikanska class actioninstitutet ur svenskt perspektiv. Stockholm 1989.
Lorenz, Peer, Rehof, Lars Adam & Trier, Tyge, *Den Europæiske Menneskeretskonvention med komentarer.* København 1994.
Löfmarck, Madeleine, "Ett lagom ideologiskt betänkande?" *NTfK* 1986 s. 406–414.
Lysén, Göran, *Introduktion till EG-rätten.* 3 upplagan. Uppsala 1992.
MacCormick, Neil, *H.L.A. Hart.* London 1981.
MacCormick, Neil, "Reconstruction after Deconstruction: A Response to CLS." *Oxford Journal of Legal Studies* 1990 s. 539–558.
Martyn, Nicholas, "Community Fraud – an Analyssis of the Phenomenon." *De juridische bescherming van de financiële belangen van de Europese gemenschappen.* Utg. av Françoise Tulkens, Christine van den Wyngaert & Ivan Verougsrtaete. Antwerpen-Apeldoorn, Bruxelles 1992, s. 37–45.
Martyn, Nicholas, "The Competence of the European Communities in the Field of Criminal and Administrative Penal Law." *Information Technology Crime.* National Legislations and International Initiatives. Utg. av Ulrich Sieber. Köln, Berlin, Bonn, München 1994, s. 595–600.
Mattes, Heinz, *Untersuchungen zur Lehre von der Ordnungswidrigkeiten.* Erster Halbband. Geschichte und Rechtvergleichung. Berlin 1977.
Mattes, Heinz, *Untersuchungen zur Lehre von der Ordnungswidrigkeiten.* Zweiter Halbband. Geltendes Recht und Kritik. Berlin 1982.
Mayer, Max Ernst, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts.* Lehrbuch. 2 unveränderte Auflage. Heidelberg 1923.
McCloskey, H.J., "The Complexity of the Concepts of Punishment." *Philosophy* 1962 s. 307–325.
Moore, Michael S., "The Moral Worth of Retribution." *Principled Sentencing.* Utg. av Andrew von Hirsch & Andrew Ashworth. Edinburgh 1992, s. 188–194.
Morris, Herbert, *On Guilt and Innocence.* Essays in Legal Philosophy and Moral Psychology. Berkeley, Los Angeles, London 1976.
Möller, Knut, *Sicherheiten im Recht der Europäischen Gemeinschaft.* Köln, Berlin, Bonn, München 1990.
Naucke, Wolfgang, *Strafrecht.* Eine Einführung. 6 Auflage. Berlin 1991.
Nan Rasmussen, Louise & Schønberg, Søren, *EU-menneskeret – en udfordring til dansk ret.* København 1994.
Nehring, Ulrich, *Strafnormen im Atomenergierecht.* Eine rechtsvergleichende Untersuchung. Göttingen 1965.
Nelson, Alvar, *Kriminalpolitik och ingripanden vid brott.* 1985 och 1990 års upplaga. Uppsala 1985 respektive 1990.
Nergelius, Joakim, *Konstitutionellt rättighetsskydd.* Svensk rätt i ett komparativt perspektiv. Stockholm 1996.

Nuutila, Ari-Matti, "Möjligheten att handla annorlunda som en förutsättning för skuldansvar – syften och värderingar." *NTfK* 1990 s. 276–294.
Oehler, Dietrich, *Internationales Strafrecht.* 2 Auflage. Köln 1983.
Oehler, Dietrich, "Der charakter der Bußgeldzahlungen der juristischen Personen in den Europäischen Gemeinschaften." *Contemporary Problems in Criminal Justice.* Essays in Honour of Professor Shigemitsu Dando. Utg. av Yasuharu Hiraba, Takuji Takada, Hitoshi Otsuka, Ken Naito, Ryuichi Hirano, Taira Fukuda, Tatsuo Kagawa & Koya Matsuo. Yuhikaku, Tokyo 1983a, s. 129–147.
Oehler, Dietrich, "Fragen zum Strafrecht Der Europäischen Gemeinschaft." *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag.* Berlin 1985, s. 1399–1410.
Oehler, Dietrich, "Der Europäische Binnenmarkt und sein wirtschaftsstrafrechtlicher Schutz." *Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag.* Bielefeld 1992, s. 562–571.
Pabsch, Wiegand, "Auswirkungen der europäischen Integrationsverträge auf das deutsche Strafrecht." *NJW* 1959 s. 2002–2004.
Pabsch, Wiegand, *Der strafrechtliche Schutz der Überstaatlichen Hoheitsgewalt.* Bonn 1965.
Pache, Eckhard, "Zur Sanktionskompetenz der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft." *Europarecht* 1993 s. 173–182.
Pache, Eckhart, *Der Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften.* Berlin 1994.
Peczenik, Aleksander, "Skäl och dom. Fyra nivåer inom argumentationen i adekvansfrågor." *Samfunn Rett Rettferdighet.* Festskrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag. Oslo 1986, s. 515–528.
Peczenik, Aleksander, "Om den förvaltningsrättsliga forskningen och rättsdogmatiken." *Förvaltningsrättslig tidskrift* 1990 s. 41–52.
Peczenik, Aleksander, "Svenska lagmotiv i Europeisk Union." *JT* 1994/95 s. 306–311.
Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt?* Stockholm 1995.
Peczenik, Aleksander, *Juridikens teori och metod.* Stockholm 1995a.
Peczenik, Aleksander, "Rätt, rationalitet och ideologikritik." *Retfærd* Nr. 4 1996 s. 79–84.
Peczenik, Aleksander, "Om rättvis rätt." Otryckt manuskript presenterat vid seminarium med samma namn. Göteborg1996a.
Pehrson, Lars, "EG-samarbetet och den svenska rättskälleläran." *JT* 1991/92 s. 626–637.
Persson, Åsa, se Strömholm.
Pescatore, Pierre, "The Doctrine of 'Direct Effect': An Infant Disease of Community Law." *ELRev* 1983 s. 155–177.
Peterson, Claes, "Principen 'Societas delinquere non potest' och aktiebolagsstyrelsens straffansvar. En studie i företagaransvarets historia i Sverige." *Festskrift till Hans Thornstedt.* Stockholm 1983, s. 589–608.

Pipkorn, Joern, "Interpretation of Community and National Law." *Legal Protection of The Financial Interests of the Community.* Procedings of the seminar organized by the Directorate-General for Financial Control and the Legal Service of the Commission of the European Communities on 27, 28 and 29 November 1989 in Brussels. Brussels 1989, s. 21–38.

Priess, Hans-Joachim & Spitzer Harald, "Die Betrugsbekämpfung in der Europäischen Gemeinschaft." *Europäischen Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1994 s. 297–304.

Primoratz, Igor, "Punishment as Language." *Philosophy* 1989 s. 187–205.

Quinton, A.M., "On Punishment." *Analysis* 1954/55 s. 133–142.

Ragnemalm, Hans, *Förvaltningsprocessrättens grunder.* 7 upplagan. Stockholm 1992.

Rasmussen, Hjalte, *On Law and Policy in the European Court of Justice.* A Comparative Study in Judicial Policymaking. Dordrecht 1986.

Rasmussen, Hjalte, "Between Self-Restraint and Activism: A Judicial Policy for the European Court." *ELRev* 1988 s. 28–38.

Rasmussen, Hjalte, *EU-ret i kontekst.* 2 udgave. København 1995.

Rebmann, Roth, Herrmann, *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten.* 2 Auflage, 6. Lieferung.

Reisner, Sigrun, *Die Strafbarkeit von Schein- und Umgehungshandlungen in der EG.* Ein rechtsvergleichender Beitrag zum strafrechtlichen Schutz der Finanzinteressen der EG. Freiburg im Breisgau 1995.

Ress, George, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Recht." *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen.* Europäische Gemeinschaft, Europäische Menschenrechtskonvention, Bundesrepublik Deutschland, Frankreich, Italien, Österreich. Utg. av Hans Kutscher, Georg Ress, Francis Teitgen, Felix Ermacora & Giovanni Ubertazzi. Heidelberg 1985, s. 5–62.

Ritter, Lennart, Braun, David W. & Rawlinson, Francis, *EEC Competition Law: A practioner's guide.* Deventer, Boston 1991.

Riz, Roland, "Der Einfluß der Europäischen Menschenrechtskonvention auf das Strafrecht und Strafverfahrensrecht Italiens." *ZStW* 1988 s. 645–666.

Rohde, Knut, *Obligationsrätt.* Stockholm 1956.

Roos, Carl Martin, [Anmälan av Jan Kleineman, Ren förmögenhetsskada.] *SvJT* 1988 s. 43–52.

Rosenkötter, Günther, *Das Recht der Ordnungswidrigkeiten.* 4 Auflage. Stuttgart 1995.

Ross, Alf, "Tû-Tû." *Festskrift til professor, dr. juris Henry Ussing 5. maj 1951.* København 1951, s. 468–484.

Roxin, Claus, *Strafrecht.* Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 2 Auflage. München 1994.

Rüter, Frederik, "Harmonie trotz Dissonanz." *ZStW* 1993 s. 30–47.

Schermers, Henry G. & Waelbroeck, Denis, *Judicial Protection in the European Communities.* 5 Edition. Deventer, Boston 1992.

Schmidt, Eberhard, "Straftaten und Ordnungswidrigkeiten. Betrachtungen zum Entwurf eines Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten." *JZ* 1951 s. 101–104.
Schmidt, Folke, *Löntagarrätt.* Reviderad upplaga 1988 ombesörjd av Tore Sigeman under medverkan av Ronnie Eklund, Kent Källström och Anders Victorin. Stockholm 1988.
Schmidt, Roland, "Zur wirksameren Bekämpfung von Unregelmäßigkeiten bei Ausfuhrsubventionen im Agrarbereich." *Recht der Internationalen Wirtschaft* 1992 s. 69–74.
Schroth, Hans-Jürgen, *Economic offences in EEC law – with special reference fo English and German law.* Kehl, Strasbourg, Arlington 1983.
Schroth, Hans-Jürgen, "EG-Geldbußen gegen existenzbedrohte Unternehmen." *Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht* 1984 s. 164–168.
Schroth, Hans-Jürgen, "Europäische Menschenrechtskonvention und Ordnungswidrigkeitenrecht." *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 1985 s. 557–563.
Schroth, Hans-Jürgen, *Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte.* Eine Studie zum Unternehmensstrafrecht. Gießen 1993.
Schünemann, Bernd, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht.* Eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplantem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht. Köln, Berlin, Bonn, München 1979.
Schünemann, Bernd, "Die Strafbarkeit der juristischen Personen aus deutscher und europäischer Sicht." *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts.* Madrid-Symposium für Klaus Tidemann. Utg. av Bernd Schünemann & Carlos Suárez González. Köln, Berlin, Bonn, München 1994, s. 265–295.
Schünemann, Bernd, "Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft." *Goltdammers Archiv für Strafrecht* 1994a s. 201–229.
Schünemann, Bernd, "Zur Kritik an der Theorie der positiven Generalprävention." Opublicerat manuskript presenterat vid symposiet *Positive General Prevention,* Uppsala 1996.
Schutte, Julian J.E., "The European Market of 1993: A Test for a Regional Model of Supranational Criminal Justic or of Inter-Regional Co-operation?" *Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law.* Utg. av Albin Eser & Otto Lagodny. Freiburg im Breisgau 1992, s. 387–413.
Schwarze, Jürgen, *European Administrative Law.* Brussel 1993.
Sevenster, Hanna G., "Criminal Law and EC Law." *CMLRev* 1992 s. 29–70.
Sherlock, Ann & Harding, Christopher, "Controlling Fraud within the European Community." *ELRev* 1991 s. 20–36.
Sieber, Ulrich, "Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht." *ZStW* 1991 s. 957–979.
Sieber, Ulrich, (Utg.), *Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht.* Köln, Berlin, Bonn, München 1993.
Sieber, Ulrich, "Das strafrechtliche Sanktionensystem zum Schutz der europäischen Gemeinschaften." *Sanktionen als Mittel zur Durchsetzung des Ge-*

meinschaftsrecht. Utg. av Walter van Gerven & Manfred Zuleeg. Köln 1996, s. 71–80.

Siohl, Ulrich, *Die Schuldfeststellung bei Unternehmen oder Unternehmens Vereinigungen im Rahmen des Art. 15 VO 17 zum EWG-Vertrag.* Ein Beitrag zum Wirtschaftsstrafrecht der Europäischen Gemeinschaft aus deutscher Sicht unter Berücksichtigung der besonderen Stellung des Gemeinschaftsrecht. Frankfurt am Main 1986.

Smith, J.C. & Hogan, Brian, *Criminal Law.* 7 Edition. London, Dublin and Edinburgh 1992.

Spaak, Torben, *The Concept of Legal Competence.* An Essay in Conceptual Analysis. Aldershot 1994.

Spaak, Torben, [Anmälan av Ola Svensson, Viljeförklaringen och dess innehåll: Om avtalsrättslig begreppsbildning och systematik.] *SvJT* 1997 s. 486–501.

Spaniol, Margret, "Diskussionsbericht über die Arbeitssitzung der Fachgruppe Strafrechtsvergleichung bei der Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung am 18.9 1987 in Innsbruck." *ZStW* 1988 s. 712–732.

Spannowsky, Willy, "Schutz der Finanzinteressen der EG zur Steigerung der Effizienz des Mitteleinsatzes." *JZ* 1992 s. 1160–1167.

Stavros, Stephanos, *The Guarantees for Accused Persons Under Article 6 of the European Convention on Human Rights.* An Analysis of the Application of the Convention and a Comparison with Other Instruments. Dordrecht, Boston, London 1993.

Stoffers, Kristian F., "Der Schutz der EU-Finanzinteressen durch das deutsche Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht." *Europäischen Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1994 s. 304–309.

Stoffers, Kristian F., "Europarecht: Kompetenz der Europäischen Gemeinschaft und der Kommission zur Einführung von Sanktionen." *Juristische Arbeitsblätter* 1994a s. 131–134.

Strahl, Ivar, "Till frågan om rättsvillfarelses betydelse i straffrätten." *SvJT* 1962 s. 177–217.

Strahl, Ivar, *Allmän straffrätt i vad angår brotten.* Stockholm 1976.

Strömberg, Håkan, "Sanktionsavgifterna och grundlagen." *Statsvetenskaplig tidskrift* 1983 s. 227–229.

Strömberg, Håkan, "Tankar om naturrättens renässans." *SvJT* 1996 s. 635–643.

Strömberg, Tore, *Om konfiskation som brottspåföljd.* Lund 1949.

Strömholm, Stig, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning.* En lärobok i allmän rättslära. 5 upplagan. Stockholm 1996. [Avsnitt som behandlar EG-rättsliga avsnitt är författade av Åsa Persson.]

Sverdlik, Steven, "Punishment." *Law and Philosophy* 1988 s. 179–201.

Tallroth, Paulina, "Article 6 of the European Convention on Human Rights and the borderlines between criminal and administrative proceedings." *Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland* 1996 s. 51–81.

Teitgen-Colly, Catherine, "Fair Trial Guarantees and Administrative Enforcement." *What Kind of Criminal Policy for Europe?* Utg. av Mireille Delmas-Marty. The Hague, London, Boston 1996, s. 281–301.

Ten, C.L., *Crime, Guilt, and Punishment.* A Philosophical Introduction. Oxford 1987.
Thomas, Sven, "Die Anwendung europäischen materiellen Rechts im Strafverfahren." *NJW* 1991 s. 2233–2238.
Thormundsson, Jonatan, "Strafbegrebet i forhold til straffens målsætning og retfærdiggørelse." *NTfK* 1994 s. 88–98.
Thornstedt, Hans, *Om företagaransvar.* Studier i specialstraffrätt. Stockholm 1948.
Thornstedt, Hans, "Legalitet och teleologisk metod i straffrätten." *Metod och perspektiv.* Texter i straffrätt, processrätt och skatterätt. De lege. Juridiska fakulteten i Uppsala. Årsbok. Årgång 4, 1994. Uppsala 1994, s. 55–105. (Ursprungligen publicerad i *Festskrift tillägnad Nils Herlitz* 1955.)
Thornstedt, Hans, *Om rättsvillfarelse.* En straffrättslig undersökning. Stockholm 1956.
Tiedemann, Klaus, "Der Subventionsbetrug." *ZStW* 1974 s. 897–920.
Tiedemann, Klaus, "Strafrechtliche Grundprobleme im Kartellrecht." *NJW* 1979 s. 1849–1846.
Tiedemann, Klaus, "Der Allgemeine Teil des europäischen supranationalen Strafrechts." *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag.* Berlin 1985, s. 1411–1440.
Tiedemann, Klaus, "Die strafrechtliche Vertreter- und Unternehmenshaftung." *NJW* 1986 s. 1842–1846.
Tiedemann, Klaus, "Die Bebußung von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität." *NJW* 1988 s. 1169–1174.
Tiedemann, Klaus, "Reform des Sanktionswesens auf dem Gebiete des Agrarmarktes der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft." *Strafrecht, Unternehmensrecht, Anwaltsrecht. Festschrift für Gerd Pfeiffer zum Abscheid aus dem Amt als Präsident des Bundesgerichtshofes.* Köln, Berlin, Bonn, München 1988a, s. 101–117.
Tiedemann, Klaus, "Strafbarkeit und Bussgeldhaftung von juristischen Personen und ihren Organen." *Old Ways and New Needs in Criminal Legislation.* Documentation of a German-Icelandic Colloquium on the Development of Penal Law in General and Economic Crime in Particular. Utg. av Albin Eser & Jonatan Thormundsson. Freiburg im Breisgau 1989, s. 157–185.
Tiedemann, Klaus, "Der Strafschutz der Finanzinteressen der Europäischen Gemeinschaft." *NJW* 1990 s. 2226–2233.
Tiedemann, Klaus, "Europäischen Gemeinschaftsrecht und Strafrecht." *NJW* 1993 s. 23–31.
Tiedemann, Klaus, [Anmälan av EG-domstolens dom C-240/90 *Germany v Commission.*] *NJW* 1993a s. 47–49.
Tiedemann, Klaus, "Strafrecht in der Marktwirtschaft." *Beiträge zur Rechtswissenschaft.* Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag. Heidelberg 1993b, s. 527–543.
Tiedemann, Klaus & Otto, Harro, "LITERATURBERICHT. Wirtschaftsstrafrecht (Teil I)." *ZStW* 1990 s. 94–118.

Tiedemann, Paul, "Das Kautionsrecht der EWG – ein verdecktes Strafrecht?" *NJW* 1983 s. 2727–2731.
Träskman, Per Ole, "Straffrättsligt ansvar i samfund de lege ferenda." *NTfK* 1977 s. 257–272.
Tunc, Andrè, "The Quest for Justice." *Access to Justice and the Welfare State.* Utg. av Mauro Cappelletti (with the assistance of John Weisner and Monica Seccombe). Firenze 1981, s. 315–359.
Töllborg, Dennis, "Värden, underliggande normativa strukturer och rationalitet." *Retfærd* Nr. 3 1996 s. 34–44.
van Bael, Ivo & Bellis Jean-François, *Competition Law of the European Community.* 3 Edition. Oxfordshire 1994.
van den Wyngaert, Christine, "Criminal Law and the European Communities: Defining the Issues." *Transnational Aspects of Criminal Procedure.* Michigan Yearbook of International Legal Studies 1983. New York 1983, s. 247–270.
van der Esch, Bastiaan, "The Principles of Interpretation Applied by the Court of Justice of the European Communities and their Relevance for the Scope of the EEC Competition Rules." *Fordham International Law Journal* 1991/92 s. 366–397.
van der Hulst, Jaap (Utg.), *EC Fraud.* Deventer 1993.
van Dijk, P. & van Hoof, G.J.H., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights.* 2 Edition. Deventer 1990.
Vermeulen, B.P., "The Issue of Fundamental Rights in the Administrative Application and Enforcement of Community Law." *Administrative Law Application and Enforcement of Community Law in the Netherlands.* Utg. av John A.E. Vervaele. Deventer & Boston 1994, s. 39–79.
Vervaele, John A.E., *Fraud against the Community.* The Need for European Fraud Legislation. Deventer 1992.
Vervaele, John A.E., "Administrative Sanctioning Powers of and in the Community. Towards a System of European Administrative Sanctions?" *Administrative Law Application and Enforcement of Community Law in the Netherlands.* Utg. av John A.E. Vervaele. Deventer & Boston 1994, s. 161–201.
Victor, Dag, "The Legal and Practical Problems Posed by the Difference Between Criminal Law and Administrative Penal Law." *Revue Internationale de Droit Pénal* 1988 s. 389–397.
Vinding Kruse, Sysette, *Erhvervslivets Kriminalitet.* Studier i det objektive strafansvar. København 1983.
Vogel, Joachim, "Die Kompetenz der EG zur Einführung supranationaler Sanktionen." *Die Bekämpfung des Subventionsbetrugs im EG-Bereich.* Utg. av Gerhard Dannecker. Köln 1993, s. 170–187.
Vogel, Joachim, "Wege zu europäisch-einheitlichen Regelungen im Allgemeinen Teil des Strafrechts." *JZ* 1995 s. 331–341.
Vogel, Joachim, "Geldwäsche – ein europaweit harmonisierter Straftatbestand?" *ZStW* 1997 s. 335–356.
Volk, Klaus, "Zur Bestrafung von Unternehmen." *JZ* 1993 s. 429–435.

von der Groeben, Hans, von Boeckh, Hans & Thieseing, Jochen, *Kommentar zum EWG-Vertrag.* Band 1. Artikel 1–136. 2 neuarbeitete Auflage. Baden-Baden 1974.
von der Groeben, Hans, Thiesing, Jochen & Ehlermann, Claus-Dieter, *Kommentar zum EWG-Vertrag.* Band 2 & 3. Artikel 85–109 respektive Artikel 110–188. 4 Auflage. Baden-Baden 1991.
von Hofer, Hanns, *Brott och straff i Sverige.* Historisk kriminalstatistik 1750–1984. Diagram, tabeller och kommentarer. Stockholm 1985.
von Hirsch, Andrew, "Nyklassicism, proportionalitet och straffets grunder." *NTfK* s. 97–115.
von Hirsch, Andrew, *Past or Future Crimes: Deservedness and Dangerousness in the Sentencing of Criminals.* New Brunswick, N.J. 1985.
von Hirsch, Andrew, *Censure and Sanctions.* Oxford 1993.
von Hirsch, Andrew, [Anmälan av Heike Jung, Sanktionensysteme und Menschenrechte.] *NTfK* 1996 s. 165–166.
von Hirsch, Andrew & Jareborg, Nils, "Straff och proportionalitet." *NTfK* 1987 s. 300–324.
von Hirsch, Andrew & Jareborg, Nils, "Straff och proportionalitet – replik." *NTfK* 1989 s. 56–63.
von Hirsch, Andrew & Jareborg, Nils, "Gauging Criminal Harm: A Living-Standard Analysis." *Oxford Journal of Legal Studies* 1991 s. 1–38.
von Hirsch, Andrew & Jareborg, Nils, *Strafmaß und Strafgerechtigkeit.* Die deutsche Strafzumessungslehre und das Prinzip der Tatproportionalität. Bonn 1991a.
Wagemann, Markus, *Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe im Bußgeldrecht der Europäischen Gemeinschaften.* Heidelberg 1992.
Wahl, Nils, *Konkurrensförhållanden.* Om förhållandet mellan EGs konkurrensrätt och nationell konkurrensrätt. Stockholm 1995.
Warnling-Nerep, Wiweka, *Sanktionsavgifter – särskilt vid olovligt byggande.* Stockholm 1987.
Warnling-Nerep, Wiweka, "Rättsprövning av förvaltningsbeslut." *Förvaltningsrättslig tidskrift* 1991 s. 129–166.
Wasserstrom, Richard A., *Philosophy and Social Issues.* Notre Dame (Ind.), London 1980.
Weatherill , Stephen & Beaumont, Paul, *EC Law.* London 1995.
Weber, Ulrich, "Die Überspannung der staatlichen Bußgeldgewalt." *ZStW* 1980 s. 313–345.
Weigend, Thomas, "The Legal and Practical Problems Posed by the Difference Between Criminal Law and Administrative Penal Law." *Revue Internationale de Droit Pénal* 1988 s. 67–93.
Weigend, Thomas, "Strafrecht durch internationale Vereinbarungen – Verlust an nationaler Strafrechtskultur?" *ZStW* 1993 s. 774–802.
Weigend, Thomas, "Federal Republic of Germany. The system of administrative and penal sanctions." *The system of administrative and penal sanctions in the Member States of the European Communities.* Volume I – National

reports. Commission of the European Communities. Brussels 1994, s. 91–115.
Wennberg, Suzanne, *Introduktion till Straffrätten.* Stockholm 1988.
Werdinius, Claes, "Översyn av det skatteadministrativa sanktionssystemet." *Skattenytt* 1977 s. 187–194.
Wersäll, Fredrik, "Straffrättsligt samarbete inom Europeiska Unionen." *SvJT* 1997 s. 416–425.
Wiklund, Ola, "Rättspositivismen, EG-rätten och problemet med den kreative domaren." *JT* 1994/95 s. 332–349.
Wiklund, Ola, "Objektivitet och kritik i EG-rätten." *JT* 1995/96 s. 1075–1099.
Wiklund, Ola, *EG-domstolens tolkningsutrymme.* Om förhållandet mellan normstruktur, kompetensfördelning och tolkningsutrymme i EG-rätten. Stockholm 1997.
Wilhelmsson, Thomas, "General Principles of European Private Law and the Theory of Legal Pluralism." *Dealing with Integration.* Perspectives from Seminars on European Law 1995–1996. Utg. av Iain Cameron & Alessandro Simoni. Uppsala 1996, s. 39–52.
Winkler, Rolf, *Die Rechtsnatur der Geldbusse im Wettwerbsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft.* Ein Beitrag zum Wirtschaftsstrafrecht der Europäischen Gemeinschaft. Tübingen 1971.
Winter, J.A., "Direct Applicability and Direct Effect. Two Distinct and Different Concepts in Community Law." *CMLRev* 1972 s. 425–438.
Wittgenstein, Ludwig, *Filosofiska undersökningar.* Stockholm 1992. (Ursprungligen utgiven på engelska och tyska 1953.)
Wolf, Erik, "Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem." *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag 16. August 1930.* Band II. Tübingen 1930 (nytryck: Aalen 1969), s. 516–588.
Wolff, Ernst Amadeus, "Die Abgrenzung von Kriminalunrecht zu anderen Unrechtsformen." *Strafrechtspolitik.* Bedingungen der Strafrechtsreform. Utg. av Winfried Hassemer. Frankfurt a.M. 1987, s. 137–224.
Wolff, Wilfried, *Allgemeines Verwaltungsrecht.* 2 Auflage. Baden-Baden 1991.
Zahle, Henrik, "European Harmonization and Legal Pluralism." *Dealing with Integration.* Perspectives from Seminars on European Law 1995–1996. Utg. av Iain Cameron & Alessandro Simoni. Uppsala 1996, s. 9–14.
Zila, Josef, *I stället för straff.* Sanktionsavgifter som kriminalpolitiskt medel mot bagatellbrottslighet. Stockholm 1992.
Zugaldía, José Miguel, "Erneut zur Frage der Strafbarkeit juristischer Personen." *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts.* Madrid-Symposium für Klaus Tidemann. Utg. av Bernd Schünemann & Carlos Suárez González. Köln, Berlin, Bonn, München 1994, s. 327–329.
Zuleeg, Manfred, "Die Auslegung des europäischen Gemeinschaftsrechts." *Europarecht* 1969 s. 97–108.
Zuleeg, Manfred, "Der Beitrag des Strafrechts zur Europäischen Integration." *Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht.* Utg. av Ulrich Sieber. Köln, Berlin, Bonn, München 1993, s. 41–60. Även i *JZ* 1992 s. 761–769.

Zweigert, Konrad, "Der Einfluss des Europäischen Gemenischaftsrechts auf die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten." *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 1964 s. 601–643.
Öhlén, Olle, "Skattetillägg – straff i administrativ ordning?" *Skattenytt* 1977 s. 378–379.

Rättsfall

EG-domstolen

Namnen på rättsfallen är de som anges i ECR, samt för tiden efter 1994 REG. De inkonsekvenser avseende t.ex. förkortningar som finns härör därifrån. Vid hänvisningar till rättsfall förkortas oftast rättsfallsnamnen. Målnummer anges dock alltid.

C-8/55 *Fédération Charbonnière de Belgique v High Authority of the European Coal and Steel Community* [1956] ECR 245 (292) **95**

C-16/61 *Acciaierie Ferriere e Fonderie di Modena v High Authority of the European Coal and Steel Community* [1962] ECR 289 **136 ff, 152, 156, 172**

C-2 & 3/62 *Commission of the European Economic Community v Grand Duchy of Luxembourg and Kingdom of Belgium* [1962] ECR 425 **48**

C-2–10/63 *Società Industriale Acciaierie San Michele, Ferriere Rossi (FER.RO.), Meroni & Co. (Milan), Acciaierie Laminatoi Magliano Alpi (A.L.M.A.), Società Industriale Metallurgica di Napoli (S.I.M.E.T.), Meroni & Co. (Erba), Acciaieria Ferriera di Roma (F.E.R.A.M.), Safim Siderurgica and Acciaierie e Ferriere Siciliane Bonelli v High Authority of the European Coal and Steel Community* [1963] ECR 327 **219**

C-6/64 *Flaminio Costa v ENEL* [1964] ECR 585 **70**

C-56/65 *Société Technique Minière v Maschinenbau Ulm GmbH* [1966] ECR 235 **124**

C-4/68 *Firma Schwarzwaldmilch GmbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Fette* [1968] ECR 377 **79, 166**

C-14/68 *Walt Wilhelm and Others v Bundeskartellamt* [1969] ECR 1 **89**

C-40/69 *Hauptzollamt Hamburg-Oberelbe v Firma Paul G. Bollman* [1970] ECR 169 **55**

C-41/69 *ACF Chemiefarma NV v Commission of the European Communities* [1970] ECR 661 **346**

C-45/69 *Boehringer Mannheim GmbH v Commission of the European Communities* [1970] ECR 769 **189, 346**

C-52/69 *J. R. Geigy AG v Commission of the European Communities* [1972] ECR 787 **216**
C-74/69 *Hauptzollamt Bremen - Freihafen v Waren-Import-Gesellschaft Krohn and Co.* [1970] ECR 451 **55**
C-11/70 *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* [1970] ECR 1125 **70, 78, 79, 95, 96, 166, 167, 335, 350, 395**
C-25/70 *Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel v Köster, Berodt & Co.* [1970] ECR 1161 **78, 79, 95, 96, 166, 167, 350**
C-82/71 *Pubblico Ministero della Repubblica Italiana v Società Agricola Industria Latte (SAIL)* [1972] ECR 119 **50**
C-7/72 *Boehringer Mannheim GmbH v Commission of the European Communities* [1972] ECR 1281 **89**
C-32/72 *Wasaknäcke Knäckebrotfabrik GmbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* [1972] ECR 1181 **167**
C-40–48, 50, 54–56, 111, 113 & 114/73 *Coöperatieve vereiniging 'Suiker Unie' UA and Others v Commission of the European Communities* [1975] ECR 1663 **124, 203, 211, 346**
C-158/73 *Firm of E. Kampffmeyer v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* [1974] ECR 101 **167**
C-8/74 *Procureur du Roi v Benoît and Gustave Dassonville* [1974] ECR 837 **71**
C-64/74 *Firma Adolf Reich v Hauptzollamt Landau* [1975] ECR 261 **167**
C-26/75 *General Motors Continental NV v Commission of the European Communities* [1975] ECR 1367 **192, 195, 197, 203, 209**
C-118/75 *Lynne Watson and Allesandro Belmann* [1976] ECR 1185 **70**
C-27/76 *United Brands Company and United Brands Continentaal B.V. v Commission of the European Communities* [1978] ECR 207 **126, 196, 204, 217**
C-41/76 *Suzanne Criel, née Donckerwolcke and Henri Schou v Procureur de la République au Tribunal de Grande Instance, Lille and Director General of Customs* [1976] ECR 1921 **70**
C-50/76 *Amsterdam Bulb BV v Produktschap voor Siergewassen* [1977] ECR 137 **55**
C-85/76 *Hoffman-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities* [1979] ECR 461 **208, 217, 218**
C-8/77 *Concetta Sagulo, Gennaro Brenca and Addelmadjid Bakhouche* [1977] ECR 1495 **70**
C-19/77 *Miller International Schallplatten GmbH v Commission of the European Communities* [1978] ECR 131 **203, 204, 215**
C-52/77 *Leonce Cayrol v Giovanni Rivoira & Figli* [1977] ECR 2261 **70**
C-78/77 *Firma Johann Lührs v Hauptzollamt Hamburg-Jonas* [1978] ECR 169 **140**
C-106/77 *Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal S.p.A.* [1978] ECR 629 **70**

C-32/78 & 36–82/78 *BMW Belgium S.A. and Others v Commission of the European Communities* [1979] ECR 2435 **171, 203, 204, 215**
C-122/78 *S.A. Buitoni v Fonds d'Orientation et de Régularisation des Marchés Agricoles* [1979] ECR 677 **79, 100, 104, 105, 108, 350**
C-148/78 *Pubblico Ministero v Tullio Ratti* [1979] ECR 1629 **73**
C-149/78 *Metallurgica Luciano Rumi S.p.A. v Commission of the European Communities* [1979] ECR 2523 **170, 171**
C-154, 205, 206, 226–228, 263 & 264/78, 39, 31, 83 & 85/79 *S.p.A. Ferriera Valsabbia and Others v Commission of the European Communities* [1980] ECR 907 **136, 139 ff, 145, 149, 151, 152, 153, 156, 163, 170, 172**
C-209–215 & 218/78 *Heintz van Landewyck Sàrl and Others v Commission of the European Communities* [1980] ECR 3125 **123, 336**
C-240/78 *Atalanta Amsterdam B.V. v Produktschap voor Vee en Vlees* [1979] ECR 2137 **80**
C-42/79 *Milch-, Fett- und Eier-Kontor GmbH v Bundesanstalt für Landwirtschaftliche Marktordnung* [1979] ECR 3703 **79, 167**
C-157/79 *Regina v Stanislaus Pieck* [1980] ECR 2171 **70**
C-1252/79 *SpA Acciaierie e Ferriere Lucchini v Commission of the European Communities* [1980] ECR 3753 **149, 151, 152, 172**
C-100–103/80 *SA Musique Diffusion Française and Others* [*Pioneer*] *v Commission of the European Communities* [1983] ECR 1825 **136, 141 f, 150, 151, 156, 172, 203, 225, 226, 335, 336,**
C-203/80 *Criminal proceedings against Guerrino Casati* [1981] ECR 2595 **50, 70**
C-276/80 *Ferriera Padana SpA v Commission of the European Communities* [1982] ECR 517 **98**
C-147/81 *Merkur Fleisch-Import GmbH v Haupzollamt Hamburg-Ericus* [1982] ECR 1389 **80**
C-303 & 312/81 *Klöckner-Werke AG v Commission of the European Communities* [1983] ECR 1507 **116, 149, 150, 153, 154, 157, 159**
C-322/81 *NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin v Commission of the European Communities* [1983] 3461 **126, 218**
C-66/82 *Fromançais SA v Fonds d'Orientation et de Régularisation des Marchés Agricoles (FORMA)* [1983] ECR 395 **80, 96, 105**
C-96–102, 104, 105, 108 & 110/82 *NV IAZ International Belgium and Others v Commission of the European Communities* [1983] ECR 3369 **201, 204**
C-188/82 *Thyssen AG v Commission of the European Communities* [1983] ECR 3721 **136, 142, 150, 159, 177, 184, 214,**
C-235/82 *Ferriere San Carlo SpA v Commission of the European Communities* [1983] ECR 3949 **116**
C-240–242, 261, 262, 268 & 269/82 *Stichting Sigarettenindustrie and Others v Commission of the European Communities* [1985] ECR 3831 **197, 203, 204, 206, 208**
C-263/82 *Klöckner-Werke AG v Commission of the European Communities* [1983] ECR 4143 **148, 149, 151, 153, 156, 158, 159, 172**

C-270/82 *Estel NV v Commission of the European Communities* [1984] ECR 1195 **177**
C-271/82 *Vincent Rodolphe Auer v Ministère Public* [1983] ECR 2739 **70**
C-10/83 *Metalgoi SpA v Commission of the European Communities* [1984] ECR 1271 **116, 162**
C-14/83 *Sabine von Colson and Elisabeth Kamann v Land Nordrhein-Westfalen* [1984] ECR 1891 **56, 57**
C-63/83 *Regina v Kent Kirk* [1984] ECR 2689 **177**
C-81/83 *Acciaierie e Ferriere Busseni SpA v Commission of the European Communities* [1984] ECR 2951 **116**
C-125/83 *Office belge de l'économie et de l'agriculture (OBEA) v Nicolas Corman et fils SA* [1985] 3039 **167**
C-117/83 *Karl Könecke GmbH & Co. KG, Fleischwarenfabrik, v Bundesanstalt für landwirdschaftliche Marktordnung* [1984] ECR 3291 **347, 350**
C-170/83 *Hydrotherm Gerätebau GmbH v Compact del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. sas* [1984] ECR 2999 **123**
C-20/84 *NV De Jong Verenigde and Coöperatieve Melkprodukten Bedrijven 'Domo-Bedum' GA v Voedselvoorzienings In- en Verkoopbureau (VIB)* [1985] ECR 2061 **79, 167**
C-181/84 *The Queen, ex parte E. D. & F. Man (Sugar) Ltd v Intervention Board for Agricultural Produce (IBAP)* [1985] ECR 2889 **79, 105, 182**
C-266/84 *Denkavit France SARL v Fonds d'orientation et de régularisation des marchés agricoles (FORMA)* [1986] ECR 149 **96**
C-21/85 *A. Maas & Co. NV v Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung* [1986] ECR 3537 **80**
C-45/85 *Verband der Sachversicherer e.V. v Commission of the European Communities* [1987] ECR 405 **124**
C-89, 104, 114, 116, 117 & 125–129/85 *A. Ahlström Osakeyhtiö and Others v Commission of the European Communities* [1993] ECR I-1307 **216**
C-137/85 *Maizena Gesellschaft mbH v Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung (BALM)* [1987] ECR 4587 **80, 351**
C-288/85 *Hauptzollamt Hamburg-Jonas v Plange Kraftfutterwerke GmbH & Co.* [1987] ECR 611 **83**
C-344/85 *Ferriere San Carlo SpA v Commission of the European Communities* [1987] ECR 4435 **218**
C-14/86 *Pretore di Salò v Persons unknown* [1987] ECR 2545 **68**
C-56/86 *SA Société pour l'exportation des sucres v Office belge de l'économie et de l'agriculture (OBEA)* [1987] ECR 1423 **80 f**
C-80/86 *Criminal proceedings against Kolpinghuis Nijmegen BV* [1987] ECR 3969 **68**
C-246/86 *S. C. Belasco and Others v Commission of the European Communities* [1989] ECR 2117 **203, 204, 206**
C-296/86 *Anthony McNicholl Ltd and Others v Minister for Agriculture* [1988] ECR 1491 **103, 182**
C-299/86 *Criminal proceedings against Rainer Drexl* [1988] ECR 1213 **70**

C-186/87 *Ian William Cowan v Trésor public* [1988] ECR 195 **50**
C-279/87 *Tipp-Ex GmbH & Co. KG v Commission of the European Communities* [1990] ECR 261 **204**
C-374/87 *Orkem v Commission of the European Communities* [1989] ECR 3283 **398**
C-2/88 Imm. *J. J. Zwartveld and Others* [1990] ECR I-3365 **56**
C-68/88 *Commission of the European Communities v Hellenic Republic* [1989] ECR 2965 **54, 56, 61, 66**
C-265/88 *Criminal proceedings against Lothar Messner* [1989] ECR 4209 **70**
C-326/88 *Anklagemyndigheden v Hansen & Søn I/S* [1990] ECR 2911 **106, 176, 178, 179**
C-118/89 *Firma Otto Lingenfelser v Federal Republic of Germany* [1990] ECR 2637 **96, 105**
C-155/89 *Belgian State v Philipp Brothers SA* [1990] ECR 3265 **96**
C-172/89 *Vandermoortele NV v Commission of the European Communities* [1990] ECR 4677 **87**
C-7/90 *Criminal proceedings against Paul Vandevenne and Others* [1991] ECR I-4371 **56, 57, 180**
C-41/90 *Klaus Höfner and Fritz Elser v Macrotron GmbH* [1991] ECR I-1979 **123**
C-179/90 *Merci convenzionali porto di Genova SpA v Siderurgica Gabrielli SpA* [1991] I-5889 **127**
C-199/90 *Italtrade SpA v Azienda di Stato per gli Interventi nel Mercato Agricolo (AIMA)* [1991] ECR I-5545 **80**
C-240/90 *Federal Republic of Germany v Commission of the European Communities* [1992] ECR I-5383 **76, 82, 183, 346, 347, 353, 376**
C-273/90 *Meico-Fell v Hauptzollamt Darmstadt* [1991] ECR 5569 **347**
C-210/91 *Commission of the European Communities v Hellenic Republic* [1992] ECR I-6735 **70**
C-352/92 *Milchwerke Köln/Wuppertal eG v Hauptzollamt Köln-Rheinau* [1994] ECR I-3385 **56**
C-365/92 *Henrik Schumacher v Bezirksregierung Hannover* [1993] ECR I-6071 **77**
C-382/92 *Commission v United Kingdom* [1994] ECR I-2435 **56, 58**
C-383/92 *Commission v United Kingdom* [1994] ECR I-2479 **56, 58**
C-358/93 & C-416/93 *Brottmålen mot Aldo Bordessa m.fl.* [1995] REG I-361 **73, 91**
C-387/93 *Brottmål mot Giorgio Domingo Banchero* [1995] REG I-4663 **70**
C-476/93 P *Nutral SpA mot Europeiska gemenskapernas kommission* [1995] REG I-4125 **61**
C-91/94 *Brottmål mot Thierry Tranchant och Téléphone Store SARL, civilrättsligt ansvar* [1995] REG I-3911 **73**
C-104/94 *Cereol Italia Srl mot Azienda agricola Castello Sas* [1995] REG I-2983 **203, 218**

C-333/94 P *Tetra Pak International SA mot Europeiska gemenskapernas kommission* [1996] REG I-5951 **23**
C-137/95 P *Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid m. fl. mot Europeiska gemenskapernas kommission* [1996] REG I-1611 **189**
C-189/95 *Allmänna åklagaren mot Harry Franzén*, dom av den 23 oktober 1997. (Ännu ej publicerad) **72**
T-61/89 *Dansk Pelsdyravlerforening v Commission of the European Communities* [1992] ECR II-1931 **204**
T-141/89 *Tréfileurope Sales SARL mot Europeiska gemenskapernas kommission* [1995] REG II-791 **89, 204**
T-142/89 *Usines Gustave Boël SA mot Europeiska gemenskapernas kommission* [1995] REG II-867 **204**
T-143/89 *Ferriere Nord SpA mot Europeiska gemenskapernas kommission* [1995] REG II-917 **204**
T-145/89 *Baustahlgewebe GmbH mot Europeiska gemenskapernas kommission* [1995] REG II-987 **204**
T-147/89 *Société métallurgique de Normandie mot Europeiska gemenskapernas kommission* [1995] REG II-1057 **89**
T-148/89 *Tréfilunion SA mot Europeiska gemenskapernas kommission* [1995] REG II-1063 **89, 170, 171**
T-149/89 *Sotralentz SA mot Europeiska gemenskapernas kommission* [1995] REG II-1127 **89**
T-150/89 *G. B. Martinelli mot Europeiska gemenskapernas kommission* [1995] REG II-1165 **204**
T-151/89 *Société des treillis et panneaux soudés SA mot Europeiska gemenskapernas kommission* [1995] REG II-1191 **89, 171**
T-83/91 *Tetra Pak International SA v Commission of the European Communities* [1994] ECR II-755 **23, 208**
T-29/92 *Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid m.fl. mot Europeiska gemenskapernas kommission* [1995] REG II-289 **204**

Kommissionsbeslut (KOMB)

Hänvisningarna till kommissionens beslut är uppbyggda enligt följande modell: År/Beslut *Namn (eventuellt förkortat)* OJ L Nummer/Sida där beslutet börjar. Som namn på besluten har såvitt möjligt använts de som finns i *Reports of Commission Decision Relating to Competition. Articles 85, 86 and 90 of the EC Treaty.* (Utg. av kommissionen.)

73/109 *European sugar industry* OJ L 140/17 **206**
73/322 *Deutsche Philips GmbH* OJ L 293/40 **202**
75/75 *General Motors Continental* OJ L 29/14 **192, 193**

77/75 *Preserved mushrooms* OJ L 29/26 **216**
76/353 *Chiquita* OJ L 95/1 **206, 210, 223**
76/642 *Vitamins* OJ L 223/27 **189, 201, 206**
76/915 *Miller International Schallplatten GmbH* OJ L 357/40 **190, 194, 202, 206, 208, 226**
77/129 *Theal/Watts* OJ L 39/19 **206**
78/68 *Hugin/Liptons* OJ L 22/23 **206**
78/155 *Belgium NV and Belgian BMW* OJ L 46/33 **202**
78/163 *The Distillers Company Ltd* OJ L 50/16 **210**
78/252 *Vegetable parchment* OJ L 70/54 **202, 217**
79/68 *Kawasaki* OJ L 16/9 **190, 206**
80/182 *Floral* OJ L 39/51 **202**
80/256 *Pioneer* OJ L 60/21 **192, 202, 226, 336**
80/1283 *Johnson & Johnson* OJ L 377/16 **192, 195, 201, 202, 206, 218**
81/969 *Michelin* OJ L 353/33 **202, 206, 208, 209, 217**
81/1030 *GVL* OJ L 370/49 **123**
82/203 *Moët et Chandon (London) Ltd.* OJ L 94/7 **202, 223**
82/267 *AEG/Telefunken* OJ L 117/15 190, **206**
82/367 *Hasselblad* OJ L 161/18 190, 191, **208**
82/853 *National Panasonic* OJ L 354/28 **202**
82/866 *Zinc* OJ L 362/40 **192, 195, 202**
82/896 *AROW/BNIC* OJ L 379/1 **207, 226**
82/897 *Toltecs/Dorcet* OJ L 379/19 **196, 202, 216**
83/400 *Windsurfing International* OJ L 229/1 **190, 202, 206, 217**
83/667 *IPTC Belgium* OJ L 376/7 **191, 206**
84/282 *Polistil/Arbois* OJ L 136/9 **202, 206**
84/388 *Flat glass (Benelux)* OJ L 212/13 **191, 206**
84/405 *Zinc Producer Group* OJ L 220/27 **202**
85/202 *Wood pulp* OJ L 85/1 **171, 202, 216, 217**
85/609 *ECS/AKZO* OJ L 374/1 **202**
85/617 *Sperry New Holland* OJ L 376/21 **216, 217**
85/618 *Siemens/Fanuc* OJ L 376/29 **202**
86/398 *Polypropylene* OJ L 230/1 **202**
86/399 *Roofing felt* OJ L 232/15 **190, 196, 201, 206, 208, 217**
86/596 *Meldoc* OJ L 348/50 **142, 146, 157**
87/1 *Fatty acids* OJ L 3/17 **202, 217**
87/406 *Tipp-Ex* OJ L 222/1 **226**
87/409 *Sandoz* OJ L 222/28 **191, 201, 202, 206**
88/172 *Konica* OJ L 78/34 **202, 226**
88/477 *British Dental Trade Association* OJ L 233/15 **202**
88/518 *Naiper Brown - British Sugar* OJ L 284/41 **126, 217**
88/587 *Hudson's Bay - Dansk Pelsdyravlerforening* OJ L 316/43 **206**
88/589 *London European - Sabena* OJ L 317/47 **202**
91/297 *Solvay/ICI* OJ L 152/1 **202**
91/299 *Solvay* OJ L 152/21 **202**

91/300 *ICI* OJ L 152/40 **202**
92/163 *Tetra Pak II* OJ L 72/1 **23**
92/204 *Building and construction industry in the Netherlands* OJ L 92/1 **206**
92/261 *Newitt/Dunlop Slazenger* OJ L 131/32 **202**
92/262 *French-West African shipowners' committees* OJ L 134/1 **212**
92/426 *Viho/Parker Pen* OJ L 233/27 **206, 218**
93/82 *CEWAL* OJ L 34/20 **217**
94/599 *PVC* OJ L 239/14 **123**
94/601 *Cartonboard* OJ L 243/1 **202**
94/735 *AKZO Chemicals BV* OJ L 294/31 **129**
94/815 *Cement* OJ L 343/1 **202**
94/985 *Far Eastern Freight Conference* OJ L 378/17 **202**
94/987 *Tretorn and others* OJ L 378/45 **202**
95/477 *BASF Lacke* EGT L 272/16 **202**
95/551 *SCK/FNK* EGT L 312/79 **202**

Europadomstolen

Engel and others v Netherlands, ECHR, Ser. A, No. 22, 1976 **318, 320, 324, 328, 329**
Deweer v Belgium, ECHR, Ser. A, No. 35, 1980 **331, 332, 334**
Öztürk v FRG, ECHR, Ser. A, No. 73, 1984 **256, 318, 319, 320, 324, 326, 327, 328, 361, 375, 376, 390**
Campbell and Fell v UK, ECHR, Ser. A, No. 80, 1984 **326, 328, 329**
Lutz v FRG, ECHR, Ser. A, No. 123, 1987 **320, 327**
Salabiaku v France, ECHR, Ser. A, No. 141-A, 1988 **174, 179**
Weber v Switzerland, ECHR, Ser. A, No. 177, 1990 **324, 326, 330, 333**
Demicoli v Malta, ECHR, Ser. A, No. 210, 1991 **324, 329**
Société Stenuit v France, ECHR, Ser. A, No. 232-A, 1992 **338**
Pham Hoang v France, ECHR, Ser. A, No 243, 1993 **174**
Ravnsborg v Sweden, ECHR, Ser. A, No. 283, 1994 **321, 324, 326, 327, 330**
Bendenoun v France, ECHR, Ser. A, No. 284, 1994 **332, 334**
Welch v UK, ECHR, Ser. A, No. 307, 1995 **318, 327**
Air Canada v UK, ECHR, Ser. A, No. 316, 1995 **332, 334**
Schmautzer v Austria, ECHR, Ser. A, No. 328-A, 1995 **323, 330**
Umlauft v Austria, ECHR, Ser. A, No. 328-B, 1995 **323, 330**
Gradinger v Austria, ECHR, Ser. A, No. 328-C, 1995 **323, 330**
Pramstaller v Austria, ECHR, Ser. A, No. 329-A, 1995 **323, 330**
Palaoro v Austria, ECHR, Ser. A, No. 329-B, 1995 **323, 330**
Pfarrmeier v Austria, ECHR, Ser. A, No. 329-C, 1995 **323, 330**
Putz v Austria, ECHR, Reports of Judgments and Decisions 1996-I **323, 327, 330**
Benham v UK, ECHR, Reports of Judgements and Decisions 1996-III **327**
Mauer v Austria, Judgment, Strasbourg, 18 February 1997 **330**

A.P., M.P. and T.P. v Switzerland, Judgment, Strasbourg, 29 August 1997 **320, 327, 331**
E.L., R.L. and J.O.-L. v Switzerland, Judgment, Strasbourg, 29 August 1997 **320, 327, 331**
Garyfallou AEBE v Greece, Judgment, Strasbourg, 24 September 1997 **331, 334**

Kommissionen för de mänskliga rättigheterna

X. v Luxembourg, Application No. 4519/70, Yearbook of the European Convention on Human Rights 1971 s. 616 **318**
Verein Kontakt-Information-Therapie and Siegfried Hagen v Austria, Application No. 11921/86, D.R. 1988 s. 81 **338**
M. & Co. v FRG, Application No. 13258/87, D.R. 1990 s. 138 **336, 337**

Högsta domstolen

NJA 1907 s. 471 **187**
NJA 1990 s. 210 **172**

Danska domstolar

U 1995.9 H **179**

Tyska domstolar

OLG

OLG Oldenburg, Beschl. v. 16.5 1978 – Ss (Owi) 224/78, (NJW 1978 s. 1869) **162**
BayObLG, Beschl. v. 26.5 1978 – 3 ob Owi 38/78 (NJW 1978 s. 2046) **154**

BGH

BGHSt 5, 245 **144**
BGHSt 11, 263 **294**
BGHSt 16, 264 **214**
BGHSt 17, 121 **64, 66**

BVerfG
BVerfGE 8, 197 **294**
BVerfGE 9, 167 **294, 295**
BVerfGE 10, 89 **236**
BVerfGE 19, 342 **95**
BVerfGE 20, 323 **174, 228, 236**
BVerfGE 22, 49 **294**
BVerfGE 23, 127 **95**
BVerfGE 26, 186 **266**
BVerfGE 27, 18 **294, 295**
BVerfGE 30, 292 **97**
BVerfGE 33, 171 **97**
BVerfGE 37, 201 **295**
BVerfGE 45, 272 **295**
BVerfGE 50, 205 **295**
BVerfGE 51, 60 **295**
BVerfGE 61, 126 **95**
BVerfGE 71, 108 **266**
BVerfGE 80, 182 **295**

Sakregister

Absicht 189 ff
absoluta teorier 254, 383, 389
access to justice 257
actio libera in causa 221, 223
aliudteorin 268, se även *kvalitativa teorier*
allmänna rättsprinciper 45 f, 92, 177
allmänprevention 106, 110 f, 175 f, 249, 265
analogier 389, 398 f
analogiförbudet 122 n 22, 317
A-proportionalitet 29, 93 f, 4.2, 4.4, 4.5, se även *proportionalitet*
argumentation 35 ff
artikel 5 (Romfördraget) 54 ff, 70
artikel 85 (Romfördraget) 5.1.3.2, 205 ff
artikel 86 (Romfördraget) 5.1.3.3, 208 f
artikel 209a (Romfördraget) 61 ff
assimilation 56, 60, 61 ff
autonomt begrepp 318 f
avkriminalisering 71, 250 n 15, 298, 302, 309, 319
avräkning (av tidigare ådömda sanktioner) 88 ff
avskräckande sanktioner 56 f, 61, 63
avtal 123
bagatelltillkännagivande 125, se även *de minimis-regeln*
bedingter Vorsatz 193 f
bedrägerier 24, 61 ff, 117, 130 ff
bedrägerikonventionen 25, 61, 75, 89
Beccaria 110 f
begreppsanalys 8.2
begreppsjurisprudens 8.4, 246 n 3
beloppsrelaterade sanktionsavgifter 297 f n 12
Bentham 111
beslut 72, 74
bevisbörda 138, 6.5
bidragsbedrägerier 24, 89
biförpliktelse 79
blandteorier 268, 294
blankettstraffbud 65 n 78, 120, 263 n 15
bonus pater familias 196
brott mot tystnadsplikt 60 f
brottsofferfond 308
böter kap. 5, 12.1.1, 394 f
CAP 23
Carlander 6, 338
civilprocessen 8.6.3
comfort letters 135
Constituio Criminalis Carolina 262
Corpus Juris 24 n 3
das erlaubte Risiko 195 n 104
de minimis-regeln 125, 135, 210
deduktion 41, 269
direkt effekt 63 f, 68 n 90, 69, 72 f, 119 n 11
direkter Vorsatz 191 ff
direkt tillämplighet 72 f
direkt uppsåt 189 ff
direktiv 66 ff, 73

direktivkonform tolkning 51, 68, 74
doktrin 44
dolus Alexanderson 194, 197
dominerande ställning 126 f, 208 f
duglighet 97 f
dualism 65
effektiva sanktioner 56 f, 61, 63
effet utile 48
EG-domstolen 38, 42, 43, 59 f, 204, 397 f
EG-rättskonform tolkning 71, 74
EG-rättslig påverkan på nationell straffrätt 51 f, 3.2
EG:s konkurrensregler 5.1
Erforderlichkeit 98 ff, 156 ff, 146
EU och straffrätten 52
Euratomfördraget 59, 60 f, 64, 66, 75
Europadomstolen kap. 11, 256, 397 f
Europakonventionen kap. 11, 245 f, 302 ff, 397 f
– och EG 335 ff
– och företag 337 ff
eventuellt uppsåt 193 ff
expressiv funktion 379, 382, 387
extraterritoriell tillämpning 216
faredelikt 286 f
Feuerbach 263, 280 ff
force majeure 79, 6.4
formell klassificering 320 ff, 364 f
förarbeten 36 n 23, 47
företagsansvar 7.5
företagsbot 301
företagsbegreppet 47, 122, 207
förhållningsregel 132, 366 ff
förordning 17/62 23, 119 ff, 128 f, 182 f, 339
förordning 2988/95 88 f, 130 ff, 183
förordningar 68 ff, 72 f
förstainstansrätten 42
första pelaren 246 f, 397 f
försvarlighetsbedömning 146 f, 155 ff
förvaltningsstraffrättsliga teorin 9.4.2, 294, 366
förverkande 77 ff, 87, 103 ff, 166 f, 347 ff, 295 f, 305, 329, 333
generaladvokater 44
general justifying aim 254, 389
generell tillämpbarhet 323 ff
giltighet 37 ff, 71
giltighetsvillfarelse 218 f
gällande rätt 33
gärningsculpa 195
harmonisering 24
huvudförpliktelse 79
häleri 67
implementering
– av förordningar 68 ff
– av direktiv 66 ff
in dubio pro communiate 48 f, 185 n 58
in dubio pro reo 172, 351
indirekt uppsåt 191 ff
induktion 35, 41, 268
inflation 255
insiderhandel 67
intresseavvägning 158 f, 160 f
juridisk argumentation 35 ff
juridiska personer, se *företagsansvar*
Kant 234, 387
klander 12.3.4.4
komparation 45, 49
kompetens 38 f, 74, 75, 76 f, 82 n 169, 85, 120 n 12, 246 f, 352 f
konformitetsprincipen 164, 168, 173 n 3, 224 n 250
konkurrensrätt 115 ff, 5.1
konstruktiv rättsdogmatik 39 n 34
konventioner 52 f
kriminalisering 132, 254, 268, 293
K-straff 29, 12.3.4, 12.4, 12.5
kultur 283 f

kvalitativa läror 268, 9.4, 295, 304, 314
kvantitativa läror 268, 9.5, 314
lagstöd, krav på 317
legalitetsprincipen 64, 65, 69 f, 122 n 22, 125 n 40, 131 n 75, 180, 317, 343
lidande 253, 12.3.4.3
lojalitetsprincipen 54 ff
Maastrichtfördraget 52, 58, 61 177 n 25, 335
marknadsandelar och dominerande ställning 127
medveten culpa 197, 213
mened inför EG-domstolen 59 f
metod 40 ff, 46 ff
minskning av bidrag 84 f, 352 f, 396 f
Mischtatbestände 267, 269, 277
momsbedrägerier 132 f
Montesquieu 263
moral 31 ff, 96 n 22, 284 f, 341
MR-straff 29, 363, 12.3.4, 12.4, 12.5
mänskliga rättigheter kap. 11
nationella sanktioner
naturrätt 31 ff
ne bis in idem 90
nedsättning av böter 129
negative policy-inputs 38 n 30
negativ påverkan 53, 70 ff
negativattest 128 n 66, 135, 218
normgivning 313 f
nöd 116 n 3, 139, 6.3, 235, 266
nöd och företag 6.3.5
nödhjälp 159
nödvändighet 98 ff
nödvärn 6.2, 266
oaktsamhet 194 ff, 285 f
oaktsamhetsröskel 196
obestämdhetsförbudet 122 n 22, 317
ogiltighet 119
oklart rättsläge 217
Ordnungswidrigkeiten kap. 9, 296 f, 313, 341, 343 f
organisationsskuld 221 ff
oskuldspresumtionen 179, 303, 317
Parisfördraget 59, 64, 75, 77 n 140, 116, 121, 133 f, 183 ff, 214
penningtvätt 52, 67
polycentri 284 n 138
positiv generalprevention 57 n 37, 259 f
positiv påverkan 53 ff
prevention 103, 230 ff, 254, 298, 307, se även *allmänprevention*
primärrätt 42, 53
primärrättslig påverkan 54 ff
– allmän 54 ff, 91
– specifik 58 ff, 91
principer 35, 178
processekonomi 258 f, 297
processförutsättning 66
processuella regler 328, 391
proportionalitet 56 f, 61, 63, 77, 79 ff, 83, 182 n 49, 293, kap. 4
– absolut 103
– relativ 103
psykiatrisk tvångsvård 306
punitive damages 361
Rechtsgüter 160, 273, 274, 275, 279 f, 292
reduktionsslut 35
reformatio in pejus 340 f
regeringsformen 247 f, 296, 313 f
rehabilitering 103, 254, 287 f
relativa teorier 389
relevant marknad 126 f, 209
retroaktivitetsförbud 177, 247, 317
rimlighet 100 f
ränta 83, 396
rättegångsförseelse 321 ff
rättsdogmatik 39 f
rättsjämförelse 44 f, 49, 148 f
rättskällor 36, 42 ff
rättspositivism 31 ff
rättsprövning 323

rättsstridighet 135, kap. 6
rättssäkerhetsgarantier 254 ff, 358 ff, 362 f, 374, 390
rättsvetenskap 39 f
samhandelskriteriet 124 f, 208
samhällstjänst 308
samordnat förfarande 123 f
sanktionsavgifter kapitel 10
sanktionsrätt 29
sannolikhetsuppsåt 194
sekundärrätt 43
sekundärrättslig påverkan 66 ff
– genom direktiv 66 ff, 91
– genom förordningar 68 ff, 91
skadestånd 119, 176 n 20, 257, 307 f, 359
skatter 132 f, 367 f
skattetillägg 299, 300, 302 ff, 312 f
skuldpresumtioner 174, 179
skuldprincipen 92, 131 n 75, 7.1, 173 ff, 177 ff, 228 ff, 351, 388, 400
skuldteorin 198 n 124, 200 f
skyddsobjekt 327 f
skyddsåtgärder 305
socialt skuldbegrepp 221
Sonderdelikt 207
specialsubjekt 325 f
S-proportionalitet 29, 93 f, 4.3, 4.4, 4.5, se även *proportionalitet*
stigmatisering 377, 378 f
Strafbegründungsschuld 174
Strafzumessungsschuld 174
straffbegreppet kapitel 12
straffmätning 189
straffränta se *strafftillägg*
straffrättsvillfarelse 187 f, 196, 198 ff, 206 n 159, 210, 211 ff
strafftillägg 82 f, 84, 351 ff, 396 f
strikt ansvar 174 f, 178 ff, 386 f
sui generis 343, 344, 349, 350
suveränitet 24
svartlistning 87
territorialitetsprincipen 59 n 51
tillräknande av skuld 225 ff
tredje pelaren 52, 246 f, 397 f
tû-tû 345 n 26
täckningsprincipen 7.3
tystnadsplikt 60 f
ultima ratio 106 n 66, 231, 311, 399 ff
undantag 127 f, 135
underlåtenhet 34 n 14, 132, 169
universalitetsprincipen 59 n 51
uppsåt 7.2.2, 285 f
uppsåtsteorin 198 ff
ursäktande omständigheter 163 f, 171, 386
uteslutning från bidragssystem 85 ff, 352 ff, 371, 373 f, 396 f
utilitarism 111, 231
vikarierande ansvar 108 n 70, 226
villfarelse se *straffrättsvillfarelse*
vite 119, 278 n 103
Vollrausch 221, 223
värderelaterade sanktionsavgifter 297 f n 12
wertenden Rechtsvergleichung 44 f, 95
återfallsrisk 103
ändamål 327, 342, 351, 389 f
övernationell sanktionsrätt 29, 51, 74 ff
– medelbar 75 ff, 91
– omedelbar 75, 91, del II

EG:S SANKTIONSRÄTT

Det europeiska samarbetet är av straffrättsligt intresse inte bara såtillvida att den nationella straffrätten påverkas genom instrument som direktiv och konventioner eller genom att EG-rätten används som grund för invändningar i nationella brottmål, utan också genom att det på EG-nivå har vuxit fram en ny övernationell sanktionsrätt. Denna sanktionsrätt som befinner sig någonstans i gränslandet mellan straffrätt och förvaltningsrätt är föremålet för denna undersökning. Exempel på dylika sanktioner, som i första rummet riktar sig mot företag och företagare, är de böter som används inom EG:s konkurrensrätt.

Bokens huvuddel ägnas åt att analysera dessa sanktioner i ett straffrättsligt perspektiv. Bl.a. diskuteras om det finns utrymme för att åberopa straffrättsliga grundsatser som nöd och nödvärn när det gäller konkurrensrättsliga överträdelser. Vidare utreds den närmare innebörden av att bötespåförande fordrar att överträdelsen skett uppsåtligen eller av oaktsamhet samt vilken betydelse olika former av villfarelser har i detta hänseende.

Slutligen förs en ingående diskussion om vilken karaktär man bör tillskriva dessa administrativa sanktioner. Är det inte egentligen fråga om regelrätta straff? Hur går det i så fall ihop med den allmänna uppfattningen att EG saknar straffrättslig kompetens? I ett särskilt kapitel redogörs också, på ett strukturellt plan, för förhållandet mellan EG-rätten, straffrätten och sanktionsrätten.

PETTER ASP är verksam vid Juridiska institutionen, Uppsala universitet. Akademisk avhandling.

ISBN 91-7678-384-7
IUSTUS FÖRLAG