

Proportionalitetskrav i lagstiftningen*

OLLE ABRAHAMSSON**

1. Inledning

Söker man på nätet efter ordet proportionalitetsprincip får man närmare 100 000 träffar. Principen har genom åren berörts i ett 40-tal artiklar i JT. Det är frågan om en väl etablerad rättslig figur som länge har åberopats av och inför domstolar, även om själva ordet inte förekommer i svensk lagtext.

Termen proportionalitetsprincip används även utanför den rena domstolsjuridiken. Svenska Ju-jutsuförbundet har principen inskriven i sina tävlingsregler, där betyder det att den ene tävlandens försvar bör stå i proportion till den andres angrepp. Den oförliknelige Allan Fagerström sade en gång att vad som utmärker en klok politiker är ett väl utvecklat sinne för proportioner. Över huvud taget är tankar och idéer om proportionalitet integrerade i det mesta av mänsklig verksamhet. Men särskilt när det gäller offentligt beslutsfattande är det rätt självklart att man hela tiden bör fråga sig om en åtgärd står i rimlig proportion till sitt ändamål och till eventuella motstående intressen.

Inom straffrätten är det numera, sedan behandlingstanken trätt något i bakgrunden, en klar utgångspunkt att straffet skall stå i proportion till brottet. Det återspeglas i 29 kap. BrB, där det heter att straff skall bestämmas med beaktande av brottslighetens straffvärde. För det betänkande som Straffnivåutredningen nyligen presenterade har utredaren, riksåklagaren Anders Perklev, valt titeln ”Straff i proportion till brottets allvar”.¹ Den som i förra veckan lyssnade till årets JT-föreläsning kunde höra professor Per Ole Träskman beklaga att kriminalpolitiken alltjämt domineras av den nyklassicistiska föreställningen att det går att finna en rättvis proportionalitet mellan brott och straff.

Proportionalitetsprincipen kommer också till uttryck i bestämmelser som har med användningen av tvång och tvångsmedel att göra. I 24 kap. 2 § RB föreskrivs att häktning får ske endast om skälen för åtgärden uppväger det intrång eller men i övrigt som åtgärden innebär för den misstänkte eller för något annat motstående intresse. Motsvarande bestämmelser har tagits in i den nya lagen om

* Artikeln återger ett anförande i Föreningen för lagstiftningslära den 30 oktober 2008. De uppfattningar som framförs är uteslutande artikelförfattarens egna.

**Rättschef i Justitiedepartementet.

¹ SOU 2008:85.

buggning (3 §). I polislagen anges att tvång får tillgripas bara i den form och den utsträckning som behövs för att det avsedda resultatet skall uppnås (8 §).

Vidare kan vi finna principen i miljöbalken där det står att en inskränkning i enskilds, på balkens skyddsregler grundade rätt att använda mark eller vatten inte får gå längre än vad som krävs för att syftet med inskränkningen skall tillgodoses (7 kap. 25 §). I lagen (2003:460) om etikprövning av forskning som avser människor förklaras att forskning får godkännas bara om de risker som den kan medföra för forskningspersonernas hälsa, säkerhet och personliga integritet uppvägs av dess vetenskapliga värde (9 §) samt att godkännande inte får ske om det förväntade resultatet kan uppnås på annat sätt som innebär mindre risker i dessa hänseenden (10 §).

Också sådana frekventa bestämmelser som anger att något skall vara ”nödvändigt”, ”inte oskäligt” etc. för att en viss rättsverkan skall utlösas (såsom i exempelvis 4 kap. 5 § i den nya konkurrenslagen) ger uttryck för att en proportionalitetsbedömning skall göras av tillämpande domstolar och myndigheter.

Särskild betydelse har den proportionalitetsprincip som är inskriven i 2 kap. 12 § RF. Där sägs att begränsningar av yttrande-, informations-, mötes-, demonstrations- eller föreningsfriheten aldrig får gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till det ändamål som har föranlett begränsningen. Om en lagstiftad rättighetsbegränsning gör just det, dvs. går utöver sitt ändamål, skall domstolarna i princip vägra att tillämpa den lagstiftningen. Sådant förekommer, dock hitintills inte särskilt ofta.

2. Europakonventionen

Mycket mer vanligt är att de europeiska domstolarna i Strasbourg och Luxemburg prövar rättsreglers förenlighet med den proportionalitetsprincip som bär upp Europakonventionen och gemenskapsrätten. Domstolarna prövar alltså om det finns tillräckligt starka skäl för att låta egenheter i den nationella lagstiftningen eller rättstillämpningen få passera. För Europadomstolens del är det då som regel fråga om tolkningen av konventionsbestämmelserna om respekt för privat- och familjelivet, samvets- och religionsfriheten, yttrandefriheten, mötes- och föreningsfriheten och äganderätten. Domstolen prövar om nationella begränsningar av dessa rättigheter är nödvändiga med hänsyn till vissa godtagbara statsintressen men också med hänsyn till *andra* personers intressen av att få utöva *sina* rättigheter.

När Europadomstolen gör den prövningen tillämpas den proportionalitetsprincip som kommer till direkt uttryck i artiklarna 8–11 i konventionen och i första tilläggsprotokollet om skydd för äganderätten. Domstolen gör en bedömning av hur stort ingreppet i den enskildes garanterade rättigheter är, och jämför med hur stort behov det finns av det motstående intresse som ingreppet är avsett

att tillgodose. Härefter prövas i vad mån behovet kan tillgodoses på andra sätt, och vilka negativa effekter som i så fall skulle uppkomma. Finner domstolen att det är ett rimligt förhållande mellan ingreppet och det andra intresset, då bedöms ingreppet vara proportionerligt, och då anses det också uppfylla konventionens krav på att vara nödvändigt i ett demokratiskt samhälle.

Jag kan med ett exempel beskriva hur det hela kan gå till. I målet *Appleby mot Förenade Konungariket* klagade en miljöorganisation på att ett köpcentrum hade tillåtits få privata ägare, vilka inte tillät demonstrationer inne i köpcentrumet.² Organisationen gjorde gällande att rätten till yttrande- och mötesfrihet härigenom hade kränkts. Samma problematik har för övrigt diskuterats här i Sverige och nyligen varit föremål för statlig utredning.³

Europadomstolen konstaterade att yttrande- och mötesfriheten inte är ovillkorlig utan får inskränkas om det finns vissa motstående intressen av tillräcklig styrka. Här fanns dessutom ett annat konventionsskyddat intresse att ta hänsyn till, nämligen äganderätten, men också den får inskränkas om inskränkningen inte blir oproportionerligt betungande för ägaren. Alltså måste en intresseavvägning göras. Vid den avvägningen ansågs staten inte ha gjort något fel. Det ansågs inte ingå i statens positiva förpliktelser att garantera att privat mark får användas för opinionsbildande möten, såvida det är möjligt att hålla sådana möten på andra ställen. I detta fall menade domstolen att klaganden hade ett antal andra möjligheter att fortsätta att hålla möten och att bedriva opinionsbildning, bland annat medelst dörrknackning i området. Den inskränkning som hade skett i yttrande- och mötesfriheten bedömdes således inte ha varit oproportionerligt betungande för klaganden.

3. EG-domstolen

EG-domstolen bestämde sig tidigt för att betrakta proportionalitetsprincipen som en allmän rättsgrundsats gällande för gemenskapsrättens tillämpning över hela fältet, också då EU:s institutioner agerar som lagstiftare. Principen blev sedan kodifierad i EG-fördraget 1991. Där står nu i artikel 5 att ”Gemenskapen skall inte vidta någon åtgärd som går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målen i fördragen”.

Genom åren har EG-domstolen vridit och vänt på proportionalitetsprincipen i ett nästan oöverskådligt antal avgöranden. Sten har lagts på sten i ett vindlande bygge. EG-domstolen vill få klarlagt om en ifrågasatt lagstiftning eller annan åtgärd är nödvändig och lämplig med hänsyn till de mål som eftersträvas. Åtgärden skall på ett rimligt sätt tillgodose det eftersträfvade målet. I nödvändighets-

² *Appleby m.fl. mot Förenade Konungariket* (dom den 6 maj 2003).

³ Allmänna sammankomster på offentlig plats, Ds 2008:53.

kravet ligger att det inte får vara möjligt att uppnå målet med hjälp av mindre ingripande åtgärder, varmed domstolen ofta menar åtgärder som leder till mindre störningar för handeln och annan ekonomisk verksamhet. Åtgärden måste också stå i rimlig proportion till den skada som åtgärden förorsakar enskilda. Dessa kriterier förekommer sedan i olika varianter. Ofta slutar det ändå med en helhetsbedömning där det kan vara svårt att se vilken betydelse domstolen har tillmätt de olika kriterierna.

Kravet på att åtgärder skall vara proportionerliga gäller både för gemenskapslagstiftaren och för medlemsstaterna, men helt klart ställs kravet lägre när det gäller beslut som unionens egna organ har fattat. När Swedish Match ville sälja snus på den brittiska och tyska marknaden ansåg EG-domstolen 2004 att det gemenskapsrättsliga förbudet mot snus inte stred mot proportionalitetsprincipen.⁴ Domstolens i stort sett enda motivering var att förbudet syftade till att hindra introduktionen av en farlig produkt på marknaden som kunde vara särskilt attraktiv för ungdomar. Men när medlemsstaterna av folkhälsoskäl vill stänga sina gränser för farliga produkter, då anser EG-domstolen nästan alltid att syftet kan tillgodoses med mindre ingripande metoder.

Mycket av EG-domstolens verksamhet går just ut på att pröva om behovet av nationella säråtgärder står i proportion till de nackdelar som det innebär att EU:s regelverk inte tillämpas enhetligt. En praktisk effekt härav är att domstolen genom åren har utmönstrat ett stort antal handelshinder som medlemsstaterna har sökt upprätthålla med hänvisning till viktiga samhällsintressen. Prövningen har ofta sin upprinnelse i att en nationell domstol har begärt förhandsavgörande av EG-domstolen. Ibland tar EG-domstolen ställning till frågan, men den kan också skicka tillbaka proportionalitetsbedömningen till medlemsstatens domstolar, eventuellt med erinringar om vad den nationella domstolen särskilt skall tänka på när den bedömer proportionaliteten av de nationella bestämmelserna.

4. Lagstiftaren försummar att motivera lagstiftningens förenlighet med proportionalitetsprincipen

Förhållandet att de nationella domstolarna kan vara tvungna att tillämpa den EG-rättsliga proportionalitetsprincipen leder fram till en av såväl lagstiftaren som rättsvetenskapen åtminstone till hälften förbisedd aspekt. Frågan gäller vad de nationella lagstiftande organen kan och bör göra för att påverka domstolarnas tillämpning av proportionalitetsprincipen. Hur angelägna bör riksdagen och regeringen vara att genom motivuttalanden försöka styra tillämpningen av denna princip?

⁴ Mål C-210/03.

Hittills har lagstiftaren nöjt sig med att i motiven ge anvisningar om hur en viss rättsregel skall tillämpas i händelse av intressekonflikt. Det kan exempelvis handla om i vilka situationer respekten för en persons rätt till privatliv bör få vika till förmån för behovet av att sätta in ett hemligt processuellt tvångsmedel. Men lagstiftaren ger nästan aldrig några anvisningar som tar sikte på de lagprövningsliknande situationer som uppkommer i rättstillämpningen när proportionaliteten av själva lagstiftningen kan sättas ifråga. I det avseendet kan man säga att lagstiftaren har stuckit huvudet i sanden och överlåtit åt domstolar och myndigheter att klara av problematiken på egen hand. Ändå är det ur statens synvinkel stora värden som kan stå på spel, såsom de statliga monopolen, den nationella energi- och klimatpolitiken och viktiga delar av den generella välfärdspolitiken.

Frågan har också konstitutionell betydelse på ett sätt som lagstiftaren nog inte alltid har klart för sig. Om lagstiftaren inte övertygande motiverar varför lagarna bör anses vara förenliga med proportionalitetsprincipen, kommer domstolarna oftare att ifrågasätta lagstiftningen, det tycks mig vara en ganska rimlig slutsats. Ju oftare det sker, desto mer näring får talet om rättsväsendets politisering och desto mer rubbas den känsliga konstitutionella balansen mellan lagstiftare och rättstillämpare. Den balansen innefattar också sådant som Lagrådets roll, frågan om en särskild författningsdomstol och det så kallade uppenbarhetsrekvisitet. Det kan alltså ligga många marker i potten när lagstiftaren bedömer om det finns eller inte finns anledning att motivera lagstiftningens förenlighet med proportionalitetsprincipen.

5. ... trots att principen är fullt erkänd i rättspraxis

Jag var inne på hur Europadomstolen och EG-domstolen tillämpar proportionalitetsprincipen. I själva verket menar båda domstolarna att principen genomsyrar hela det rättsområde som de är satta att vaka över. Det är bland annat detta som har gjort att principen oftare nu än tidigare åberopas inför svenska domstolar. Särskilt vanligt är detta i mål om rättsprövning. I ett mål 1996 ansåg Regeringsrätten att det stred mot proportionalitetsprincipen att inte meddela dispens från strandskyddsreglerna. Redan då uttalade Regeringsrätten att prövningen skulle avse om beslutet låg ”i linje med den proportionalitetsprincip som – – – har vunnit hävd i svensk rätt och som i varje fall numera – sedan Europakonventionen upphöjts till lag i Sverige – måste beaktas av prövande myndigheter och domstolar.”⁵ Några år senare kom Regeringsrättens uppmärksammade dom i Barsebäcksmålet där proportionalitetsprincipens tillämpning hade central betydelse. Numera har utvecklingen gått så långt att proportionalitetsprincipen i rättsprövningsmålen betraktas som en rättsregel som skall beaktas även utan

⁵ RÅ 1996 ref. 44.

särskilt författningsstöd – också utanför det EG-rättsliga området – när det är fråga om avvägningar mellan allmänna och enskilda intressen.⁶

Också de allmänna domstolarna har småningom erkänt proportionalitetsprincipen som en generellt giltig rättsgrundsats. Senast i Åke Green-målet och efterföljande mål av liknande slag har Högsta domstolen konstaterat att inte endast lagstiftningen skall utformas i enlighet med den principen, utan att principen måste tillämpas också i det enskilda fallet.⁷ Några år tidigare hade Högsta domstolen i målet om Börje Ransbros förmenta brott mot personuppgiftslagen hänvisat till proportionalitetsprincipen som en allmän princip att tillämpa när olika skyddsvärda intressen skall vägas mot varandra.⁸

Börje Ransbro var ett gemenskapsrättsrelaterat mål, och även om Högsta domstolen där ansåg att det var onödigt att inhämta yttrande från EG-domstolen, så har just EG-domstolens praxis haft stor betydelse för hur proportionalitetsprincipen har utvecklats i här i landet.

6. ... och trots risken att lagstiftningen underkänns

Från början var det normala att EG-domstolen i mål om förhandsavgörande själv tog ställning till proportionalitetsfrågan med ledning av de uppgifter som var tillgängliga för domstolen. Ofta nog är det just den frågan som den nationella domstolen vill ha hjälp med. I Franzén-målet 1997 bedömde domstolen att det svenska detaljhandelsmonopolet rörande alkohol stod i rimlig proportion till folkhälsomålet.⁹ I *Toolex Alpha*, som avgjordes 2000, förklarade EG-domstolen för Kammarrätten i Stockholm att de svenska reglerna om förbud mot triklorethylen visserligen hade samma verkan som ett handelshinder, men att förbudet trots det stod i proportion till triklorethylenets stora hälsorisker.¹⁰

Om *Franzén* och *Toolex Alpha* hade kommit upp i dag är det mycket möjligt att EG-domstolen hade returnerat proportionalitetsfrågan till den domstol som

⁶ Se särskilt RÅ 2001 ref. 72 samt Ragnemalm i Festskrift till Johan Hirschfeldt, s. 404.

⁷ NJA 2005 s. 805 m.fl.

⁸ NJA 2001 s. 409.

⁹ Mål C-189/95. – I dagens debatt förbises stundom att domstolen i *Franzén* särskilt betonade att monopolet var godtagbart så länge som det fungerade som det gjorde då, i mitten av 1990-talet. Sedan dess har åtskilligt förändrats. Exempelvis har ordningen med självbetjäningsbutiker blivit helt dominerande, fler importörer tävlar om utrymmet på Systembolagets hyllor och servicen i form av utbärning av varor till glesbygdskunder har inskränkts. Härtill kommer att privatimporten av alkohol har ökat väsentligt till följd av liberalare marknadsregler. Det synes därför inte vara på förhand givet att detaljhandelsmonopolet skulle klara ett proportionalitetstest under de förutsättningar som råder i dag.

¹⁰ Mål C-473/98. – Den prestigeförlust som domen innebar för kommissionen mildrade EG-domstolen i viss mån genom att hänvisa till att det på den allra senaste tiden hade kommit fram ny forskning som visade att triklorethylenet var farligare än man tidigare vetat om.

begärt förhandsavgörandet. När EG-domstolen gör så i dag brukar beslutet förklaras med att den nationella domstolen har bättre kunskap om de faktiska omständigheterna. Så kan det naturligtvis vara, men bakom den motiveringen kan man ibland ana att EG-domstolen upplever det som alltför känsligt att själv behöva torpedera en kanske mycket omhuldad nationell ordning. En annan bakomliggande förklaring kan vara att oenighet inom domstolen gör det frestande att lämna över en kontroversiell proportionalitetsbedömning till den nationella domstolen.

Första gången som det i ett svenskt mål inträffade att EG-domstolen så att säga undandrog sig proportionalitetsfrågan var 1997 i målet *De Agostini*.¹¹ Målet gällde om det svenska totalförbudet mot TV-reklam riktad till barn under tolv år var oproportionerligt långtgående i förhållande till sitt konsumentskyddande syfte. Marknadsdomstolen fick inget svar på den frågan utan hänvisades till att klara bedömningen på egen hand. Härvid sökte Marknadsdomstolen ledning i lagstiftningens förarbeten, och fann i motiven till radio- och tv-lagen följande uttalande, som återgavs i domen:¹²

”Yngre barn kan inte alltid skilja mellan reklamslag och vanliga TV-program. Inte heller förstår de alltid att avsikten med reklamslagen är att locka till köp. Därmed tar de till sig reklamens budskap utan den skepsis som äldre barn och tonåringar lär sig utveckla. Samtidigt ser barn mycket på TV. Barnprogrammen får ofta mycket höga tittarsiffror inom de åldersgrupper som programmen vänder sig till. TV kan därför vara ett särskilt effektivt medium för reklam som syftar till att påverka yngre barn. Att använda televisionen på det sättet skulle emellertid strida klart mot barnens intressen.”

Allt detta må vara hur riktigt som helst, men resonemanget är inte till stor hjälp för att bedöma den EG-rättsliga frågan om Sverige med hänvisning till barnens bästa har rätt att göra undantag från vad man gemensamt beslutat skall gälla inom unionen. Motivuttalandet förklarar inte heller varför svenska barn behöver skyddas mer än andra, eller om det finns någonting speciellt i den svenska rättsliga och sociala miljön som berättigar till undantag. Dessa frågor har den svenska lagstiftaren över huvud taget inte berört. Kanske hade lagstiftaren inte ens reflekterat över att ett av riksdagen beslutat förbud kunde ifrågasättas i rättslig ordning. Lagmotiven skrevs några år innan Sverige blev medlem i EU, men dock under den tid då den svenska lagstiftningen var föremål för ett omfattande översyns- och harmoniseringsarbete med anledning av närmandet till EG.

Alltnog förklarade Marknadsdomstolen slutligen att det svenska totalförbudet var acceptabelt när det gällde inhemska reklamkanaler, dvs. TV4. Däremot skulle det vara tillåtet att sända barnreklam i TV3. De flesta tycker nog att det är skönt att slippa barnreklam i TV4, men det kunde faktiskt ha gått hur som helst, Marknadsdomstolen var heller inte enig. Det faktum jag emellertid sär-

¹¹ Mål C-34/95.

¹² MD 2003:5.

skilt vill peka på är att domstolen inte i lagmotiven kunde finna några argument för att den svenska undantagsmodellen var proportionerlig till syfte och verkan.

Ett annat uppmärksammat mål var det där Göta hovrätt begärde förhandsavgörande om hur EG:s dataskyddsdirektiv skall tolkas, det så kallade Bodil Lindqvist-målet. En fråga gällde där om den nationella domstolen hade rätt att underlåta att tillämpa direktivets skyddsbestämmelser när dessa i ett enskilt fall tycktes strida mot EU:s och Europakonventionens yttrandefrihetsrättsliga principer. Men se, det ville EG-domstolen inte alls svara på, utan överlät med varm hand den saken till Göta hovrätt: ”Följaktligen ankommer det på myndigheterna och domstolarna i medlemsstaten inte bara att tolka sin nationella rätt på ett sätt som står i överensstämmelse med direktivet, utan även att se till att inte grunda sig på en tolkning av detta direktiv som skulle stå i strid med de grundläggande rättigheter som skyddas genom gemenskapens rättsordning eller med andra allmänna gemenskapsrättsliga principer, såsom bland annat proportionalitetsprincipen”.¹³

Genom det avgörandet blev det tydligt att de nationella domstolarna har ett avsevärt utrymme att själva bedöma i vad mån de särskilda skyddsregler som finns lite varstans i gemenskapsrätten, i det här fallet alltså i dataskyddsdirektivet, är proportionerliga i förhållande till yttrandefriheten och andra grundläggande rättigheter så som dessa rättigheter kommer till uttryck i Europakonventionen och i unionsrätten. Att det fanns ett så stort svängrum för nationella bedömningar hade den svenska lagstiftaren inte förutsett. Förarbetena till personuppgiftslagen är inte skrivna med avvägningsproblematiken i förhållande till Europakonventionen för ögonen. De har ett snävare perspektiv, för vad man undersökte var enbart i vad mån den svenska rättighetslagstiftningen behövde ändras i samband med att dataskyddsdirektivet införlivades med den svenska rättsordningen. De svenska domstolarna fick därmed ingen ledning av lagmotiven utan var hänvisad till att göra en alldeles egen bedömning av vad som i Bodil Lindqvist-målet var en EG-rättsligt korrekt tolkning av proportionalitetsprincipen.

Tydligare än i det nyligen avgjorda målet *Viking Line* torde det knappast kunna framgå hur angeläget det från lagstiftarens synpunkt är med auktoritativa och rättsligt hållfasta uttalanden angående den nationella ordningens förenlighet med gemenskapsrätten.¹⁴ I det nämnda målet fick en brittisk domstol besked av EG-domstolen att den själv hade att avgöra proportionerligheten av fackliga stridsåtgärder som inskränkte etableringsfriheten. Med tanke på hur politiskt känslig denna fråga är i Sverige vore det märkligt om lagstiftaren i vårt land inte med anledning av EG-domstolens besked skyndade sig att söka förekomma en nationell praxisutveckling i icke önskad riktning.

¹³ Mål C-101/01; proportionalitetsfrågan berörs ytterligare i EG-domstolens dom, p. 86–89.

¹⁴ C-438/05, dom den 11 december 2007.

7. Proportionaliteten av gemenskapsrättsrelaterad lagstiftning skall bedömas utifrån EG-rättsliga normer och metoder

Här kan någon tänkas invända att om en svensk domstol har att ta ställning till en intressekonflikt mellan exempelvis yttrandefriheten och skyddet för den personliga integriteten, så är det naturligt och riktigt att domstolen i varje fall på ett mer allmänt plan hämtar ledning i regeringsformens kapitel om grundläggande fri- och rättigheter. Där har lagstiftaren på högsta konstitutionella nivå redan gjort en intresseavvägning som mycket tydligt är till yttrandefrihetens och de andra opinionsfriheternas favör. Regeringsformen värnar i första hand ”den fria åsiktsbildningen såsom en av folkstyrelsens grundvalar”. Jämfört med den är medborgarnas rätt till ett privatliv ett andra rangens skyddsändamål, det är utgångspunkten för rättighetsskyddet i grundlagen.

Mot den bakgrunden skulle väl saken vara avgjord till förmån för dem som på nätet vill lägga ut känsliga uppgifter, såsom att en arbetskamrat har ramlat ner från en stege, för att nu anknyta till Bodil Lindqvist-målet? Nej, så skall man nog inte se det. För vad den svenska domstolen i en sådan konfliktsituation skall göra är att tolka EG-rätten och tillämpa EG-rättslig metod, inklusive proportionalitetsprincipen som skall tillämpas i enlighet med den lära för dess tillämpning som EG-domstolen har utarbetat. I det sammanhanget är det inte omedelbart relevant vilken rättspolitisk avvägning Sveriges riksdag tidigare har gjort mellan olika skyddsvärda rättigheter. En annan sak är att EU-fördraget allmänt hänvisar också till medlemsstaternas konstitutionella traditioner, vilket nogsamt påpekades i det 900 sidor långa kommittébetänkande som låg till grund för propositionen till personuppgiftslagen.¹⁵ En enskild medlemsstats konstitutionella traditioner har inte någon självständig betydelse i sammanhanget, men summan av medlemsstaternas konstitutionella traditioner kan komma in som tolkningsdata när det gäller att förstå dataskyddsdirektivets rätta innebörd.

Det finns områden där den nationella lagstiftningen mer än på andra riskerar att komma i konflikt med den EG-rättsliga proportionalitetsprincipen. Jag nämnde nyss arbetsrätten. Ett annat sådant område är den lagstiftning som syftar till att bevara de statliga monopolen. I motiven till de regelverk som bär upp dessa monopol borde man därför kunna förvänta sig ingående EG-rättsliga resonemang som förklarar varför t.ex. den svenska lotterilagstiftningen går att förena med proportionalitetsprincipen. Ändå är frågan över huvud taget inte kommenterad i 1998 års proposition i ämnet.¹⁶ Den EG-rättsliga problematiken tas upp i ett mindre avsnitt, som emellertid nästan enbart tar sikte på frågan om lagstiftningen kan anses vara diskriminerande på grund av nationalitet.

¹⁵ Integritet Offentlighet Informationsteknik, SOU 1997:39; prop. 1997/98:44.

¹⁶ Prop. 1998/99:29. – En statlig utredning ifrågasatte i SOU 2006:11 om den svenska lotterilagstiftningen var förenlig med EG-rätten. Utredningens överväganden föranledde inte regeringen att föreslå några författningsändringar. I stället tillsattes en ny utredning, Fi 2007:07.

När spelmonopolet sedan blev föremål för rättsligt avgörande av Regeringsrätten i *Wermdö Krog* så förklarade Regeringsrätten att proportionalitetskriteriet syntes spela en mindre framträdande roll vid prövningen, förutsatt att syftet med spelmonopol är godtagbart, och man framhöll att ”lagstiftaren [i så fall] inte - - - av proportionalitetsskäl [kan] anses tvingad att välja en mindre restriktiv modell”.¹⁷ Något stöd för denna för staten gynnsamma bedömning kunde inte hämtas i förarbetena, men Regeringsrätten fann likväl att saken var klar, till och med så klar att något yttrande från Luxemburg inte behövdes. Man menade att EG-domstolen i en serie förhandsavgöranden hade sagt vad som fanns att säga om de statliga spelmonopolen och nu önskade att de nationella domstolarna skulle studera dessa avgöranden hellre än att begära nya.

Oavsett vilket fog Regeringsrätten hade för den uppfattningen så blev den åtskilligt kritiserad. Två år senare infördes i Sverige en särskild lag som syftade till att förmå de högsta rättsinstanserna att bättre motivera sina ställningstaganden beträffande förhandsavgöranden.¹⁸ För många såg det ut som en tanke och som en tillrättavisning av Regeringsrätten, och kanske också av Högsta domstolen för dess medvetna underlåtenhet att begära förhandsavgörande i Ransbro-målet. Det egentliga syftet med lagen var emellertid att lugna EG-kommissionen som hade blivit alltmer irriterad över att det kom så få framställningar om förhandsavgörande från Sverige.

8. Gourmetmålet och den svenska alkoholpolitiken

I *Wermdö Krog* hade staten tur, men i Gourmetmålet gick den på pumpen, och därmed gick också en viktig del av den svenska alkoholpolitiken i graven.¹⁹ Om det kunnat gå annorlunda är omöjligt att säga, men så mycket är klart att försvaret av alkoholreklamförbudet inte precis stärktes av att det i förarbetena till relevanta bestämmelser i alkohollagen bara fanns en helt rudimentär beskrivning av förbudets förhållande till proportionalitetsprincipen.²⁰

Det började med att Stockholms tingsrätt frågade EG-domstolen om reklamförbudet var förenligt med gemenskapsrätten. EG-domstolen svarade att förbudet stred mot den fria rörligheten för tjänster, men att det var en öppen fråga om förbudet trots detta kunde anses berättigat av folkhälsoskäl. Avgörande var härvidlag om förbudet stod i proportion till det eftersträvade folkhälsomålet. Förbudet kunde vara godtagbart, dock inte om det efter en noggrann undersökning av de faktiska och rättsliga omständigheterna framgick att det var möjligt att skydda folkhälsan genom åtgärder som i mindre utsträckning påverkade han-

¹⁷ RÅ 2004 ref. 95.

¹⁸ Prop. 2005/06:157, bet. 2005/06:JuU39.

¹⁹ Mål C-405/98; MD 2003:5.

²⁰ Prop. 1998/99:134.

deln. En sådan noggrann undersökningen ansåg sig EG-domstolen inte skickad att göra utan menade att det ankom på tingsrätten att själv svara för proportionalitetsbedömningen.

Tingsrätten och senare Marknadsdomstolen underkände därefter alkoholreklamförbudet med motivering att det stred mot proportionalitetsprincipen. Marknadsdomstolen gjorde detta efter ett mycket utförligt resonemang, med utblickar också över EG-rättslig praxis och doktrin. Domstolen inriktade sina ansträngningar främst på att försöka bedöma hur effektivt förbudet var i förhållande till sitt syfte och vilka andra styrmedel staten hade till sitt förfogande för att uppnå detta syfte. Härvid kom Marknadsdomstolen fram till att ”vid en samlad bedömning av de redovisade omständigheterna får annonsförbudet i sin nuvarande utformning bedömas vara föga effektivt i förhållande till sitt syfte”.

Det är inte min avsikt att här kritisera Marknadsdomstolen, den gjorde ett hedervärt arbete. Men man kan konstatera att domstolens infallsvinklar inte var de enda tänkbara, och att domstolen valde att belysa vissa frågeställningar men inte andra. Man kan också konstatera att när EG-domstolen något år senare i ett liknande mål valde att själv bedöma proportionaliteten av den franska lagstiftning som begränsar tv-reklam för alkohol, så godkände EG-domstolen den lagstiftningen efter ett proportionalitetsresonemang som skiljde sig en hel del från Marknadsdomstolens.²¹

Vad som omedelbart tilldrar sig uppmärksamhet i Marknadsdomstolens proportionalitetsresonemang är att det mycket lite förhåller sig till förarbetena till alkohollagstiftningen. Förklaringen är att det finns mycket lite att förhålla sig till i det avseendet. Ord som börjar på proportion förekommer inte i propositions-texten (bortsett från ett ställe där Franzénmålet refereras), och motiven ger från början till slut intryck av att lagstiftaren har tagit för givet att den svenska alkoholpolitiken och instrumenten för dess genomförande varken bör eller kan ifrågasättas. Således finns det heller inte i motiven några stödjepunkter som de svenska domstolarna kan luta sig mot när de bygger upp ett resonemang kring proportionaliteten av det svenska alkoholreklamförbudet. I detta fall vet vi utgången – reklamförbudet förklarades rättsstridigt – men vi vet inte om resultatet hade blivit detsamma om lagstiftaren hade förutsett den situation som skulle uppkomma och i motiven argumenterat EG-rättsligt till försvar för förbudet.

Dessvärre blev det snart uppenbart att statsmakterna ingenting hade lärt av Marknadsdomstolens dom. Utgången i Gourmetmålet föranledde riksdagen att mycket snabbt stifta en ny lag om förbud mot reklam för drycker med en alkoholhalt över 15 procent.²² I den panikartade stämning som uppkom med anledning av domen struntade regering och riksdag fullkomligt i Lagrådets påtalanden att ärendet inte var tillräckligt berett. I en enda mening i propositionen hanteras hela den problematik som regeringen genom Marknadsdomstolens dom

²¹ *Bacardi France*, C-429/02.

²² Prop. 2002/03:87, bet. 2002/03:SoU16.

hade fått upp ögonen för: "Förslaget är också proportionerligt med hänsyn till det mål som eftersträvas, dvs. i avvägningen mellan skyddet för folkhälsan och den fria rörligheten för varor och tjänster".

Den citerade meningen innefattar snarare en besvärjelse än en seriös motivering av en lagstiftning i gränslandet till vad som är och inte är EG-rättsligt tillåtet. När frågan om det nya förbudets tillåtlighet kommer upp har domstolarna ingen ledning att hämta från detta otillräckliga motivuttalande.

9. Lagstiftaren bör i eget intresse motivera lagarnas proportionalitet både i förhållande till europarätten och grundlagarna

Min egentliga poäng är just denna: Lagstiftaren vet att de EG-rättsliga normerna har företräde och att de svenska domstolarna har fått makt att överpröva inte bara svenska lagars formella överensstämmelse med EG:s rättsakter utan i realiteten också de rättspolitiska överväganden som ligger bakom lagstiftningen. Då tycker man att det borde finnas utomordentligt starka incitament för lagstiftaren att lägga tid och kraft på att förklara varför rättstillämparna bör komma fram till att proportionalitetsprincipen är korrekt iakttagen och att beskriva vilket stöd det finns för den slutsatsen i EG-domstolens praxis och i doktrinen. Med skarpsinniga och på grundlig förtrogenhet med EG-rätten baserade argument borde lagstiftaren anstränga sig att övertyga domstolarna om att lagstiftningen har utformats så att den är förenlig med gemenskapsrätten, särskilt som statsmakterna i den här typen av bedömningar inte kan hoppas på att det interna svenska uppenbarhetsrekvisitet i 11 kap. 14 § RF kan rädda situationen i ett tveksamt fall.

Apropå uppenbarhetsrekvisitet torde det stå klart att mycket av det nu sagda är överförbart också till rent inhemska förhållanden. Domstolarna är enligt 2 kap. 12 § RF förbjudna att tillämpa rättighetsbegränsande lagstiftning som går längre än vad som är nödvändigt med hänsyn till syftet. På motsvarande sätt följer av 2 kap. 18 § RF att en inskränkning i äganderätten inte får tillämpas om inskränkningen inte krävs för att tillgodose angelägna allmänna intressen. Traditionellt har domstolarna i det närmaste presumerat att all av riksdagen beslutad lagstiftning som är rättighetsbegränsande också är nödvändig och ändamålsenlig och därför inte skall ifrågasättas. Men här har gradvis skett en attitydförändring, dels genom influenser från europarätten och dels genom att intresset för normprövningsfrågor har blivit större, allmänt sett. Domstolarna har fått en allt högre självuppfattning och snart får kanske rättskipningen också ett eget kapitel i regeringsformen, det återstår först att se vad grundlagsutredningen kommer att föreslå härvidlag i slutet av året. Därför är risken eller möjligheten nog mycket större i dag att en domstol skulle kunna finna att exempelvis en ny tvångsmedelslag om hemlig avläsning av datorer går oproportionerligt långt i förhållande till sitt i och för sig angelägna syfte.

Visserligen är det bara i uppenbara fall som domstolarna får underkänna en rättighetsbegränsning, men frågan är vad det innebär i dagens läge. För min del tror jag inte att uppenbarhetsrekvisitet betyder särskilt mycket i praktiken. Jag har dessutom svårt att föreställa mig hur den domare är funtad som är säker på att en lagbestämmelse är oproportionerlig och samtidigt övertygad om att oproportionerligheten inte är uppenbar, dvs. han är säker på att den är dunkel och svårbedömbär men lika fullt för handen. Ett sådant resonemang ligger knappast för den som annars är van att lita till sin egen tankeförmåga.

Därför bör det finnas all anledning för lagstiftaren att noga motivera varför lagstiftningen är proportionerlig, också i de fall då proportionerligheten är ett krav inte primärt enligt EG-rätten utan enligt svensk grundlag. Åtminstone i fall som inte är solklara från början, bör den motiveringen på ett helt annat sätt än i dag utgå från en tänkt situation där lagstiftningens grundlagsenlighet blir ifrågasatt.

Vad är det egentligen som händer när en svensk domstol underkänner en av riksdagen beslutad lag, utöver den allmänna förargelse och prestigeförlust det innebär för statsmakterna och den rättsosäkerhet det innebär för medborgarna, som självfallet bör kunna lita på att lagarna gäller? En uppenbar konsekvens är att talet om domstolarnas politisering får näring. Framträdande politiker såsom de förutvarande statsråden Carl Tham, Bosse Ringholm och Morgan Johansson får anledning att klaga över att domstolarna sätter sig över demokratin, trots att domstolarna i själva verket kan sägas värna demokratin när de fullgör sin av riksdagen ålagda uppgift att pröva lagarnas förenlighet med grundlagen och även med den EG-rätt som till följd av folkomröstningen och riksdagens beslut gäller med företrädesrätt i Sverige.

Rådet till lagstiftaren att genom starka och framåtblickande motivskrivningar minska risken för divergens mellan lagstiftningen som den utformats och dess tillämpning i ljuset av europarätten gäller inte bara den lagstiftning som avser rättigheter som det enligt regeringsformen är tillåtet att inskränka. Det rådet träffar strängt taget all lagstiftning, såvida man håller med om att proportionalitetsprincipen är en allmänt giltig rättsgrundsats. Men särskilt viktigt är motiveringskravet när det gäller lagstiftning som kan tänkas komma i konflikt med de fri- och rättigheter som är garanterade i Europakonventionen. Skyddet för dessa fri- och rättigheter täcks nämligen bara ofullständigt in av vad som är stadgat i svensk grundlag. Att överensstämelsen mellan konventionen och regeringsformens rättighetskapitel haltar betänkligt visar bland annat Högsta domstolens dom i Åke Green-målet. Inte minst brister parallelliteten på det sättet att regeringsformen ger opinionsfriheterna en privilegierad ställning som är Europakonventionen främmande, hur svårsmält detta än kan te sig från den svenska horisonten.²³

²³ Jfr Skyddet för den personliga integriteten – Bedömningar och förslag, SOU 2008:3, s. 194 ff.

Lagkonflikter inte i förhållande till svensk grundlag utan specifikt i förhållande till Europakonventionen kan uppkomma på många områden. Diskrimineringsområdet är ett sådant, där rättigheter ofta står mot varandra och avvägningarna inte är självklara. De avvägningar som gjorts av den svenska lagstiftaren kan komma angripas med stöd av Europakonventionen. Om en bestämmelse därvid visar sig vara konventionsstridig så är den till följd av 2 kap. 23 § RF också grundlagstridig och skall i uppenbara fall underkännas i rättstillämpningen.

Det finns således ett antal skäl till att lagstiftaren i eget intresse och för att försäkra sig om att lagarna är hållfasta och står sig inför en domstolsprövning, bör förklara inte bara hur en viss ordning skall fungera utan också varför denna ordning bör anses godtagbar med hänsyn till proportionalitetsprincipen.

10. Proportionalitetsprincipen innefattar mer än individuell intresseavvägning till skydd för enskilda

Jag har här tecknat en ganska ofördelaktig bild av hur lagstiftaren tar tillvara sina intressen genom motivskrivning, och hur liten hänsyn som tas till de konstitutionella konsekvenserna. Därför var det intressant att se att proportionalitetsprincipen berörs lite mer utförligt i en lagrådsremiss den 9 oktober 2008 som utarbetats inom Justitiedepartementet.²⁴ Saken gällde hur den svenska implementeringen skall gå till av EU:s så kallade civilrättsliga sanktionsdirektiv. Den stora tvistefrågan där har varit hur man skall komma åt fildelarna, de som laddar ner upphovsrättsskyddad musik och film utan att betala för sig. Direktivet kom redan 2004 och skulle ha varit genomfört våren 2006, men regeringen har inväntat EG-domstolens dom i ett spanskt mål rörande direktivets tolkning. En känslig fråga har varit om bredbandsleverantörerna skall kunna tvingas att till rättighetsinnehavarna lämna ut personuppgifter på fildelarna. Inte oväntat visade det sig att EG-domstolen passade i frågan.²⁵ De medlemsstater som vill kan införa en skyldighet, så länge rättssäkerheten garanteras. Lika bra går det att avstå från att införa en sådan integritetsbegränsande skyldighet, så länge upphovsrätten skyddas på annat sätt. Men frågan hur det närmare skulle kunna gå till att införa en informationsplikt utan att samtidigt inskränka datoranvändarnas rättssäkerhet alltför mycket lämnade domstolen obesvarad.

Än en gång vägrade alltså EG-domstolen att bli den syndabock som medlemsstaterna kan skylla på i en inrikespolitiskt känslig fråga. Det ställde saken på sin spets för regeringen, som nu i lagrådsremissen har föreslagit att frågan om fildelarna skall tas i kragen skall avgöras efter en proportionalitetsprövning i det

²⁴ Se numera prop. 2008/09:67.

²⁵ Mål C-275/06. Domen har utförligt kommenterats av Jan Rosén i JT 2008–09 s. 367 ff.

enskilda fallet. Alltså föreslår man att ett informationsföreläggande skall få ”meddelas endast om skälen för åtgärden uppväger den olägenhet eller det men i övrigt som åtgärden innebär för den som drabbas av den eller för något annat motstående intresse”. Det finns ett två sidor långt avsnitt i remissen som har rubriken proportionalitetskravet, där det redogörs för vad domstolarna särskilt skall tänka på när det uppkommer en konfliktsituation.

Så långt är allt någorlunda väl. Men remissen innehåller inte mycket till argumentation i frågan om en ordning som ger enskilda tillgång till känsliga uppgifter som annars bara polis och åklagare har rätt att få ut, generellt sett utgör en godtagbar avvägning mellan upphovsrätt och integritetsskydd, dvs. om ett sådant system över huvud taget är godtagbart med hänsyn till proportionalitetsprincipen, låt vara att lagen innefattar korrektiv mot kränkningar av den personliga integriteten i det enskilda fallet. Lagrådet har med viss tvekan godkänt den föreslagna ordningen men har invänt att det hade ”varit önskvärt att intresseavvägningen vilat på ett fylligare underlag såvitt avser förslagets betydelse för enskildas integritet”.

Även om Lagrådet således har givit sitt godkännande, skulle det vara ganska övermodigt av lagstiftaren att utesluta risken för att de svenska rättsliga instanserna kan komma att underkänna hela modellen såsom stridande mot proportionalitetsprincipen. Något uppenbarhetsrekvisit att ta hänsyn till finns ju inte heller, eftersom det är frågan om genomförande av gemenskapsrätt. För att minimera riskerna, också risken för att domstolarna anklagas för att agera som politiska aktörer, gör regeringen klokt i att resonera kring frågan och stärka sin argumentation i de kommande skrivningarna i propositionen. Ytterst är det riksdagens ansvar som lagstiftare att göra detta.

11. Proportionalitetstänkandet bör redovisas redan i förarbetena

Slutligen vill jag förekomma en möjlig invändning, nämligen att jag skulle ha överskattat betydelsen av vad regering och riksdag skriver i lagmotiven. Det kan också invändas att motivskrivande inte är det enda sättet som statsmakterna har till sitt förfogande för att ge uttryck för sin uppfattning om hur lagarna skall tolkas. Jag kan hålla med om att förarbetena inte har riktigt samma status som förr. Tidigare innehöll Högsta domstolens avgöranden ofta lokutioner som att ”av propositionen framgår att paragrafen har följande innebörd”. Numera markerar domstolarna i stället ofta en viss distans. I varje fall nöjer sig Högsta domstolen sällan med att åberopa motiven som enda grund för sitt ställningstagande.

Å andra sidan kan det inte råda något tvivel om att domstolarna fortfarande tar intryck av en väl underbyggd motivering. En övertygande argumentering förfelar sällan sin verkan. Domstolarna är ofta tvungna att på kort tid sätta sig in

i en komplicerad faktisk och rättslig materia. Bland annat av därför tillgodogör de sig gärna de utredningar och överväganden som finns i förarbetena. Inte minst gäller det den EG-rättsliga kompetens som förhoppningsvis kommer till uttryck i departementens skrivningar.

Jag menar verkligen att motivuttalanden från lagstiftarens synpunkt är lika viktiga nu som tidigare, även om domstolarna på ett principiellt plan inte anser sig lika bundna längre. I varje fall kan jag inte se någon anledning för lagstiftaren att avstå från den ypperliga möjlighet att påverka rättstillämpningen som motivskrivandet erbjuder. Frågan har generell räckvidd, men den är i högsta grad relevant just när det gäller att försvara lagstiftningens förenlighet med proportionalitetsprincipen.

Motivskrivning är förvisso inte statsmakternas enda möjlighet att föra fram sin uppfattning i rättsliga frågor. Exempelvis argumenterar staten regelmässigt inför de europeiska domstolarna för hållfastheten av den svenska lagstiftningen. Men vad som har försumrats i förarbetena kan vara svårt att ta igen senare. Försök i den vägen kan också ge intryck av efterhandskonstruktion i trängt läge. Lagstiftarens tankar bakom en proportionalitetsbedömning bör alltså redovisas redan i motiven. Dock förutsätter detta att det finns några sådana tankar att redovisa; i det tidigare nämnda fallet med de panikartade ändringarna i alkohollagen var det nog lika så gott att lagstiftaren lät bli att motivera sig och att därmed inveckla sig i ett ganska hopplöst resonemang. Lyckligtvis hör det avskräckande exemplet på agerande från lagstiftarens sida till undantagen.

12. Sammanfattning

Begränsningar av yttrandefriheten och en rad andra rättigheter får enligt vad som uttryckligen anges i regeringsformen aldrig gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till ändamålet. Motsvarande krav finns i Europakonventionen och i EU-fördraget. I grunden bör naturligtvis all regelgivning vara väl avvägd i förhållande till beaktansvärda motstående intressen. Explicita resonemang kring proportionalitet förekommer emellertid endast sparsamt i svensk lagstiftning. Det innebär en risk för att domstolarna, ställda utan vägledning och inblick i hur lagstiftaren har argumenterat, mer eller mindre på gehör underkänner svensk lagstiftning såsom stridande mot proportionalitetsprincipen. Mot bakgrund av det vaknande intresset för normprövningsfrågor och i betraktande av att EG-domstolen allt oftare överlåter proportionalitetsbedömningar åt de nationella domstolarna, bör det ligga i lagstiftarens eget intresse att bättre än som skett redovisa sina överväganden rörande proportionaliteten av beslutade åtgärder.