

Handlar normprövningsdebatten om rätt saker?

Av rättschefen OLLE ABRAHAMSSON

Uppenbarhetsrequisitets vara eller icke vara har under lång tid dominerat den svenska normprövningsdebatten. Politiskt har rekviset setts som en garanti för att domstolarna inte tar sig för stora friheter på lagstiftarens bekostnad. Samtidigt har det kritiserats såsom ett hinder för grundlagarnas och Europakonventionens genomslag i rättstillämpningen. EG-rättens utveckling, varigenom Europakonventionen allt mer har förts in under gemenskapsrätten, i förening med att domstolarna funnit andra vägar att uppnå godtagbara materiella resultat har emellertid inneburit att uppenbarhetsrequisitet har förlorat i betydelse. Alltför lite uppmärksamhet har å andra sidan ägnats konsekvenserna av att lagstiftaren underlåter att redovisa överväganden rörande lagstiftningens proportionalitet och därmed ger utrymme för en normprövning baserad på otillräckligt beslutsunderlag. Även frågan om den europeiska rättighetsstadgans politiska och rättsliga implikationer och inte minst dess betydelse för den svenska ordningen för normprövning behöver utredas och bli föremål för en grundlig debatt.

Inledning

Vem har sagt följande: *Det kan inte komma ifråga att politisk makt läggs hos sådana icke politiska organ som domstolar?* Det hårda retoriska anslaget skulle kunna föra tankarna till Östen Undén, Carl Lidbom, Thage G Peterson, Morgan Johansson eller någon annan framträdande socialdemokratisk ideolog, angelägen att slå vakt om riksdagens suveräna maktställning och skeptisk till varje form av judiciell normprövning. Men citatet är hämtat från ett betänkande utformat av den borgerliga majoriteten i konstitutionsutskottet våren 1979 och ansluter väl till vad justitieminister Lennart Geijer uttalade inför grundlagsändringarna 1974: "[...] att den i nu gällande RF ännu formellt kvarstående maktodelningsprincipen därmed försvinner ser jag som en betydande vinning och ett väsentligt inslag i reformen".¹

Fler exempel skulle kunna åberopas för att visa att den svenska debatten om normkontrollen och om förhållandet mellan domstolarna och den politiska makten har präglats av ett förbluffande stort samförstånd. Ändå finns det en ganska spridd men icke desto mindre falsk föreställning om att den svenska borgerligheten i opposition mot en dominerande socialdemokrati och efter europeisk och nordamerikansk förebild, allt sedan parlamentarismens genombrott har strävat efter att stärka domstolarnas ställning på de båda högsta statsorga-

¹ Bet. KU 1978/79:29 s. 7 resp. prop. 1973:90 s. 156.

nens bekostnad. Det verkliga förhållandet är att riksdagspartierna i stort sett har varit eniga såväl när de i högstämda ordalag har slagit fast att all offentlig makt skall utgå från folket som när de genom händelsernas gång har tvingats anpassa sig till att verkligheten är mer komplicerad än så.

Intet tvivel råder om att införandet av rättsprövningslagen, inkorporeringen av Europakonventionen och medlemskapet i EU under de två senaste decennierna gradvis har överfört betydande politisk makt från riksdag och regering till domstolar och rättstillämpande myndigheter. Förhållandet har emellertid sällan öppet erkänts av de politiska organen och knappast heller av domstolarna, vilka har saknat intresse av att demonstrera sin nyvunna maktställning. I ärendet med lagändringar inför EU-medlemskapet betonade riksdagen att dess ”ställning som det främsta statsorganet får inte genom överlåtelse av normgivningskompetens urholkas i väsentlig grad”, ett uttalande som regeringen och riksdagen sedan hänvisat till vid flera tillfällen.² Men redan när Regeringsrätten efter rättsprövning underkände det politiskt fattade beslutet att bygga den så kallade Norra Länken, vilket fick utomordentligt ingripande konsekvenser för trafiksituationen i Stockholm, fick många upp ögonen för att de politiska organens ställning hade underminerats.³

Som ett uttryck för den i och för sig rimliga tanken att riksdagen inte bör avhända sig makt mer än nödvändigt bör ses att varken lagen om Sveriges anslutning till EU eller den lag varigenom Europakonventionen inkorporerades gavs status av grundlag. Den valda tekniken har dock knappast gjort det europeiska rättssamarbetet mindre tvingande för Sverige.⁴ Betänk exempelvis att en av riksdagens verkliga ögonstenar, den svenska alkoholpolitiken, till följd av EU-medlemskapet har beskurits genom domstolsbeslut och att det till på köpet är svenska domstolar som hållit i saxen!

² Bet. 1993/94:KU21 s. 27.

³ RÅ 1997 ref. 18. Jfr SvJT 1999 s. 841 och 2003 s. 15.

⁴ Däremot ger avsaknaden av grundlagsstatus upphov till en rad egendomliga komplikationer. Beträffande Europakonventionen har det diskuterats om den valda inkorporeringsmetoden och uppenbarhetsrekvisitets tillämpning går att förena med Sveriges konventionsåtaganden. Spörsmålet är väl känt och berörs även i direktiven till den pågående grundlagsutredningen. Mindre uppmärksammat är att EU-anslutningslagens imperativ att EU-fördragen ”gäller här i landet” genom sin status av blott vanlig lag kan vara svårt att förena med principen om EG-rättens företräde gentemot inhemska bestämmelser oavsett dessa bestämmelsers nationella status. En märklig konsekvens som har att göra med det sätt varpå anslutningen skedde är att det inte synes finnas någon *rättslig* väg för Sverige att säga upp EU-samarbetet. Om riksdagen skulle stifta en lag som upphäver anslutningslagen kan det nämligen hävdas att upphävandelagen strider mot EU-fördragen, som för närvarande inte medger en stat att ensidigt utträda ur unionen, och därför på grund av företrädesprincipen inte får tillämpas av svenska domstolar och myndigheter. Sveriges situation skulle alltså rättsligt sett vara snarlik den som ledamöterna av Svenska Akademien befinner sig i när de inte anses ha någon möjlighet att i stadseenlig ordning utträda. Se vidare författarens artikel *Den rättsliga grunden för Sveriges EU-medlemskap* i Festskrift till Ulf Bernitz, ERT 2001.

På senare år har en något mer livaktig debatt kommit igång om normprövning, med betoning på uppenbarhetsrekvisitets berättigande men även på en särskild författningsdomstol och Lagrådets ställning.⁵ En polarisering har skett som i viss mån har brutit det politiska samförståndet. Förklaringen är till dels en ökad aktivism från de europeiska domstolarna i Luxemburg och Strasbourg, en utveckling som på många håll och inte bara i vårt land har väckt bestörtning, och att det tar tid innan medlemskapets respektive inkorporeringens betydelse för statsmakternas respektive domstolarnas skyldigheter och funktioner visar sig i full vidd. Motivet för debattinlägg och politiska initiativ är nuförtiden påfallande ofta just att EU och Europadomstolen alltför mycket "lägger sig i" svenska förhållanden.

Av betydelse för att nytt liv blåsts i normprövningsdebatten är också den allmänna radikaliserings av det politiska livet, där det anses viktigt att framstå som idérik och handlingskraftig och att profilera sig själv och det egna partiet. Initiativ i konstitutionella frågor är inte längre förbehållna en liten politisk elit. Det har blivit allt vanligare att utspel i rättspolitiska frågor grundas mindre på saksak och ideologiska ställningstaganden och mer på vad som förmodas göra sig bra inför väljare och medier. Den typen av populism, som också kan gälla underlåtenhet att agera när motsatsen vore sakligt motiverat, återfinns inom alla politiska läger.⁶

Mot denna allmänna bakgrund är min avsikt att belysa ett par aspekter med anknytning till normprövningsdiskussionen som enligt min mening ännu inte har blivit tillräckligt uppmärksammade. Hit hör betydelsen av att domstolarna har att bedöma proportionaliteten av svensk lagstiftning, den europeiska rättighetsstadgans inverkan på det svenska rättslivet och slutligen uppenbarhetsrekvisitets minskade betydelse särskilt i förhållande till Europakonventionens krav.

Försummade proportionalitetsbedömningar ger utrymme för normprövning

Regeringsformen innehåller i 2 kap. 12 § en uttrycklig proportionalitetsprincip av huvudsaklig innebörd att viss rättighetsinskränkande lagstiftning inte får gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till det ändamål som har föranlett den. Det betyder att inskränkningar i rättighetsskyddet får göras endast om det motstående intresse som skall tillgodoses är så starkt och rättighetsskyddsintresset så förhållandevis svagt att inskränkningen framstår som proportionerlig. Eftersom proportionalitetskravet sålunda är inskrivet i grundlagen kan det ak-

⁵ Ett enkelt sätt att stärka Lagrådets ställning och kvalitetssäkra dess yttranden vore att återgå till den ordning som gällde fram till år 1980, då antalet ledamöter minskades från fyra till tre. En författningsdomstol, som inte ges andra befogenheter än vad övriga domstolar har eller skulle kunna tilldelas, synes komma att få huvudsakligen symbolisk betydelse och därmed riskera att bli något av en kvasireform.

⁶ Jfr författarens kritiska genomgång i artikeln *Lagstiftningspolitiken i den nationella lagberedningen*, SvJT 2003 s. 1 ff.

tuella slaget av rättighetsinskränkande lagstiftning bli föremål för normprövning enligt 11 kap. 14 § RF. För att rätt kunna utföra en prövning av om en rättighetsinskränkande lagstiftning uppfyller proportionalitetskravet fordras naturligtvis kännedom både om behovet och de positiva effekterna av lagstiftningen och om de motstående intressena och lagstiftningens negativa inverkan på dessa.

Även möjligheten att enligt 2 kap. 13 och 14 §§ RF begränsa yttrande- och informationsfriheten respektive mötes- och demonstrationsfriheten kan sägas vara underkastad en proportionalitetsprincip, såtillvida som behovet av sådana begränsningar måste vägas mot de motstående intressen som räknas upp i lagrummen.

Om riksdag och regering är måna om att rättighetsinskränkande lagstiftning inte underkänns av domstolarna såsom stridande mot proportionalitetsprincipen bör det ligga i deras eget intresse att motivera rimligheten av sådan lagstiftning på ett övertygande sätt. Detta görs emellertid långt ifrån alltid. I mitt arbete som ordförande i Integritetsskyddskommittén (Ju 2004:05) har jag tvärtom kunnat konstatera att det i lagmotiven många gånger saknas en noggrann och vederhäftig redovisning och analys av rättighetsbegränsande lagstiftningsåtgärders positiva betydelse från effektivitets- och ändamålssynpunkt. Det tas mer eller mindre för givet att en viss åtgärd medför effektivitets- och kostnadsvinster i den aktuella verksamheten, men det försummas att göra sådana mer ambitiösa uppskattningar av vinsternas storlek och omfattning som hade krävts för att ge rätt vikt åt behovet vid en proportionalitetsbedömning.

Ändå är det inte på detta plan som de största bristerna finns. Behovet av en rättighetsbegränsande lagstiftning är i allmänhet någorlunda väl och utförligt redovisat i lagstiftningens förarbeten jämfört med den många gånger helt uteblivna redogörelsen för de skadeverkningar som lagstiftningen kan väntas medföra. I de fall då en beskrivning av ett lagförslags rättighetsbegränsande effekter faktiskt görs, framstår denna inte sällan som schablonartad och substanslös. Illustrativa exempel på vad en person kan tänkas råka ut för till följd av att exempelvis integritetsskyddet satts ur spel lämnas så gott som aldrig. Ett typiskt tillvägagångssätt i motivskrivningarna är i sådana fall att fördelarna med en föreslagen integritetsbegränsande åtgärd sammanfattningsvis anges vara så stora att hänsynen till integritetsskyddet måste få vika, utan att det närmare förklaras vari dessa skador består och vilka effekter de kan beräknas få till art och omfattning. Denna summariska metod kan exempelvis ta sig följande uttryck: "Användande av hemliga tvångsmedel kan i och för sig inkräkta på tredje mans integritetsintresse, t.ex. en person som talar i telefon med en presumtiv gärningsman. De behovs- och effektivitetsskäl på det brottsförebyggande området som talar för förslaget väger emellertid så tungt att tredje mans integritetsintresse i viss mån måste få stå tillbaka i dessa fall". Ett liknande, förenklat resonemang fördes när de för den fiskala verk-

samheten behövliga skattedatabaserna föreslogs göras tillgängliga även för brottsutredande verksamhet.⁷

Än mer betänkligt är om det vid utarbetandet av lagstiftning som begränsar de rättigheter som anges i 2 kap. 12–14 §§ RF inte alls observeras att lagstiftningen kommer att få sådana konsekvenser. I dessa fall kan det naturligtvis aldrig bli tal om någon relevant proportionalitetsbedömning. Att sådana exempel finns kan utläsas av Integritetsskyddskommitténs delbetänkande SOU 2007:22. Men även i fall då beredningsunderlaget i och för sig är tillräckligt för att möjliggöra en någorlunda komplett proportionalitetsbedömning görs denna ofta — oavsett om termen ”proportionalitet” används eller inte — på ett alltför knapphändigt och klichéartat sätt. Många gånger sägs egentligen bara att rättighetsbegränsningen visserligen är betydande men att den jämfört med fördelarna med den föreslagna åtgärden ändå inte är så stor att det vore försvarligt att avstå från lagstiftning.⁸

Ett nödvändigt moment i en proportionalitetsbedömning är att lagstiftaren undersöker vilka alternativa och mindre ingripande metoder som finns för att uppnå syftet med en föreslagen åtgärd samt omsorgsfullt prövar hur långt det går att komma med sådana alternativa åtgärder, varvid eventuella nackdelar med dessa åtgärder från annat än effektivitetssynpunkt måste beskrivas och värderas. Denna typ av resonemang förekommer nästan inte alls i motiven till svensk lagstiftning på rättighetsskyddsområdet.

Den tid borde alltså vara förbi då lagstiftaren struntar i att redovisa sina proportionalitetsbedömningar med hänvisning till att domstolarna ändå är skyldiga att döma enligt lagen som den är skriven. Det är just genom att i förarbetena utförligt beskriva de bakomligganden övervägandena som lagstiftaren har möjlighet att övertyga de rättstillämpande myndigheterna om att lagstiftningen är proportionerlig och därigenom förebygga att den underkänns vid prövning enligt 11 kap. 14 § RF.

Proportionalitetsprövning av EG-rättsrelaterad lagstiftning

Här skulle kunna invändas att risken för ett sådant underkännande från domstolarnas sida är liten eftersom det krävs att den rättighetsinskränkande lagstiftning *uppenbart* strider mot den i 2 kap. 12 § RF inskrivna och i 2 kap. 13 och 14 §§ implicita proportionalitetsprincipen.⁹ En sådan invändning kan inte göras när det är fråga om lagstiftning vars ändamål är att ge effekt åt gemenskapsrätten.

⁷ Prop. 2005/06:177 resp. 2005/06:169.

⁸ Se t.ex. SOU 2005:38 *Tillgång till elektronisk kommunikation i brottsutredningar*.

⁹ Hur mycket uppenbarhetsrekvisitet verkligen minskar risken för att rättighetsbegränsande lagstiftning underkänns kan diskuteras. I de fall då en domstol är övertygad om att en rättighet begränsats i strid med proportionalitetsprincipen torde steget inte vara långt till att felet också bedöms som uppenbart. I ett uppmärksammat avgörande år 1997 grundade Hovrätten för Västra Sverige en dom på den omständigheten att lagen (1947:164) om förbud mot politiska uniformer hade fått en så generell avfattning att den uppenbart gick utöver de inskränkningar i yttran-

EG-domstolen har i en lång rad avgöranden tagit ställning till frågan om medlemsstaterna har haft rätt att i sin lagstiftning utnyttja sig av de möjligheter som ges i fördragen att begränsa tillämpningen av EG-rättsliga regler med hänsyn till vissa specifika intressen, såsom nationell säkerhet och folkhälsa. En stor del av domstolens praxis handlar i själva verket om i vilken utsträckning och under vilka omständigheter som medlemsstaterna har rätt att begränsa sådana gemenskapsrättsliga principer som icke-diskriminering, fri konkurrens och fri rörlighet (i vid mening). Under årens lopp har domstolen utvecklat och förfinat ett lärobygge om vilka kriterier som är relevanta för att bedöma om de inskränkningar som medlemsstaterna beslutar är proportionerliga.¹⁰ Många gånger uttalar sig EG-domstolen direkt i frågan om en nationell åtgärd är proportionerlig eller inte. Men särskilt på senare år har det i mål om förhandsavgöranden blivit vanligt att domstolen nöjer sig med att fastställa de kriterier som proportionalitetsprövningen skall bygga på och därefter överlåter åt den nationella domstolen att pröva om dessa kriterier föreligger i det konkreta fallet.

I Sverige väckte det uppseende när EG-domstolen i målet *Bodil Lindqvist*, som gällde frågan om personuppgiftslagen på rätt sätt återspeglade EG:s dataskyddsdirektiv, uttalade att medlemsstaterna har ett betydande handlingsutrymme vid genomförandet av direktivet samt att det ankommer inte på EG-domstolen utan på nationella myndigheter och domstolar att göra en proportionalitetsbedömning vid intressekonflikter som direktivet ger upphov till, särskilt med avseende på yttrandefriheten.¹¹ Uttalandet i sig var på intet sätt sensationellt, men det fick många att inse att svenska myndigheter och domstolar har en rätt och framför allt en skyldighet att självständigt pröva om en direktivbaserad lagstiftning innefattar korrekta intresseavvägningar. Vid denna prövning är det inte avgörande att riksdagen på ett allmänt plan redan har gjort en avvägning på konstitutionell nivå mellan skilda intressen, bland annat på så sätt att tryck- och yttrandefriheten har givits prioritet i förhållande till exempelvis intresset av integritetsskydd. Vid prövningen är domstolarna och myndigheterna inte heller bundna av uppenbarhetsrekvisitet i 11 kap. 14 § RF eftersom det handlar om genomförande av gemenskapsrättsliga normer som har företräde även gentemot grundlagsbestämmelser.

defriheten som är tillåtna enligt 2 kap. 12 och 13 §§ RF (RH 1997:47). Oftast finns det dock andra sätt att uppnå en utgång som domstolen finner materiellt tillfredsställande.

¹⁰ Det handlar alltså här om någonting delvis annat än den allmänna proportionalitetsprincip som EU:s institutioner är ålagda enligt artikel 5 i EU-fördraget. — Beträffande EG-domstolens senare praxis, se t.ex. *Smits och Peerbooms* (SvJT 2000 s. 167 ff.), *Canal Satélite* (SvJT 2002 s. 704 ff.), *Lommers* (SvJT 2002 s. 716 ff.), *Baumbast* (SvJT 2003 s. 352 ff.), *British American Tobacco* (SvJT 2003 s. 366 ff.), ”*Golden share II*” (SvJT 2003 s. 1110) och *Schmidberger* (SvJT 2003 s. 1122 ff. Det sistnämnda målet angick avvägningen mellan å ena sidan skyddet för den fria rörligheten och å andra sidan respekten för yttrande- och mötesfriheten.).

¹¹ Se SvJT 2004 s. 525 ff.

När nu domstolarna har givits en sådan makt att överpröva inte bara lagstiftningens formella direktivtrogenhet utan även de rättspolitiska överväganden som ligger bakom den svenska genomförandelagstiftningen tycker man att regering och riksdag borde lägga ner mycket tid och kraft på att förklara *varför* man anser att proportionalitetsprincipen är korrekt iakttagen och vilket stöd för denna slutsats som man har funnit, bland annat i EG-domstolens praxis. Med goda och skarpsinniga argument borde man försöka övertyga domstolarna och myndigheterna om att lagstiftningen har utformats så att den är förenlig med gemenskapsrätten. För om domstolarna inte får veta hur lagstiftaren har kommit fram till den valda lösningen bör risken normalt öka för att en till synes tånjd och pressad genomförandelagstiftning underkänns. Mitt intryck är att denna risk inte alls beaktas i lagstiftningsarbetet.¹²

Gourmetmålet

Ett mycket tydligt exempel på vad som kan inträffa när lagstiftaren negligerar behovet av proportionalitetsprövning utgör det så kallade Gourmetmålet.¹³ Där begärde Stockholms tingsrätt förhandsavgörande av EG-domstolen huruvida det svenska förbudet mot alkoholreklam var förenligt med gemenskapsrätten. EG-domstolen fann att förbudet stred mot bland annat den fria rörligheten för tjänster men att frågan om förbudet trots detta kunde anses vara berättigat av folkhälsoskäl måste avgöras efter en proportionalitetsbedömning som den svenska domstolen var bättre skickad att utföra än EG-domstolen. Tingsrätten och senare Marknadsdomstolen underkände därefter förbudet med motivering att det var oproportionerligt. Marknadsdomstolen drog denna slutsats efter ett utförligt resonemang där man beaktade de samlade styrmedel som staten har till sitt förfogande för att skydda folkhälsan och tog hänsyn till det svenska annonsförbudets begränsade relativa betydelse i förhållande till dessa styrmedel. Utan att betygsätta domstolens proportionalitetsresonemang kan konstateras att det utgjorde en frihandsteckning utan egentliga stödjepunkter. Något stöd för sin tankegång kunde domstolen inte hämta i motiven till den svenska reklamförbudslagstiftningen, eftersom den inte alls innehöll några överväganden i proportionalitetsfrågan. Lagstiftaren tycks ha tagit för givet att klara och tydliga förbudslagar skall och kommer att åtlydas i rättstillämpningen och inte behöver motiveras med hänsyn till en situation där deras giltighet ifrågasätts.

¹² I andra EG-rättsrelaterade sammanhang finns exempel på att lagstiftaren genom utförliga resonemang lyckats få gehör för sin uppfattning. Sålunda hade Sverige sannolikt fällts i EG-domstolen för felaktigt genomförande av direktivet om oskäliga avtalsvillkor i konsumentförhållanden om inte övertygande argument för en kontroversiell implementeringsteknik hade redovisats i förarbetena (prop. 1994/95:17, jfr SvJT 2002 s. 720).

¹³ MD 2003:5. Beträffande EG-domstolens förhandsavgörande, se SvJT 2001 s. 686 ff.

Det är naturligtvis inte säkert att utförliga motivuttalanden till försvar för den aktuella förbudslagstiftningens proportionerlighet skulle ha gjort intryck på Marknadsdomstolen. Men genom lagstiftarens underlåtenhet att motivera proportionaliteten gavs domstolen ingen möjlighet alls att ta ställning till de bakomliggande resonemangen. Det kan nämnas att EG-domstolen, när den något år senare själv hade att bedöma proportionaliteten av den franska lagstiftning som begränsar möjligheten att göra reklam för vissa alkoholhaltiga drycker, godkände den nationella lagstiftningen efter att ha fört ett proportionalitetsresonemang som i betydande utsträckning skilde sig från det som Marknadsdomstolen tillämpade.¹⁴

Gourmetmålet åskådliggör en dramatiskt förändrad balans mellan den lagstiftande makten och den dömande. Det är mycket tydligt att de svenska domstolarna har fått ett lagprövningsutrymme som är väsentligt större än vad som tidigare i allmänhet antagits. Trots detta tycks lagstiftaren knappast ens ha försökt att begränsa detta utrymme genom att till ledning för rättstillämpningen proportionalitetspröva beslutade inskränkningar i EG-rättsrelaterad lagstiftning.

Den beskrivning jag tidigare gjort av Gourmetmålets rättspolitiska betydelse är alltså giltig: "I den allmänna rättspolitiska debatten i Sverige bör utgången av målet i EG-domstolen vara värd att uppmärksamma, eftersom domen utgör ännu ett och mycket tydligt exempel på att EU-medlemskapet har stärkt de svenska domstolarnas ställning i samhället och gjort dem till mer synliga motkrafter till regering och riksdag (jfr artikeln EU-medlemskapets influenser på dömandet, SvJT 1999 s. 833 ff.). Före medlemskapet och inkorporeringen av Europakonventionen och innan rättsprövningslagen gav de administrativa domstolarna utökade befogenheter var det i den svenska debatten ansett som i det närmaste otänkbart att en svensk domstol, därtill en underinstans, skulle ha givits makt att i realiteten överpröva ett av riksdagen fattat alkoholpolitiskt beslut och göra en bedömning av om ett sådant beslut var nödvändigt eller inte. Det är just en sådan situation som har uppstått som en omedelbar följd av EG-domstolens dom i det här refererade målet."¹⁵

Marknadsdomstolens dom i Gourmetmålet föranledde riksdagen att mycket snabbt och trots att Lagrådet påtalade att ärendet inte var tillräckligt berett, stifta en ny lag om förbud mot reklam för drycker med en alkoholhalt över 15 procent. Som Ulf Bernitz har påpekat hanterades lagändringen knappast seriöst i förhållande till EG-rätten.¹⁶ I en enda mening i propositionen avklaras hela den proportionalitetsproblematik som regeringen genom Marknadsdomstolens dom hade fått upp ögonen för: "Förslaget är också proportionerligt med hänsyn till det mål som eftersträvas, dvs. i avvägningen mellan

¹⁴ *Bacardi France*, SvJT 2004 s. 970 f.

¹⁵ SvJT 2001 s. 688

¹⁶ ERT 2003 s. 582.

skyddet för folkhälsan och den fria rörligheten för varor och tjänster”. Ett blankt påstående om att lagstiftningen är proportionerlig fick alltså ersätta den analys som hade kunnat bidra till att staga upp rättstillämpningen nästa gång proportionaliteten ifrågasätts av ett förbud som, enligt vad Lagrådet ansåg, godtyckligt träffar vissa alkoholdrycker.¹⁷

Den europeiska rättighetsstadgan

År 2000 antog Europeiska rådet en stadga om de grundläggande rättigheterna. Åtskilliga av de rättigheter som anges i stadgan är sådana som skyddas också genom Europakonventionen, men stadgan går i vissa avseenden längre. Även förhållanden som ligger utanför unionens nuvarande kompetensområde regleras, såsom frågor om utbildning, arbetsförmedling, föräldraledighet, socialhjälp, sjukersättning, förebyggande hälsovård och medicinsk vård.

Stadgan är så utformad att den vänder sig direkt till medborgarna, exempelvis genom att den ger varje arbetstagare rätt till betald semester. En förutsättning för att EU:s medlemsstater skulle kunna gå med på att åta sig så omfattande nya förpliktelser var att stadgan antogs i form av en juridiskt icke bindande deklaration. I såväl det nu överspelade så kallade konstitutionella fördraget som den politiska överenskommelse om ett nytt unionsfördrag som träffades vid EU:s toppmöte i Berlin i juni 2007 ingår emellertid stadgan som ett rättsligt bindande instrument.

I Sverige har det varit ganska tyst om EU:s rättighetsstadga. Från fackföreningshåll har det spekulerats i vad stadgan kan betyda för den svenska arbetsrätten, men i den stats- och rättsvetenskapliga debatten har frågan ägnats ett närmast förstrött intresse. Ingen djupgående analys har gjorts av stadgan och dess förhållande till Europakonventionen och de nationellt garanterade grundrättigheterna. Den uppmärksammas inte heller i direktiven till den nu pågående grundlagsutredningen. Ändå är det tydligt att stadgan genom att den får rättslig status kan komma att få långt större konstitutionella verkningar i vårt land än sådant som tillskapandet av en författningsdomstol och slopandet av uppenbarhetsrekvisitet i 11 kap. 14 § RF.

Anledningen till att den europeiska rättighetsstadgan inte har diskuterats mera i Sverige kan till dels vara att riksdagspartierna är i stort sett ense om att Sverige av storpolitiska skäl inte bör motsätta sig att stadgan blir rättsligt bindande. Ett mer sakligt grundat skäl torde vara att stadgan innehåller ett antal avslutande artiklar som till synes begränsar dess räckvidd och därmed gör den mindre intressant från nationell synpunkt. Sålunda anges att stadgan riktar sig till medlemsstaterna endast när dessa tillämpar unionsrätten och att den inte utvidgar unionens befogenheter. Det förutsätts också att rättigheterna i stadgan skall kunna begränsas genom lag, om begränsningarna är

¹⁷ Prop. 2002/03:87, bet. 2002/03:SoU16.

förenliga med ”det väsentliga innehållet” i stadgans rättighetssystem och, med beaktande av proportionalitetsprincipen, är ”nödvändiga och faktiskt svarar mot mål av allmänt samhällsintresse som erkänns av unionen” .

Det är emellertid en illusion att tro att de begränsningsregler som knutits till stadgan utgör en garanti för att den inte får genomslag i de nationella rättsordningarna eller att medborgarna skulle kunna förhindras att i medlemsstaterna göra gällande rättigheter under direkt åberopande av stadgan. Genom att upphöja stadgan till en integrerad del av unionsrätten avhänder sig medlemsstaterna i själva verket kontrollen över stadgans tolkning, tillämpning och räckvidd. Detta är en konsekvens av att EG-domstolen kommer att vara den enda instans som har behörighet att tolka stadgan och förklara dess rättsliga betydelse. Därmed är det heller inte möjligt att på förhand avgöra vilken ytterligare kompetens som medlemsstaterna avhänder sig genom det nya unionsfördraget, utan den saken kommer att visa sig först när EG-domstolen gör bruk av sin uteslutande rätt att tolka innebörden av stadgan. Om domstolen fortsätter att utveckla unionsrätten i samma raska takt som skett under 2000-talet, något som bland annat inneburet att begreppet unionsmedborgare genom domstolens praxis kommit att förenas med konkreta rättigheter på ett sätt som medlemsstaterna omöjligen kunde ha förutsett när de införde begreppet, har medlemsstaterna anledning att räkna med att stadgan kommer att medföra omvälvande förändringar som långt ifrån är begränsade till EU:s institutioner.¹⁸ Något som inte heller har uppmärksammats nämnvärt är att stadgan kommer att få genomslag också indirekt genom att EG-domstolen och de nationella domstolarna tolkar befintliga, såväl nationella som europakonventions- och unionsrättsbaserade, rättigheter i ljuset av stadgan. Hur stadgan på så sätt kommer att förändra innebörden av redan erkända rättigheter ligger likaledes utanför medlemsstaternas kontroll. Medlemsstaterna synes inte ens säkert kunna förutse i vad mån stadgan i framtiden kommer att kunna användas som rättslig grund för sekundärrättslig lagstiftning på unionsnivå, något som de som var drivande vid tillskapandet av stadgan föreställde sig. Om så sker kommer den centrala välfärdspolitiken i medlemsstaterna att direkt dras in under unionens kompetens. Genom att ge stadgan rättslig status överlämnas också denna eventuella konsekvens till EG-domstolens bedömning.

Om stadgans införlivande med unionsrätten kan få så vittgående följder på det nationella planet frågar man sig om dessa inte har uppmärksammats av andra medlemsstater. Detta är fallet och var anledning till att Storbritannien i juni 2007 utverkade ett gemensamt protokoll till Europeiska rådets förhandlingsmandat för den snabbinkallade regeringskonferens som på grundval av mandatet skall utarbe-

¹⁸ Se vidare författarens artikel *The relation between National Courts and the European Courts*, ERT 2006 s. 286 ff.

ta ett nytt unionsfördrag. I protokollet anges att "stadgan utvidgar inte domstolens, eller någon av Förenade kungarikets domstolars, kompetens att fastslå att Förenade kungarikets lagar, förordningar eller administrativa bestämmelser, praxis eller åtgärder inte överensstämmer med de grundläggande rättigheter, friheter och principer som den bekräftar" samt vidare att det finns "ingenting i stadgan som skapar rättigheter tillämpliga på Förenade kungariket som kan prövas i domstol". De misstroagna britterna krävde dessutom en skrivning om att hänvisningar i stadgan till nationella lagar och praxis skall vara tillämpliga i Storbritannien endast i den utsträckning som de i hänvisningen avsedda rättigheterna eller principerna erkänns i landets lagstiftning eller praxis.

Irland och Polen förbehöll sig rätten att komplettera protokollet med motsvarande förbehåll. Inte ens sådana till synes heltäckande garderingar kan emellertid garantera att stadgan i framtiden blir verkningslös i de länder som ansluter sig till protokollet, eftersom EG-domstolen har tolkningsprivilegiet. Det mest intressanta med protokollet är att det visar hur utomordentligt väl medveten den brittiska regeringen och dess rådgivare är om att stadgan har potential att åstadkomma stora förändringar i medlemsstaterna. I Sverige lyser denna medvetenhet med sin frånvaro.

Det nya unionsfördraget förväntas träda i kraft någon gång under år 2009. Den dag det sker är det med avseende på normprövningen i Sverige lika relevant att fråga sig hur EU:s rättighetsstadga förhåller sig till det svenska konstitutionella systemet som det är att i dag utreda samspelet mellan Europakonventionen och svensk rätt, ett ämne som nedan kommer att beröras. Stadgan är formellt överordnad den svenska grundlagen vilket konventionen inte är. Likväl är stadgans rättsliga betydelse, till följd av dess inbyggda begränsningar som det i sista hand ankommer på EG-domstolen att tolka, mer svårbedömd än konventionens och den kan därför förväntas skapa större osäkerhet i rättslivet. Av samma anledning måste man också räkna med ett ovisst antal framställningar till EG-domstolen om förhandsbesked i rättighetsfrågor som omfattas av stadgan.

EU-stadgan har, i likhet med Europakonventionen, en betydelse också vid sidan av den rent rättsliga. Med en viss tillspetsning kan man säga att stadgans kanske största betydelse på sikt är att vänja EU-staternas medborgare vid ett nytt tänkesätt och hos dem ingjuta föreställningen att deras grundläggande rättigheter i första hand garanteras av unionen och endast i andra hand av Europakonventionen och av medlemsstaternas egna rättsordningar. På så sätt åstadkoms ett successivt stärkande av EU-medborgarnas känsla av samhörighet och beroende av den europeiska unionen, vilket var just vad de europarådsskeptiskt och EU-federalistiskt sinnade personer eftersträvade som ursprungligen lanserade idén om att EU borde ha en egen rät-

tighetsstadga.¹⁹ Liknande folkpsykologiska effekter uppnås redan i dag genom EU:s gigantiska transfereringssystem, varigenom EU-märkta medel för regionala kulturprojekt och annat återförs också till de nettobidragsgivande länderna.

Uppenbarhetsrekvisitet och Europakonventionen

Inkorporeringen av Europakonventionen den 1 januari 1995 föreståddes främst av två tämligen pragmatiska motiv. Dels ville statsmakterna minska antalet för Sverige chikanerande rättsprocesser vid Europadomstolen, dels ansågs en inkorporering nödvändig med anledning av Sveriges medlemskap i EU. Samtidigt fanns det från politiskt håll en oro för att utvecklingen kunde bli svår att kontrollera om de svenska domstolarna och myndigheterna gavs fria händer att underkänna beslut av regering och riksdag såsom stridande mot Europakonventionen. Kompromissen blev att konventionen underordnades grundlagarna men ändå kopplades till dessa genom en primärt till lagstiftaren riktad bestämmelse i 2 kap. 23 § RF. Denna bestämmelse innebär att föreskrifter som har meddelats i strid med konventionen automatiskt också har meddelats i strid mot grundlagen och därför kan underkännas av domstolar och myndigheter vid en normprövning enligt 11 kap. 14 § RF. Men eftersom föreskrifterna får underkännas endast om deras tillkomst uppenbart strider mot grundlagsbudet om att lagstiftningen skall stå i överensstämmelse med konventionen, kan lagstiftaren sägas ha reserverat ett utrymme att meddela föreskrifter som på ett icke uppenbart, det vill säga dunkelt sätt strider mot konventionen.

För den vanlige medborgaren kan den beskrivna ordningen förefalla vara rena snurren. Och han kan med all rätt fråga sig varför de rättigheter som tillförsäkras honom i Europakonventionen, som gäller som svensk lag, inte har tillåtits få fullt genomslag i den svenska rättsordningen. Emellertid förhåller det sig sannolikt så att uppenbarhetsrekvisitet — det instrument som avsågs utgöra en garanti för att domstolarna inte skulle få makt att sätta sig i lagstiftarens ställe vid tolkningen och tillämpningen av konventionen — har mindre betydelse än vad man i allmänhet och inte minst från politiskt håll föreställer sig.²⁰

En första faktor i det sammanhanget är att EG-rättens inflytande och dess ovillkorliga företräde gentemot nationella normer har medfört att en allt mindre del av Europakonventionens område träffas av uppenbarhetsrekvisitet. Det beror i sin tur på att EG-domstolen i

¹⁹ Författaren har utvecklat detta tema i artiklar i *The Irish Journal of European Law* 2/2004, *ERT* 3/2004 och *Nordisk Administrativ Tidsskrift* 1/2005.

²⁰ Det förhållandet att uppenbarhetsrekvisitets betydelse är övervärderad utgör i sig inget argument för att behålla det. De skarpa skäl för dess avskaffande som den nyligen bortgångne Göran Regner utvecklade i SvJT 1996 s. 448 ff. är fortfarande relevanta. Regner medverkade själv lojalt som tjänsteman i centrala positioner inom Regeringskansliet till rekvisitets införande och bevarande men tog bladet från munnen kort tid efter det att han utnämns till justitieråd.

ökande utsträckning återger Europadomstolens tolkningar och gör dem till sina egna, varigenom dessa tolkningar kommer att utgöra en del av gemenskapsrätten och omfattas av dess företrädesprincip. Tidigare har EG-domstolen vanligtvis nöjt sig med att fylla ut gemenskapsrätten med ganska allmänt hållna hänvisningar till konventionen, vilket har gjort att de nationella domstolarna inte på samma sätt bundits vid en specifik tolkning av konventionsbestämmelserna.

På senare tid har EG-domstolen gått ännu längre och börjat ge egna detaljerade anvisningar till domstolarna i medlemsstaterna rörande tolkningen och tillämpningen av de skilda artiklarna i konventionen. Ett illustrativt exempel är det år 2003 avgjorde målet *Steffensen*.²¹ EG-domstolen uppmanade där en tysk domstol att åsidosätta en nationell processrättslig regel som i sig låg utanför den direkta gemenskapsrättsliga regleringen. EG-domstolen ville inte tillåta den tyska domstolen att beakta en viss omständighet som bevis, med motivering att detta skulle innebära ett åsidosättande av Europakonventionens principer om kontradiktoriskt förfarande och rätten till en opartisk rättegång. EG-domstolen ansåg sig alltså kunna föreskriva att Europakonventionen, som den tolkades av domstolen, skulle ges företräde i den tyska rättstillämpningen, och detta trots att den konventionsstridiga nationella bestämmelsen bara indirekt hade betydelse för gemenskapsrätten. I ett annat mål, *Carpenter*, som avgjordes året innan, drog EG-domstolen, med åberopande av den konventionsgaranterade rätten till skydd för familjelivet, långtgående slutsatser om vilka begränsningar den fördragsgaranterade rätten till fri rörlighet för tjänster innebär för medlemsstaternas möjlighet att bedriva en egen invandringspolitik.²²

Man bör lägga märke till att ett uttalande från EG-domstolen om konventionens tolkning, även i de frekventa fall då det bara är fråga om att instämma i vad Europadomstolen redan har kommit fram till, blir omedelbart och direkt bindande för medlemsstaterna och deras domstolar på ett sätt som inte är fallet med Europadomstolens egna tolkningar av konventionen. Åtminstone gäller detta i länder som i likhet med Sverige har en dualistisk rättstradition. Det förhållandet att bestämmelserna på så sätt får olika starkt genomslag i konventionsstaterna är i sig en märklighet värd att uppmärksamma.

En andra faktor är att uppenbarhetsrekvisitet förmodligen har liten betydelse i den konkreta rättstillämpningen. Jag har svårt att föreställa mig en domare som är övertygad om att en bestämmelse strider mot Europakonventionen men ändå anser sig förhindrad att ge företräde åt denna med hänvisning till att motstridigheten inte är uppenbar. För de flesta domare skulle nog ett sådant resonemang vara detsamma som att underkänna sin egen förmåga att tänka klart. En annan sak är att det kan vara bekvämt att hänvisa till uppenbarhetsrekvisitet i

²¹ Se SvJT 2003 s. 1107 ff.

²² Se SvJT 2003 s. 346 ff.

fall då domaren av andra skäl inte vill ge företräde åt konventionen. Så kan exempelvis vara fallet om domaren är av en äldre skola som anser det vara en viktig princip att det är lagstiftarens och inte rättsstilllämparens ansvar att ge konventionen rättslig verkan. Det kan också tänkas att domaren ogillar den tolkning av konventionen som Europadomstolen har kommit fram till och därför väljer att finna att motstridigheten inte är uppenbar, med påföljd att konventionsbestämmelsen, som den har tolkats av domstolen, sätts ur spel. Risken för det sistnämnda har nog ökat genom att domstolen på senare år, i spåren av en övermäktig arbetsbörda och väl också till följd av ett tillflöde av domare från nya konventionsstater, gjort en rad uppseendeväckande tolkningar av konventionens innebörd som får sägas ha minskat domstolens anseende i konventionsstaterna.²³

Men även i det mer vanliga motsatta fallet, dvs. att domaren *vill* ge företräde åt konvention för att på så sätt uppnå ett materiellt mer tillfredsställande resultat, undviker domaren i det längsta att hänvisa till uppenbarhetsrekvisitet. Det finns ingen anledning att tillgripa denna metod ifall samma resultat kan uppnås på ett mindre spektakulärt sätt. Statistiken visar också att de högsta rättsinstanserna över huvud taget sedan lagprövningen grundlagsfästes 1979 bara i en handfull fall har motiverat sina avgöranden med att en föreskrift varit uppenbart grundlagsstridig. Betydligt vanligare har det varit att domstolarna genom i vissa fall långtgående tolkningar i grundlags- och konventionsvänlig riktning har åstadkommit det resultat man velat uppnå.

När det särskilt gäller Europakonventionen har Högsta domstolen och Regeringsrätten, utan att utnyttja sig av möjligheten till normprövning enligt 11 kap. 14 § jämfört med 2 kap. 23 § RF, visat sig klart obenägna att tillämpa svenska föreskrifter på ett sätt som skulle ha riskerat att deras avgöranden kunnat underkännas vid en prövning i Europadomstolen. I den så kallade Lundgrendomen (NJA 2005 s. 462) och även i senare beslut har Högsta domstolen gått så långt att man för att tillgodose Europadomstolens praxis de facto har *tillskapat* erforderliga rättsmedel, vilket gjort det möjligt att utan lagstöd döma ut ideellt skadestånd vid överträdelse av konventionsbestämmelserna.²⁴ Hans Danelius sammanfattar rättsstillståndet väl när han säger att

²³ Så sent som i en dom den 29 juni 2007 fann domstolen — med nio röster mot åtta — att Norge hade brutit mot den i artikel 2 i första tilläggsprotokollet inskrivna rätten till undervisning genom att upprätthålla ett skolämne benämnt "Kristendoms-kunnskap med religions- og livssynsorientering". — Vad som särskilt i Sverige har satt domstolens prestige på spel är dess kritik av Tyskland för att inte ha förmått skydda prinsessan Caroline av Monaco mot kränkande bildpublicering; den kritiken har i vida kretsar uppfattats som ett omotiverat angrepp på tryckfriheten (se t.ex. Axberger i SvD 29/5 2005: "Europadomstolens domar kan förväntas minska i betydelse allteftersom den lämnar ifrån sig domskäl som dessa").

²⁴ I det s.k. Lassagårdsmålet (RÅ 1997 ref. 65) tillskapade Regeringsrätten på motsvarande sätt ett rättsmedel som öppnade en möjlighet till överklagande trots att det svenska regelverket innehöll ett otvetydigt fullföljdsförbud (se författarens artikel *EU-medlemskapets influenser på dömandet*, SvJT 1999 s. 840 f.). I fall som dessa handlar det inte längre om fördrags- eller konventionsvänlig tolkning utan om att

de högsta instanserna numera är beredda att gå långt för att ge effekt åt konventionen även i fall då den inhemska lagen talar för andra lösningar.²⁵

Sammanfattande slutsatser

Uppenbarhetsrekvisitets vara eller icke vara har under lång tid dominerat den svenska normprövningsdebatten. Politiskt har rekvisitet setts som en garanti för att domstolarna inte tar sig för stora friheter på lagstiftarens bekostnad men det har samtidigt kritiserats såsom utgörande ett hinder för grundlagarnas och Europakonventionens genomslag i rättstillämpningen. Europeiseringen av det svenska rättslivet och EG-domstolens aktivism, varigenom Europakonventionen allt mer har förts in under gemenskapsrätten, i förening med att domstolarna funnit andra vägar att uppnå de materiella resultat som de önskar uppnå har emellertid inneburit att uppenbarhetsrekvisitet har förlorat i reell betydelse. Mer angeläget vore att diskutera vad som blir följden av att lagstiftaren underlåter att redovisa överväganden rörande lagstiftningens proportionalitet och därmed ger ökat utrymme för en normprövning baserad på ett otillräckligt beslutsunderlag. Även frågan om den europeiska rättighetsstadgans politiska och rättsliga implikationer och inte minst dess betydelse för den svenska ordningen för normprövning behöver utredas och bli föremål för en grundlig debatt.

domstolarna genom rättsskapande verksamhet rättar till de fel som man anser att lagstiftaren har begått.

²⁵ *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*, 2007, s. 37.