



Mittuniversitetet

MID SWEDEN UNIVERSITY

Institutionen för samhällsvetenskap
Avdelningen för rättsvetenskap
Rättsvetenskaplig metod 7,5 hp

Maktdelning och Normkontroll

– Lagprövningsrätt och uppenbarhetsrekvisitet i utveckling –

Författare: Fredrik Granlund,
Peter Bottany, Saeid Fotovati
Handledare: Daniel Lewandowski
Examinator: Kerstin Nordlöf

Sammanfattning

Uppsatsen behandlar dels maktindelning och normkontroll, dels uppenbarhetskravets betydelse gentemot svensk rätt samt praxis i det för uppsatsen relevanta ämnet. Vi har även för avsikt att introducera läsaren i de regelverk som gäller i svensk- och EG-rätt, detta för att läsaren ska få en förförståelse i ämnet. Vi har även redovisat för vilken slags lagprövning som finns runt om kring oss i norden samt uppmärksammat de förslag som regeringens expertgrupp tagit fram gällande lagråd och förstärkt förhandskontroll m.m. Vi har i detta arbete försökt analysera svensk lagprövningsrätt och gjort en bedömning om hur vi ser på framtida lagprövning i svensk rätt. Vi har kommit fram till att uppenbarhetsrekvisitet kommer att ha en avgörande roll för hur maktindelningen i Sverige kommer att se ut. Vi har funnit att uppenbarhetsrekvisitet bromsar rättssäkerheten för den enskilde och att en utökad lagprövning inte skulle innebära någon urholkning av folksuveräniteten. Vi anser att grundlagen är det yttersta uttrycket för folkviljan och då finns det inte något hinder mot att ändra i grundlagen gällande lagprövningsrätten.

Nyckelord: Maktindelning, normkontroll, lagprövning, lagprövningsrätt, uppenbarhetsrekvisit,

Innehållsförteckning

1 INLEDNING	1
1.1 BAKGRUND	1
1.2 SYFTE.....	2
1.3 METOD.....	3
1.4 AVGRÄNSNINGAR.....	4
1.5 DISPOSITION.....	4
2 HISTORISK REFERENSRAM	6
2.1 MONTESQUIEU – MAKTDELNINGSLÄRAN -	6
2.2 MONTESQUIEU – DEN SVENSKA UTVECKLINGEN	7
2.3 DOMSTOLENS INNEBÖRD.....	13
2.4 POLITIKENS BETYDELSE	14
2.5 UPPHOV TILL SVENSK LAGPRÖVNINGSRÄTT	16
3 REGELVERK.....	17
3.1 SVENSK RÄTT	17
3.2 SVENSKA RÄTTSKÄLLOR	21
3.3 EG-RÄTT.....	24
3.4 EG:S RÄTTSKÄLLOR	30
3.5 EG-RÄTTENS GRUNDLÄGGANDE PRINCIPER	32
4 LAGPRÖVNINGSFÖRFARANDE	36
4.1 SVENSK LAGPRÖVNING	36
4.2 SVENSK LAGPRÖVNING I EUROPEISKT PERSPEKTIV.....	39
5 UPPENBARHETSREKVISITET	42
5.1 PROBLEMATIK.....	42
5.2 EUROPAKONVENTIONENS INKORPORERING.....	43
6 LAGPRÖVNING I NORDISKT PERSPEKTIV	45
6.1 DANMARK.....	45
6.2 NORGE	46
6.3 FINLAND	47
7 OLIKA FÖRSLAG AV NORMKONTROLL.....	50
7.1 LAGRÅD OCH FÖRSTÄRKT FÖRHANDSKONTROLL	50
7.2 FÖRÄNDRING AV UPPENBARHETSKRAVET	53
7.3 FÖRFATTNINGSDOMSTOL	57
7.4 KOMBINATION AV HUVUDMODELLERNA	60
8 TILLÄMPAD PRAXIS	66
8.1 RELEVANTA ARTIKLAR, LAGAR OCH FÖRORDNINGAR	66
8.2 RÄTTSFALL	70
9 DISKUSSION.....	74
9.1 UTÖKAD LAGPRÖVNINGSRÄTT ELLER INTE?.....	74
9.2 PRAXIS	78
9.3 SAMMANFATTNING	79
10 SLUTSATS	82

Förkortningar

EG-domstolen	Europeiska gemenskapernas domstol
EG-rätt	Europeiska gemenskapernas gällande rätt
EU	Europeiska Unionen
EctrHR	European Court of Human Rights
HD	Högsta domstolen
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv I
NJA II	Nytt Juridiskt Arkiv II
Prop.	Proposition
RF	Regeringsformen
SO	Successionsordningen
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Jurist Tidning
TF	Tryckfrihetsförordningen
YGL	Yttrandefrihetsgrundlagen

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Vi har valt att fördjupa oss i ett för Sverige aktuellt ämne inom den rättsvetenskapliga diskursen. Dispyten som föranledde valet av ämne bestod av uppenbarhetsrekvisitets vara eller icke vara i den svenska normprövningsdebatten. Politiskt har uppenbarhetsrekvisitet setts som en garanti för att domstolarna inte tar sig för stora friheter på lagstiftarens bekostnad men det har samtidigt kritiserats såsom innehållande ett hinder för grundlagarnas och Europakonventionens genomslag i rättstillämpningen.

I Sverige tillämpar domstolarna i enlighet med rättsdogmatiskt arbetssätt konkret lagprövning¹. Lagprövning regleras i regeringsformens 11 kap 14 § som infördes 1979² och innebär i Sverige att domstolar har rätt att åsidosätta lagar som – uppenbart – strider mot grundlagen, dvs. som uppfyller rekvisiten i uppenbarhetsprincipen. I inhemsk gällande rätt har alla rättstillämpande organ i teorin rätt att utföra lagprövning, och därmed utsträcks Normprövningsrätten till samtliga domstolar och åtskilliga myndigheter.³ Det finns i huvudsak två typer av lagprövning; abstrakt och konkret. Lagrådets funktion kan ses som en variant av abstrakt lagprövning. Stadgandet gäller rättsregler men även andra kategorier av författningar är verksamma för lagprövning, såsom förordningar och kommunala föreskrifter. Lagprövning i Sverige har ansetts som kontroversiell, eftersom det kan ses som en risk att domstolarna genom lagprövningen inkräktar på folksuveräniteten.

¹ SOU 1978:34 s 103; proposition 1978/79:195 s. 41

² För en utförlig analys av debatten kring införandet av lagprövning se Algotsson, s. 149-157.

³ Warnling-Nerep m fl, s. 230f.; Nergelius, Svensk statsrätt, s. 209f.

I och med EU-inträdet år 1995 förändrades förutsebarheten med det för nationen kontroversiella förhållningssättet gentemot lagprövning. EG-domstolen utgör den konstitutionella urkunden för en gemenskap som grundas på rättsstatliga principer. De grundläggande fördragen utgör ej grundlag i statsrättslig mening men bildar tillsammans med EG-domstolens avgöranden en fast uppsättning grundläggande normer med verkan för stater och enskilda. Sveriges medlemskap i Europeiska Unionen har inneburit att domstolarnas roll stärkts och gjort dem mer självständiga. Enligt den hävdvunna svenska doktrinen innebär europeiseringen av svensk rätt att uppenbarhetsrekvisitet i 11 kap. 14 § RF kommer att luckras upp, då det med svårighet kan upprätthållas vid prövningen av svenska rättsreglers förenlighet med gemenskapsrätten⁴. Detta då de europeiska domstolarna inte tillämpar uppenbarhetsrekvisit.

1.2 Syfte

Syftet med uppsatsen är att dels analysera svensk lagprövningsrätt, dels utreda uppenbarhetsrekvisitets betydelse för Sveriges framtida lagprövning.

Vår hypotes är att uppenbarhetsrekvisitets vara eller icke vara har en avgörande roll i utvecklingen av politikens och domstolarnas framtida maktindelning.

⁴ Prop. 1993/94:117 s. 54

Problemformuleringar

- Kommer Sverige att behålla uppenbarhetsrekvisitet i 11 kap. 14 § RF?
- Hur påverkas maktdelningen i Sverige ifall uppenbarhetsrekvisitet tas bort?

1.3 Metod

Enligt Sandgren är det framför allt på metoden som det beror om ett arbete kan påstås vara vetenskapligt. Tillvägagångssättet är förbindelsen från problemformulering via materialet till ett påstående.⁵

I den förevarande uppsatsen har vi för avsikt att använda oss utav dels rättsdogmatisk-, dels komparativ metod. Det innebär att vi lägger tyngden på den rättsdogmatiska metoden⁶ och använder oss av den komparativa metoden för att komplettera. Vi avser att metodiskt undersöka och analysera ett urval av lagstiftning, förarbeten, rättspraxis och doktrin gällande lagtext från Europakonventionen, Regeringsrätten, högsta domstolen m.m. Utöver detta kommer vi presentera rättsfall där avsikten är att skapa ett komparativt inslag i metoden. Rättskällorna kommer att vägas mot EU-domstolens prövide fall för att därigenom försöka utläsa tolkning av rättskällorna. Detta då rättskällorna i Europeiska Unionen är positivistiska i sitt utförande⁷. Avsikten med rättsfallen är att analysera vad som i varje rättsfall utgör *ratio decidendi*⁸, dvs. de för domen menade skäl som anses ligga till grund för dess beslut. Vi har även tänkt använda viss bakgrundsinformation. Detta gällande den historiska referensramen, nationell rätt, EG-rätt, Europakonventionens funktion och ett visst mått av

⁵ Sandgren, C. (2007) *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare – Ämne, material, metod och argumentation*, (uppl. 2:1) Stockholm: Norstedts Juridik AB, s. 35

⁶ Peczenik, A. (2005) *Juridikens allmänna läror*, passim

⁷ Hette, J & Eriksson I O (2005) *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, Stockholm: Norstedts Juridik AB, s. 23ff

⁸ Peczenik, A. (1995), *Juridikens teori och metod*. s. 37-39

Europadomstolens processuella regler. Detta för att läsaren ska få kunskap på det annars komplexa området såsom lagprövning innebär. En övergripande del av arbetet kommer att bestå av studier i lagtext, förarbeten, doktrin samt söka reda på relevanta dagsfärska artiklar inom området för att på så vis kunna öka validiteten. Uppsatsens författare kommer i samråd överlägga om all information som påträffas i den förevarande uppsatsen. Det innebär att vi minimum vid 3 tillfällen per vecka redogör för varandra om de arbetsuppgifter som respektive författare ansvarat för.

1.4 Avgränsningar

Vi har valt att avgränsa oss till att enbart behandla konkret lagprövning, dvs. den som enligt svensk lag är gällande i Sverige. Vi har vidare valt att i första hand behandla uppenbarhetskravet i 11 kap. 14 § RF. Detta då det är denna bestämmelse som står i centrum för Grundlagsutredningens fråga om normprövning⁹. I valet av prejudicerande rättsfall har vi valt att begränsa oss till lagprövning gällande yttrandefrihet gentemot lagen om hets mot folkgrupp.

1.5 Disposition

Vi har valt att i första kapitlet inleda med bakgrund till ämnesvalet, följt av syfte, avgränsningar, disposition och metod. I det andra kapitlet behandlar vi den teoretiska referensramen ur ett historiskt perspektiv. Vidare i tredje kapitlet presenteras de regelverk som ligger till grund för lagprövningsrätten, dvs de svenska regelverken, de EG-rättsliga principerna, EG-direktiven m.m. Därefter, för att få en djupare insikt i lagprövningsförfarandet och vad som indirekt kan ge upphov till

⁹ Normprövning är vidare än lagprövning och inkluderar författningar och normer av alla slag, Nergelius, J. (2006) *Svensk statsrätt*, Lund: Studentlitteratur AB, (Citeras: Nergelius, Svensk statsrätt), s. 198, not 45.

◀ INLEDNING ▶

lagprövning, redogör vi i det fjärde kapitlet om lagprövningsrätten mer ingående. Arbetet fortsätter i femte kapitlet med att gå igenom två rättsfall. Avslutningsvis diskuterar vi utifrån syfte och problemformuleringarna och avslutar med den slutsats vi kommit fram till.

2 Historisk referensram

I detta kapitel behandlas lagprövningens härkomst utifrån Montesquieu och hans maktdelningslära. Vi försöker här ge läsaren en förförståelse för vad för slags incitament som lagprövningen åstadkommer när den förflyttar sig från politisk makt mot judiciell makt eller vice versa.

2.1 Montesquieu – maktdelningsläran -

Montesquieu var verksam i Frankrike (1689-1755) och var en av upplysningstidens viktigaste gestalter. Han var starkt influerad av Locke när han formulerade den konstitutionella maktdelningsläran. Med denna lära ville Montesquieu undvika att splittra makten eftersom han ansåg att människan inte kunde inneha någon makt utan att samtidigt missbruka den. Likaså strävade han efter ett moderat styrelse, som står i motsats till den despotiska¹⁰. Den monarkiska styrelsen hade de bästa förutsättningarna för att lyckas inom maktdelningsläran, då det existerar flera olika beslutsnivåer och institutioner. I sin då pågående analys hade han Englands författning i åtanke. I sin teori menade Montesquieu att varje stat bestod av tre slag av makt, den lagstiftande, den verkställande makten, över de angelägenheter som lyder under folkrätten, och den verkställande, som gällde makten över dem som lyder under civilrätten. Montesquieus maktdelningslära grundas på att skapa balans mellan den lagstiftande församlingens överhus (aristokraternas del) och underhus (folkets del) samt den verkställande makten (monarken).¹¹ Sålunda har Montesquieus tankar (liksom Lockes) ett starkt inflytande på den amerikanska konstitutionens utformning år 1787.

¹⁰ Även kallad den *diktatoriska*

¹¹ Nergelius, (2006) J. *Rättsfilosofi – samhälle och moral genom tiderna*, Författarna och Studentlitteratur, s 56.

2.2 Montesquieu – den svenska utvecklingen

Montesquieus maktdelningslära har gjort fotavtryck i Sverige sedan regeringsformen år 1809, den som senare avlöstes av den nya konstitutionen som tillkom år 1974. När vår nuvarande regeringsform tillkom ansågs regeringsformen vara en av de äldsta författningarna som härrörde från upplysningstiden och den franska revolutionen år 1789. Den dömande makten hade inte lika stor genomslagskraft som den haft i USA. I Sverige innehöll industrisamhället och ståndssamhället under 1800-talet inte någon konstitutionell rättslig aktivism, eftersom domarna ofta förknippades med konservativa och samhällsbevarande värderingar. När sedermera demokratin tillsammans med parlamentarismen kom att ingå i den nya författningen ville man således utmönstra spåren av den tidigare maktdelningen.

Regeringsformens historia

Sveriges äldsta skrivna författning finns i konungabalken i Magnus Erikssons landslag från 1350-talet. Den första regeringsformen tillkom 1634 som grundval för drottning Kristinas förmyndarregering och har sedan dess följts av andra. År 1954 upptogs ett samlat grundlagsarbete som senare ledde till 1974 års regeringsform (RF). Nytt för denna RF var enkammarriksdag, som samlades första gången år 1971, och en ny valordning, som användes vid särskilt val år 1970.¹²

Efter RF tillkomst har reformarbetet fortsatt. Viktiga kompromisser har varit grundläggande fri- och rättigheter som beslutats år 1976, 1979 och rättsregler som möjliggör deltagande i det europeiska samarbetet år 1994.

Regeringsformens portalparagraf lägger fast folksuveränitetens princip som grundläggande för statskicket och har en fast förankring i den

¹² Sandgren m.fl. (2001) *Norstedts juridiska handbok*, (17:e uppl.) Stockholm: Norstedts juridik AB, s. 20

svenska rättskulturen samt har sina historiska rötter djup ner i medeltiden. Folksuveränitetsprincipen förutsätter att all offentlig makt i Sverige utgår från folket. Härmed har man alltså övergett de äldre maktodelingsläror som exempelvis 1809 års reform utgick från.¹³

Den ”Svenska författning”

Regeringsformen intar en överordnad valör i rättsliga sammanhang eftersom den sammanfattar samtliga grundlagar och innehåller grundläggande bestämmelser om statskicket. Regeringsformen brukar (informellt) kallas för ”Sveriges författning” eller för ”Svenska konstitutionen” tillsammans med riksdagsordningen. Det har förekommit mycket diskussion om de skrivna grundlagsbuden, per begreppsbestämning, ska sägas vara detsamma som författningen eller ifall den ska ses som den konstitutionella praxisen.¹⁴ Den här problematiken dryftades under den tid då folksuveränitetsprincipen och parlamentarismen tillämpades samtidigt som de stred mot buden i dåvarande regeringsformen.¹⁵ Bestämmelserna i regeringsformens 4 kap. utvecklas av Riksdagsordningen.

Judiciell¹⁶ kontroll och lagprövning har haft en mindre framträdande roll i Sverige för att den inte ansetts som lämplig.¹⁷ En sedvänja växte fram från det statsbärande partiet som menade på att en dömande makt icke var politiskt korrekt. Till skillnad från andra västliga demokratier har medierna kallat den klassiska konstitutionella tredelningen, dvs

¹³ SOU 1999:76

¹⁴ Back, Pär-Erik (1980), Den skrivna författningens roll, (7 uppl.), Lund: Liber, PASSIM

¹⁵ Före år 1975

¹⁶ Annat ord för rättslig

¹⁷ Frågan var senast uppe i utredningssammanhang 1994, när fri- och rättighetskommitténs arbete avslutades med bl a inkorporering av Europakonventionen om skydd för de grundläggande friheterna och mänskliga rättigheterna, prop 1993/94:117.

maktindelningen, den fjärde statsmakten medan den ansågs, av allmänheten i Sverige, som den tredje statsmakten och av vissa ännu lägre.

Under 1980-talet

När den borgerliga regeringen hade makten¹⁸ var fortfarande demokratin som ett folkstyre djupt rotad i Sverige. Därav var chanserna att, i Strasbourg, få sina rättigheter prövade i Europakonventionen mycket små. När sedermera Sverige fälldes i Strasbourg¹⁹ för första gången blev många förvånade, eftersom medborgarna haft en tro på att Sverige varit ett mönsterland. I det s.k. Sporrang – Lönnrothmålen fanns inte möjligheten att få saken rättsligt prövad i svensk domstol varpå man istället hänvisades till Strasbourg. Domstolen i Strasbourg, EctrHR,²⁰ fann att det förelåg brott mot egendomsskydd i artikel 1 i första tilläggsprotokollet till konventionen, och mot rätten till "due process" i 6 artikel i konventionen. Sverige kom även att brista i konventionstillämpningen i andra fall under 1980-talet. Trots protester från den borgerliga regeringen att ändra svensk rätt för att kunna inkorporera den med Europakonventionen och göra den direkt tillämplig, misslyckades protesten genom riksdagsmajoritet.

År 1989 kom rättsprövningslagen, vilket möjliggjorde att artikel 6 och "due process" kunde aktualiseras i svensk rätt. Trots ändringen fanns fortfarande en viss skepsis hos de styrande.

Under 1990-talet

Både på hemmaplan och hos institutionerna i Strasbourg kom protester som riktades dels mot löntagarfonder och dels mot den tidigare äganderätten varpå antalet klagomål gradvis ökade. När sedermera den

¹⁸ Mellan år 1976-1982

¹⁹ År 1982.

²⁰ European Court of Human Rights

moderata regeringen med Carl Bildt som regeringschef kom till makten²¹ ändrades bilden då en utredning på det konstitutionella området initierades med viljan att förstärka rättighetsskyddet för den enskilde, inkorporering av Europakonventionen samt utvidgning av lagprövningsrätten. Efter Carl Bildts förvaltarskap tillkom den socialdemokratiska regeringen med Ingvar Carlsson som regeringschef. Carlsson accepterade Parisstadgan år 1990²². Sålunda fick Sverige en oförändrad lagprövningsrätt, likaså rätten att inte behöva tillhöra en fackförening. I och med detta utökades delar av regeringsformen vilken började gälla år 1995. Bilden av maktdelningen påverkades starkt av att socialdemokraterna förändrade sin inställning till EU. Andra orsaker som påverkade deras attityd var att muren som skiljde väst- och östtyskland hade fallit²³ och samtidigt ansågs kalla kriget att vara slut. Liksom att hotet från Västeuropa tillsammans med Nato och det ekonomiska samarbetet dem emellan inte ansågs vara något hot.

Den första formella ansökan till medlemskap i EU gjordes av Carlssons regering i mitten av 1991. Den praxis som EG-domstolen i Luxemburg utformade omvandlade de skeptiker som fortfarande var emot ett enande, detta eftersom domstolen särskilt betonat vikten av fri och rättighetsskyddet i konventionerna och därav blev direkt tillämpligt i medlemsländerna.²⁴ Även svenska domstolar och myndigheter övertygades. När sedermera folkomröstningen gick igenom i slutet av 1994 trädde grundlagsändringarna i kraft. På samma sätt som socialdemokraterna släppt in den Europeiska unionen anammades också maktdelningen som genomsyrat den västeuropeiska rättskulturen.

²¹ År 1991

²² Som delvis delade många "borgerliga" meningar

²³ År 1990

²⁴ Nergelius 1996, kap 11, och Nergelius 2000.

Den borgerliga regeringen hade vunnit framgång med sin envishet och delade många åsikter med EU då den traditionella folkdemokratin härrör från en konstitutionell demokratisk tradition d v s den franska revolutionen år 1789. Den nya konstitutionen byggde i huvudsak på maktindelning i likhet med den gamla regeringsformen från år 1809.

Nutid

Ett resultat av EU-medlemskapet har lett fram till två saker. – den ena är en ökad judikalisering i Sverige²⁵ vilket principiellt innebär att rättslig prövning omfattas av ett större utrymme, - den andra är att forskning och rättstillämpning fått utökade resurser. Tidigare har forskning, som handlat om rättstat, medborgarskydd eller maktindelning, varit ett utdött ämne. Idag har det inrättats ett Demokratiråd som inte bara står utanför den politiska arenan utan även vill bära fram det positiva med begreppen rättstat, fri- och rättigheter, rättsäkerhet och maktindelning i sina rapporter. Socialdemokraterna har även i sina rapporter²⁶ exempelvis fokuserat på juridik och politik varpå de ville ge lagprövningen mer utrymme.

En av anledningarna bakom svenska domares svaga ställning i konstitutionella sammanhang kan härledas till 1974 års regeringsform, som uppenbart menar att juridiska tvister inte får ha inverkan på politiken d v s folkstyret²⁷. Detta är ingen ny företeelse, en sådan grunduppfattning går tillbaka ända till 1800-talet. Domstolarna har idag en större vilja att utöka rörligheten i dessa hänseenden. Likaså tenderar Regeringsrätten vara mer villig att förändras i motsats till Högsta domstolen som verkar vara mer återhållsam. Därtill ska tilläggas att de två högsta domstolarna inte har konfronterats än med den politiska makten.

²⁵ Nergelius i SOU 1999:58.

²⁶ SOU 1999:58, SOU 2000:1 s 249ff

²⁷ Enligt folksuveränitetsprincipen

Vi kan, i nuläget, förvissa oss om att tendensen pekar mot att domstolarnas roll i konstitutionell mening är betydligt starkare, och med hjälp av olika debatter samt att forskningen ger stöd åt detta. I praktiken innebär detta att vi inte finner den tillräcklig. På det politiska planet står fortfarande socialisterna tillsammans med vänstern (som har en misstro mot domstolar) i motsats till borgerlig grundsyn (som ger sitt fulla stöd åt domstolarna). Det är således en klasskamp som pågår. Men i och med EU-medlemskapet bör Sverige fortsätta mot ökad maktodelning och judikalisering.

I takt med att Socialdemokraterna fortsatte att implementera sitt partiprogram ökade antalet lagstiftningar²⁸ vilket de borgerliga ansåg försvagade familjerättens, konsumenträttens och arbetsrättens områden. De borgerliga menade att lagstiftningen "politiserades" till skillnad från socialdemokraterna som ansåg sig tillämpa de demokratiska redskap som gavs dem tillhanda. Likaledes innebar detta att ifall ett maktskifte skulle bli aktuellt var det istället den motsatta parten som fick ägna sig åt att ändra och upphäva lagar som stred mot deras partiprogram varpå kritiken lätt kan uppfattas som hyckleri. I grund och botten delade egentligen partierna varandras syn på lagars eviga värden och att lagstiftningen inte ska "politiseras" men Socialdemokraternas juristkonsult bröt mot denna föreställning genom att använda sig av skickliga juridiska manövrar för att få igenom Socialdemokraternas vilja. Konsekvensen blev att när de borgerliga kom till makten valdes flera obundna och opolitiska statsråd som följde av detta i såväl regeringen Fälldin som Bildt.

Som tidigare nämnts har behovet av domstolskontroll ökat vilket resulterat i att ramlagstiftningen i förvaltningen fått ökade befogenheter.

²⁸ Genom beredningar, parlamentarisk kommitté, remissbehandling, proposition och lag.

Exempelvis har – skillnaden mellan tjänstemän och politikerstyre suddats ut allt mer som en följd av "politiseringen", - även kommuner är nuförtiden involverade ända upp på EU-nivå, - skyddet för den enskilde har ökat gällande skatter, integritetsskydd, upphovsrätt, äganderätt m.fl.

2.3 Domstolens innebörd

Det finns mycket att tillägga vad det gäller domarkåren, men förutom deras nödvändiga lojalitet till statsmakten förtjänar den svenska domarkåren beröm för att hålla den höga standard varpå deras skicklighet, omutlighet och plikttröhet särskilt ska beaktas. Då behovet från statsmakten efter judiciell kontroll fortfarande existerar framhävs försiktighet som alternativ där domstolarna ägnar sig åt att skipa rättvisa. Ett nästintill oavbruten svit av socialdemokratiskt styre har fått lojaliteten att likställas med att vara partipolitiskt inriktad. Det är ostridigt att de högsta domstolarna inte frivilligt utmanar den politiska makten. Några studier att finna orsaker till domarkårens sociala och värdemässiga tillhörighet har inte gjorts. Men uppfattningen att jurister, och i synnerhet domstolsjurister, är mer borgerliga än något annat, inte kan påstås vara felaktigt. Hos kollegorna i domarkåren talas det sällan om partipolitik vilket är ett särdrag för svenska befolkningen, och försvårar var sympatierna ligger hos respektive domare. Därtill finns det endast ett fåtal domstolsjurister vars inställning till skandaler tillika massmediala framträdanden är återhållsam. Starka indikationer på en förändring har dock framträtts som allt mer trolig. Till skillnad från den äldre generationen, har den yngre generationen av domarkåren betydligt fler internationella erfarenheter och på det rättsliga området ingår även EU-rätt som en del av utbildningen. Ett tydligt exempel på den traditionella synen är den svenska inställningen till förarbetsuttalanden, lagtext,

rättsfall och tolkning av lag (som oftast har tjänstemän och experter i regeringskansliet) vilka har haft stort inflytande över lagstiftningen.

I 1994 års reform återfinns dels, äganderättsskyddet, dels lagprövningen som ur svenskt perspektiv ställer krav på att en grundlagsstridighet måste vara - uppenbar - medan det i EG-rätten istället krävs - överordnad giltighet - som krav. Regeringsrätten har även intagit en mer aggressiv inställning än vad Högsta domstolen gjort, men genom ett skattemål överraskade alla när de förklarade en lag grundlagsstridig²⁹ år 2000. Därmed gjorde den judiciella kontrollen ett positivt framsteg på ett känsligt politiskt område. Det har således skett en attitydförändring som är olik den som härskade för femton år sedan. Idag har EG-rätten getts allt större uppmärksamhet samt att såväl enskilda som jurister utöver sina rättigheter på ett mer betydande sätt, dvs där man värnar om fri och rättigheter enligt konventionen. Till och med kommuner och landsting väljer idag att ta strid mot staten med hjälp av juridiska experter, exempelvis om skatteutjämning. När dessa framhåller en bra juridisk argumentation tvingar dessa samtidigt domstolarna att ta ställningstaganden som förut inte var tänkbara. Den tidigare ramen har numera utökats till att gälla även Europakonventionen och EG-rätt vars rätt blivit mer konkret i svensk rätt.

2.4 Politikens betydelse

Att kunna erbjudas ett skydd där det finns någorlunda rättslig kontroll av den politiska makten och därigenom få sina rättsliga behov tillgodosedda är nödvändiga för en demokratisk rättstat. Det intressanta i frågan är om den politiska majoriteten vill acceptera en process som leder till kraftfullare judikalisering. Härom finns i Sverige en sedvänja som menar

²⁹ Mål Ö 1867-99, där en enig domstol fann att 12 kap 6 § skattebetalningslagen stred mot förbudet mot retroaktiv skattelagstiftning i 2 kap 10 § 2 st RF.

att inskränkningar i folkstyret innebär att riksdagen inte lagstiftar i enskilda fall. Istället ska sedvänja antas vara generell där riksdagen inte tillämpar lagar. Detta är en grundläggande funktionsfördelning och maktindelning som har accepterats sedan frihetstidens missbruk av riksdagsmakten upphörde.³⁰ Likaledes har en sådan sedvänja även genomsyrats såtillvida att kommuner använt domstolsprövning på mikronivå utan att detta lett till något mothugg. Av allmänheten existerar en tro på skydd av fri- och rättigheter såväl i som utanför Sverige. Troligtvis kommer lagrådsprövning att ingå som en del av den politiska debatten från borgerlighetens sida. Tydliga skillnader får hänvisas till områden som äganderätt, arbetsrätt, och de kollektiva lösningarna på välfärdsområden som ständigt återkommer i debatten. När nu 1995 års regeringsform antagits är det föga troligt att någon radikal inskränkning görs från endera borgerlig som socialdemokrater, eftersom det råder en delad samsyn i grundlagen (vilket ett EU-medlemskap krävde). Detta har istället stärkt legitimiteten och politiskt sett accepterats. Ett okänt område är om socialdemokraterna väljer att lämna "uppenbarhetsrekvisitet" eller inte. Särskilt viktigt anses vara det arbetet med fri- och rättigheter som EU just nu arbetar med och vilken position Sverige bör inta. Som följd kommer det utvecklas till att man på konstitutionell nivå ges bättre utrymme.

Sammantaget ökas judikaliseringen varav den politiskt godkänns och fokus på om den svenska grundsynen fortfarande kan hålla emot denna förändring förefaller allt mindre trolig. Nu när även Storbritannien har accepterat Human Rights Act vilket land den svenska regeringen ofta hänvisat till som förklaring till det svenska folkstyret.³¹

³⁰ Norberg, 1998.

³¹ Se Nergelius 2000

2.5 Upphov till svensk Lagprövningsrätt

Sammanfattningsvis inleddes diskursen i Sverige gällande lagprövning och lagkontroll genom försvagningen av laggranskningen i 1809 års RF.³² Detta blev verklighet genom att lagrådsgranskningen år 1971 gjordes fakultativ.³³ Diskursen resulterade i att författningsskyddet för lagprövning tillkom i ett tillägg i 1974 års RF (11 kap. 14 §) år 1979. Lagprövningsinstitutet förutsatte att domstolsingripande endast kunde ske om den av riksdagen antagna lagen – uppenbart – strider mot en grundlag.

³² Kjell Å Modéer (1987) Granskning eller prövning? – Högsta domstolen som normbildare. Några rätthistoriska synpunkter. I: Rune Lavin (red.), Om lagrådsgranskning, Skrifter utgivna av Juridiska föreningen i Lund Nr 91, Lund, s. 13ff

³³ NJA II 1971:19:1 Ändrade regler om lagrådets hörande, s. 775ff

3 Regelverk

I det förevarande kapitlet kommer svensk rätt och EG-rätten att behandlas. Detta så att läsaren får en grund i de gällande rättssystem som idag används på både inhemsk och EG-rättslig nivå.

3.1 Svensk rätt

Sveriges grundlagar

I Sverige finns fyra grundlagar, dessa är regeringsformen (RF), tryckfrihetsförordningen (TF), yttrandefrihetsgrundlagen (YGL) och successionsordningen (SO). Dessa grundlagar fungerar delvis som grundnorm som är överordnad resterande rättsregler, delvis som överordnad bestämmelse om hur riket styrs och dess förvaltning. Förutom grundlagarna utgör även Europakonventionen och speciella dokument från FN och EU även överordnad grundnorm. Nedan redogörs i korthet vad våra grundlagar står för.

Successionsordningen

Den äldsta av grundlagarna är Successionsordningen och härstammar från år 1810. Denna grundlag tillkom då släkten Bernadotte var arvingar till Sveriges tron. Successionsordningen reglerar hur tronföljden ska efterföljas. Tronföljden var fram till år 1980 agnatisk³⁴. Därefter infördes kognatisk tronföljd, dvs att kvinnliga arvingar har arvsrätt till tronen. Därigenom är Carl Gustaf den XVI:s Victoria Sveriges nästa tronarvinge.³⁵

Regeringsformen

1974:års regeringsform trädde i kraft den 1 januari 1975 och består av 13 kapitel och behandlar till viss del de grunder och normer som behandlar

³⁴ Endast manlig tronarvinge

³⁵ Successionsordningen framläggs i regeringsformen 1 kap 5 §, samt 5 kap.

statskicket, och till viss del de bestämmelser som rör organisatoriska angelägenheter samt statens styrelsesätt. Här behandlas även statsfunktionerna såsom lagstiftning, finansmakten, förhållandet till andra stater, den dömande makten och kontrollmakten. I sista kapitlet³⁶ behandlas även, vilket är ovanligt i andra länder, rikets ledning vid krig och krigsfara.

Tryckfrihetsförordningen

År 1949 kom en ny grundlag och som gällde tryckfriheten, detta p.g.a. de inskränkningar som föreskrevs medierna under andra världskriget.³⁷ Skillnaden mellan tidigare Tryckfrihetsförordningar och den från år 1949 är att denna förordning behandlar ett visst skydd vid krislägen. Andra bestämmelser som berörs är bestämmelser om TV och radiosändningar, publikationer samt olika föreskrifter om informationsfriheten. Precis som med yttrandefriheten återfinnes vissa bestämmelser i korta drag även i 2 kap 1 § RF. Förordningen ska garantera fritt meningsutbyte och en allsidig upplysning för varje enskild medborgare och förhindra statlig censur och se till att endast statlig domstol kan döma om innehållet strider mot de gällande normerna i Sverige.

³⁶ 13 kap Regeringsformen

³⁷ Hadenius, Stig. (2003) *Modern svensk politisk historia. Konflikt och samförstånd*, (6 uppl.), Stockholm: Hjalmarsson & Högberg, s. 97f

Tryckfrihetsförordningen omfattar tre delar, dessa är:

1. Den positiva regleringen, här innefattas definition, avgränsning och syfte av Tryckfriheten
2. Katalog över Tryckfrihetsbrott
3. Vissa bestämmelser om ansvar för Tryckfrihetsbrotten, dessa är snarlika de som även gäller för yttrandefrihetsbrotten och återfinns även i Brottsbalken.

Yttrandefriheten

Den yngsta av grundlagarna är den gällande yttrandefriheten, den tillkom år 1991 och till form och innehåll är den snarlik tryckfrihetsförordningen och vilken förordningen ofta refererar till. Både tryckfrihetsförordningen och yttrandefrihetsförordningen yttras i 2 kap. 1 § RF.

Svensk rättsordning

Suveräna stater har olika rättsordningar, men hur dessa är utformade och systematiserade skiljer sig brett dem emellan. Rätten befinner sig alltjämt i förändring och är därför svår att kategorisera eftersom flertalet rättsfrågor berör olika områden. I Sverige används i huvudsak indelningen, *Civilrätt* och *Offentlig rätt*.

Civilrätten omfattar rättsregler som rör rättsliga mellanhavanden mellan enskilda subjekt³⁸. Exempel på rättsregler som berör området innefattas av avtal, köp, samboförhållanden och förhållandet mellan makar och testamente.

Offentlig rätt reglerar hur stat och andra organ som innefattas av den statliga förvaltningen är organiserade och arbetar. Här innefattas även

³⁸ Här inkluderas dels fysiska personer, dels juridiska personer

straff- och processrätten och rättsregler som rör mellanhavandet emellan staten och enskilda³⁹

Efter huvudindelningen görs uppdelning i olika rättsområden. Här återfinnes rättsområden såsom privaträtt, avtalsrätt, arbetsrätt, miljö rätt, bankrätt osv.

När det gäller reglering av det miljö och energirättsliga området, faller dessa huvudsakligen inom den offentliga rätten då de enskildas rättigheter och förpliktelser verkar i förhållande till staten.

Vad som också kan nämnas är att den rättsliga regleringen består dels av materiella rättsregler, dels formella rättsregler som reglerar exempelvis olika ansökningar gällande tillstånd m.m. de formella rättsreglerna realiserar innehållet i de materiella rättsreglerna.⁴⁰

Grundlagsbrott

I jämförelse med internationell status har grundlagarna i Sverige rent rättslig en tämligen ovanlig ställning, detta då Grundlagsbrottsmål kan, när det gäller yttrandefrihets- och tryckfrihetsbrott, falla under allmänt åtal då dessa förordningar finns med i Brottsbalken. Gäller det författningar såsom regeringsformen, riksdagsordningen och till vissa delar även successionsordningen kan det inte påföras något ansvar, detta p.g.a. att Sverige saknar både författningsdomstol och riksrätt. På grund av detta förfarande betecknas grundlagarna oftast som "ofullgången rätt". I mål rörande yttrande- och tryckfrihetsmål är Justitiekanslern den enda som kan väcka åtal, men sker ett brott mot de resterande grundlagarna betraktas det istället som en politisk process och där medborgarna anses

³⁹ Strömholm, Stig (1996) *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, Stockholm: Norstedts Juridik AB, (5 uppl), s. 207-208

⁴⁰ Westerlund, Staffan (2003) *Miljörettsliga grundfrågor 2.0*, IMIR Institutet för miljö rätt, Åmyra Förlag AB, Björklinge, distribution Iustus Förlag AB, s. 62

kräva sin rätt genom allmänna val.⁴¹ När det gäller brottsmål som strider mot bestämmelser i Europakonventionen och som inte är åtalbara enligt andra nationella rättsregler, kan Europadomstolen döma.

3.2 Svenska rättskällor

Benämningen på vad som påverkar de svenska rättsreglernas innehåll och tolkning kallas för rättskällor.⁴² Hierarkin för rättskällorna innefattas av:

- Grundlag,
- Lag,
- Förordningar,
- Föreskrifter,
- Förarbeten,
- Praxis och
- Doktrin

Grundlag, även kallad konstitutionell lag och har ett extra skydd mot förändringar genom att de endast kan revideras genom två likadana beslut gjorda av riksdagen, och det ska även vara ett allmänt val emellan.⁴³ Grundlagen har dessutom företräde om det uppstår konflikt vid tolkning av annan lag. De författningar som utgör grundlagen innefattas av regeringsformen, successionsordningen, tryckfrihetsförordningen och yttrandefrihetsgrundlagen.⁴⁴ Regeringsformen är den författning som styr maktfördelningen och arbetsordningen för regering, riksdag och domstol och därigenom regleringar den även lagstiftningen.

⁴¹ Back, Pär-Erik (1980), *Den skrivna författningens roll*, (7 uppl.), Lund: Liber, s.9-20

⁴² Strömberg, Håkan & Melander, Göran, *Folkrätt*, Studentlitteratur, Lund, 2003, 6 uppl, s. 13

⁴³ 1 kap. 3 § och 8 kap. 15 § RF

⁴⁴ 1 kap. 3 § RF

Därefter kommer den vanligaste rättskällan, rättsregeln⁴⁵. Första kapitlet i RF stadgar om att all offentlig makt utgår från folket, dvs folksuveränitetsprincipen och innebär att lag endast kan stiftas av den riksdag som är folkvald. Vidare behandlar första kapitlet även kravet på att den offentliga maken ska utövas under lagarna, dvs legalitetsprincipen och innebär att alla beslut och åtgärder i förvaltningarnas maktutövning ska ha stöd i lag.

Lagar ser olika ut beroende på vilket område och syfte de avser, exempelvis finnes ramlagar som utgör generella styrmedel för de mer detaljerade bestämmelser som återfinnes i förordningar, föreskrifter och speciallagar.

Regeringen beslutar om förordningar som antingen grundar sig på egen kompetens⁴⁶ eller efter auktorisation från riksdagen.⁴⁷ Förordningar definierar rättsnormerna och styr myndigheternas funktion. Vissa myndigheter tilldelas kompetens att utfärda föreskrifter inom sitt verksamhetsområde, denna kompetens ges endera genom att regeringen delegerar sin egen kompetens⁴⁸ eller genom riksdagens medgivande⁴⁹

Förarbeten används som stöd vid tolkning av rättsregler, och då innefattas även domstolarna. Detta innebär att domstolarna kan hämta vägledning vid oklarheter ur exempelvis en proposition (prop.), statliga offentliga utredningar (sou) eller betänkanden (bet.) etc. som legat till grund för beslutandet av lagen.⁵⁰ I svensk rätt har förarbetena en stark ställning som rättkälla.

⁴⁵ 1 kap. 4 § 2 st. RF

⁴⁶ 8 kap. 13 § RF

⁴⁷ 8 kap. 7-10 §§ RF

⁴⁸ 8 kap. 13 § 3 st. RF

⁴⁹ 8 kap. 11 § RF

⁵⁰ Strömholm, Stig (1996) *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, Stockholm: Norstedts Juridik AB, (5 uppl), s. 311-398

Praxis utgörs av prejudikat, vilket betyder att domstolar och andra myndigheter använder tidigare domar som rättskälla. Desto högre instans som prejudikatet emanerar från desto större vikt tillskrivs domen, vilket utgör praxis, men som inte är bindande för andra domstolar.

Ett annat komplement för tolkning av lagar och praxis är doktrin. Doktrinen utgörs främst av juridisk litteratur. Desto mer ansedd dess författare är desto större vikt tillskrivs doktrinen.

Vid tillämpningen av lagar och förordningar kan det ändå uppstå konflikter mellan dessa regleringar. I Sverige tillämpas i huvudsak tre tolkningsprinciper:

- Lex superior, dvs författningen med högst status har företräde,
- Lex specialis, dvs den mest specialiserade lagen har företräde,
- Lex posterior, dvs den senast beslutade författningen har företräde.

Dessa principer ter sig som explicita, men i praktiken uppkommer ideligen svårigheter i tolkningsprinciperna. Det händer ofta att en lag med lägre status reglerar en fråga mer specialiserat än lagen med högre valör, dessa friktioner får lösas individuellt efterhand de uppstår.

Det svenska systemet använder en allmän skyldighet till lagprövning⁵¹, vilket innebär om domstol eller myndighet upptäcker att en rättsregel (utfärdad av regering eller riksdag) strider mot grundlag eller annan överordnad rättsregel ska normen ifråga ej tillämpas. Lagprövningsinstitutet är ett essentiellt verktyg för att kunna lösa olika angelägenheter där rättsakter står i strid med varandra. dock krävs det i svenskt lagprövningsinstitut att motsättningen är – uppenbar – för att en rättsregel ska kunna underlåtas, den förbrukas inte.

⁵¹ 11 kap. 14 § RF

3.3 EG-rätt

Europeisk författning skiljer sig från nationell lagstiftning genom att den skapas på europeisk nivå medan genomförandet av lagen ligger hos medlemsstaterna. Medlemsstaterna har en skyldighet att genomföra gemenskapsrätten genom den inhemska regleringen, samt att EG-rätten tillämpas av medlemsstatens domstolar och myndigheter. Europeiska Unionen utgör med andra ord en kontrollmakt och kan vid missnöje även ingripa och ge sanktioner till respektive medlemsstat som ej följer gemenskapsrättens normer.

Institut

Gemenskapsrättens utveckling sker genom fyra institutioner⁵², Europeiska Unionens råd, Kommissionen, Europaparlamentet och EG-domstolen.

Rådet⁵³

Rådet är Gemenskapens högsta politiska organ och har även den huvudsakliga lagstiftande funktionen för Gemenskapen. Genom fusionsfördraget slogs de tre Gemenskapernas råd ihop till ett råd där representanter för medlemsstaternas regeringar ingår. Bildandet av EU som skedde genom Maastrichtfördraget ledde till att Rådet formellt bytte namn till - rådet för Europeiska Unionen -. Rådets arbetsområde innefattas av samtliga tre pelare, dvs av Gemenskapslagstiftning, EG-rätt och EG-domstolen⁵⁴.

Vid ministerrådet deltar 25 delegater som företräder olika medlemsstater. Dessa delegater är ursprungligen ministrar eller regeringschefer. Vilka ministrar som deltar i rådsmötena väljs beroende på vilket ämne och sakområde som behandlas. När rådet sammanträder kan ministrarna fatta

⁵² http://europa.eu.int/institutions/index_en.htm

⁵³ EG-fördragets bestämmelser för rådet finns i artiklarna 202-210 EG

⁵⁴ Dessa klargör jag för nedan

bindande beslut för sin stat. Ordförandeskapet i ministerrådet roterar mellan medlemsstaterna med ett intervall av sex månader. Det land, vars ministrar sitter som ordförande, ansvarar för att driva institutionens arbete. I ministerrådet tillsätts olika arbetsgrupper som besitter den sakkunskap som behövs för de förslag som rådet bereds med.

Rådets uppgifter

En av rådets viktigaste uppgifter är att samordna medlemsstaternas allmänna ekonomiska politik så att fördragets syften uppnås.⁵⁵ De förslag som ges till rådet bereds av olika arbetsgrupper som har den kunskap som behövs för det specifika område som förslaget behandlar. Därefter tas förslaget upp i representanternas kommitté, dvs Coreper I och Coreper II. Coreper har som ansvar för olika politiska områden och förbereder rådets möten genom att få fram olika lösningsförslag som tillgodoser medlemsstaternas olika intressen.⁵⁶

Rådets genomförande organ är kommissionen vars befogenheter är att utföra åtgärder som delegeras från rådet. Det finns ett system utvecklat av rådet, Kommittologin, med företrädare för gemenskapens medlemsstater olika intressen. Rådet har rätt att föreskriva ett godkännande från medlemsstaterna innan kommissionen kan genomföra en åtgärd, detta för att rådet ska behålla kontrollen över kommissionens arbete.⁵⁷

⁵⁵ Art. 202 EG

⁵⁶ http://europa.eu.int/institutions/council/index_sv.htm (hämtat 2008-12-12)

⁵⁷ Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders (2002) *Europarättens grunder*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2 uppl, s. 53-59

Kommissionen

Den Europeiska kommissionen är gemenskapens verkställande organ. Kommissionen består av 27 kommissionärer⁵⁸. Dessa kommissionärer har olika ansvarsområden som delas in i generaldirektorat (GD). Kommissionen har till sitt förfogande ca 24 000 tjänstemän. Dessa ska arbeta självständigt och oberoende av medlemsstaternas olika intressen, dvs för gemenskapens gemensamma intressen.

Kommissionens uppgifter

Kommissionens uppgifter innefattar att kontrollera Gemenskapens politik och att dess program efterlevs, vidare förvaltas även EU:s budget, som sedan kontrolleras och beslutas av Europaparlamentet, Europeiska rådet samt revisionsrätten.

Kommissionen företräder även Gemenskapen i internationella sammanhang. En annan fundamental uppgift för kommissionen är att initiera till ny lagstiftning, vilket innebär att kommissionen i samråd olika intressenter, tillsammans med Regionkommittén samt Ekonomiska och Sociala kommittén arbetar fram olika lagförslag. Dessa lagförslag presenteras därefter för rådet och Europaparlamentet.

Andra uppgifter som tillhandahålls av kommissionen är utarbetning av s.k. "grönböcker". Dessa syftar till att ta upp och diskutera globala och inhemska angelägenheter i en samrådsprocess mellan EU:s institutioner, exempelvis frågan om förnybar energi som togs upp år 1996.⁵⁹ Dessa "grönböcker" leder många gånger till en "vitbok" som innefattas av konkreta åtgärdsförslag och som ofta resulterar i lagstiftning.

⁵⁸ När fler länder ansluter till EU kommer regeln dock att ändras så att antalet kommissionärer alltid skall vara färre än 27,

http://europa.eu.int/institutions/comm/index_sv.htm

⁵⁹ Meddelande från kommissionen - Energi för framtiden för förnybara energikällor - Grönbok för en gemenskapsstrategi, KOM(96)576 slutlig

Huvudansvaret för att fördragen och Gemenskapens lagstiftning efterlevs vilar även hos kommissionen. Uppfyller inte en medlemsstat sina förpliktelser kan det inledas en process om s.k. fördragsbrott. Hörsammar inte medlemsstaten den första åtgärden, dvs upplysningen om att vidta åtgärd inom en viss tidsram, kan kommissionen föra ärendet vidare genom att väcka talan vid EG-domstolen.⁶⁰

Europaparlamentet

Parlamentet väljs vart femte år utav Gemenskapens medborgare. Parlamentet består av 786 medlemmar som kommer från de olika medlemsstaterna. Dessa är sedan inordnade i sju europeiska partigrupper. Istället för att medlemmarna arbetar för sina nationella partier arbetar parlamentarikerna inom sin europeiska partigrupp. Parlamentet använder sig utav "demokratisk kontroll" i sitt arbete, dvs kommissionen svarar politiskt inför parlamentet, och därigenom löpande skapar motivation för sina ställningstaganden.

Europaparlamentets uppgifter

Parlamentets huvuduppgifter är att stifta lagar inom ramen för de olika beslutsprocedurerna inom Gemenskapen. Under EU:s utvecklingsprocess har parlamentets roll fortlöpande stärkts när det gäller Gemenskapens lagstiftningsprocess. På dagordningar för sessionerna med parlamentet uppkommer utskottsbetänkanden om föreslagen lagstiftning, även frågestunder med kommissionsledamöter, med jämna mellanrum, samt framträdanden av stats- och regeringschefer från såväl medlemsländer som från utomstående stater.⁶¹ Beslutsförfarandena i lagstiftnings-

⁶⁰ Bernitz & Kjellgren, s. 60-63

⁶¹ Allgårdh, O. & Norberg, S. (2006) *EU OCH EG-RÄTTEN – En läro- och handbok om EU och i EG-rätt*, (4:e uppl.) Stockholm: Norstedts Juridik AB, s. 136f

processen följs i huvudsak av tre steg; samrådsförfarandet, medbeslutandeförfarandet och samtyckesförfarandet.

EG-domstolen

EG-domstolen arbetar för att EG-rätten implementeras oförändrad i samtliga av EU:s medlemsstater och är även självständig från övriga institutioner. I EG-domstolen arbetar en domare från varje medlemsstat. När domstolen sammanträder är det oftast bara 13 domare med, detta för att effektivisera arbetet.⁶²

I EG-domstolen ingår även 8 generaladvokater och deras uppgift är att helt opartiskt och oavhängigt offentligt framlägga yttrande med motiverade förslag till beslut i de mål som handläggs av domstolen⁶³. Domstolen kan, genom beslut av rådet, öka antalet generaladvokater ifall det behövs.

Eftersom EG-domstolen har en stor arbetsbörda inrättades år 1989 en "förstainstansrätt" som avgör vissa typer av tvister, men gemensamt för båda rätterna är att de endast behandlar tvister som anknyts med genomförande och tolkning av EG-rätt. Allmänt kan sägas att rådet, kommissionen och medlemsstaterna har talerätt emedan andra EU-institutioner kan använda sig av talerätt när det gäller att ta tillvara på deras egna rättigheter. När det sedan gäller enskilda fysiska och juridiska personer har de endast begränsad möjlighet att driva sin talan. EG-domstolen har även för avsikt att begränsa tolkningen av enskilda fysiska och juridiska personer, dessa ska istället väcka talan vid nationell domstol och där söka om förhandsavgörande om sin sak.⁶⁴

⁶² Allgårdh, O. & Norberg, S. (2006) *EU OCH EG-RÄTTEN – En läro- och handbok om EU och i EG-rätt*, (4:e uppl.) Stockholm: Norstedts Juridik AB, s. 136f

⁶³ Art. 222 EG

⁶⁴ Bernitz & Kjellgren, s. 132 och 140

EG-domstolens uppgifter

Fördragsbrott och förhandsavgöranden är två viktiga uppgifter för EG-domstolen. Fördragsbrottsmål handlar om när kommissionen eller en medlemsstat i en särskild typ av mål väcker talan om att en medlemsstat inte genomför gemenskapsrätten på ett tillfredställande sätt och därmed åläggs att åtgärda bristerna snarast möjligt. Sker inte detta inom den stadgade tidsramen kan EG-domstolen bötfälla medlemsstaten i fråga.

De s.k. förhandsavgöranden som EG-domstolen avger, har domstolen behörighet att ge förhandsavgöranden rörande tolkningen av EG-fördraget, giltigheten och tolkningen av rättsakter som beslutats av Gemenskapens institutioner och av ECB samt tolkningen av stadgar för organ som upprättats genom rättsakter som beslutats av Rådet, när stadgarna föreskriver detta.⁶⁵ Den nationella domstolen kan, genom att begära ett förhandsavgörande, få vägledning innan dom förkunnats, detta då det kan vara svårt för de olika medlemsstaterna att veta hur rättsreglerna ska tolkas. Endast domstolar kan begära förhandsavgöranden och de är skyldiga att följa det besked som EG-domstolen tillkännager.⁶⁶

EG-domstolen har fått en fundamental roll i utvecklingen av EG-rätten och fungerar delvis såsom en författningsdomstol. Europeiska Unionen har inte någon motsvarighet till de svenska förarbetena och rättsnormerna har för det mesta en vidare formulering än de svenska. Detta ger domstolen ett vidare sätt att tolka rättsnormerna men som kräver en praxis som konkretiserar rättsnormernas innebörd. Ett flertal

⁶⁵ Art. 234 EG

⁶⁶ Art. 10 (lojalitetsplikten)

rättsprinciper har utvecklats genom domstolens avgöranden, exempelvis principen om direkt effekt och gemenskapsrättens företräde.⁶⁷

3.4 EG:s Rättskällor

Inom EU finns olika rättskällor, dessa fungerar likt inhemsk rätt i en viss hierarki. I huvudsak kan rättskällorna för EG-rätten indelas i fyra slag⁶⁸:

1. Primärrätten, med vilken menas de grundläggande fördragen tillsammans med senare ändringar inklusive alla anslutningsfördragen,
2. Sekundärrätten, i form av den lagstiftning som antagits av institutionerna,
3. Internationella avtal som är ingångna av Gemenskapen, och därtill även
4. Domstolarnas praxis.

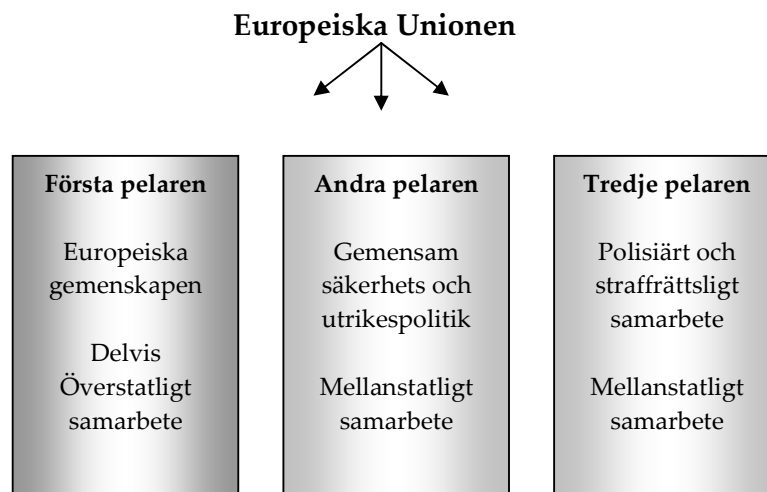
Primärrätten

Primärrätten är vad konstitutionen är för en stat och den utgörs främst av EU- och EG-fördraget. Till primärrätten räknas i första hand de grundläggande fördragen rörande EKSG, EEG och Euratom med därtill hörande protokoll och bilagor samt senare ändringar. Ytterligare tillkommer fusionsfördraget och anslutningsakterna som är ingångna mellan Gemenskapens dittillsvarande medlemsstater och nytillträdande medlemsstater. Även den Europeiska enhetsakten tillhör primärrätten samt de fördrag som därefter följt, såsom Maastrichfördraget, Amsterdamfördraget, Nicefördraget och förevarande Lissabonfördraget.

⁶⁷ Bernitz & Kjellgren, s. 70

⁶⁸ Allgårdh, O. & Norberg, S. (2006) *EU OCH EG-RÄTTEN – En läro- och handbok om EU och i EG-rätt*, (4:e uppl.) Stockholm: Norstedts Juridik AB, s. 86f

Genom EU-fördraget (EUF) skapades Gemenskapens struktur, dvs de tre pelarna. Symboliskt sägs pelarna stå för frihet, säkerhet och rättvisa



Den första pelaren består av de tre gemenskaperna och den Europeiska gemenskapen. Pelaren innefattar även den inre marknaden, ett antal politikområden samt den överstatliga lagstiftningen som också kallas för EG-rätten, och som ingår i EU:s juridiska system.

Den andra och tredje pelaren tar upp ny reglering, såsom gemensamma åtgärder, gemensamma ståndpunkter och rambeslut⁶⁹.

Sekundärrätten

I sekundärrätten stadgas vilka konkreta regler som gäller för olika rättsområden, dvs de områden som fördragen saknar. Man kan säga att sekundärrätt hör de rättsakter som antagits av dess inrättningar. Hit räknas först och främst förordningar, direktiv av olika slag och beslut vilka är av bindande karaktär, men även andra icke bindande rättsakter såsom rekommendationer eller tillkännagivanden ingår också.

⁶⁹ <http://europa.eu.int/eurlex/> (2008-12-14)

Internationella avtal

En annan rättskälla av vikt utgörs av de internationella avtal som Gemenskapen ingår i och som finns fastlagda i fördragen.⁷⁰ Avtalen reglerar olika sociala, ekonomiska och politiska samarbeten mellan medlemsstaterna och dess organisationer. De avtal som innefattas av den första pelaren är bindande både för EU:s stater och för dess institutioner medan avtal som rör andra och tredje pelaren knyter institutionerna men inte staterna.⁷¹

Dessa avtal är att räkna som fast rättspraxis då de blir fastställda av Domstolen och blir en del av gemenskapsrätten och därav bindande för medlemsstaterna, exempel på ett sådant mål är 181/73 Haegeman mot Belgien (1974) E.C.R. 449. Avtal där Gemenskapen på grund av sin allmänna kompetens trätt in i stället för medlemsstaterna räknas även till detta sorts rättspraxis.

Domstolens rättspraxis

En ytterst viktig rättskälla är likaså domstolens rättspraxis. Denna praxis har sin utgångspunkt från domstolens inspiration och ledning från de olika medlemsstaternas nationella rättssystem och från folkrätten. Även dom allmänna rättsprinciper och grundläggande rättigheter som ofta tillämpas och tolkas av domstolen.

3.5 EG-rättens grundläggande principer

EG-rätten använder sig av allmänna rättsprinciper som är bindande och har en stark ställning jämfört med svenskt rättssystem.⁷² Dessa härrör från medlemsstaternas gemensamma rättstraditioner eller från Gemenskapens särskilda karaktär. Om en sådan allmän rättsprincip inte har

⁷⁰ Allgårdh, O. & Norberg, S. (2006) EU OCH EG-RÄTTEN – En läro- och handbok om EU och i EG-rätt, (4:e uppl.) Stockholm: Norstedts Juridik AB, s. 86

⁷¹ Art. 5 EUF, art. 7.1 EGF samt Artikel 6.1 EUF, art. 220 EGF

⁷² Art. 164, art. 173 och art. 215 EG

uppmärksammas av en institution, när institutionen fattar ett beslut eller lagstiftar, kan detta medföra att rättsakten kan bli ogiltigförklarad av EG-domstolen.⁷³ En annan viktig aspekt av dessa principer är att de binder samman de olika medlemsstaterna och dess lagstiftning och även medverkar i gemenskapslagstiftning eller gemenskapspolitiken.

En del av dessa principer finns att hämta i EG-rättens praxis och en del finns skrivna i fördragen.

Vi kommer att beskriva ett antal rättsprinciper, dessa inleder fördragen och anger grunderna för kompetensfördelningen mellan EU och medlemsstaterna.

Legalitetsprincipen

Principen kommer till uttryck i både EU- och EG-fördragen⁷⁴ och säger:

Varje institution ska handla inom ramen för de befogenheter som den har tilldelats enligt detta fördrag.

Regeln är av fundamental betydelse för varje rättsstat. För att befästa denna regel och att den kommer att efterlevas har Domstolen tillagts rättigheter att pröva talan om nullitet enligt artikel 230 EG eller underlåtenhet enligt artikel 232 EG.

Lojalitetsprincipen

Denna princip har använts flitigt vad det gäller att klara ut de skyldigheter som är förenade med ett medlemskap i EU och är uttryckt i artikel 10 i EGF. Brukar även kallas för samarbetsprincipen eller solidaritetsprincipen:

⁷³ Allgårdh, O. & Norberg, S. (2006) EU OCH EG-RÄTTEN – En läro- och handbok om EU och i EG-rätt, (4:e uppl.) Stockholm: Norstedts Juridik AB, s.89f

⁷⁴ Art. 5 EUF, art. 7.1 EGF

Medlemsstaterna ska vidta alla lämpliga åtgärder, både allmänna och särskilda, för att säkerställa att de skyldigheter fullgörs som följer av detta fördrag eller av åtgärder som vidtagits av Gemenskapens institutioner. Medlemsstaterna ska underlätta att Gemenskapens uppgifter fullgörs.

De ska avstå från varje åtgärd som kan äventyra att fördragets mål uppnås.

EG-domstolen har slagit fast att principen även gäller statliga organ på alla nivåer. Handlar en medlemsstat i strid med lojalitetsprincipen betyder det att staten gör sig skyldig till ett fördragsbrott.⁷⁵

Likabehandlingsprincipen

Likabehandlingsprincipen handlar om förbud mot diskriminering p.g.a. nationalitet och regleras i Artikel 12 EG-fördraget:

Inom detta fördrags tillämpningsområde och utan att det påverkar tillämpningen av någon särskild bestämmelse i fördraget, ska all diskriminering på grund av nationalitet vara förbjuden.

Rådet kan enligt förfarandet i artikel 251 anta bestämmelser i syfte att förbjuda sådan diskriminering.

Principen är till för att fysiska och juridiska personer inom Gemenskapen ska kunna erhålla samma skydd som de nationella fysiska och juridiska personerna har vid arbete eller studier i andra medlemsstater. Principen är ett viktigt inslag för att främja den inre marknaden med fri konkurrens.

Subsidiaritetsprincipen

Subsidiaritetsprincipen infördes i artikel 5 EG-fördraget innebär att ett beslut ska fattas på den nivå där det kan få bäst verkan:

Gemenskapen ska handla inom ramen för de befogenheter som den har tilldelats och de mål som har ställts upp för den genom detta fördrag.

⁷⁵ Bernitz & Kjellgren, s. 104-105

På de områden där Gemenskapen inte är ensam behörig ska den i överensstämmelse med subsidiaritetsprincipen vidta en åtgärd endast om och i den mån som målen för den planerade åtgärden inte i tillräcklig utsträckning kan uppnås av medlemsstaterna och därför, på grund av den planerade åtgärdens omfattning eller verkningar, bättre kan uppnås på gemenskapsnivå.

Gemenskapen ska inte vidta någon åtgärd som går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målen i detta fördrag.

För att EG ska ha rätt att vidta åtgärder ska två rekvisit vara uppfyllda, dels att de aktuella målen inte är i tillräcklig utsträckning kan uppnås av medlemsstaten, dels att målen kan uppnås bättre på gemenskapsnivå.⁷⁶

Proportionalitetsprincipen

Proportionalitetsprincipen finns i artikel 5 EG och innebär att offentliga ingrepp inte får gå längre än som är nödvändigt för att uppfylla åtgärdens syfte. Denna princip gäller för EG-rätten och är en erkänd rättsprincip i svensk rätt. Med det menas bl.a. att en reaktion från myndigheten gällande en olaglig handling måste stå i proportion till handlingens verkan⁷⁷. Principen har även varit viktig vad det gäller bestämmelser om den fria rörligheten för varor enligt artikel 28 EG-fördraget då den ofta använts vid åtgärder på tull- och jordbruksområdena.

⁷⁶ Ett protokoll finns i fördraget och handlar om tillämpning av subsidiaritetsprinciperna. I protokollet anges att kommissionen och rådet har skyldighet att motivera varför EG har kompetens i en fråga (artikel 253 EGF).

⁷⁷ Se målet 8/55 *Fédération Charbonnière Belgique mot Höga myndigheten* (1954-1956) E.C.R. 245

4 Lagprövningsförfarande

I kapitlet om lagprövningsförfarande fördjupas läsaren i de för ämnet viktiga begrepp och de paragrafer som är av vikt vid norm- och lagprövning. Vidare behandlas lagprövningen utifrån ett EG-rättsligt perspektiv, dels genom ett historiskt, dels genom EG-rättens företräde framför svensk rätt.

4.1 Svensk lagprövning

Grunden med normprövning bygger på kunskapen att gällande rättsregler verkar i ett hierarkiskt system med ett flertal nivåer gällande. Nivåer såsom grundlag, vanlig lag, förordning samt myndighetsföreskrifter och kommunala föreskrifter är de som gäller.

Med normprövningen menas att en föreskrift med lägre valör kontrolleras gentemot en föreskrift med högre valör och att den högre valören tränger undan den lägre valören. Svenska grundlagar utgör en samling rättsligt bindande regler som inte ska skilja sig från lagar, förordningar osv. när detta ska prövas kallas detta, mer specifikt, för lagprövning då den just prövar lagars förenlighet med en överordnad norm. Vid prövning av en förordnings samstämmighet gentemot en grundlag förutsätts det att förordningen inte skiljer sig från grundlagen.

Begreppet "normprövning" används i vidare bemärkelse, dvs i prövning gällande andra föreskrifter än de som prövar lagprövning.

I Sverige innebär lagprövning att rättskipande myndigheter såsom domstolar har rätt att, som tidigare sagts, förbise lagar som – uppenbart – bryter mot grundlagen. Principiellt finns det två typer av lagprövning, Abstrakt och konkret.

Med Abstrakt lagprövning menar man att lagen ska överensstämma med grundlagen utan att själva lagen behöver ha tillämpats. Ifall rättsregeln betraktas att ha stridit mot en grundlag blir effekten att den underkänns och inte längre ska tillämpas.

Konkret lagprövning siktar in sig mot tillämpning i enskilda fall, dvs en rättsregel kolliderar med annan lag och åsidosätts och används inte i det enskilda fallet. En skillnad från abstrakt lagprövning är att i konkret lagprövning upphävs inte rättsregeln vid kollidering, utan tillämpningen endast åsidosätts.

Sverige, genom sitt rättsdogmatiska arbetssätt, använder enbart konkret lagprövning. Regleringen sker genom regeringsformens 11 kap. 14 § RF. Rättsregeln gäller lagar, förordningar och kommunala föreskrifter.

Lagprövning ledde sitt ursprung ur folksuveränitetsprincipen och svensk normhierarki⁷⁸. Lagprövningen följer enligt:

11 kap. 14 § Regeringsformen

Finner domstol eller annat offentligt organ att en föreskrift står i strid med bestämmelse i grundlag eller annan överordnad författning eller att stadgad ordning i något väsentligt hänseende har åsidosatts vid dess tillkomst, får föreskriften icke tillämpas. Har riksdagen eller regeringen beslutat föreskriften, skall tillämpning dock underlåtas endast om felet är uppenbart.

Paragrafen innebär att Domstol eller annat offentligt organ prövar om en föreskrift står i strid med bestämmelser i grundlag eller annan överordnad författning. Bedöms föreskriften vara i strid med en sådan överordnad bestämmelse, skall den inte tillämpas i det konkreta fallet – däremot upphävs inte föreskriften. Om föreskriften är utfärdad av riksdagen, dvs

⁷⁸ Joakim Nergelius (1996) Konstitutionellt rättighetsskydd: Svensk rätt i ett komparativt perspektiv, Stockholm: Fritzes, s. 670ff

är lag, eller av regeringen, dvs är förordning, krävs enligt regeringsformen att felet är uppenbart.⁷⁹

Författningsföreskrifter har i Regeringsformen tillmätts olika "normvalörer"⁸⁰. I princip gäller att en bestämmelse av lägre valör är inaktuell om den bedöms att strida mot en högre valör.⁸¹

En annan överordnad författning som svensk lag ej får strida mot är Europakonventionen, detta enligt:

2 kap. 23 § Regeringsformen

Lag eller annan föreskrift får ej meddelas i strid med Sveriges åtaganden på grund av den europeiska Konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

Svensk rätt innefattas, och är bunden, av olika folkrättsliga konventioner m.m. Vissa av dessa inkluderar rättigheter. Exempel på sådana konventioner är FN:s konventioner gällande medborgerliga, politiska och barns rättigheter samt de som behandlar, sociala, ekonomiska och kulturella förhållanden. Men i Sverige är det dock endast Europakonventionen som inkorporerats som lag, vilket ger den en särställning.⁸²

När Sverige införde grundlagsförbudet i ovan nämnda norm mot konventionsstridiga föreskrifter, innebar detta att lagprövningens område breddades ytterligare. Enligt 11 kap. 14 § RF kan en domstol eller annan myndighet åsidosätta svenska lagar eller förordningar som uppenbart står i strid med 2 kap. 23 § RF.

⁷⁹ Sveriges rikets lag (2007) 11 kap. 14 §.

⁸⁰ Värden i ett system med bestämd rangordning

⁸¹ Sandgren, C. (2007) *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare – Ämne, material, metod och argumentation*, (uppl. 2:1) Stockholm: Norstedts Juridik AB, s. 26f

⁸² SOU 2007:85

4.2 Svensk lagprövning i europeiskt perspektiv

Historiskt perspektiv

Det har i ett flertal motioner och utredningar påståtts att europeiseringen av svensk rätt kommer att generera i en judikalisering, dvs där en del av makten förflyttas från de folkvalda politikerna till juristerna.⁸³ Detta kan bl.a. förklaras genom Sveriges inkorporering i EU.

Konstitutionsutskottet har vid ett flertal tillfällen fastställt att det s.k. uppenbarhetsrekvisitets, i 11 kap. 14 § andra stycket RF, utrymme i svensk rätt har krympt i och med intagandet av Europakonventionen och medlemskapet i EU. Detta då EG-rätten har företräde gentemot svensk lagstiftning och att det i EG-rätten inte finns något krav på någon uppenbar motstridighet vad gäller kollision av svensk och EG-rättslig lagstiftning. Skillnaden är att vissa delar av Europakonventionen, dvs de som innefattas av EG-rätten alltid har företräde framför den svenska lagstiftningen, medan andra delar av konventionen tillämpas först när kollisionen är "uppenbar".⁸⁴

Ifall EU väljer att ansluta sig till Europakonventionen⁸⁵, att EG-rätten inbegriper hela Europakonventionen, blir utrymmet att tillämpa uppenbarhetsrekvisitet vid normkollisioner ännu mindre än vad som görs idag. Det har tidigare ansetts att det är tveksamt om det finns någon tydlig gränslinje mellan konflikter gällande svenska rättsnormer av skilda valörer gentemot de situationer då rättstillämpningen av den europeiska rätten inverkar.⁸⁶

⁸³ SOU 2000/1 Demokratiutredningen

⁸⁴ Bet. 2000/01:KU, s. 40ff

⁸⁵ Genom Lissabonfördraget

⁸⁶ Bet. 2000/01:KU, passim

Samtliga av de rättsregler som kolliderar med varandra vid lagprövning kan sägas härstamma ur olika politiska beslut, därigenom har det svårt att motivera varför en norm av högre statsrättslig valör ska ges företräde före rättsregler av lägre statsrättslig valör.

Lagprövning och EG-rättens företräde

En av de frågor som diskuterades flitigt innan Sveriges inträde i EU bestod av hur EG-rättens ställning gentemot inhemsk rätt skulle komma till uttryck i RF. Fokus riktades på hur EG-rätten, vid en konflikt, har företräde framför inhemsk rättsregel. När Grundlagsutredningen anförde en viss osäkerhet i fråga om det var tänkbart att använda lagprövning enligt 11 kap. 14 § RF för att ge EG-rätten företräde menade expertgruppen om det dels var rimligt att anse uppenbarhetskravet förenligt med principen om EG-rättens företräde, dels om EG-rätten anses vara av överordnad författning.⁸⁷ Av utredningen framkom att regeringsformen måste innehålla normer som gör det klart för domstolar och rättstillämpande myndigheter ges befogenhet att visa respekt för företrädesprincipen. På grund av företrädesprincipens närvaro i RF föreslogs ingen ändring av 11 kap. 14 §. Resultatet blev att EG-rätten är förhärskande vid en lagkonflikt gentemot svensk rättsregel och därmed åsidosätts den svenska rättsregeln då den inte längre anses vara behörig normgivare. Vad som kan vara intressant att påtala är att EG-domstolen utvecklat skyddsbestämmelser som rör området för fri- och rättigheter, dvs att domstolens utvecklat sedvänja som innebär att Europakonventionen och medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner endast ses som allmänna principer inom EG-rätten⁸⁸.

⁸⁷ SOU 1993:14

⁸⁸ Se artikel F.2 i Maastrichtfördraget

EG-domstolens praxis

EG-domstolens sedvänja innefattas av EG:s rättsordning, precis som de andra delarna av EG-rätten och har företräde framför inhemsk rätt. Detta gäller till och med framför grundlagsbestämmelser gällande skydd för fri- och rättigheter. Svenska domstolsväsendet och svenska myndigheter är skyldiga att låta EG-domstolens praxis gå före i tillämpningen av EG-rätten, dvs när en inhemsk föreskrift kommer i konflikt med en EG-rättslig praxis så ska praxis ha företräde utan att konflikten behöver vara uppenbar.

5 Uppenbarhetsrekvisitet

I dagens diskurs gällande uppenbarhetsrekvisitet i 11 kap. 14 § RF ges slutsatsen att uppenbarhetskravet haft en restriktiv inverkan beträffande domstolarnas funktion vid prövning av rättsreglers kompatibilitet med regeringsformen. Något som även har diskuterats är ifall det ska anses rätt att regeringsföreskrifter inbegrips av den särskilda förmån som uppenbarhetskravet innebär. I nuvarande svensk normgivning är inte regeringens föreskrifter tvungna till samma förhandskontroll som övriga rättsregler. Med detta konstaterat anses regeringen inte inneha en större felmarginal än andra normgivande system⁸⁹. Det konstitutionella system som Sverige använder idag, där riksdagen är den dominerande makten, är frågan ifall det ska anses skäligt att ifrågasätta om regeringens normgivning ska likställas bredvid de lagar som utsetts av den folkvalda riksdagen.

5.1 Problematik

Problematiken med domstolars normprövning, med utgångspunkt av uppenbarhetskravet, är att det ofta är oklart var gränsdragning mellan uppenbart och icke uppenbart befinner sig.

Redan 1979 gjorde konstitutionsutskottet ett uttalande som skulle förtydliga rättsläget, vad som sades var:

*”att riksdagens tillämpning av ett grundlagsstadgande måste respekteras så länge det håller sig inom ramen för en möjlig tolkning av bestämmelsen i fråga”*⁹⁰

Att uttalandet inte hade någon övertygande effekt i sammanhanget är tydligt då det fortfarande inte är klart hur tolkning ska ske. Redan år 1980

⁸⁹ SOU 2007:85, s. 45f

⁹⁰ KU 1978/79:39 s. 13

gjordes, i ett rättsfall⁹¹, en tolkning genom ett skiljaktigt regeringsråd som menade att det, på mer objektiva grunder, går att slå fast om en felaktighet är uppenbar vid lagstiftning. Detta fastän flera andra jurister har värderat företeelsen annorledes.

Vad som påpekats, på senare tid, är att principen med ett uppenbarhetskrav i enlighet med 11 kap. 14 § RF har fått reducerad styrka genom inkorporeringen av Europakonventionen i svensk lagstiftning och även genom Sveriges medlemskap i Europeiska Unionen. Frågan är om det verkligen är hållbart att behålla uppenbarhetskravet med tanke på den utveckling vi har idag, dvs då normprövningens betydelse ökar i och med att fler kollisioner uppkommer där svenska rättsreglers samstämmighet med ett övergripande normsystem ska bedömas.

Som redan sagts kan EG-domstolen alternativt Europadomstolen ogiltigförklara de svenska rättsregler som kolliderar med de regelsystem som EG-domstolen samt Europadomstolen tillämpar, detta utan något krav på att konflikten således ska vara – uppenbar -. Inhemsk domstolar⁹² har för avsikt att ge EG-rätten företräde framför inhemsk lagstiftning, även så lagar och regeringsförordningar, utan att behöva använda sig av något uppenbarhetsrekvisit. Företrädet gäller även Europakonventionens delar som, genom EG-domstolens praxis, ingår i EG-rätten.

5.2 Europakonventionens inkorporering

Något som har ifrågasatts, alltsedan Europakonventionens inkorporering i svensk rätt, är om det är förenligt med våra åtaganden att, i enlighet med Europakonventionen, använda oss av uppenbarhetsrekvisitet vid prövning om en svensk föreskrift kungjorts i strid med konventionen enligt 2 kap. 23 § RF.

⁹¹ RÅ 1980 2:69

⁹² Svenska domstolar inklusive förvaltningsdomstolar

◀ UPPENBARHETSREKVISITET ▶

En annan fråga som också varit aktuell en längre tid är hur uppenbarhetsrekvisitet ska bedömas i förhållande till det för medlemsstaterna i Europadomstolens praxis tillerkända "margin of appreciation". Vid bruk av båda bedömningsgrunderna, dvs uppenbarhetsrekvisitet och "margin of appreciation" skulle det leda till förmån för den inhemska föreskriften genom dubbel marginal, dvs att ett underlåtande av svensk föreskrift förutsätter att föreskriften uppenbart anses överskridit margin of appreciation enligt Europakonventionen. Ska domstolen bortse från ett av attributen? Exempelvis så att enbart uppenbarhetskriteriet tillämpas vid bedömningen? Det skulle kunna leda till en tolkning där lagstiftaren låts ha ett visst spelrum vid lagstiftningen.⁹³

⁹³ SOU 2007:85, s. 60ff

6 Lagprövning i nordiskt perspektiv

I detta kapitel vill vi att läsaren får en förståelse för hur lagprövning kan se ut i de länder som omgärdar oss. Detta för att läsaren ska få en uppfattning om hur lagprövning sker i länder som vi kan relatera till. Den svenska lagprövningen är inte unik, varken till utformning eller till syfte. Vi börjar med att redogöra för dansk lagprövning för att sedan fortsätta med norsk- för att sedan avsluta med finsk lagprövning.

6.1 Danmark

Danmark har liksom Sverige en lagprövningsrätt fast lag- och normprövningen skiljer sig såtillvida att den danska saknar förhandskontroll av såväl lagars som andra författningars grundlagsenlighet. Det är i huvudsak justitieministeriet som utför dessa kontroller men bör inte uppfattas som den i Sverige använda. Lagprövningsrätten stipuleras genom doktriner av avgjorda mål samt slutsatser som Högsta domstolen kommit fram till. Med andra ord intar lagprövningsrätten en mer tillbakadragen roll i danska domstolar. Trots detta finns tydliga spår som påminner om den svenska lagprövningen. Även i dansk rätt finns möjligheten att pröva om lag eller förordning strider mot grundlag. Därtill är det högsta instansen som är vägledande i sina prejudikat. Något allmänt intresse att få lagens grundenlighets prövad är således inte tillräckligt för att kunna få sin sak prövad, utan det måste finnas ett konkret rättsligt intresse som skäl bakom. Sålunda kan lagar åsidosättas endast om lagen är grundlagstridig (enligt en dom från Högsta domstolen år 1921). Fastän normen fastställts i praxis finns en del oklarheter kring det krav som ställs på att få sin sak prövad. På 1990-talet blev två domar (Maastrichtdomen och Tvinddomen) vägledande för domstolarnas normkontroll. Detta har lett fram till att den danska domstolen åsidosätter endast lagar som är aktuella för tillfället. Därav

resulterar inte domen att lagen upphävs eller ogiltigförklaras. Därtill kan man enligt dansk lagstiftning försöka tolka en lag för att undvika att upphäva eller ogiltigförklara den så att motsättningen inte uppstår igen. Slutligen har den danska domstolen gjort grundlagsenlig tolkning öppen som följd av en bristande rättspraxis.

6.2 Norge

Norge har en annorlunda kontroll där justitieministeriet agerar som kontrollant och jämfört med svensk rätt skiljer den sig väsentligt. I norsk grundlag saknas det dock bestämmelser om domstolars lagprövningsrätt. Sålunda har man sedan mitten av 1800-talet haft lagprövningssystem. Enligt praxis i högsta domstolen stipuleras att domstolar ges rätt att pröva lagars grundlagsenlighet.⁹⁴ Kløftadomen handlade om beräkningsgrunder för ersättning vid expropriation varpå Høyesterett menade på att domstolar kan pröva lagars grundlagsenlighet. Således var domstolens ledamöter oeniga i tolkningen av grundlagsregeln samt vilken nivå som krävs för att en lag ska stå i strid med grundlagen. Härtill fann Høyesterett att man måste respektera lagstiftarens bedömning i hänseende till regler om maktindelning mellan statsorganen, medan rättigheter av ekonomisk karaktär, enskilda individers fri- och rättigheter måste vara betydande om grundlagen ska ha någon genomslagskraft. Trots ovannämnda ges domstolarna företräde att välja en lags grundlagsenlighet, men att lagstiftarens andemening gällande grundlagsregler dock måste respekteras då den ibland kan vara oklar. Till skillnad mot svensk lagprövning får den norska domstolen enbart se till att lagstiftningen lyder de angivna föreskrifterna som grundlagen stipulerar. Och kan således inte pröva om lagar strider mot lagstiftarens andemening eller principer. I norsk rätt har de inkorporerat den s.k.

⁹⁴ Kløftadomen, Rt 1976 s. 1.

menneskerettsloven år 1999, i syfte att bemöta Europakonventionen samt en del FN-konventioner vilka har företräde framför den nationella rätten. Med detta sagt har man under senare år aktualiserat prövning av lagars förenlighet med Europakonventionen i Norge allt oftare. De domar som är prejudicerande sker vanligtvis i den högsta instansen varpå de således är gällande för resterande domstolar. Vid lagprövning kan man inte ogiltigförklara den såvida den inte kan läggas till grund för en dom i det pågående målet eftersom det är endast då den utövas. När norska domstolarna väljer att tolka grundlagen görs detta istället för att åsidosätta en lag då det kan vara olämpligt. Ibland händer det att flera tolkningar måste göras varpå domstolen utser den som bäst harmoniserar med grundlagsregeln.

6.3 Finland

Finland består istället av ett parlamentariskt system för kontroll av lagars grundlagsenlighet som grundas på abstrakt kontroll. Häri utövas en förhandskontroll av riksdagens grundlagsutskott. Meningen är att förhindra att lagar inte ska stå i strid med den inhemska lagstiftningen. Genom att använda förhandskontroll såsom i den finska ordningen har lett till att konflikter mellan partier gällande grundlagsstiftning undanröjts. I finsk grundlag är det grundlagsutskottet som står för utlåtanden till lagförslag eller föreläggande i såväl deras förhållande som internationella fördrag om mänskliga rättigheter för utskottets räkning. När ett sådant utlåtande ska aktualiseras fattas det av riksdagen vid remissärendefrågor till utskottet. I riksdagen och utskotten kan man begära grundlagsutskottet om ett utlåtande under ett pågående ärende. Vanligtvis görs detta i samband med att en oklarhet uppstått om ett lagförslags grundlagsenlighet. Ett betänkande riktas till riksdagen medan ett utlåtande riktas till ett utskott.

Därtill har den finska riksdagen år 2000 förnyat systemet och lagt till ytterligare en bestämmelse, nämligen efterhandskontroll. Anledningen har angivits i förarbetena som anför att det inte är glasklart att det går att undanröja alla konflikter mellan en lag och grundlagen eller identifiera alla tänkbara problem. Likaledes stiftas lagar utan inblandning av grundlagsutskottet. Ett medlemskap i EU har påverkat den nationella lagstiftningen som blivit tvungen att jämställa sin egen lag med de internationella mänskliga rättigheterna. Likaså fanns ett behov från domstolarna att jämföra lagbestämmelser med grundrättighetsnormerna i grundlagen.

I likhet med den svenska regeringsformen (11 kap. 14 § RF) har den finska grundlagen en liknande bestämmelse som menar på att en domstol ska, om tillämpningen av en lagbestämmelse strider mot en grundlagsbestämmelse, ge företräde åt en grundlagsbestämmelse, i ett ärende. Domstolarnas prövningsrätt ska således begränsas med avsikt att undvika att en lag lämnas otillämpad när det inte finns en tydlig och avgörande konflikt mellan lagen och grundlagen. För att domstolen ska pröva en norms grundlagsenlighet sker det vanligtvis i ett konkret fall såvida resultatet mynnar ut i att domstolen inte tillämpar den angivna bestämmelsen i det aktuella fallet.

Grundlagens 106 § gör gällande att bestämmelser bör handla om konflikter mellan grundlagen och vanliga lagar. Alltså kan domstolarna fortfarande tillämpa grundlagsbestämmelser som vanligt. En grundlagsenlig tolkning anses vara tillräcklig för att konflikter inte ska uppstå. När 106 § grundlagen aktualiseras är således en konflikt uppenbar. Och om den anses uppenbar ska förhandskontrollen av lagarnas grundlagsenlighet beaktas, enligt förarbetena. Men har grundlagsutskottet i lagstiftningsskedet redan hunnit tagit ställning till att

en konflikt inte föreligger ska den heller inte anses vara uppenbar. Lagprövning och dess bestämmelse är från början menad att inte förändra kontrollen av lagars grundlagsenlighet utan istället lutar sig den finska normkontrollen på att förhandskontrollen ska fungera.

Under arbetet med den finska grundlagen uppstod frågan om en författningsdomstol men bordlades aldrig. Grundlagskommittén hade avvisat frågan om behovet av en särskild domstol som skulle ha till uppgift att undersöka lagars förenlighet med grundlagen som riksdagen stiftat. Resultatet, enligt kommittén, av inrättandet av en sådan domstol skulle bli för stort för statskicket. Av erfarenhet från andra länder skulle det innebära en försvagning av såväl riksdagen som högsta domstolen. Därutöver har Finlands historia en helt annan bakgrund och befinner sig i en olik situation jämfört med de länder man sneplat på. Ett nytt statsorgan skulle därav inte passa den nuvarande konstitutionella traditionen som existerar i Finland.

7 Olika förslag av normkontroll

I förevarande kapitel redovisar vi först tre grundmodeller av normprövning som har för avsikt att effektivisera svensk normprövning. Därefter presenteras möjligheter och konsekvenser med de tre grundmodellerna för att sedan avslutas med tre alternativa exempel på ett förändrat normkontrollsystem. Dessa tre exempel bygger på en kombination av de förevarande grundmodellerna och är olika långtgående när det gäller reglerandet av normkontrollen.

7.1 Lagråd och förstärkt förhandskontroll

En närliggande modell som för svenska förhållanden skulle betyda endast en mindre ändring vad gäller granskning av lagstiftning, vore att införa ändringar gällande lagrådet dels genom förstärkning av lagrådets organisation, del genom förändrade regler för lagrådet. Land med liknande normkontroll, dvs med en förstärkt organisation som tar hand om normkontrollen är exempelvis Frankrike med sin s.k. Conseil d'Etat⁹⁵.

Förstärkt organisation⁹⁶

Genom att förstärka organisationens struktur, exempelvis genom personaltillskott och/eller genom omstrukturering av själva lagstiftningsprocessen, skulle det vara lättare för Lagrådet att arbeta fram olika förslag vid normkontrollen som kan visa på brister i lagstiftningsförfarandet. Positivt med detta förslag är att normkontrollprodukterna skulle få högre kvalitet. En annan positiv faktor med detta förslag är att det blir svårare för domstolar att ifrågasätta ifall en lag är grundlagsstridig, då domstolen vet att Lagrådet varit med och "skrivit" lagen. Nackdelen med förslaget är att förfarande tar längre

⁹⁵ Frankrikes motsvarighet till svenska Regeringsrätten

⁹⁶ SOU 2007:85, s. 60 ff

tid än vad normkontrollen hos Lagrådet tar idag. För att öka Lagrådets roll i lagstiftningsprocessen menar expertgruppen att man skulle kunna koppla samman föredragandena till Lagrådet och därigenom slippa den för lagförslaget grundläggande informationens påbörjade utformning och bakgrund såsom annars görs av den föredragande tjänstemannen vid regeringskansliet. En nackdel med att koppla samman föredragandena till Lagrådets organisation och struktur är att det kan tyckas att Lagrådet knyts för tätt till regeringen genom ett för nära samarbete. Detta kan skapa svårighet för Lagrådet att behålla den för organisationen viktiga roll som granskare där deras roll är att upptäcka bristerna i ett lagförslag och ingenting annat.

Ett annat effektivt sätt att bättra på organisationen vore att inrätta en extra kanslifunktion, dvs extra, utöver den funktion som domstolssekreteraren har och som Lagrådet normalt förfogar över inom organisationen. Uppgifter för denna "extra" kanslifunktion kunde vara att exempelvis granska praxis från EG-rätten och från Europadomstolarna. Här skulle värdefull kunskap om den globaliserade utvecklingen vad gäller lagstiftningsprocesser kunna inhämtas, för att sedan bättre kunna tillämpa detta i svensk rätt. Vidare skulle Lagrådet kunna få möjlighet till att erhålla utomstående ståndpunkter i frågor gällande konstitutionell rätt, exempelvis genom statsvetenskapliga eller statsrättsliga expertgrupper som härstammar från universitet eller organisationer som företrädes av advokater och jurister m.fl., och som är insatta i ämnet. Funktionen med en individ med expertis inom området utnyttjas sällan idag av Lagrådet då de ofta anses tillföra en begränsad mängd med synpunkter i frågan.

Normkontrollförstärkning genom ändrade regler

Ett bra sätt att gynna utvecklingen av normkontroll är att föreskriva att Lagrådets granskning alltid ska hämtas in, endera som idag, genom att

gälla föreskrifter enligt 8 kap. 18 § RF, eller att beröra samtliga typer av lagförslag. Detta skulle höja och även understryka betydelsen med förhandsgranskning, framförallt avseende rättsreglers grundlagssamstämmighet. Nackdelen med förändrade regler som berör detta område är en ökad arbetsbörda för Lagrådstjänstemännen som i praktiken genererar till en mer tidskrävande granskning. Undantag skulle kunna göras för brådskande lagärenden och lagförslag som på grund av sin beskaffenhet⁹⁷.

Vidare ges förslag på att införa ett krav på att riksdagen ska, i de fall Lagrådet föreslår avslag för ett granskat lagförslag, kan anta lagen genom kvalificerad majoritet. Det föreslås idag viss form av kvalificerad majoritetsinflytande i Regeringsformen, här skulle tre fjärdedels majoritet kunna anses som en lämplig metod för att säkerställa en högre standard av lagförslag. Problematiken med att låta Lagrådet få ett större inflytande på det ovan nämnda sättet är att det är svårt att kunna ge lagrådet sådant inflytande att, redan efter en tidig granskning i lagstiftningsprocessen, kunna medföra att beslutsunderlaget modifieras för att, efter senare regeringsbehandling, ställa sig frågan om lagförslaget ska granskas återigen. Sker det då inte någon ny granskning av förslaget är det ovisst om det modifierade lagförslaget är grundlagsenligt.

En annan infallsvinkel gällande lagstiftningsprocessen är genom att ge Lagrådet tillfälle att, då lagförslag inte håller i granskningen av Lagrådet, kunna passera ärendet till ett författningsråd. Deras uppgift kunde vara att, genom förhandsgranskningens ramar, ge ett definitivt besked i fråga om aktuellt lagförslags stridighet med grundlagen. Även i detta författningsråd skulle experter inom områden såsom lagrådsledamöter, jurister, akademiker med statsvetenskaplig inriktning samt

⁹⁷ Exempelvis enkla följdändringar i ett lagförslag

parlamentariker. I praktiken skulle detta kunde ske bättre genom att skapa en svensk författningsdomstol istället för som ovan nämnda förslaget berörde, ett s.k. författningsråd.

Något som anses vara en känslig fråga gällande sammansättningen av Lagrådet, är ifall de bör reformeras, detta då Regeringens inverkan på Lagrådet som organisation kan ses som betydlig. Exempel på situation rörande Regeringens inverkan på Lagrådet är att regeringens förordnande av andra personer än aktiva domare eller före detta domare i de högsta domstolarna.

7.2 Förändring av Uppenbarhetskravet

För att utöka den svenska normkontrollen skulle man, genom ändring i 11 kap. 14 § RF, kunna frambringa en normkontroll som kan anta öka domstolars betydelse i kontrollsystemet, detta då flertalet rättsfall skulle normprövas, vilket leder till att rättsläget i allt större omfattning kunde stadgas genom praxis. Detta skulle kunna ske genom att avskaffa uppenbarhetskravet i 11 kap. 14 § RF. Konsekvensen av ett borttagande av uppenbarhetskravet är beroende av ifall uppenbarhetskravet tas bort helt och hållet eller endast till viss del. Uppenbarhetskravet anses idag ha begränsad betydelse vid prövning gällande rättsreglers förenlighet med överordnad norm, då det av lagstiftaren uttryckligen har nämnts att normprövning ska ske sparsamt. Vad som bör nämnas inledningsvis är också att prövningen endast ska gälla konkret normprövning med följd att instansen som prövat ärendet inte använder den ifrågavarande regeln. Heller ska det normprövningen inverka på bestämmelsens generella giltighet utan, som idag, gälla endast ett åsidosättande av rättsregeln. Vidare ska vid upphävandet av en rättsregel förutsättas en speciell lagstiftningsåtgärd. En sak som även är värt att diskutera i kontexten är frågan om normprövning även ska beakta konstitutionella principer, ett

exempel är principen om domstolars oavhängighet, där budgetmässiga och organisatoriska aspekter inte är täckta av grundlagsföreskrifter.

Två modeller på att normkonflikten ska vara uppenbar är genom att antingen helt avskaffa uppenbarhetskravet eller delvis avskaffa uppenbarhetskravet.

Helt avskaffande av uppenbarhetskravet⁹⁸

Att avskaffa uppenbarhetsrequisitet skulle innebära att lagstiftaren tvingas beakta grundlagsenligheten hos den aktuella rättsregeln till den grad att normprövningen skulle tvingas ta hänsyn till kontrollen och diskussionen gällande grundlagsenligheten vid flertalet tillfällen, dels under lagstiftningsprocessen, dels vid tillfället för rättsnormens tillblivelse.

Skulle Sverige avskaffa uppenbarhetskravet helt skulle den mer kunna liknas med EG-domstolen och Europadomstolens förhållningssätt till normprövning, dvs där inhemska reglerandens konformitet med EG-rätt och stadgandena i Europakonventionen. I och med detta skulle den svenska grundlagen få likvärdig position som EG-rätten vad det gäller bruk av inhemska rättsregler. En bieffekt är även att ett avskaffande skulle ge mer tyngd åt de grundläggande normernas genomslagskraft, till exempel svenska regeringsformens 2 kapitel som behandlar skyddet för fri- och rättigheter. Hit måste även Europakonventionens stadganden räknas då det inte finns något uppenbarhetskrav vid normprövning i jämförelse med 2 kap. 23 § RF.

Redan i Demokratiutredning⁹⁹ framkommer att det finns skäl att förbättra system för extern kontroll och domstolsgranskning för ökat skydd för medborgarnas rättigheter och oberoende. Demokratiutredningen

⁹⁸ SOU 2007:85, s. 66ff

⁹⁹ SOU 2000:1, s. 250ff

konstaterade även att europeiseringen skulle leda till ett försvagande av uppenbarhetskravet, dvs att Sveriges medlemskap i EU medfört att EG-rätten per automatik lämnas företräde framför den svenska rätten. Vad det gäller EG-rätten lämnas inte något svängrum att bortse ett åsidosättande av inhemska rättsregler som kolliderar med EG-rätten. Europeiseringen och EG-rättens inverkan på svenska domstolar verkar leda till att uppenbarhetskravet används alltmer flitigt.

Man räknar med att de tänkbara effekterna av ett fullkomligt avskaffande av uppenbarhetskravet vore att utvecklingen skulle leda till ett flexiblere system där viss hänsyn skulle kunna ges i individuella fall. Ser man till hur utvecklingen i Norge sett ut senare år kan man se en tendens genom domstolarnas praxis, gällande områden såsom medborgarnas andliga och kroppsliga fri- och rättigheter, att de beskyddas i större utsträckning gentemot en normkonflikt gällande ekonomiska eller sociala rättigheter m.m.¹⁰⁰

Vidare finns möjligheten att använda en s.k. "fallande" skala vid normkontrollen, dvs att en större vaksamhet beaktas när en rättsregel prövas än vad som sker när en regeringsförfattning eller en kommunal föreskrift som är betvivlad ska prövas. För att utveckla och förtydliga idén kan distinktion göras på fall då frågan gäller om grundlagsenligheten strider mot en rättsregel och är föremål i ett lagstiftningsärende eller om frågan gäller tillämpning då rättsregeln redan börjat tillämpas. "Fallande skala" modellen skulle få till följd att obestridligt ge lagprövningen större utrymme än vad som görs idag. Genom detta skulle Lagrådets roll i lagstiftningsprocessen öka medan det förmodligen talar för att rättsfall där grundlagkollision påstås med starka skäl hålls nere.

¹⁰⁰ Exempel vid tolkning av delegationsbestämmelserna enligt 8 kap. 7 § RF eller regler gällande riksdagsbehandling av lagstiftningsärenden.

Delvis avskaffande av uppenbarhetskravet

Alternativet till att helt avskaffa uppenbarhetsrekvisitet är att endast avskaffa rekvisitet till att gälla normer av lägre valör än lag. Med denna modell skulle det fortsättningsvis också begäras att stridigheten bedöms som "uppenbar" vid grundlagssamstämmighet. Resterande normer som står i kollision med grundlag eller lag skulle i stället åsidosättas i fall där normkonflikt konstaterats. Vad som avses med modellen är att den endast har för avsikt att granska regeringsföreskrifter.

Vad som är av vikt, att reda ut vad det gäller modeller som till viss del avskaffar uppenbarhetskravet, är att klargöra vad som ska anses uppenbart och vad som ej är att anse som uppenbart i stridigheter gällande grundlagsstridiga rättsregler.

Behörighet att lagpröva

Att debatten om domstolarnas norm och lagprövningsrätt gällande 11 kap. 14 § RF i huvudsak handlat om de högsta instansernas prövning i domstol ger inte att andra offentlighetsrättsliga myndigheter mindre rätt och/eller skyldighet att pröva överensstämmelsen av lägre normer mot de högre. Oavsett införandet av helt eller delvis avskaffande av uppenbarhetsrekvisitet aktualiseras normprövningen allt oftare. En stor förändring av rätten till domstolsprövning har naturligtvis tillkommit sedan införandet av 11 kap. 14 § RF. Därav kan det diskuteras var normprövningsrätten kommer bäst till sin rätta, hos den högre rätten eller även i förvaltningsärenden? Förslagsvis är en tänkbar möjlighet att låta andra myndigheter vägra lagtillämpning i uppenbara fall medan domstolarna prövar lagars grundlagsenlighet oavsett kravet är uppenbart eller inte. Ett annat är om domstolarna skulle få en konstitutionell roll kan då normprövningsrätten vara kvar hos förvaltningsmyndigheterna.

7.3 Författningsdomstol

En författningsdomstol behöver inte skilja sig från andra domstolar utan det är behovet av en kontroll av lagars grundlagsenlighet och lagprövningen som avgör om den är nödvändig eller inte. I Sverige är det grundlagsstiftningsärenden som fått störst fokus på behovet av en författningsdomstol. Protester förekommer dock mot svårigheten att inte den politiska makten överförs till neutrala organ. Istället vill man fokusera på lagprövningsrättens utformning och för svenskt vidkommande är en författningsdomstol opassande.¹⁰¹ En anledning som anges till normprövning är att den inte får tillräcklig betydelse i vanliga domstolar och skulle därav behöva en domstol med personer som har rätt kompetens i att handha grundlagsfrågor. Det ger således en starkare betydelse åt normprövningen vars budskap är att lagar och normer inte ska stå i strid mot grundlagen överhuvudtaget. I likhet med andra länder vill man undvika att beblanda domstolarna i politiska stridsfrågor, i synnerhet vid ett avskaffande av uppenbarhetsrekvisitet. Inrättandet av en författningsdomstol gör det också lättare för enskilda att få sin sak prövad. Och samtidigt förenas Sverige med övriga EU varpå de konstitutionella tryck-, yttrandefrihet och offentlighetsprincipen går att hävda på ett bättre sätt. En författningsdomstol stärker även ett utformande av praxis i grundlagsfrågor där man kan ge utrymme för talerätsregler i grundlagsfrågor. Vid de fall då en lag ogiltigförklaras på grund av lagprövningen bör ett särskilt organ handlägga frågan. Det har alltid varit svårt att konkretisera fri- och rättighetsfrågor varpå dessa bör beskrivas noggrannare i grundlagen. För att begripa detta i ett bättre sammanhang följer en grundmodell av hur en författningsdomstol kan se ut där tre förslag, - den politiska modellen, - den juridiska och - den medborgerliga.

¹⁰¹ Se Prop. 1975/76:209 s. 90 f., prop. 1978/79:195 s.39 f., SOU 1987:6 s. 253 f. och SOU 1993:40 s. 227 f.

Den politiska modellen framhåller att talerätten endast ska innehas av politiska befattningshavare vilket i likhet med dagens ordning, d v s majoriteten ska vara överens och det råder samstämmighet i såväl parlamentet som den lagstiftande församlingen, är en tänkbar variant. Och den andra varianten där förtroendevalda som utgörs av en minoritet vilka kan aktivera domstolen. Problemet är när partier håller ihop kan de genom sina minoritetsröster samverka så att hänvisningar görs till domstolen. Även konstitutionsutskottet skulle kunna agera som riksdag och där talan väcks från minoriteter som ovan beskrivits. Tyvärr kan ett för nära samarbete mellan författningsdomstolen och den politiska sfären påverka valet av domare som sympatiserar med partiets ideologi, bli negativt i den bemärkelse att det skulle kunna skapa, sett ur svenskt hänseende blå och röda domare. Vi kan tydligt se ett sådant förfarande i USA och Frankrike. För att hitta adekvata lösningar skulle det krävas en kvalificerad majoritetsregel med 3/4, 2/3 eller 3/5 (behöver röster från flera partier) för att kunna accepteras som domare.

Den juridiska modellen menar att en författningsdomstol stärker den rättsliga aspekten eftersom det kommer att öka efterfrågan av juridiskt kunniga människor som kommer att ägna sig åt verksamhet vilken kan jämföras med de högsta domstolarna. Det är också Högsta domstolen eller Regeringsrätten som står högst på listan av kandidater att utöva en centraliserad lagprövning i Sverige. I praktiken kommer all lagprövning (som innefattar alla domstolar och offentliga organ) att prövas i en enda instans. Man skulle kunna tänka sig att dela ansvaret mellan de båda valda domstolarna och/eller en sammanslagning. Likaledes går det således att införa underdomstolarna som ges chansen att "hissa"¹⁰² författningsfrågor till Högsta domstolen tillika Regeringsrätten. Därtill har

¹⁰² Se hissmålet 56 kap. 13-15 §§ RB och begäran om förhandsbesked från EG-domstolen.

frågan väckts om att enskilda ska få domstolsprövning med hjälp av att fastställelsetalan aktualiserar föreskrifter som står i strid med deras rättsliga ställning.¹⁰³ Den som först ska ges rätten att pröva och avkunna domar i en författningsdomstol bör gå till en domstol som har viljan att sammanhängande rättsystem hålls ihop. Vilka som ska representera en författningsdomstol bör endast utnämnas av regeringen, eftersom en sådan post kräver hög juridisk kompetens. Sålunda behöver ingen ny utnämning ske utan den utsedda domaren kan sitta kvar tills pensioneringen eller välja att avgå i förtid varpå en ny utnämning görs. Ett annat alternativ är att domstolarna själva utser ledamöter som ska ingå i författningsorganet (justitieråd/regeringsråd).

Den medborgerliga modellen stärker enskilda individers ställning gentemot statsmakten. Medborgarna kan då hävda sina fri- och rättigheter tillika ges talerätt med hjälp av författningsbesvär. Detta sker vanligtvis när enskilda utsätts för ett domstolsbeslut som strider mot dennes författningsgaranterade rättighet. Likaledes finns det undantagsfall som lagstiftningen medvetet tillåter att kränkning av en medborgares rättigheter (teleavlyssning eller liknande händelser) pågår. I vissa fall kan en enskild föra sin egen talan för att undkomma att bli utsatt för direkta kränkningar (ex svenska Unibetmålet). Med denna modell existerar idag godtagbara former (JO, DO, Jämo m. fl) som hjälper till att granska myndigheter och se till att deras handlande är förenlig med 2 kap. regeringsformen. Genom dessa ombudsmän kan den enskilde få hjälp med juridisk expertis i svåra fall. Härtill är det lämpligt att författningsdomstolen fungerar som en fristående domstol, separerad från de högre domstolarna (HD och RR) och enbart i syfte att tillgodose de medborgerliga tillvägagångssätten, i motsats till de vanliga juridiska

¹⁰³ NJA 2005 s. 764.

modellerna. Det är den folkvalda riksdagen som bör utse domarna, liksom ombudsmännen. För att få en så rättvis fördelning som möjligt bör valet ske med kvalificerad majoritet (såsom tidigare nämnts) 2/3, med en mandattid på 10 år och över. Och nyval av domstolen bör ske vart tredje år.

7.4 Kombination av huvudmodellerna

Möjlighet eller konsekvens

Hur ska Sverige finna den effektivaste normkontrollen? Ett förslag kan vara att kombinera modellerna på ett lämpligt sätt. Här nedan ska vi ge exempel på några förslag som expertgruppen för normkontroll ansett vara lämpliga att kombinera.

Dagens normkontroll har två inslag, dels av Lagrådets förhandskontroll, dels av efterkontroll av normprovning enligt 11 kap. 14 § RF. Denna fördelning av normkontrollen mellan Lagråd och domstol fungerar genom att grövre lagstiftningsfel sorteras bort under granskningen. På så sätt har det varit ovanligt i svensk domstol att en lag "uppenbart" stridigt mot någon av grundlagarna. Till följd av uppenbarhetskravet i svensk lagprovning ligger tyngdpunkten för normkontroll vid Lagrådets förhandsgranskning och uppenbarhetsrequisitet förefaller mer att vara en slags säkerhetsgaranti för förhållanden när riksdag eller regering inte reagerar på Lagrådets anmärkningar eller när ej tilltänkta konfliktsituationer visar sig i tillämpningen av lagen.¹⁰⁴

I de flesta utredningar som berör förändrad svensk normkontroll kan det ses en röd tråd som talar för inslag av både förhands- såsom efterhandskontroll. Svensk förhandskontroll är inarbetat i lagstiftningsprocessen och Lagrådets granskning upprätthåller en för

¹⁰⁴ SOU 2007:85, s. 88 ff

svensk rätt god kvalitet i lagstiftningen, och då speciellt ärenden som rör grundlagsförenlighet. Ifall vi fortsättningsvis fortfarande ska använda oss av Lagrådets system där principen om att deras yttranden endast är rådgivande, kan granskningen bättre stärkas genom en kombination med ökad efterhandskontroll.

För att få bättre tyngd av efterhandskontrollen kan ett tänkbart exempel vara att helt ta bort uppenbarhetsrequisitet i 11 kap. 14 § RF. Resultatet av denna åtgärd skulle innebära att ett flertal rättsregler idag skulle få ge vika efter domstolsprövning vilket skulle leda till att lagrådsgranskningen är tvunget att öka i bemärkelse av förhandskontroll. Detta medför även att metoden för förhandsgranskning i Lagrådet blir än mer centralare när regering och riksdag ska försäkra sig om att ett lagförslag är grundlagskompatibelt och därför inte ska sättas åt sidan under sin tillämpning.

Vad som även kan komma att resultera av en modell där uppenbarhetskravet borttages är att bedömningskonflikter mellan Lagrådet och domstolarna ökar, dvs då domstolens prövning inte längre enbart gäller om en tänkbar brist "uppenbart" strider mot grundlagen utan avsåg att inbegripa en vidare prövning av förenligheten med grundlagen. De effekter som omtalats ovan kan inte ses som huvudsakliga skäl till att kombinera lagrådsgranskningen med en kraftfullare domstolsprövning.

Sammanfattningsvis kan sägas att Lagrådets rådande roll är kompatibel fullt ut med en utökad efterhandskontroll. Det gäller dels ifall uppenbarhetskravet helt eller delvis skulle försvinna, dels om kontrollen skulle fokuseras till exempelvis en författningsdomstol.

Ifall mindre ändringar gällande regler för lagrådsgranskningen skulle vinna stöd, exempelvis att lagrådsgranskningen skulle bli ofrånkomlig,

skulle inte innebära någon förändrad slutsats angående kompatibiliteten med utökad efterhandskontroll.

Huruvida införandet av en svensk författningsdomstol skulle påverka synen på hur lagprövning med uppenbarhetskravet ska formges är en fråga som är aktuell för kompatibiliteten. Ett införande skulle i och för sig stärka att regeringsformen respekteras av lagstiftaren. Vid införandet av en författningsdomstol är avskaffandet av uppenbarhetsrekvisitet en naturlig del av införandet, annars inte skulle någon betydande förändring av normprövning inte ske. Skulle uppenbarhetskravet mot förmodan kvarstå tillsammans med införandet av författningsdomstol vore det svårt att motivera författningsdomstolens existens då belastning med arbetsuppgifter skulle vara oerhört begränsad. Detta skulle gälla även om domstolen belastas med uppgifter av annan art än lagprövning, till exempel prövning av valfrågor, medla i tvister mellan kommunen och staten eller ha en riksrettsfunktion. Med vad som sagts ovan kan slutsatsen dras att en modell med författningsdomstol alltid ska kombineras med att uppenbarhetsrekvisitet i 11 kap. 14 § RF helt tas bort.

Minimalalternativmodellen

Minimalalternativet går ut på att ändra förhandsgranskningen genom att modifiera bestämmelsen i 8 kap. 18 § RF genom att ta bort - bör-regeln - och ersätta den med en - ska-regel -. Det skulle resultera i en minskning av möjligheten att kunna göra undantag från Lagrådet att utföra granskning. Följden av detta ingrepp blir i första hand att prövning i sakfrågan, dvs om vilka frågor som ska kontrolleras närmare, faller över till lagrådet från regeringens nuvarande ansvar. Om detta kommer leda till fler uppdrag för lagrådet är svårt sia om.

När det sedan gäller uppenbarhetskravet¹⁰⁵ i efterhandskontrollen i minimalalternativet; tas det delvis bort genom att inte inkludera föreskrifter som har utfärdats av den svenska regeringen. Förmodligen skulle det leda till att regeringen ökar sin precision gällande sin normgivning. Vad som kan noteras gällande förordningar; är att de inte låter sig prövas av lagrådet i gällande svensk rätt.

Att domstolar ska få tillfälle att – hissa – frågor som rör lagprövning till Högsta domstolen eller också Regeringsrätten.¹⁰⁶ Utformningen kan likställas med det system som gäller erhållande av förhandsbesked från EG-domstolen.¹⁰⁷ En följd av detta skulle innebära att det går fortare att få ett avgörande från högsta instans, då man slipper pröva frågan i underinstanserna.

Mellanalternativmodellen

I mellanalternativmodellen ändras förhandsgranskning likaså som i minimalalternativmodellen. Förutom detta byggs Lagrådets sekretariat ut med juridiskt biträde, såsom ett flertal egna föredragande.

Uppenbarhetsrekvisitet i 11 kap. 14 § RF tas helt och hållet bort, dvs både för rättsregler och föreskrifter som utställts av regeringen. Vad det gäller själva prövningsrätten så skulle denna odelat tillfalla domstolarna och inte längre utövas av andra myndigheter. Effekten av denna åtgärd är svår att profetera om men det presumeras att domstolarnas innebörd ökar då rättsläget i större omfattning skulle avgöras genom praxis. Den bristande följdriktighet i rättsordningen vad gäller normprövning i likhet med EG-rätten skulle elimineras genom dessa åtgärder och därigenom skulle även

¹⁰⁵ 11 kap. 14 § RF.

¹⁰⁶ Se 56 kap. 13-15 §§ RB.

¹⁰⁷ SOU 2007:85, s. 90ff

Europakonventionen få starkare fäste i svensk rätt och relationen till 2 kap. RF förtydligas.

Vidare skulle en viss möjlighet till – abstrakt normprövning – införas för enskilda personer, dvs ifall en person känner sig särskild träffad av en rättsregel ska denna person ges tillfälle att anföra en fristående talan i domstol för att undvara sig ett ingripande enligt lagen.

Till sist slås Högsta domstolen och Regeringsrätten samman och bildar en - supreme court – Högsta domstol som provar samtliga ärenden som kommer från allmänna- och förvaltningsdomstolar. I denna "Högsta domstol" grundas ett särskild organ som har uppgiften att pröva frågor gällande lagprövning.

Maxialternativmodellen

Förutom det som har framlagts om Lagrådet i de två föregående alternativen, skulle rekvisitet i 8 kap. 18 § RF undanröjs, dvs att underlåtenhet att höra Lagrådet inte utgör hinder för att tillämpa lagen likväl.

Vidare avskaffas uppenbarhetskravet helt i 11 kap. 14 § RF.

Författningsdomstolen gör inträde i svensk rätt. Här återfinns tre justitieråd, tre regeringsråd och tre överskjutande ledamöter. Sammankallning av denna domstol görs "ad hoc" och delegaterna behåller sina ordinarie arbetsuppgifter utöver funktionen i författningsdomstolen. Delegaterna får tjänstgöra i sex år, tänkbart är att det inte heller ska finnas chans till omval av de av riskdagen utsedda ledamöterna.

Lagprövningen är företrädesvis konkret och genomförs av att domstol hemställer ärendet till författningsdomstolen. Maxialternativmodellens ingripande skulle kunna likställas den som gäller vid inhämtande av

förhandsbesked från EG-domstolen. Abstrakt normprövning ska tillåtas i begränsad utbredning och som huvudregel ska inte författningsbesvär tillåtas över enskilda myndighetsbeslut. Resultatet av författningsdomstolens prövning kan resultera i ett yttrande om att en bestämmelse ej ska användas i det konkreta ärendet eller, vid prövning av abstrakt karaktär, ett yttrande om en rättsregels grundlagsenlighet.

8 Tillämpad praxis

Inledning

I detta kapitel redovisas dels de för rättsfallen relevanta artiklar, lagar och förordningar. Därefter redovisas två rättsfall som har varit av vikt vid bedömning var gränsen går när det gäller yttrandefriheten och hets mot folkgrupp.

8.1 Relevanta artiklar, lagar och förordningar

Allmänt om yttrandefrihet

Europadomstolen¹⁰⁸ har uttryckt att yttrandefriheten är en av de väsentliga grundvalarna som demokratin är uppbyggd på. För att ett samhälle ska kunna tillgodogöra sig varje människas utveckling och samhälles framsteg måste information och idéer, även om de kan anses som stötande, chockande för befolkningen eller staten, få uttryckas. Detta för att demokratin, med sin tolerans och vidsynthet, ska kunna överleva.

Härav förstås att inskränkningar av yttrandefriheten ska göras så sparsamt som möjligt, detta för att kunna godtagas som konventionsenliga och vara grundade på vederhäftiga motiv.

Artikel 10 i europakonventionen är inte absolut, men konventionsstaterna kan inte inskränka denna yttrandefrihet som de själva vill. För att en inskränkning ska vara acceptabel måste den infria rekvisiten i artikel 10:2; dvs de som är angivna i lagen, som tillgodoser statens säkerhet, den territoriella integriteten, den allmänna säkerheten, förebyggande av oordning eller brott, skyddande av hälsa och moral eller av annans goda namn och rykte eller rättigheter, förhindrande av att förtroliga

¹⁰⁸ Målet *Handyside mot förenade Konungariket* (1976-12-06), Danelius, H. (2002) *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis – en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, (andra uppl.), Stockholm: Norstedts Juridik, s. 306

underrättelser sprids eller upprätthållande av domstolarnas auktoritet och opartiskhet och som är nödvändiga i ett demokratiskt samhälle för att tillgodose något av dessa ändamål.

Allmänt om hets mot folkgrupp

Bestämmelserna om hets mot folkgrupp utvidgades till att inbegripa homosexuella som grupp den 1 januari 2003¹⁰⁹. Samtidigt gjordes motsvarande ändringar i TF. Före lagändringen fanns inget direkt skydd för dem. Förarbetena till lagändringen anger att homosexuella ofta är utsatta för brott just på grund av sin sexuella identitet. Vidare motiv till lagändringen var att nationalsocialistiska och andra rasideologiska grupper ofta agiterar mot homosexuella och sådan individers sexuella läggning.¹¹⁰

Den europeiska standarden gällande homosexualitet

Europadomstolen väljer ofta att basera sina beslut på vad de anser vara europeisk standard. Finnes det inte någon enhetlig uppfattning i konventionsstaterna är det brukligt att falla tillbaka på principen om staternas "margin of appreciation". På så sätt uppmuntras en utveckling av frågan med tiden. Bedömningen av homosexualitet har ändrats sedan konventionens tillkomst, från att beteendet varit straffbelagt till att skyddas av europakonventionen.

Europakonventionen, Artikel 10¹¹¹ Om yttrandefrihet

1. Var och en har rätt till yttrandefrihet. Denna rätt innefattar åsiktsfrihet samt frihet att ta emot och sprida uppgifter och tankar utan offentlig myndighets inblandning och oberoende av

¹⁰⁹ 16 kap. 8 § BrB

¹¹⁰ Prop. 2001/02:59 s. 32 f

¹¹¹ Danelius, H. (2002) *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis – en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, (andra uppl.), Stockholm: Norstedts Juridik, s. 305

territoriella gränser. Denna artikel hindrar inte en stat att kräva tillstånd för radio-, televisions- eller biografafföretag.

2. Eftersom utövandet av de nämnda friheterna medför ansvar och skyldigheter, får det underkastas sådana formföreskrifter, villkor, inskränkningar eller straffpåföljder som är föreskrivna i lag och som i ett demokratiskt samhälle är nödvändiga med hänsyn till statens säkerhet, till den territoriella integriteten eller den allmänna säkerheten, till förebyggande av oordning eller brott, till skydd för hälsa eller moral eller för annans goda namn och rykte eller rättigheter, för att förhindra att förtroliga underrättelser sprids eller för att upprätthålla domstolarnas auktoritet och opartiskhet.

Regeringsformen¹¹²

2 kap. Grundläggande fri- och rättigheter

1 §

Varje medborgare är gentemot det allmänna tillförsäkrad

1. yttrandefrihet: frihet att i tal, skrift eller bild eller på annat sätt meddela upplysningar samt uttrycka tankar, åsikter och känslor,
2. informationsfrihet: frihet att inhämta och mottaga upplysningar samt att i övrigt taga del av andras yttranden.

23 §

Enligt denna paragraf får inte någon lag eller annan föreskrift meddelas i strid med Sveriges åtaganden på grund av den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

¹¹² Sveriges lagar 2007

Tryckfrihetsförordningen¹¹³

7 kap. Om tryckfrihetsbrott

4 §

Med beaktande av det i 1 kap. angivna syftet med en allmän tryckfrihet skall såsom tryckfrihetsbrott anses följande gärningar, om de begås genom tryckt skrift och är straffbara enligt lag:

11 punkten

Hets mot folkgrupp, varigenom någon hotar eller uttrycker missaktning för folkgrupp eller annan sådan grupp av personer med anspelning på ras, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung, trosbekännelse eller sexuell läggning;

Brottsbalken

16 kap. om brott mot allmän ordning

8 §

Den som i uttalande eller i annat meddelande som sprids hotar eller uttrycker missaktning för folkgrupp eller annan sådan grupp av personer med anspelning på ras, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung, trosbekännelse eller sexuell läggning, döms för hets mot folkgrupp till fängelse i högst två år eller om brottet är ringa, till böter. Är brottet grovt döms till fängelse i lägst sex månader och högst fyra år. Vid bedömning av om brottet är grovt skall särskilt beaktas om meddelandet haft ett särskilt hotfullt eller kränkande innehåll och spritts till ett stort antal personer på ett sätt som varit ägnat att väcka betydande uppmärksamhet.

¹¹³ Sveriges lagar 2007

8.2 Rättsfall

NJA 2005 s 805

Åke Green fallet¹¹⁴ är ett välkänt rättsfall som rör svensk rätts förenlighet med Europakonventionen. Eftersom Europakonventionens konstitutionella ställning inte är helt klarlagd har diskussionerna florerat fritt i den juridiska doktrinen, i synnerhet vad det gäller förhållandet mellan fri- och rättighetsregleringen i RF och konventionens bestämmelser. Åke Green stod åtalad för hets mot folkgrupp med anledning av att han som frikyrkopastor uttalat sig på ett missaktande sätt mot homosexuella och deras läggning. De uttalanden han tidigare gjort under sin predikan löd enligt följande: "Är homosexualitet en medfödd drift eller onda maktens spel med människor?" Åtalet avsåg bland annat ett avsnitt i predikan där sexuella abnormiteter – däribland, som domstolarna uppfattade predikan, även homosexualitet – utgjorde "en cancersvulst på hela samhällskroppen". I målet dömdes Åke Green i tingsrätten men frikändes i hovrätten varpå Riksåklagaren överklagade till Högsta domstolen. HD ansåg det var ostridigt att rekvisitet hets mot folkgrupp var uppfyllt vilket man särskilt beaktat i lagmotiven till bestämmelsen hets mot folkgrupp. Däremot ansågs det således nödvändigt att frågan om hänsyn till religions- och yttrandefrihetsintressena skulle medföra att ordet missaktning borde ges en mer restriktiv tolkning än vad som omedelbart framgick av lagtexten och dess förarbeten. Härvidlag ville HD pröva om en tillämpning om hets mot folkgrupp borde åsidosättas på grund av att denna tillämpning står i strid med grundlagen tillika Europakonventionen. Högsta domstolen fann att Åke Green kunde dömas enligt åtalet och att bestämmelserna i 2 kap. RF om religions- och yttrandefrihet inte utgjorde något hinder. Därtill

¹¹⁴ NJA 2005 s. 805

skulle HD vara tvungen att tillämpa lagprövning enligt 11 kap. 14 § regeringsformen.

När HD till slut utrett Europadomstolens praxis i yttrandefrihetsärenden stod det klart att en fällande dom mot Åke Green skulle komma att kränka av Europakonventionen. Som ovan nämnts gjordes en lagprövning vars resultat av uttrycket missaktning inte gav en tillräcklig vägledning, d v s att en lagkonflikt mellan bestämmelsen om hets mot folkgrupp enligt brottsbalken och Europakonventionen skulle vara för handen. HD menade att det var nödvändigt med en lite restriktivare tolkning av bestämmelsen om hets mot folkgrupp i Åke Greens fall. Därav gavs inget utrymme för en fällande dom varpå åtalet mot honom ogillades.

NJA 2006 s 467

Precis som i Åke Green-målet handlade detta mål om hets mot folkgrupp, fast här har inte de åtalade uttalat sig missaktande mot homosexuella som grupp utan istället valt att dela ut 100-tals flygblad på en skola i Söderhamn. Av texten i flygbladen står det klart att organisationen Nationell Ungdom, som anses tillhöra extremhögern, låg bakom flygbladen. Flygbladen har delats ut genom att delvis läggas ovanpå eller i elevskåpen på skolan. Det har även förekommit utdelning i och runt skolområdet. Utav texten i flygbladet framgår följande homosexpropaganda:

"Samhället har på några få årtionden svängt från ett avståndstagande från homosexualitet och andra sexuella avarter till ett omfattande av denna avvikande sexuella böjelse. Din antisvenska lärare vet mycket väl att homosexualitet har en moraliskt nedbrytande effekt på folkroppen och kommer villigt att försöka framhäva det som något normalt och bra.

--- Berätta att HIV och AIDS tidigt framträdde hos de homosexuella och att deras promiskuösa leverne har varit en av dom främsta orsakerna till att denna moderna pest fått fäste.

--- Berätta att homosexlobbyn i sina organ även försöker avdramatisera pedofili och fråga om denna sexuella avart borde legaliseras."¹¹⁵

Samtliga instanser, tingsrätt, hovrätt och högsta domstol, ansåg att dessa avsnitt i flygbladen uttryckte, sedda i sitt sammanhang, missaktning för homosexuella som grupp med anspelning på gruppens sexuella läggning. Tingsrätten valde att döma de åtalade medan hovrätten friade samtliga åtalade då rätten ansåg att en förarbetstrogen tolkning av 16 kap. 8 § BrB stod i strid mot innehållet i artikel 10 i Europakonventionen. Detta beslut grundade de delvis genom den praxis som Åke Green-målet utgjorde, dvs i enlighet med att när Europadomstolen prövar sina avgöranden om en inskränkning i yttrandefriheten görs genom enskilda länders lagstiftning, dvs svarar mot ett beaktansvärt medborgerligt behov, om inskränkningen är avvägd med det legala ändamål som ska tillfredsställas och om de skäl som de nationella myndigheterna anger för att berättiga inskränkningen är väsentliga och nöjaktiga. I konkreta mål menar Europadomstolen att en samlad prövning ska göras av sakförhållandena, bland dem, innebörden i och kontexten i vilket meddelandet spritts, för att avgöra om inskränkningen är välavvägd i förhållande till syftet och om skälen för inskränkningen är väsentliga och nöjaktiga. Europadomstolen anser att det kan vara nödvändigt att tillrättavisa och hindra formuleringar som sprider, förespråkar, uppmuntrar eller rättfärdigar hat grundat på intolerans, s.k. hate speech, men att utrymmet för yttrandefriheten skall vara stort.¹¹⁶

¹¹⁵ NJA 2006 s 467, s. 8

¹¹⁶ Ibid., s. 6ff

HD väljer, även om det fanns två skiljeaktiga justitieråd som ville fria, att döma för hets mot folkgrupp enligt 16 kap. 8 § BrB. Detta då HD anser att placeringen av flygbladen har inneburit att elever på skolan har kommit över dessa flygblad utan att själva valt att ta emot dem. Även om syftet med flygbladen varit att skapa debatt mellan elever och lärare i en fråga som kan anses vara av allmänt intresse, dvs om objektiviteten i undervisningen i den svenska skolan. Här skulle flygbladen förse eleverna argument.

HD menar emellertid att innehållet inte behövt förlora sitt syfte utan att ha varit kränkande och nedsättande för gruppen homosexuella. Syftet med flygbladet hade med andra ord kunnat uppnås ändå. Förhållandet vid spridningen av flygbladet har på detta vis delvis varit annorlunda än den som gällde Åke Green. HD menar därmed att det framlagda sammantaget leder till att en konventionsenlig tillämpning av 16 kap. 8 § BrB är hävdvunnen.

Samtliga av de åtalade döms för hets mot folkgrupp enligt 16 kap. 8 § BrB av Högsta domstolen.

9 Diskussion

I diskussionskapitlet kommer vi att diskutera kring de tankar och funderingar som uppkommit under uppsatsens byggnad gällande uppenbarhetskravets vara eller inte vara. Vi ger läsaren våra argument av uppenbarhetsrekvisitets för- och nackdelar. Därefter ger vi vår syn på utvecklingen i svensk lagprövning.

9.1 Utökad lagprövningsrätt eller inte?

Den fråga som vi funnit mest diskuterad i debatten gällande norm- och lagprövningen är den som behandlar uppenbarhetsrekvisitets vara eller inte vara.

Vi redovisar först för de argument som vi anser kan anföras för uppenbarhetskravets fortskridande.

Ifall en rättsregel är i konflikt med en grundlag, är många gånger väldigt svårbedömt. I ett demokratiskt och parlamentariskt styrelseskikt är det bättre att låta riksdagen avgöra beträffande konflikten, än att istället överlåta den rätten till domstolen. Här menar vi att motiveringen till detta kan härledas till att värderingar som inte stadfästs demokratiskt inte bör styra vad som rättsligt ska gälla i ett land. Detta innebär i praktiken att makt inte ska tilldelas åt domare och deras värderingar i allt för stor omfattning.

Rekvisiten för uppenbarhet i 11 kap. 14 § RF är i synnerhet problematiskt utifrån demokratiskt synpunkt när lagprövningen avser innebörden av allmänt hållna rättsnormer som ger stort utrymme för värderingar vid tolkningen. Regeringsformen innehåller i stora delar ett sådant förfarande, vilket medför att det är logiskt att det finnes ett uppenbarhetskrav gällande våra rättsreglers samstämmighet med grundlagarna.

Utan uppenbarhetsrekvisiten blir det även svårare att finna sakliga tolkningslösningar. I svensk gällande rätt kan rättsregler som är på gränsen till grundlagsstridiga tolkas på ett sätt som gör att de inte kommer i konflikt med grundlagen, utan uppenbarhetsrekvisiten skulle de bokstavliga konflikterna blir fler och lagen måste åsidosättas oftare, vilket inte sällan ställer till med oreda.

Dessa argument är mot uppenbarhetskravet:

Det är ett flertal personer inom den rättsvetenskapliga diskursen som anser att det inte är riktigt att en lag som faktiskt strider mot grundlagen kan tillämpas bara för att konflikten inte anses "uppenbar". Skyddet för grundlagen kan genom uppenbarhetskravet i praktiken tunnas ut till att i det närmaste inte betyda någonting.

Vi anser att en domare har som tradition att praktisera rättsregler utan att blanda in sina egna åsikter. En domare som, genom lång erfarenhet i yrket, ska kunna pröva en rättsregels grundlagsenlighet med tillämpning av etablerade rättskällor, detta utan att det inkräktar på politikernas bestämmanderätt. Det kan även påstås att förevarande verksamhet ej avviker speciellt mycket ifrån verksamheten att i andra sammanhang tolka de rättsregler och är gällande.

Framför allt anser vi att ifall en rättsregel står i konflikt med EG-rätten ska den sättas åtsidan, med andra ord ska det inte fordras att konflikten är uppenbar. Vi menar att den allmänna bild som då målas fram visar på att det då inte heller borde krävas att en lags konflikt med svensk grundlag är uppenbar.

Med detta vill vi påstå att de demokratiska aspekterna på normprövning är de faktorer som ska ses som förhärskande. Vi anser med detta att det inte ska anses som något problem att överlåta åt domstolarna att tolka

regler som är så designande att domarens egna värderingar i princip faller utanför tolkningsverksamheten. Men vad det gäller regler och programstadganden, som ofta är svåra att omsätta i praktiken på enskilda fall, är det annorlunda, men det ska inte behandlas i denna diskussion.

Hur går man tillväga när man ska tillämpa en rättsregel, som i stort sett alla ser som grundlagstridig, men där det ändå finns utrymme för reservation för att uppenbarhetsrekvisiten inte är uppfyllda?

Här anser vi att grundlagskyddet blir relativt svagt om regering och riksdag väljer att ta sig för stora friheter i förhållande till grundlagen. Uppenbarhetskravet ger här vid handen att det medverkar till en försvagning av rättsskyddet, speciellt för den enskilde, genom att ge domaren möjlighet att – tolka – vad som ska anses som uppenbart i konfliktfrågan. Här har förarbeten och direktiv getts till domarkåren att i den mån det är möjligt undvika att använda lagprövning. Enligt vår uppfattning är följden av uppenbarhetsrekvisitet förvisso oönskad, men ändå så beskaffad att rekvisitet kan godtas mot bakgrund av de skäl som vi räknat upp ovan. Här anser vi att svensk rätt förlitar sig, väl mycket, på att motkrafterna till en uttunnad grundlag normalt är tillräckligt starka. Motkrafterna, i form av framför allt en öppen politisk debatt, Lagrådets auktoritet och regeringens och riksdagens önskan att hålla sig inom grundlagens rāmärken och ovilja att gå emot tydliga lagrådsuttalanden är enligt oss ett önsketänkande.

Ännu ett argument för att plocka bort uppenbarhetsrekvisitet består av motiveringen att en stor del av domarnas arbete består av lagtolkning. Vi menar att det är uppenbart att politikerna måste överlämna ansvaret för preciseringen av lagarnas innehåll till domarna när det är ogörligt att dra tydliga gränser i själva konstitutionen. När lagstiftaren lämnar över, genom en regel såsom lagprövning, åt domaren att avgöra om en

rättsregel stämmer med en rättsregel av högre valör, är det en delegation av i princip samma slag.

Vi anser dock att det finns en bestämd skillnad vid lagprövningsverksamhet, och som gör den till viss del känslig för domaren. Det innebär att den skiljer sig från sedvanlig lagtolkning genom att den inbegriper ifrågasättandet av en rättsregel som lagstiftaren har funnit vara godtagbar. När en domare gör et underkännande av en rättsregel innebär det att domaren sätter sig mot lagstiftaren och gör en olik bedömning i sakfrågan, detta är speciellt för en domare då denne normalt är fullt solidarisk med lagstiftaren.

Men det avgörande argumentet som vi funnit hållbart mot uppenbarhetsrekvisitet måste ändå vara att det är egendomligt att en svensk rättsregel ska förpassas åt sidan så fort den strider det minsta mot EG-rätten, under förutsättning att den inte kan tolkas EG-rättsöverensstämmande, men upprätthålls fastän den med stor sannolikhet står i konflikt med svensk grundlag, hur kan vi ha det så!!?

Vi är väl medvetna om att Sverige har förpliktelse i förhållande till EU och dess medlemsländer att följa EG-rätten som vi skrivit under på, och att vi genom svensk rätt däremot inte har någon "förpliktelse" gentemot någon annan än oss själva, och därför kan bestämma själva hur denna förpliktelse ska se ut och utformas och när det kan ifrågasättas om lagstiftaren brutit mot den. Ändock ser vi här att Sverige stampar på en gammal stig som behöver förnyas, detta då vi kan se en utveckling, genom EG-rättens inkorporering, som tvingat svensk rätt att använda normprövning på under nya förhållanden.

9.2 Praxis

Målet mot Åke Green gällde åtal för hets mot folkgrupp bestående i att Green i en predikan hade uttryckt sig starkt negativt om homosexualitet. I sin frikännande dom tolkade Högsta domstolen bestämmelsen i 16 kap. 8 § BrB om hets mot folkgrupp i ljuset av Europakonventionen. HD kom fram till att begreppet "missaktning" då måste förstås lite annorlunda än den svenske lagstiftaren hade tänkt sig när bestämmelsen tillkom. Vid en tolkning i enlighet med lagstiftarens vilja skulle Åke Green ha fällts, men enligt Högsta domstolen skulle detta sannolikt innebära ett brott mot Europakonventionen. Vid sin tolkning av den svenska bestämmelsen släppte domstolen därför den normalt hårda förankringen till förarbetena och tolkade om bestämmelsen med hänsyn tagen till konventionen. Därmed kunde Åke Green frikännas trots att han egentligen utan större tvekan fick anses ha uttryckt missaktning för homosexuella.

Skulle vi anta att man kommit fram till att glappet mellan den svenska bestämmelsen och Europadomstolens krav var så stort att det inte gick att överbrygga genom en konventionskonform tolkning. Hur skulle man då ha gjort? Vi är ju bundna av Europakonventionen, och denna gäller som svensk lag vid sidan av andra svenska lagar. Jo, då hade det funnits två alternativ. Den ena hade varit att åsidosätta den svenska bestämmelsen enligt 11 kap. 14 § RF med hänvisning till 2 kap. 23 § RF. Men det förutsätter att uppenbarhetsrekvisitet är uppfyllt, vilket det knappast hade kunnat anses vara. Det andra och i praktiken enda möjliga alternativet hade då varit att i vedertagen ordning hantera den lagkonflikt som hade uppkommit. Då hade man fått tillämpa någon av de principer som finns för sådana fall, t.ex. principen om *lex posterior* eller den om *lex specialis*¹¹⁷.

¹¹⁷ Se kapitlet regelverk s. 23

I en situation som den angivna får man anta att en domstol skulle välja att följa den svenska lagbestämmelsen enligt principen om *lex specialis*¹¹⁸. Det innebär att vi skulle bryta mot våra förpliktelser enligt konventionen, sannolikt med skadeståndsskyldighet för staten som följd. Det kan hävdas att det i ett sådant fall vore bättre om domstolen kunde välja att åsidosätta den nationella svenska bestämmelsen till förmån för konventionen utan hinder av uppenbarhetsrequisitet i 11 kap. 14 § RF. Kravet på uppenbart fel skulle då behöva slopas för konflikter med Europakonventionen. Och detta skulle i sin tur kunna anses tala för att uppenbarhetsrequisitet slopades även för andra lagprövningsfall.

9.3 Sammanfattning

Vi anser att ifall man ser grundlagen som ett yttersta uttryck för folkviljan finns inte några hinder mot att ändra i grundlagen i vilken riktning man vill avseende lagprövningsrätten. De konstitutionella reglerna binder inte majoritetsstyrelsen i detta avseende. På så sätt finns inte någon konflikt mellan lagprövningsrätten och folksuveränitetsprincipen. En utökad lagprövningsrätt, som leder till en politisk maktförskjutning till organ som är fristående från riksdagen i sådan utsträckning att det är fråga om flera maktcentra, skulle emellertid sätta principen om parlamentarism ur spel. Parlamentet är i sådana fall inte längre det enda ledande statsorganet. Detta skulle kräva en förändring i första kapitlet regeringsformen. Förarbetena till nuvarande regel ger också intryck av att en lagprövningsrätt, som inte sker undantagsvis, betraktas som oförenlig med folksuveränitetsprincipen genom risken att domstolarnas makt att överpröva lagstiftning skulle begränsa riksdagens makt och därmed begränsa folkviljan. En strikt syn på kravet på återhållsamhet, som förutsättning för att lagprövningsrätten ska vara förenlig med

¹¹⁸ Jfr bet. 1993/94:KU24 s. 17f

folksuveränitetsprincipen, skulle därför innebära att förändringar i första kapitlet regeringsformen måste ske för att lagprövningsrätten ska kunna utökas. Det är emellertid mycket svårt att dra några slutsatser ifråga om i vilken grad en politisk maktförskjutning verkligen kommer att ske och i hur stor omfattning domstolar kommer att få en ökad betydelse genom ett avskaffat uppenbarhetsrekvisit. Detta gör, enligt vår mening, att det inte är tydligt att vare sig folksuveränitetens eller parlamentarismens principer träds för när genom en förstärkt lagprövningsrätt. Mot bakgrund av att det är möjligt att domstolarna får en ökad betydelse är det dock önskvärt att klargöra deras förhållande till lagstiftningsmakten.

Ser man till rapporten – olika former av normkontroll – och beskrivningen av effekter till följd av en utökad lagprövning förefaller de inte i första hand handla om en utökad lagprövning i betydelsen en ökad tillämpning av lagprövningsrätten. Av de effekter som nämns i rapporten är det den preventiva effekten av en ändring samt ett ökat genomslag för fri- och rättigheter (både de i regeringsformen och i Europakonventionen) som förväntningar och goda argument till att uppenbarhetskravet bör tas bort. De eftersträvar en förbättrad lagstiftningskvalitet och att stärka fri och rättighetsskyddet. Den förväntade enhetligheten i systemet är dock, enligt vår uppfattning, inte något starkt argument – i synnerhet inte ensamt – att förändra lagprövningsrätten då det inte förefaller medföra någon praktisk betydelse. Mot bakgrund av de tveksamheter som råder ifråga om det blir någon större skillnad i praxis jämfört med idag, kan det frågas om det finns en poäng med att utöka lagprövningsrätten. Fri- och rättigheternas förväntade ökning i genomslag motsägs av uttalandena om att skillnaden i antal åsidosättanden av lagar förmodligen inte blir så stor. Av ovanstående diskussion kvarstår de eventuella preventiva effekterna som

◀ DISKUSSION ▶

det starkaste skälet för en utökad lagprövningsrätt. I övrigt anser vi inte att det blir några större skillnader jämfört med de som gäller idag.

10 Slutsats

På frågan om Sverige kommer att behålla uppenbarhetskravet i 11 kap. 14 § RF menar vi att det högst sannolikt kommer att kvarstå under överskådlig framtid. Detta antagande grundar vi på att Sverige idag har folkstyre och att regleringen som behandlar uppenbarhetsrekvisitet är demokratiskt gångbar. Att ge domarna större makt genom utökad lagprövning skulle inverka på hur lagstiftningen hanteras, vilket resulterar i ett ingrepp på folkstyret, enligt folksuveränitetsprincipen. Vi anser att Sverige inte är moget att ta steget till att utöka lagprövningsrätten då det med största sannolikhet skulle innebära att vi får ett starkare grundlagsstöd och att detta i sin tur skulle leda till att den enskildes rättigheter skulle befästas. Vi uppfattar en tendens till att regering och riksdag inte anser att vi är redo för ett sådant ansvarstagande som ett utökat rättsskydd för den enskilde skulle innebära.

På frågan hur maktdelningen påverkas i Sverige ifall uppenbarhetsrekvisitet tas bort anser vi att det skulle leda till en effektivare lagprövning där tidsramen för genomförandet reduceras och att en viss del av makten övergår till rättsväsendet. Detta anser vi skulle innebära en förbättring då tolkningar om vad som ska vara uppenbart eller inte utesluts, utan att det antingen är en konflikt eller inte. Regeringen skulle dessutom få svårare att "driva igenom" felaktiga lagförslag därför att de är brådskande. Maktdelningen skulle enligt oss innebära ett rättssäkrare samhälle där den judiciella makten skulle kunna utövas utan att regering och riksdag kan påverka det för rättsväsendet viktiga förfarandesättet.

Källförteckning

Förarbeten m.m.

Bet. 1993/94:KU21

Bet. 2000/01:KU11

SOU 1978:34 Förstärkt skydd för fri- och rättigheter

SOU 1987:6 Folkstyrelsekommittén

SOU 1993:14 Grundlagsutredningen

SOU 1993:40 Fri- och rättighetskommittén

SOU 1999:58 Löser juridiken demokratins problem

SOU 1999:76 Maktdelning

SOU 2000:1 Demokratiutredningen

SOU 2007:85 Olika former av normkontroll

Propositioner

Prop. 1975/76:209

Prop. 1978/79:195

Prop. 1993/94:117

Prop. 2001/02:59

EG-rätt

Artikel 164 EG

Artikel 210 EG

Artikel 173 EG

Artikel 215 EG

Artikel 202 EG

Artikel 222 EG

Artikel 203 EG

Artikel 234 EG

Artikel 204 EG

Artikel 7 EGF

Artikel 205 EG

Artikel 220 EGF

Artikel 206 EG

Artikel 253 EGF

Artikel 207 EG

Artikel 5 EUF

Artikel 208 EG

Artikel 6 EUF

Artikel 209 EG

Övriga citerade lagförarbeten m.m.

KU 1978/79

RÅ 1980 2:69

Övrig citerad litteratur

Artiklar

Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders (2002) *Europarättens grunder*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2 uppl.

Litteratur

Algotsson, Karl-Göran (2000) *Sveriges författning efter EU-anslutningen*, första uppl, SNS Förlag

Hette, J & Eriksson I O (2005) *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, Stockholm: Norstedts Juridik AB

Nergelius, Joakim (2006) *Rättsfilosofi – samhälle och moral genom tiderna*, Lund: Studentlitteratur

Nergelius, Joakim (2006) *Svensk statsrätt*, Lund: Studentlitteratur AB

Nergelius, Joakim (2000) *Förvaltningsprocess, normprövning och Europarätt*, Norstedts: Institutet för rättsvetenskaplig forskning

Nergelius, Joakim (1996) *Konstitutionellt rättighetsskydd*, Stockholm: Norstedts Juridik AB

Sandgren, Claes (2007) *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare – Ämne, material, metod och argumentation*, (uppl. 2:1) Stockholm: Norstedts Juridik AB

Peczenik, Aleksander (1995), *Juridikens teori och metod*, Lund: Studentlitteratur

Peczenik, Aleksander (2005) *Juridikens allmänna läror*, Lund: Studentlitteratur

Warnling-Nerep, Reichel Jane, Roca Veloz (2007) *Statsrättens grunder*, 2 uppl, Norstedts Juridik AB, Vällingby,.

Rättsfallsregister

Nytt Juridisk Arkiv

NJA 1971:19:1 II s. 775

NJA 2005 s. 764

NJA 2005 s. 805

NJA 2006 s. 467

Internetkällor

http://europa.eu.int/institutions/index_en.htm

(hämtat 2008-12-12)

http://europa.eu.int/institutions/council/index_sv.htm

(hämtat 2008-12-12)

<http://europa.eu.int/eurlex/>

(hämtat 2008-12-14)