



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Annie Borgström

Konstitutionellt
rättighetsskydd
Behovet av förändring

Examensarbete
30 poäng

Handledare:
Professor Bengt Lundell

Ämnesområde:
Stats- och processrätt

VT 2009

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRKORTNINGAR	5
1 INLEDNING	7
1.1 Bakgrund, syfte och frågeställning	7
1.2 Avgränsningar och förtydliganden	8
1.3 Metod och material	8
1.4 Disposition	9
2 KONSTITUTIONELLT RÄTTIGHETSSKYDD I SVERIGE	10
2.1 Inledning	10
2.2 Konstitutionella rättigheter	10
2.3 Lagrådet	11
2.3.1 Historisk tillbakablick	11
2.3.2 Lagrådets funktion och organisation idag	12
2.4 Lagprövningsrätten	15
2.4.1 Lagprövningens utveckling	15
2.4.2 Lagprövning idag	17
2.5 Skydd mot rättighetsbegränsande normgivning	20
2.5.1 Materiella och formella begränsningskrav	20
2.5.2 Minoritetsskyddsregeln	20
2.5.3 Grundlagsändring	22
2.6 Avslutande kommentar	22
3 DEBATTEN KRING DET KONSTITUTIONELLA RÄTTIGHETSSKYDDET - BRISTER I SYSTEMET	25
3.1 Inledning	25
3.2 Lagprövningsrätten	25
3.2.1 Inledning	25
3.2.2 Närmare om uppenbarhetsrekvisitet	28
3.2.2.1 Vad utgör ett "uppenbart fel"?	29
3.2.2.2 Är uppenbarhetsrekvisitet förenligt med Europakonventionen - konventionsenlig tolkning snarare än lagprövning?	30

3.2.3	Återhållsamhet vid tillämpningen av RF 11:14 – Praxis	32
3.3	Lagrådets roll och funktion	33
3.3.1	Möjligheter och begränsningar	33
3.3.2	Borde Lagrådet ha en vetorätt?	35
3.4	Frågan om en författningsdomstol	36
4	ETT FÖRSTÄRKT KONSTITUTIONELLT RÄTTIGHETSSKYDD – NY REGLERING PÅ OMRÅDET FÖRESLÅS	39
4.1	Inledning	39
4.2	Expertgruppen	40
4.2.1	Inledning	40
4.2.2	Minimalalternativet	40
4.2.3	Mellanalternativet	40
4.2.4	Maximalalternativet	41
4.3	Grundlagsutredningens förslag	42
4.3.1	Inledning	42
4.3.2	Principiella utgångspunkter	42
4.3.3	Föreslagna förändringar	43
4.4	Sammanfattande kommentar	44
5	AVSLUTANDE REFLEKTIONER	46
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	52
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	55

Summary

The constitutional protection of rights can be defined as the rules and other instruments established to protect the human and civil rights found in the constitution. In Sweden's case these are set up in the Instrument of Government. The instruments of greatest importance to the constitutional protection of rights consist of the judicial preview conducted by the Swedish Legal Council on Legislation (Lagrådet) that controls legal proposals before they are voted on in Parliament, the judicial review, (normprövningsrätten) in the Swedish courts and official bodies, found in Regeringsformen 11:14, according to which they have the possibility to declare a law unconstitutional and as a result thereof, a duty not to apply it in a certain case and lastly, the rule set up in Regeringsformen 2:12 that limits the possibility to bring into force a law which restricts the constitutional human and civil rights. The purpose of this thesis is to examine the constitutional protection of said rights, to uncover potential flaws and to explore in what way the rules could be better safeguarded.

The judicial preview of law proposals has a strong position in the Swedish judicial tradition. Rules regarding judicial preview were previously found in the constitution of 1772. This task was in 1809 assigned the Swedish supreme court and was later, in 1909, handed over to the newly instated Legal Council on Legislation. There has been some turbulence regarding the existence of the Legal Council but that has never resulted in any greater changes concerning its continuation. The judicial review of laws is on the other hand a relatively new phenomenon in Swedish judicial tradition. The right for courts to review laws was introduced in the constitution first in 1980, albeit this had been a somewhat accepted activity even before judicial preview was legislated. The existence of judicial review in Sweden is by some harshly criticized, mainly in reference to constitutional ideals of popular sovereignty and parliamentary supremacy, according to which political power never can be assigned non-political bodies. Those in favor of judicial review criticize the fact that the courts freedom to deem a law unconstitutional is severely reduced by the demand that the unconstitutionally found, according to Regeringsformen 11:14, must be "obvious". The judicial review has therefore been, and is still, an insignificant part of the constitutional protection of rights.

In 2004 a committee, Grundlagsutredningen, was commissioned to review Regeringsformen and to, among other things, examine the judicial review in Regeringsformen 11:14 and the potential need for a Swedish constitutional court. The effort resulted in several proposals, but none containing vast changes. The biggest adjustment regards the removal of the demand for "obvious" unconstitutionality in Regeringsformen 11:14.

The question whether or not Sweden should instate a constitutional court has been raised on several occasions but has never really been answered.

The proposal is met by the argument that such an order would not correspond well with the Swedish judicial tradition. Grundlagsutredningen made the same comment without further discussing the question.

My conclusion is that the Swedish constitutional protection of human and civil right contains flaws that need to be addressed. Whether the proposals made by the committee can solve these problems or not are still difficult to answer, that is something only time can tell. A positive is that there now seems to exist a broader and more open discussion concerning the constitutional protection of human and civil rights in Sweden.

Sammanfattning

Med konstitutionellt rättighetsskydd avses de regler och andra instrument som skapats för att skydda de konstitutionella rättigheter som ett lands författning tillförsäkrar dess medborgare, d.v.s. de grundläggande fri- och rättigheterna. I Sverige återfinns de konstitutionella rättigheterna i regeringsformen. De viktigaste instrumenten för konstitutionellt rättighetsskydd utgörs idag av Lagrådets granskning av lagförslag, domstolarnas lagprövningsrätt enligt RF 11:14 som innebär att då domstol eller annat offentligt organ i sin rättstillämpande verksamhet finner att föreskrift står i strid med grundlag eller annan överordnad författning eller stadgad ordning, föreskriften inte får tillämpas, samt av den s.k. minoritetsskyddsregeln i RF 2:12 st. 3. Syftet med den här uppsatsen är att kritiskt granska det konstitutionella rättighetsskyddet för att påvisa eventuella brister samt att undersöka hur man kan uppnå ett förstärkt rättighetsskydd.

Förhandsgranskningen av lagförslag har en lång och gedigen historia i svensk rättstradition. Dagens lagrådsgranskning har nämligen sitt ursprung redan i 1772 års Regeringsform. 1809 tillerkändes HD en särskild laggranskningsuppgift som 1909 överfördes till det nyinrättade Lagrådet. Lagrådets vara eller icke vara ifrågasattes under början av 1900-talet men behölls genom kompromissen att lagrådsgranskningen i fortsättningen skulle vara fakultativ. Lagrådets granskningsverksamhet har idag en stark ställning i svensk normgivningstradition, med mindre att viss kritik framförs rörande Lagrådets möjligheter och begränsningar. Normprövningsrätten är däremot en nyare företeelse som inte lagstodgades förrän 1980 i RF 11:14. Likväl hade domstolarna även innan lagstadgandet ansetts ha en viss normprövningsrätt. Den kritik som framförts mot en utökad rätt för domstolar att normpröva har framförallt bestått i konstaterandet att principerna om parlamentarism och folksuveränitet inte medger att politisk makt överförs till icke-politiska organ. Vidare har ofta anförts att riksdagen är den främste lagstiftaren och att det därför är naturligt att riksdagen är den instans som är bäst ägnad att pröva om en viss föreskrift står i överensstämmelse med överordnad norm. Förespråkarna för normprövningsrätten har även de invändningar, dessa hänför sig emellertid till den begränsning som uppställs i RF 11:14 – det s.k. uppenbarhetsrekvisitet – som innebär att tillämpning av lag eller förordning får underlåtas, endast då felet är uppenbart. Det förhållandet att det i praxis och i förarbeten i princip helt saknas vägledning för hur rekvisitet skall tolkas innebär att, då normprövning verkligen företas, detta sällan leder till åsidosättande av prövad norm. Till detta kommer att den dominerande uppfattningen varit att lagprövningsrätten skall utövas restriktivt.

År 2004 tillkallades Grundlagsutredningen med uppgift att göra en samlad översyn av regeringsformen. Några av Grundlagsutredningens uppgifter var att utreda frågor om lagprövning och om det finns ett behov av en

författningsdomstol. Utredningens arbete resulterade i slutet av 2008 i en rad olika förslag, bl.a. att uppenbarhetsrequisitet slopas. Många hade emellertid nog förväntat sig mer av utredningen

Tanken om inrättandet av en svensk författningsdomstol är inte ny. Frågan har tagits upp vid ett flertal tillfällen i olika fri- och rättighetsutredningar men aldrig utmynnat i någon riktig diskussion kring möjligheterna att inrätta en sådan. Oftast hänvisas till att en sådan ordning skulle vara helt oförenlig med svensk rättstradition. Även Grundlagsutredningen framförde detta argument utan att närmare kommentera möjligheterna och hindren.

Slutsatsen är att det konstitutionella rättighetsskyddet, så som det är utformat idag, innehåller oacceptabla brister och att en förstärkning av skyddet måste företas. Frågan om de ändringar Grundlagsutredningen föreslagit kan råda bot på problemen kan man i dagsläget svårligen besvara men positivt är att det förekommer en mer utbredd och öppen diskussion angående skyddet för de konstitutionella rättigheterna.

Förkortningar

Art.	Artikel
Bet.	Betänkande
Bil.	Bilaga
BrB	Brottsbalk (1962:700)
Dir.	Direktiv
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
FT	Förvaltningsrättslig Tidsskrift
FRA	Försvarets radioanstalt
GLU	Grundlagsutredningen
GRF	Gamla Regeringsformen, 1809 års Regeringsform
HD	Högsta Domstolen
HovR	Hovrätten
IPRED	International Property Rights Enforcement Directive
JO	Justitieombudsmannen
JT	Juridisk Tidsskrift
KU	Konstitutionsutskottet
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Prop.	Proposition
ref.	Referat
RegR	Regeringsrätten
RF	Regeringsform (1974:152)

RO	Riksdagsordning (1974:153)
RSU	Rättighetskyddsutredningen
RÅ	Regeringsrättens årsbok
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk juristtidning

1 Inledning

”Nobody has a more sacred obligation to obey the law than those who make the law”

Sofokles

”Every citizen of the republic ought to consider himself an unofficial policeman, and keep unsalaried watch and ward over the laws and their execution”

Mark Twain

1.1 Bakgrund, syfte och frågeställning

Mycket har förändrats sedan regeringsformen som reglerar de grundläggande fri- och rättigheterna och skyddet för dem antogs. Vi går mot en tid av ökad globalisering, sedan Sveriges inträde i EU har samarbetet över gränserna ökat dramatiskt. Harmonisering av lagar inom den europeiska unionen leder till att vissa kompromisser måste göras. Man tar även intryck av regleringen i andra icke-EU länder. Lagar stiftas som kanske känns främmande för den svenska rättstraditionen, inte minst i frågan om anti-terror lagar och lagar med syfte att stävja immaterialrättsliga intrång.

Ett ökat informationsflöde i samband med en snabb teknikutveckling har ökat hotet för integritetskränkande brott och åtgärder, men även för normer som kan inkräkta på och begränsa de grundläggande fri- och rättigheterna. Frågan om tillåtligheten av integritetskränkande åtgärder har aktualiserats i och med verkningarna av IPRED och de intrång som medges med stöd av FRA-lagen.¹ Diskussionen om det konstitutionella rättighetsskyddet är därför mer aktuell än någonsin. Politikerna har i uppgift att skydda landet och dess medborgare men sker detta ibland på bekostnad av skyddet för våra grundläggande fri- och rättigheter? Genom att granska det konstitutionella rättighetsskyddet och debatten kring det, undersöks hur starkt rättighetsskyddet egentligen är utformat.

I december 2008 presenterade Grundlagsutredningen sitt förslag till förändrad normkontroll. Detta innehåller en del förändringar i det konstitutionella skyddet men många hade nog hoppats på mer. En livlig diskussion i media och juridisk doktrin om det konstitutionella rättighetsskyddet föregick denna utredning och dess förslag. Inte minst frågan om det s.k. uppenbarhetsrekvisitet väcktes åter till liv. Här framkommer tydligt att det i Sverige finns två läger. De som vill förändra och förstärka skyddet och de som menar att en förändring är opåkallad och t.o.m. kan medföra en försvagning av dagens styrelseskick och principen om folksuveränitet och parlamentarism.

¹ Lagen (2008:717) om signalspaning i försvarsunderrättelseverksamhet

Syftet med den här uppsatsen är att kartlägga hur det konstitutionella rättighetsskyddet är uppbyggt i Sverige. Vidare undersöks om det finns några brister i skyddet och om det följaktligen finns ett behov av förstärkt rättighetsskydd och hur detta förstärkta skydd skulle kunna gestaltas.

Frågeställningen lyder; Har vi i Sverige ett tillräckligt starkt skydd för de konstitutionella rättigheterna, och om inte, hur skulle det konstitutionella rättighetsskyddet kunna förstärkas?

1.2 Avgränsningar och förtydliganden

På grund av uppsatsens begränsade omfattning har jag valt att koncentrera min presentation av de rättighetsskyddande instrumenten till de som ansetts viktigast nämligen; Lagrådets förhandskontroll av lagförslag, lagprövningsrätten enligt RF 11:14 samt minoritetsskyddsregeln i RF 2:12 st. 3, ett par andra instrument behandlas därför endast översiktligt. Framställningen är på inget sätt fullständigt utan syftar i stället till att ge en översikt över det konstitutionella rättighetsskyddet i Sverige. Under kapitel 3.2.3 presenteras en kort översikt över praxis angående RF 11:14, denna innehåller endast ett fåtal fall och skall inte förstås som en uttömmande uppräkningslista.

Viktigt att nämna är att denna uppsats endast behandlar skyddet av de konstitutionella rättigheterna, d.v.s. de regler och institut som skall säkerställa att de grundläggande fri- och rättigheterna inte begränsas eller ändras på ett oacceptabelt sätt. De bestämmelser och institut som rör skyddet för de enskilda gentemot det allmänna då man anser att ens konstitutionella rättigheter kränkts berörs därför endast kort under kapitel 2.

När i framställningen begreppet rättighetskontroll eller rättighetsskydd används är det kontrollen av eller skyddet för de konstitutionella rättigheterna som avses. Begreppet normprövning, som är ett vidare begrepp än lagprövning, tar sikte på förhållandet mellan normer på fler nivåer än mellan just lagar. Då det i doktrinen saknas ett kongruent begrepp används båda synonymt med varandra i den fortsatta framställningen. På samma sätt används begreppet norm eller föreskrift som en övergripande beteckning av rättsregler på olika nivåer. Begreppet lag eller förordning används då det är just dessa som avses.

1.3 Metod och material

I uppsatsen tillämpas en rättsdogmatisk metod vilket innebär att jag har använt mig av lagar, förarbeten, praxis och juridisk doktrin för att klargöra rättsläget

Artiklar och förarbeten har varit den huvudsakliga källan då jag presenterat den aktuella debatten kring det konstitutionella rättighetsskyddet. Frågan om en svensk författningsdomstol är sparsamt behandlad i den juridiska doktrinen och här har jag främst fått vägledning av förarbeten och debattartiklar.

1.4 Disposition

Framställningen inleds med ett deskriptivt kapitel där de konstitutionella rättigheterna och skyddet för dem presenteras närmare. Här behandlas rättighetskatalogen i 2 kap. RF, lagprövningsrätten, Lagrådets roll och funktion samt ett antal andra instrument för rättighetskontroll. I följande kapitel presenteras en diskussion kring rättighetsskyddet och den debatt som förekommit i frågan. Här skildras bland annat problematiken kring uppenbarhetsrequisitet i RF 11:14 och bristen på en stark för- och efterhandskontroll av lagar och förordningar. Kapitel 4 behandlar det aktuella reformarbetet kring det konstitutionella rättighetsskyddet. Här står Grundlagsutredningens arbete, som presenterades i slutet av 2008, i fokus. Syftet med att granska Grundlagsutredningens arbete och förslag i ett separat kapitel är att vinna förståelse för hur diskussionen ser ut i reformarbetet, fristående från den allmänna debatten. Jag ville se hur de som medverkar till normgivningen ser på det konstitutionella rättighetsskyddet och hur de anser att det bör vara uppbyggt. Vad menar man behöver förbättras och hur? Slutligen, i kapitel 5, avrundas arbetet med en sammanfattande diskussion där egna reflektioner framförs.

2 Konstitutionellt rättighetsskydd i Sverige

2.1 Inledning

Inledningsvis är det på sin plats att klargöra vad som menas med konstitutionellt rättighetsskydd. Härmed avses de regler och andra instrument som skapats för att skydda de konstitutionella rättigheter som ett lands författning tillförsäkrar dess medborgare, d.v.s. de grundläggande fri- och rättigheterna. I Sveriges författning återfinns dessa fri- och rättigheter samt skyddet för dem i Regeringsformen.

Nedan presenteras de konstitutionella rättigheterna samt en rad olika instrument för konstitutionellt rättighetsskydd i Sverige. De tre viktigaste instrumenten utgörs emellertid av Lagrådets kontroll av lagförslag, domstolarnas normprövningsrätt enligt RF 11:14 samt minoritetsskyddsregeln i RF 2:12 st. 3.

2.2 Konstitutionella rättigheter

Inför tillkomsten 1974 års RF sågs det som viktigt att införa en mer fullständig reglering av de grundläggande fri- och rättigheterna. Denna fråga blev emellertid en av de mest omtvistade i riksdagen inför antagandet av nya RF. Genom en kompromiss åstadkom man en grundlagsreglering, som visserligen var betydligt fullständigare än regleringen i GRF men som hade vissa brister, bl.a. kunde rättigheterna begränsas genom lag utan några materiella begränsningskrav. 1979 infördes emellertid grundlagsregler om särskilt beslutsförfarande vid rättighetsbegränsande lagstiftning samtidigt som lagprövningsrätten grundlagsfästes och nya regler om lagrådsgranskningen och regler om förfarandet vid grundlagsstiftning infördes. Rättighetskatalogen över de grundläggande fri- och rättigheterna återfinns i 2 kap. RF. Reglerna ger de enskilda ett visst skydd gentemot det allmänna men gäller i stort sett inte gentemot andra enskilda.²

Rättighetskatalogen är indelad i två typer av rättigheter; de *relativa*, som kan begränsas genom lag, och de *absoluta*, som i princip är omöjliga att begränsa. Vilka de relativa rättigheterna är framgår av RF 2:12 st.1 och därigenom även, e contrario, vilka de absoluta rättigheterna är. RF reglerar emellertid inte främst de grundläggande fri- och rättigheterna som sådana utan snarare möjligheterna att begränsa dem. Peczenic har, något tillspetsat, sammanfattat läget såhär: rättigheterna finns inskrivna i grundlagen men lagstiftaren har sett till att rättighetskatalogen inte kan användas för att angripa den svenska lagstiftningen.³

² Strömberg/Lundell, *Sveriges Författning* (2007), s. 85 f.

³ Berggren/Karlsson/Nergelius, *Makt utan motvikt* (1999), s. 111 f.

1994 införlivades EKMR i svensk rätt.⁴ Syftet var att skapa ett starkare rättighetsskydd så att den enskilde medborgaren gentemot svenska myndigheter skall kunna åberopa både RF:s och EKMR:s regler. RF 2:23 stadgar dessutom att lag eller annan föreskrift ej får meddelas i strid med EKMR.⁵

2.3 Lagrådet

2.3.1 Historisk tillbakablick

Dagens lagrådsgranskning har sitt ursprung i den rågivning åt Konungen som förr utövades av Riksrådet. 1772 års Regeringsform föreskrev nämligen att Konungen i samband med att han tog ställning till lagförslag skulle inhämta Riksrådets mening. Riksrådet upplöstes 1789 och den nyinrättade Högsta Domstolen tog över Riksrådets rättsskipande uppgifter. Att avge yttrande över lagförslag ingick emellertid inte i HD:s uppgifter. Icke desto mindre förekom det mellan 1789-1809 att HD någon gång yttrade sig i lagstiftningsärenden.⁶

I och med antagandet av regeringsformen 1809 fick HD en starkare ställning än tidigare. I GRF tillerkändes HD nämligen en särskild laggranskningsuppgift. Enligt denna skulle HD alltid höras i lagstiftningsärenden rörande allmän civillag, kriminallag samt kyrkolag, dock inte grundlag. Inledningsvis utövades laggranskningen med stor återhållsamhet, något som ändrades i viss mån vid mitten av 1800-talet.⁷ Laggranskningen blev med tiden en betydande del av domstolens arbetsbörda och i och med att måltillströmningen ökade blev HD överbelastad med laggranskningsuppgifter. Laggranskningen kom att ses som ett hinder för domstolen att syssla med sin egentliga uppgift, nämligen rättsskipningen.⁸ 1909 flyttades därför laggranskningen över till ett nyinrättat Lagråd. Lagrådets uppgift var att avge yttrande över de förslag till stiftande, upphävande, ändring eller förklaring av lagar eller författningar som regeringen överlämnat till det. Endast regeringen var behörig att inhämta Lagrådets yttrande. I GRF:s bestämmelser om lagrådsgranskning fanns ett obligatoriskt och ett fakultativt granskningsområde. Utanför det obligatoriska området föll bland annat grundlag, kommunallag och skatteförfattningar. Det obligatoriska granskningsområdet utvidgades dock successivt med tiden och detta ledde till att Lagrådets existens kom att ifrågasättas. Detta skedde för första gången på 1920-talet och de kritiska rösterna kom undantagslöst från socialdemokratiskt håll, lagrådsgranskningen ansågs fördröja lagstiftningsarbetet. Samtliga motioner gällande avskaffandet av Lagrådet avslogs dock av riksdagen.⁹

⁴ Lag 1994:1219

⁵ Nergelius, *Konstitutionellt rättighetsskydd* (1996), s. 547 f.

⁶ Schultz, *Om lagrådet som rättssäkerhetsgaranti* (1984), s. 5

⁷ Nergelius (1996), s. 621

⁸ Schultz (1984) s. 5

⁹ Nergelius (1996), s. 623 f.

Debatten rörande Lagrådets vara eller icke vara fortsatte. Den socialdemokratiska argumentationen kan sammanfattas som ett försvar av demokratins majoritetsstyre. Man ville förhindra att Lagrådet spelade rollen av en ny odemokratisk första kammare. Från borgerligt håll å andra sidan ville man framhäva den formella rättstatens värden och argumenterade att Lagrådet skulle verka för klar och tydlig lag och därigenom främja förutsägbarheten i rättsordningen. Under tiden efter andra världskriget följde debatten samma konstellation men från borgerligt håll efterfrågades nu en utvidgning av lagrådsgranskningen. En skillnad i jämförelse med mellankrigstiden var att det nu rådde enighet om att Lagrådets kompetens hänförde sig till juridikens och inte politikens område.

På grund av en ökad lagstiftningstakt blev Lagrådets arbetsbörda allt tyngre, något som man under 1960-talet sökte lösa genom att dela upp Lagrådet i olika avdelningar.¹⁰ 1969 föreslogs att den obligatoriska lagrådsgranskningen helt borde avskaffas och att regeringen i stället skulle få avgöra när Lagrådet borde höras. Förslaget om fakultativ lagrådsgranskning genomfördes, trots kritik från vissa remissinstanser, däribland RegR och HD och samtliga borgerliga partier. En grundlagsändring genomdrevs därmed mot en samlad opposition.¹¹ Justitieministern motiverade nyordningen med principiella argument om lagrådets roll i ett parlamentariskt system:

”Enligt min mening är det inte förenligt med en fullt konsekvent parlamentarism att tillförsäkra ett organ som saknar parlamentarisk förankring en ovillkorlig rätt att yttra sig i lagstiftningsärenden. Lagrådets verksamhet är otvivelaktigt ofta värdefull som ett led i arbetet på att få fram fullgoda lagstiftningsprodukter. Det bör dock ankomma på regeringen att ensam avgöra hur dess förslag lämpligen bör förberedas och utformas. Regeringen har ansvar inför riksdagen men enbart inför riksdagen. En övergång till ett fakultativt system över hela lagstiftningsfältet är därför enligt min mening ett från principiella synpunkter viktigt steg.”¹²

I 1974 års RF behölls ordningen med enbart fakultativ lagrådsgranskning. Som en nyhet infördes dock en rätt för riksdagsutskott att inhämta Lagrådets yttrande.¹³

2.3.2 Lagrådets funktion och organisation idag

Lagrådets uppgifter preciseras i RF 8:18, stadgandet har följande lydelse:

För att avge yttrande över lagförslag skall det finnas ett lagråd, där det ingår domare eller, vid behov, förutvarande domare i Högsta domstolen och Regeringsrätten. Yttrande från Lagrådet inhämtas av regeringen eller, enligt vad som närmare anges i riksdagsordningen, av riksdagsutskott.

Yttrande av Lagrådet bör inhämtas innan riksdagen beslutar grundlag om tryckfrihet eller om motsvarande frihet att yttra sig i ljudradio, television och vissa liknande överföringar

¹⁰ Algotsson, *Grundlagen inför 2000-talet* (2000), s. 37 f.

¹¹ Nergelius (1996), s. 623 f.

¹² Prop. 1970:24 s. 37 ff.

¹³ Schultz (1984), s. 8 f.

samt tekniska upptagningar, lag om begränsning av rätten att taga del av allmänna handlingar, lag som avses i 2 kap. 3 § andra stycket, 12 § första stycket, 17-19 §§ eller 22 § andra stycket eller lag som ändrar eller upphäver sådan lag, lag om kommunal beskattning, lag som avses i 2 eller 3 § eller lag som avses i 11 kap., om lagen är viktig för enskilda eller från allmän synpunkt. Vad nu har sagts gäller dock icke, om Lagrådets hörande skulle sakna betydelse på grund av frågans beskaffenhet eller skulle fördröja lagstiftningsfrågans behandling så att avsevärt men skulle uppkomma. Föreslår regeringen riksdagen att stifta lag i något av de ämnen som avses i första meningen och har Lagrådets yttrande dessförinnan inte inhämtats, skall regeringen samtidigt för riksdagen redovisa skälen härtill. Att Lagrådet icke har hörts över ett lagförslag utgör aldrig hinder mot lagens tillämpning.

Lagrådets granskning skall avse

1. hur lagförslag förhåller sig till grundlagarna och rättsordningen i övrigt,
2. hur lagförslagens föreskrifter förhåller sig till varandra,
3. hur förslaget förhåller sig till rättssäkerhetens krav,
4. om förslaget är så utformat att lagen kan antagas tillgodose angivna syften,
5. vilka problem som kan uppstå vid tillämpningen.¹⁴

Närmare bestämmelser om Lagrådets sammansättning och tjänstgöring meddelas i lag. Lag (2003:333)

Att det är fakultativt att inhämta Lagrådets yttrande framgår av paragrafens andra stycke där det stadgas att yttrande från Lagrådet ”bör” inhämtas. En ”bör”-regel är bindande i den bemärkelsen att det måste föreligga särskilda skäl för att avvikelser från regeln skall kunna anses tillåten. Vidare skall en lag som faller under uppräkningsregeln remitteras till Lagrådet bara om just den lagen är ”viktig för enskilda eller från allmän synpunkt”. Det är följaktligen lagförslag som faller under de uppräknade lagarna i förbindelse med ”bör”-regeln och det s.k. ”viktighetskriteriet” som utgör Lagrådets granskningsområde. Förarbetena innehåller ingen utförlig analys av uttrycket ”viktig för enskilda eller från allmän synpunkt”. Angående specialstraffrättsliga föreskrifter anförde RSU att - om ett lagförslag inte av annan anledning borde remitteras till Lagrådet - den omständigheten att straffmaximum inte översteg ett år borde kunna leda till att förslaget ansågs i grundlagsregelns mening inte vara viktig för enskilda.¹⁵

Att ett lagförslag inte granskats av Lagrådet utgör emellertid aldrig hinder mot lagens tillämpning¹⁶ och kan heller inte i sig utgöra grund för normprövning. Yttrande från Lagrådet behöver inte inhämtas då Lagrådets hörande skulle sakna betydelse på grund av frågans beskaffenhet eller fördröja lagstiftningsfrågans behandling så att avsevärt men skulle uppkomma. Då ett lagförslag omfattas av Lagrådets granskningsområde är regeringen skyldig att ange motivering till varför man underlåter att höra Lagrådet. Som skäl för motiveringsplikten hänvisade RSU till gynnsamma erfarenheter av en annan föreskrift om motiveringsplikt, nämligen skyldigheten att, om en interpellation inte besvaras inom viss angiven tid, inom samma tid förklara varför svar dröjer eller uteblir.¹⁷ Enligt RF är även riksdagsutskotten behöriga att inhämta yttrande av Lagrådet. Redan innan

¹⁴ RF 8:18 fick denna lydelse vid grundlagsändringen 1979.

¹⁵ Holmberg/Stjernqvist/Isberg/Eliasson/Regner, *Grundlagarna* (2006), s. 392

¹⁶ Se RF 8:18 st. 2 sista men.

¹⁷ Holmberg/Stjernqvist/Isberg/Eliasson/Regner (2006), s. 392

denna bestämmelse infördes i RF förekom det emellertid att utskott inofficiellt bad om Lagrådets synpunkter.¹⁸

Lagrådets granskningsområde omfattar ett vitt spektrum av lagstiftningen. Intressant är dock att uppmärksamma att det inte föreligger någon skyldighet för regeringen att hänvisa förslag om ändring i RF till Lagrådet om förslaget inte berör några av de ”relativa rättigheterna”.¹⁹ Ändringar i vår främsta grundlag är alltså i stor utsträckning undantagna Lagrådets granskning. I propositionen 1979 förklarades detta med att RF till helt övervägande del gäller frågor av politisk natur och därför är mindre väl lämpad för lagrådsgranskning.²⁰

Vilken typ av granskning Lagrådet ägnar sig har ofta varit föremål för diskussion. Skiljelinjen mellan politik och juridik är minst sagt svår att skönja. Enligt Algotsson går det inte att på logiska grunder ange en klar gräns mellan dessa två företeelser. Han menar att det väsentliga i detta sammanhang istället blir vilka argument Lagrådet använder i sina yttranden. Spänningsläget mellan juridik och politik kan analyseras genom att angripa Lagrådets granskningsuppgifter punkt för punkt. Jämlikt RF 8:18 st. 3 p. 1 skall Lagrådet granska hur förslaget förhåller sig till grundlagarna och rättsordningen i övrigt. Vilken typ av argument man här använder sig av beror enligt Algotsson på graden av klarhet i grundlagstexten. För att illustrera skalan av klarhet ger han som exempel å ena sidan förbudet mot dödstraff, som är en klar bestämmelse, och andra sidan RF 2:13 om att yttrandefriheten och informationsfriheten får begränsas om ”särskilt viktiga skäl” föranleder det. Den sistnämnda föreskriften kan man enligt honom svårigen tolka utan att komma in på politiskt kontroversiella intresseavvägningar. Punkterna två, tre och fem bör sannolikt inte vålla några större problem, argumentationen torde snarare avse juridiskt-tekniska argument. Punkten fyra däremot stadgar att Lagrådet skall yttra sig över huruvida förslaget är så utformat att lagen kan antagas tillgodose angivna syften. Om denna bestämmelse tolkas bokstavligt torde det enligt Algotsson kunna öppna för långtgående och politiskt omstridda överväganden om förhållandet mellan mål och medel. Vid en genomgång av lagrådsyttrandena från olika perioder konstateras emellertid att argumenten övervägande är av juridisk-teknisk karaktär utan partipolitisk anknytning.²¹ Förarbetena ger inte mycket vägledning vad gäller hur de fem punkterna om granskningen skall tolkas. Vid 1979 års ändring av RF 8:18 angav utredningen emellertid att Lagrådet bör iaktta återhållsamhet när det uttalar sig i materiellt hänseende. Detta uttalande gjordes mot bakgrund av förhållandet att Lagrådet yttrar sig över ett lagförslag först sedan regeringen har ställt sig bakom förslaget. Vidare anförde man att Lagrådet naturligtvis inte heller borde yttra sig i andra hänseenden än som omfattas av den sakkunskap och erfarenhet som är representerad i Lagrådet. Angående svårigheterna att skilja mellan politik och juridik anförde RSU:

¹⁸ Holmberg/Stjernqvist, *Vår författning* (2000), s. 144 f.

¹⁹ Algotsson, *Grundlagen inför 2000-talet* (1999), s. 40

²⁰ Prop. 1978/79:195 s. 47

²¹ Algotsson, *Grundlagen inför 2000-talet* (1999) s. 41 f.

”Vad som i ett läge ter sig som ett val mellan skilda tekniska metoder att nå ett mål kan senare, när de politiska partierna har börjat utforma sina ståndpunkter i frågan, vara ett politiskt omstritt problem. Självfallet får det inte förekomma att Lagrådet exempelvis avstår från att hävda en mening ifråga om tolkningen av en viss grundlagsbestämmelse därför att något av de politiska partierna har en känd ståndpunkt i frågan: detta skulle kunna öka risken för en senare konflikt mellan riksdagen och rättstillämpande organ.”²²

Angående Lagrådets organisation anger RF endast att det i Lagrådet skall ingå domare i HD och RegR. Efter en lagändring år 2002 kan även förutvarande justitieråd och regeringsråd ingå i Lagrådet. Enligt lagen (2003:333) om lagrådet skall Lagrådet bestå av minst en och högst fyra avdelningar. En avdelning skall bestå av tre ledamöter eller, om särskilda skäl föreligger, fyra. Regeringen beslutar hur många avdelningar Lagrådet skall bestå av samt under vilka tidperioder avdelningarna skall tjänstgöra. justitieråd eller regeringsråd, som har tjänstgjort i Lagrådet under minst ett år av en lagrådsperiod, får efter periodens utgång inte utan särskilda skäl utses att på nytt tjänstgöra i Lagrådet förrän nästa lagrådsperiod har gått ut.

Om det finns skiljaktiga meningar vid behandlingen av ett ärende, skall omröstning ske i den mån det behövs. Vid omröstning gäller den mening som omfattas av flest ledamöter. Om flera meningar har fått lika många röster gäller den mening som stöds av det justitieråd eller regeringsråd som är äldst i tjänst bland dem som har röstat för någon av dessa meningar.²³

Det är KU som granskar regeringens remittering av lagförslag till Lagrådet. Granskningen avser bl.a. hur Lagrådets yttranden presenteras i propositionerna, om motivering finns till varför remiss till Lagrådet har underlåtit, hur undantagsreglerna har tillämpats och i vad mån regeringen beaktat Lagrådets synpunkter.²⁴

2.4 Lagprövningsrätten

2.4.1 Lagprövningens utveckling

Frågan huruvida en lagprövningsrätt verkligen förelåg domstolarna var inte uttryckligen besvarad i 1809 års RF. Redan under mitten av 1800-talet förkom emellertid en diskussion härom. I början gällde debatten huruvida en lag som ej tillkommit i föreskriven ordning skulle kunna åsidosättas eller ej. Senare kom debatten att omfatta även materiell prövning av lagarna. Det dröjde emellertid fram till 1904 innan HD dömde i direkt strid mot en administrativ författning.²⁵ 1918 argumenterade professor C.A. Reuterskiöld för att domstolarna borde ha vida möjligheter att pröva lagars innehåll.

²² SOU 1978:34 s. 133 f.

²³ Lag (2003:333) om Lagrådet

²⁴ Holmberg/Stjernqvist/Isberg/Eliasson/Regner (2006), s. 395

²⁵ SOU 1993:40 s. 217 f.

Författningsutredningen konstaterade 1963 att lagprövningsrätten byggde på ett allmänt principiellt resonemang, innefattande att författning av högre rättslig valör gäller framför författning av lägre valör. Utredningen uttalade vidare att en lagprövningsrätt numera måste anses föreligga och att den skulle kunna utgöra en värdefull garanti för grundlagens efterlevnad. Man menade även att skäl saknades att anta annat än att en restriktiv syn på tillämpningen av denna rätt var för handen. En kodifikation av lagprövningsrätten föreslogs inte.²⁶

Författningsutredningen uttalade sig 1965 åter i frågan om lagprövning och konstaterade att man med hänsyn till utvecklingen i praxis måste anse domstolarna behöriga att pröva icke endast administrativ författnings förenlighet med författning av högre valör utan även grundlagsenligheten hos lagar och författningar, vid vilkas tillkomst riksdagen medverkat. Detta uttalande torde grunda sig på omständigheten att HD 1964 för första gången tagit upp till prövning frågan om grundlagsenligheten av en samfällt stiftad lag, NJA 1964 s. 471.²⁷ Man poängterade dock att lagprövningsrätten även fortsättningsvis tillämpas restriktivt.²⁸

Skäl ansågs inte heller föreligga att vid tillkomsten av nya RF 1974 införa någon bestämmelse om lagprövning. I huvudsak var det tre invändningar som framfördes mot att inskriva lagprövningsrätten i grundlagen. En av dessa var ovissheten hur tillkomsten av ett särskilt förfarande vid rättighetsbegränsande lagstiftning skulle påverka lagprövningsrätten. En andra invändning var att en uttrycklig grundlagsregel om lagprövningen skulle inge föreställningen att lagprövningen skall utgöra ett normalt inslag i rättstillämpningen och den tredje invändningen gällde svårigheten att formulera ett grundlagsstadgande.²⁹ Justitieministern förutsatte att den lagprövningsrätt som utvecklats i praxis skulle bestå. Lagprövningen skulle emellertid fortsättningsvis utövas av samtliga offentliga organ, alltså inte endast av domstolar. Justitieministern framhöll att myndighet i sin rättstillämpande verksamhet har rätt – och skyldighet – att sätta åt sidan en föreskrift som strider mot en bestämmelse i en författning av högre konstitutionell valör. Här underströks emellertid att för att åsidosätta en lag krävs att lagen står i uppenbar strid med en klar bestämmelse i grundlag.³⁰ Lavin anförde mot bakgrund av denna utredning att många politiker ser lagprövningsrätten som en faktor som kan försätta tillämpningen av normer ur spel på ett ur politisk synpunkt föga önskvärt sätt. Skulle lagprövningen förbli oreglerad torde möjligheten för domstolarna att utöva lagprövning inte oroa någon politiker. Lagprövningsrätten fanns, enligt Lavin, i stort sett endast på pappret.³¹

²⁶ SOU 1963:17 s. 155 f.

²⁷ SOU 1993:40 s. 218

²⁸ SOU 1965:2 s. 60

²⁹ KU 1978/79:39 s. 12 f.

³⁰ Prop. 1973:90 s. 200 f.

³¹ Lavin, FT 1973, s. 26

1978 föreslog RSU att lagprövningen skulle grundlagsregleras. Man uttalade då att man svårligen kan undvara en från riksdagen fristående kontrollapparat, om grundlagens rättighetsskydd skall bli tillräckligt effektivt. RSU ansåg att det saknades anledning att göra några sakliga ändringar i den existerande lagprövningen, samt att det alltså skulle uppställas ett krav på uppenbart fel för att en lag eller regeringsförordning skulle få åsidosättas. Den grundlagsreglering som föreslogs innebar således endast en kodifiering av gällande rätt med ett uttryckligt uppenbarhetskrav.³² Justitieministern anslöt sig till denna linje och uttalade att det är givet att rättighetsskyddet får erforderlig styrka först om rättighetsregler förbinds med rättsligt verkande garantier som är oberoende av de politiska organen. Ett skydd av detta slag, menade han, måste emellertid utformas på ett sådant sätt att det inte ger upphov till några förskjutningar i det vanliga politiska systemet. Genom en uttrycklig bestämmelse skulle lagprövningsrättens innebörd klargöras på ett sätt som kan motverka att de rättstillämpande organen använder sig av institutet på ett sätt som inte varit avsett.³³ Även KU förordade ett grundlagsfästade men underströk att lagprövningsinstitutet inte är avsett att utgöra ett normalt inslag i rättstillämpningen och att dittillsvarande återhållsamma praxis fortsättningsvis skulle vara vägledande. Beträffande uppenbarhetskravet anfördes att riksdagen enligt grundlagen är den främste lagstiftaren och endast riksdagen kan stifta grundlag. Det är därför naturligt att riksdagen är den instans som är bäst ägnad att pröva om viss föreskrift är grundlagsenlig. Enligt utskottets mening medför uppenbarhetsrekvisitet att riksdagens tillämpning av ett visst grundlagsstadgande måste respekteras så länge det håller sig inom ramen för en möjlig tolkning av bestämmelsen i fråga.³⁴ En bestämmelse om lagprövning infördes således i RF 11:14 med verkan från och med den 1 januari 1980.

2.4.2 Lagprövning idag

Lagprövningsrätten regleras, som nämnts ovan, i RF 11:14, stadgandet har följande lydelse:

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.

Lagprövningsrätten innefattar således en möjlighet och skyldighet för domstolar och andra offentliga organ att vid tillämpningen av en föreskrift pröva, inte bara huruvida denna överensstämmer med överordnad föreskrift eller ej, utan även om den tillkommit i föreskriven ordning. Enligt paragrafens andra mening skall tillämpning emellertid underlåtas endast om felet är uppenbart då riksdag eller regering beslutat föreskriften. Denna

³² SOU 1978:34 s. 109

³³ Prop. 1978/79:195 s. 41 f.

³⁴ KU 1978/79:39 s. 13

särställning gentemot andra föreskrifter och det s.k. uppenbarhetsrekvisitet behandlas närmare längre fram.

Termen lagprövning har kritiserats och man har menat att normprövning är en mer lämpligt term då RF 11:14 tar sikte på förhållandet mellan bestämmelser på många skilda nivåer, inte endast mellan lagar.³⁵ A. Lagerqvist Veloz Roca kritiserar emellertid även denna term. Hon förespråkar benämningen ”föreskriftsprövning” då institutet enligt henne inte är användbart för prövning av alla samhällsliga normer utan endast för prövning av normer som utgör föreskrifter.³⁶ Denna ståndpunkt verkar emellertid inte ha fått något större gehör.

Man skiljer mellan abstrakt och konkret normprövning. Abstrakt normprövning innebär att en viss myndighet kan, utan anknytning till något konkret tillämpningsfall, pröva huruvida en föreskrift är förenlig med överordnad föreskrift eller ej. Vid konkret normkontroll däremot krävs att prövningen skall göras av den myndighet som enligt allmänna regler har att pröva ärendet i fråga.³⁷ I Sverige förekommer endast konkret normkontroll, och den har hittills endast utövats av domstolarna.³⁸ Detta har även slagits fast i praxis, se t.ex. utgången i NJA 1987 s. 198. HD konstaterade där att det helt saknas möjlighet att i svensk rätt väcka fastställsetalan om en bestämmelses grundlagsenlighet eller förenlighet med en norm av högre rang.³⁹

Lagprövningsrätten utövas ex officio, detta framgår bl.a. av flera uttalanden i förarbeten. Härom uttalade sig justitieministern i motiven till 1976 års rättighetsreform:

”Lagprövningsrätten utövas i princip ex officio. Detta innebär emellertid inte att prövning av eventuell motstridighet mellan författningar på olika nivåer ingår som ett mera normalt led i myndigheternas rättstillämpning. Lagprövning kan bli aktuell endast om en påstådd normkonflikt uttryckligen åberopas som grund för ett yrkande eller om en myndighet i ett visst fall har särskild anledning att förmoda att en normkonflikt föreligger. I lagprövningsrätten ligger med andra ord inte någon allmän skyldighet för myndigheterna att undersöka om de rättsregler som skall tillämpas till äventyrs står i strid med föreskrifter på högre nivå.”⁴⁰

Den lagprövningsrätt som existerar i Sverige kan alltså endast utföras i konkreta tillämpningsfall då part yrkat det eller myndighet själv finner anledning att göra så. Att lagprövningsrätten utövas ex officio innebär dock inte, som framgår av uttalandet ovan, att det föreligger någon skyldighet för myndighet att ständigt pröva de rättsregler som skall tillämpas. Redan existerande föreskrift, som inte är föremål för tillämpning i något specifikt

³⁵ Holmberg/Stjernqvist/Isberg/Eliasson/Regner (2006), s. 517

³⁶ Lagerqvist Veloz Roca, *Föreskrift och föreskriftsprövning enligt 1974 års regeringsform* (1999), s. 303

³⁷ Holmberg/Stjernqvist/Isberg/Eliasson/Regner (2006), s. 517 f.

³⁸ Strömberg/Lundell (2007), s. 163

³⁹ Se härom Nergelius, *Förvaltningsprocess, Normprövning och Europarätt* (2000), s. 125

⁴⁰ Prop. 1975/76:209 s. 93 f.

fall, kan således endast angripas av det normgivande organet som kan upphäva eller ändra normen.

Vidare kan lagprövning aldrig få till följd att en föreskrift förklaras ogiltig, endast att den åsidosätts och ej tillämpas. Att högsta instans väljer att åsidosätta en föreskrift kan, men måste inte, leda till att den upphävs eller ändras. En annan möjlighet är att det normgivande organet godtar att föreskriftens räckvidd blivit preciserad genom lagprövningen och finner att den kan fortsätta att gälla med denna innebörd.⁴¹

Har riksdagen eller regeringen beslutat föreskriften kan tillämpning underlåtas endast om felet är *uppenbart*. Definitionen av vad som är ett uppenbart fel är inte helt klart och diskussion har förts länge härom. Viss vägledning får man emellertid från förarbeten vad gäller uppenbarhetsrekvisitet vid lagprövning i samband med det särskilda lagstiftningsförfarandet för rättighetsbegränsande lagar i RF 2:12. HD har härom yttrat:

*”Högsta domstolen konstaterar att det torde innebära att ett sådant uppenbart fel har begåtts vid en lags tillkomst att lagen inte skall tillämpas, om konstitutionsutskottet – utan att lagrådet har blivit hört i frågan – har förklarat att ett lagförslag inte angår begränsning av någon fri- och rättighet, och riksdagen därefter med enkel majoritet har antagit förslaget. Har däremot konstitutionsutskottet efter lagrådets hörande lämnat förklaring att av det innehåll som nyss har sagts, har någon avvikelse från den stadgade ordningen inte skett, även om utskottet inte har följt lagrådet. Konstitutionsutskottet är ju inte bundet av vad lagrådet yttrat. Enligt uttalanden i betänkandet (SOU 1978:34 s. 69 f.) kan emellertid i det läget frågan om lagens grundlagsenlighet efteråt eventuellt komma att bli aktuell lagprövningsvis. En sådan prövning torde dock kunna leda till underkännande av lagbestämmelsen endast under förutsättning att konstitutionsutskottets förklaring har berott på uppenbart misstag eller har varit grundad på en uppenbar feltolkning av gällande lag eller av det framlagda förslaget.”*⁴²

Justitierådet Bertil Bengtson har analyserat stadgandet och menar att vad som förutsätts för att RF 11:14 skall tillämpas visserligen inte är helt klart men att det i allmänhet torde krävas att den underkända lagregeln är helt oförenlig eller åtminstone svårförenlig med grundlagens text, och dessutom får den troligen inte ha någon som helst stöd i grundlagens motiv eller i stadgad konstitutionell praxis. Han menar vidare att har Lagrådet vid sin granskning godtagit ett lagförslag, är det inte lätt att anse lagen uppenbart grundlagsstridig.⁴³

Normprövning omfattar sedan inkorporeringen av Europakonventionen i svensk lag även svenska författningars överensstämmelse med EKMR.

⁴¹Holmberg/Stjernqvist/Isberg/Eliasson/Regner (2006), s. 518

⁴²Prop. 1978/79:195 bil. 2 s. 24

⁴³Bengtsson, SvJT 1987, s. 230 f.

Detta framgår av RF 2:23 som stadgar att lag eller annan föreskrift ej får meddelas i strid med Sveriges åtaganden enligt konventionen.⁴⁴

2.5 Skydd mot rättighetsbegränsande normgivning

2.5.1 Materiella och formella begränsningskrav

Som nämndes i inledningen framgår det av RF 2:12 st. 1 vilka de relativa respektive de absoluta rättigheterna är. Möjligheterna att genom lag begränsa de relativa rättigheterna behandlas i RF 2:12–14. De materiella begränsningskraven återfinns i RF 2:12 st. 2, som omfattar samtliga relativa rättigheter, och i RF 2:13–14, vilka avser yttrande- och informationsfriheten (13§) respektive mötes- och demonstrationsfriheten samt föreningsfriheten (14§). Diskrimineringsförbudet i RF 2:15–16 gäller vid all rättighetsbegränsande lagstiftning samt all annan lagstiftning. De formella begränsningskraven framgår av 2:12 st. 1, 3-5.

I RF 2:12 st. 2 föreskrivs att begränsning av de relativa rättigheterna får göras endast för att tillgodose ändamål som är godtagbart i ett demokratiskt samhälle. Begränsningen får aldrig gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till det ändamål som har föranlett den och ej heller sträcka sig så långt att den utgör ett hot mot den fria åsiktsbildningen såsom en av folkstyrelsens grundvalar. Begränsning får ej göras enbart på grund av politisk, religiös, kulturell eller annan sådan åskådning. Lagrådet har uttalat att frågan om vad som är *nödvändigt* är en värderingsfråga som Lagrådet endast undantagsvis kan anlägga synpunkter på.⁴⁵

Huvudregeln är att begränsning av de relativa rättigheterna får ske endast genom lag. RF 2:12 st. 1 stadgar emellertid tre undantag från huvudregeln, då rättigheterna kan begränsas även genom förordning. Undantagen gäller bestämmelse om tystnadsplikt, som är en begränsning av yttrandefriheten, möjlighet för regeringen att efter bemyndigande i lag genom förordning meddela att en föreskrift i vissa typer av lagar skall börja eller upphöra att tillämpas samt begränsningar av mötes- och demonstrationsfriheten av hänsyn till rikets säkerhet eller befarade farsoter.⁴⁶

2.5.2 Minoritetsskyddsregeln

Det är i RF 2:12 st. 3 man finner den s.k. minoritetsskyddsregeln. Där stadgas att förslag till lag som avses i första stycket (rättighetsbegränsning) eller till lag om ändring eller upphävande av sådan lag skall, om det ej får stöd av 5/6 av ledamöterna eller omedelbart förkastas av riksdagen, på

⁴⁴ Strömberg/Lundell (2007), s. 167

⁴⁵ Prop. 1998/99:3 s. 117

⁴⁶ Nergelius (1996), s. 574 f.

yrkande av lägst tio av dess ledamöter vila i minst tolv månader från det att det första utskottsytttrandet över förslaget anmäldes i riksdagens kammare.

Minoritetsskyddsregeln är således tillämplig på rättighetsbegränsande lagar. Frågan om en rättighetsbegränsning föreligger eller ej prövas för riksdagens vidkommande enligt RF 2:12 st. 5 av KU och utskottets ställningstagande i frågan är utslagsgivande. KU får emellertid inte besluta att 2:12 st. 3 *ej* är tillämpligt, dvs. att rättighetsbegränsning *ej* föreligger, utan att Lagrådet yttrat sig i saken.⁴⁷ Det föreligger dock inget tvång för KU att följa Lagrådets bedömning i frågan.⁴⁸

Formkravet i st. 3 tillhör vad som i RF 11:14 benämns stadgad ordning. Skulle formkravet åsidosättas kan det tänkas att en tillämpande myndighet med stöd av lagprövningsrätten underlåter att tillämpa en föreskrift, även om den har utfärdats som lag. Man har utgått från att om Lagrådet ansett att rättighetsbegränsning inte föreligger det knappast kan bli aktuellt för en rättstillämpande myndighet att anse det *uppenbart* att formkraven åsidosatts. Lagprövning skulle därmed endast bli aktuellt då KU gått emot Lagrådets yttrande och att så skulle ske torde ha ansetts osannolikt.⁴⁹

Vad som enligt svensk rätt egentligen utgör en rättighetsbegränsning har emellertid diskuterats både i doktrin och förarbeten. Fri- och rättighetsutredningen från 1975 uttalade härom följande:

*”Förbuden mot rättighetsbegränsningar omfattar inte varje negativ åtgärd från det allmännas sida, som är föranledd av att någon har utnyttjat en rättighet på ett visst sätt, eller som har till syfte att förbjuda någon att medge ett visst integritetsintrång. Att en person till följd av sina yttranden i politiska frågor förvägras en statlig tjänst av betydelse för rikets säkerhet kan exempelvis inte vara en begränsning av hans yttrandefrihet i grundlagens mening.”*⁵⁰

Besluten vid de två läsningarna behöver inte sammanfalla helt, de ändringar som skall kunna göras vid andra beslutet måste dock ligga ”inom ärendets ram”. Frågan, huruvida en ändring i ett vilande förslag ligger inom denna ram prövas av talmannen och i sista hand av KU. Om ändringarna är så stora att nytt förslag får anses föreligga, skall ärendet vila ytterligare tolv månader. Begreppet ”inom ärendets ram” får inte tillämpas för vidsträckt.⁵¹

Att en viss föreskrift beslutats med tillämpning av förfarandet i st. 3 medför inte att framtida ändringar av föreskriften måste beslutas i samma ordning. Man har dock ansett att man bör kunna förutsätta att riksdagen är konsekvent i bedömningen av om en viss lag är rättighetsbegränsande eller *ej*.⁵²

⁴⁷ RO 4:11 st. 3

⁴⁸ Nergelius (1996), s. 582 ff.

⁴⁹ Holmberg/Stjernqvist/Isberg/Eliasson/Regner (2006), s. 145 f.

⁵⁰ SOU 1975:75 s. 104

⁵¹ Se härom SOU 1978:34 s. 81 f. och Prop. 1978/79:195 bil. 2 s. 21

⁵² Holmberg/Stjernqvist/Isberg/Eliasson/Regner (2006), s. 148 ff.

2.5.3 Grundlagsändring

Av RF 8:15 framgår att grundlag stiftas eller ändras genom två likalydande beslut med riksdagsval mellan besluten. Vidare skall minst nio månader förflyta mellan den tidpunkt då ärendet första gången anmäldes i riksdagens kammare och valet, såvida icke KU genom beslut, som fattas senast vid ärendets beredning och varom minst fem sjättedelar av ledamöterna förenar sig, medgiver undantag härifrån.

Riksdagen får inte såsom vilande antaga ett förslag om stiftande av grundlag, som är oförenligt med annat vilande grundlagsförslag, utan att samtidigt förkasta det först antagna förslaget.

Folkomröstning om vilande grundlagsförslag skall anordnas, om minst 1/3 av riksdagens ledamöter kräver det. Folkomröstningen skall hållas samtidigt med det val till riksdagen som avses i första stycket. Vid omröstningen får de som har rösträtt vid valet förklara huruvida de godtar det vilande grundlagsförslaget eller ej. Förslaget är förkastat, om de flesta av dem som deltar i omröstningen röstar mot förslaget och de till antalet är fler än hälften av dem som har avgivit godkända röster vid riksdagsvalet. I annat fall upptager riksdagen förslaget till slutlig prövning.

Eivind Smith har nämnt möjligheten att i Sverige införa obligatorisk folkomröstning vid ändring av grundlag. Han ser en stor svaghet i den svenska ordningen där folket i så ringa grad är indragen i debatt och beslut om grundlagsändringar. Tar man folksuveränitetsprincipen på allvar borde medborgarna enligt honom få en mer central roll i processen kring konstitutionella ändringar. Smith förordar en kombination av direkt och representativ demokrati i samband med grundlagsändring. Det första beslutet, föreslår han, bör, som fallet är idag, fattas av riksdagen. Men det andra, och avgörande, beslutet bör tas genom en folkomröstning.⁵³

2.6 Avslutande kommentar

Ovan har de viktigaste instrumenten för det konstitutionella rättighetsskyddet introducerats. Redan i denna rent deskriptiva del av institutens utveckling och funktion i dagsläget upptäcker man ”luckor” i rättighetsskyddet. Ser man till lagprövningsrätten så framstår det i paragrafen uppställda uppenbarhetsrekvisitet som otydligt och svårtillämpat, framförallt med hänsyn till att det vid tillämpningen saknas vägledning både i förarbeten och praxis. Lagprövningsrätten kommer dock att analyseras närmare under kommande kapitel och där kommer även frågan om avsaknaden av abstrakt normprövning i svensk rätt att behandlas.

Lagrådets existens och ställning har ofta ifrågasatts. Framförallt har debatten gällt hur långt dess kompetens och inflytande bör sträcka sig. Det framstår emellertid som om det i dag råder stor enighet om att Lagrådets yttranden

⁵³ Smith, SvJT 2004, s. 695 f.

aldrig bör vara av politisk art utan snarare hänföra sig till rent juridisk-teknisk granskning. Detta kan vara svårt då Lagrådets granskning skall avse en del ställningstaganden där det kan vara mycket svårt att inte komma in på politikens område. Vidare har Lagrådets faktiska inflytande på lagstiftningen ifrågasatts. Det föreligger ingen skyldighet att följa Lagrådets yttranden och det förhållandet att Lagrådet inte hörts över ett lagförslag utgör inte hinder mot lagens tillämpning och kan inte heller i sig utgöra grund för normprövning. Det är KU som avgör huruvida ett lagförslag innebär en begränsning av de relativa rättigheterna och om minoritetsskyddsregeln blir tillämplig eller ej. Utskottet får emellertid inte komma fram till att så inte är fallet utan att Lagrådet först uttalat sig i frågan, någon skyldighet för KU att lyda Lagrådet föreligger dock inte. Detta sammantaget leder till att man kan ifrågasätta hur effektiv förhandskontrollen av lagförslag egentligen är. Även detta behandlas närmare under kapitel 3.

En del av rättighetsskyddet som inte omfattas av skyddet för de konstitutionella rättigheterna i sig, men som ändå känns viktig att omnämna är skyddet för de enskilda gentemot det allmänna, framförallt vad avser de grundläggande fri- och rättigheterna. De institut som skall beröras är lagen om rättsprövning och JO:s verksamhet. Skyddet för de enskilda gentemot det allmänna är mer omfattande än så men då detta inte ligger inom framställningens egentliga område begränsas presentationen till en översiktlig beskrivning av dessa två institut.

1988 infördes ett särskilt rättsprövningsinstitut genom lagen (1988:205) om rättsprövning av vissa förvaltningsbeslut. Bakgrunden var att Europadomstolen vid ett flertal tillfällen funnit att Sverige kränkt Europakonventionen för de mänskliga rättigheterna. Rättsprövning sker på ansökan av en enskild part. Vid rättsprövning har domstolen att pröva om avgörandet strider mot någon rättsregel på det sätt som sökanden angivit eller som i övrigt klart framgår av omständigheterna i ärendet.

Från början var Regeringsrätten den enda instans som hade behörighet att pröva rättsprövningsmål, till följd av måltillströmningen infördes dock 1994 en bestämmelse om att kammarrätten har rätt att pröva beslut fattade av förvaltningsmyndighet inom respektive kammarrätts domkrets.

Rättsprövningslagen från 1986 ersattes våren 2006 av lagen (2006:304) om rättsprövning av vissa regeringsbeslut.⁵⁴ Enligt den kan i fortsättningen endast regeringsbeslut rättsprövas. Beslut som fattats av förvaltningsmyndigheter i frågor som omfattas av artikel 6.1 EKMR⁵⁵ skall

⁵⁴ Prop. 2005/06:56

⁵⁵ Artikel 6.1 EKMR - Rätt till en rättvis rättegång - Var och en skall, vid prövningen av hans civila rättigheter och skyldigheter eller av en anklagelse mot honom för brott, vara berättigad till en rättvis och offentlig förhandling inom skälig tid och inför en oavhängig och opartisk domstol, som upprättats enligt lag. Domen skall avkunnas offentligt, men pressen och allmänheten får utestängas från förhandlingen eller en del därav av hänsyn till den allmänna moralen, den allmänna ordningen eller den nationella säkerheten i ett

istället kunna prövas i vanlig ordning i allmän förvaltningsdomstol. En enskild får ansöka om rättsprövning av sådana beslut av regeringen som innefattar en prövning av den enskildes civila rättigheter eller skyldigheter i den mening som avses i art. 6.1 EKMR.⁵⁶

Vidare kan var och en som anser sig själv eller någon annan ha blivit felaktigt eller orättvist behandlad av myndighet eller tjänsteman vid en myndighet inom den statliga eller kommunala sektorn kan klaga hos JO. En justitieombudsman är en av riksdagen vald person som skall övervaka att domstolar och andra myndigheter och tjänstemän vid myndigheter följer lagar och andra författningar. JO överprövar dock inte innehållet i domar och beslut. JO har befogenhet att, som särskild åklagare, väcka åtal mot en tjänsteman för tjänstefel. Detta händer dock mycket sällan. Vanligast är att JO i sin tillsynsverksamhet gör kritiska, vägledande och rådgivande uttalanden. Ett uttalande från JO är emellertid aldrig rättsligt bindande.

Vidare skall JO verka för att brister i lagstiftningen avhjälps. Om det under tillsynsverksamheten visar sig att det finns anledning att väcka en fråga om författningsändring eller annan åtgärd från statens sida, får en ombudsman göra en framställning om detta till riksdagen eller regeringen. Detta sker i ett fåtal fall per år. Vanligare är att en ombudsman överlämnar ett beslut för kännedom till berörda departement och riksdagsutskott när denne anser att det visar på brister i lagstiftningen som lagstiftaren bör känna till.⁵⁷

demokratiskt samhälle, eller då minderårigas intressen eller skyddet för parternas privatliv så kräver eller, i den mån domstolen finner det strängt nödvändigt, under särskilda omständigheter när offentlighet skulle skada rättvisans intresse.

⁵⁶ Holmberg/Stjernqvist/Isberg/Eliasson/Regner (2006), s. 522 f.

⁵⁷ www.jo.se

3 Debatten kring det konstitutionella rättighetsskyddet - brister i systemet

3.1 Inledning

I detta kapitel behandlas den debatt som förts kring det konstitutionella rättighetsskyddet i Sverige. Här omfattas både den aktuella och mer tillbakablickande diskussionen. Debatten har främst handlat om det s.k. uppenbarhetsrekvisitet i RF 11:14, lagrådets roll och funktion samt det eventuella behovet av abstrakt normprövningen eller rent av inrättandet av en författningsdomstol i Sverige. Här framkommer kritik av hur det konstitutionella skyddet är utformat men många röster har även höjts för att behålla det rådande systemet. Detta skall på inget sätt ses som en uttömmande redovisning av all kritik som framkommit i samband med det konstitutionella rättighetsskyddet utan snarare som ett axplock av aktuella frågor som varit återkommande i debatten .

3.2 Lagprövningsrätten

3.2.1 Inledning

En utgångspunkt i förarbetena för en restriktiv hållning till lagprövningsrätten har varit antagandet att riksdagen följer lagen och inte begår fel. Dåvarande departementschefen uttalade vid införandet av en ny regeringsform att det framstod som i hög grad osannolikt att grova formfel eller andra uppenbara åsidosättanden av grundlagen skulle förekomma vid normgivningen. Han menade att lagprövningsrätten därför skulle få ringa eller ingen praktisk betydelse.⁵⁸ Fri- och rättighetsutredningen framförde att det skulle vara svårt att föreställa sig att riksdagen skulle komma att fatta beslut som uppenbart skulle kränka skyddet för de grundlagsskyddade fri- och rättigheterna i andra situationer än rena krislägen.⁵⁹ Fri- och rättighetsutredningen från 1993, som tillsatts med anledning av inträdet i EU och inkorporeringen av EKMR, anslöt sig till uppfattningen att man normalt kan utgå från att statsmakterna utan vidare följer grundlagens bestämmelser. Lagprövningen som kontrollmedel var därför endast tänkt att verka som en säkerhetsanordning som utlöses i sällsynta fall då lagstiftningen inte utgjort ett tillräckligt skydd för de medborgerliga fri- och rättigheterna.⁶⁰ Demokratiutredningen från 2000 efterlyste emellertid ett säkrare system för

⁵⁸ Prop. 1973:90 s. 201

⁵⁹ SOU 1975:75 s. 108

⁶⁰ SOU 1993:40 Del A s. 229

extern tillsyn och domstolskontroll till skydd för medborgarnas rättigheter och integritet. Ett sätt att säkra medborgarnas skydd mot myndigheters misstag och övergrepp vore, enligt utredningen, att slopa uppenbarhetsrekvisitet i RF 11:14.⁶¹

Det fanns alltså länge ett motstånd mot en utveckling och kodifiering av lagprövningsrätten. Detta har justitierådet Bengtsson förklarat främst berott på dess samband med egendomsskyddet. Han menar att man från socialdemokratiskt håll särskilt befarat att domstolarna med hjälp av lagprövningsrätten skulle stoppa ekonomiskt genomgripande lagar som kunde uppfattas som ett angrepp på den privata äganderätten. Från borgerligt håll däremot såg man domstolarna som ett värn mot sådan lagstiftning. Bengtsson menar dock att denna oro var något ogrundad eftersom åsidosättande av lag kräver uppenbar grundlagsstridighet (även innan RF 11:14), och för uppenbar grundlagsstridighet måste rimligen krävas att man inte utgår från en alltför löslig grundlagsbestämmelse. Reglerna om grundlagens egendomsskydd var nämligen inte särskilt klara vare sig i GRF eller i nya RF.

Bengtsson argumenterar att mot en utvidgad lagprövningsrätt talar förhållandet att man kan underkänna lagstiftning, som dittills haft bindande kraft och kunnat ligga till grund för medborgarnas planering av sina ekonomiska eller personliga förhållanden och att detta skulle vara allvarligt ur rättssäkerhetssynpunkt.⁶² Detta argument torde dock inte väga särskilt tungt med tanke på att alla normer, grundlagen undantagen, när som helst kan ändras eller upphävas. Att mena att förhållandet att man inte kan anta att en norm alltid skall finnas oförändrad skulle innebära rättsosäkerhet känns ogrundat. En av Bengtssons kanske starkaste invändningar gäller emellertid den inverkan lagprövningsrätten kan få på allmänhetens förtroende för riksdagens arbete, det parlamentariska systemet och för lagarna överhuvudtaget, om de kan underkännas utan att de ens kan anses klart grundlagsstridiga. Vidare fruktar han en politisering av domarutnämningarna.⁶³ Lysén, som förespråkar en mer utvidgad lagprövningsrätt, utmanar detta ställningstagande och ifrågasätter om allmänhetens förtroende för rättssystemet och särskilt domstolarna skulle minska, om de då och då vid behov ingrep. Han menar att det snarare är domstolarnas automatiska exekution av en omfattande och många gånger bristfällig lagstiftning som är huvudanledningen till ett lågt förtroende. Lysén kommenterar även farhågorna om domstolarnas politisering och risken för att regeringen skulle söka gardera sig genom att tillsätta själsfränder i domstolarna. En, enligt honom, mer naturlig reaktion vore att riksdagen ”skärpte” sig i lagstiftningsarbetet för att hålla sig inom gällande konstitutions gräns.⁶⁴

⁶¹ SOU 2000:1 s. 250

⁶² Bengtsson, SvJT 1987, s.230 ff.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ Lysén, SvJT 1989, s. 119f.

Motståndarna till en förstärkt lagprövningsrätt anger ofta som skäl att riksdagen är bäst lämpad att avgöra lags grundlagsenlighet. Denna uppfattning kom bl.a. till uttryck i KU:s vägledande motivuttalande inför införandet av RF 11:14. Enligt denna måste riksdagens tillämpning av ett visst grundlagsstadgande respekteras så länge det håller sig inom ramen för en möjlig tolkning av bestämmelsen i fråga.⁶⁵ Det är nog säkert att säga att detta uttalande ligger till grund för den restriktiva hållning domstolarna intagit även efter kodifieringen av lagprövningsrätten. Nergelius slår dock huvudet på spiken när han konstaterar att det är en ganska märklig tanke att riksdagen i kraft av sitt lagstiftningsmonopol också skulle vara särskilt väl skickad att avgöra en bestämmelses grundlagsenlighet, han menar att här förväxlas tydligtvis rättslig behörighet att stifta grundlag med faktisk juridisk förmåga att pröva lagars grundlagsenlighet.⁶⁶

För att sammanfatta motståndet mot en utvidgad lagprövningsrätt kan man säga att ett genomgående tema i kritiken är respekten för den folkvalde lagstiftarens vilja. Nergelius kallar detta argument "majoritetsprincipen". Han menar att den djupgående motviljan mot att någon form av politisk makt överförs till något icke-politiskt organ tydligast kommit till uttryck just i diskussionen om lagprövningsrätten. Nergelius pekar på det anmärkningsvärda i att det i huvudsak inte handlat om ett vaktslående om parlamentarismens princip, utan den starka motviljan mot tanken att domstolarna någon gång skulle kunna sätta sig över beslut fattade av politiska organ. Han menar vidare att det är befogat att tala om "*en ren skräck för att svenska domstolar någonsin skulle komma att överge den rena rättstillämpningen och eventuellt ägna sig åt suspekt, rättsskapande verksamhet. Till varje pris handlar det om att hindra dem därifrån*".⁶⁷

Eivind Smith har utmanat argumentet att lagprövningsrätten inkräktar på folksuveräniteten. Han menar att riksdagsmajoriteten i sista hand har möjlighet att ändra grundlagen, om domstolarnas tolkning av en lags grundlagsenlighet skulle vara oacceptabel för en så stor majoritet av riksdagsledamöterna som krävs för att ändra grundlagen. Lagprövning kan därför endast leda till eftersläpning men inte absoluta hinder mot att den dominerande politiska viljan sätts igenom. Problemet, i vilken utsträckning den dömande makten skall ges möjlighet att kontrollera grundlagen, kvarstår dock.⁶⁸ Ur ett rent folksuveränitetsperspektiv kan man väl medge att detta argument håller men frågan är hur hållbart argumentet är för en utvidgad lagprövningsrätt. Är det verkligen rimligt att riksdagen skall behöva ändra grundlagen då domarkåren "löper amok"? Då framstår det som en säkrare lösning att behålla en begränsad lagprövningsrätt. Anledningen till att Smith ens tar upp denna möjlighet är emellertid med största sannolikhet endast att illustrera att folksuveränitetsprincipen faktiskt inte hotas av en utvidgad lagprövningsrätt.

⁶⁵ KU 1978/79:39 s. 13

⁶⁶ Nergelius, SvJT 2000, s. 550

⁶⁷ Nergelius (1996), s. 698

⁶⁸ Berggren/Karlson/Nergelius (1999), s. 44

Barry Holmström, stark motståndare till en utvidgad lagprövningsrätt, har angett att lagprövningsrätten finns och till och med är mycket utbredd, åtminstone i den meningen att alla som fattar beslut på det offentliga vägnar är skyldiga att ignorera föreskrifter som är grundlagsstridiga.⁶⁹ Inget sägs emellertid om det förhållande att denna ”skyldighet” i princip aldrig leder till åsidosättande av en norm. Holmströms ståndpunkt är att politisk makt förlagd till domstolar och utövad av domare, och i särskilt hög grad lagprövningsrätt, är artfrämmande för demokratiska system. Han befarar att ”den nya beslutsarenan” kan locka till flykt från ansvaret från de politiskt valdas sida. Vissa beslut anses kanske nödvändiga men opinionsmässigt bekymmersamma. Frestelsen att gömma sig bakom ett auktoritativt domstolsutlåtande kan då bli stor. Holmström menar dock att det inte finns någon väg runt medborgare och parlament, och att lägga ansvaret för skyddet av demokrati och människovärde på domstolar tenderar att ge en frisedel åt dem som sist och slutligen måste bära det, nämligen medborgarna och deras demokratiskt valda representanter.⁷⁰ Det är ändå svårt att följa Holmströms resonemang. Det bygger på att normskaparna i ”opinionsmässigt bekymmersamma” fall skulle kunna lämpa över ansvaret på domstolarna och på detta sätt undvika ansvar. Även med en utvidgad lagprövningsrätt ankommer det dock aldrig på domstolarna att skapa lag utan endast att i vissa fall underlåta att tillämpa den. Oavsett hur domstol skulle komma uttala sig över en föreskrift är det till syvende och sist alltid det organ som har normstiftningskompetensen som bär ansvar för den.

3.2.2 Närmare om uppenbarhetsrekvisitet

Uppenbarhetsrekvisitet i RF 11:14 som reglerar normprövningsrätten är den reglering på det konstitutionella rättighetskyddsområdet som i särklass fått utstå mest kritik, både i aktuell och tidigare debatt.

I reformarbetet har förhållandet att uppenbarhetsrekvisitet endast gäller då riksdagen eller regeringen beslutat föreskriften flera gånger ifrågasatts. Det har ansetts otillfredsställande att de två högsta statsorganen skall åtnjuta en större felmarginal än andra normgivande organ när det gäller en föreskrifts förenlighet med överordnad författning.⁷¹ Vid införandet av RF 11:14 anförde regeringsråden Petrén och Wennergren att en sådan olikbehandling inte ansågs förenlig med den grundläggande bestämmelsen i RF 1:1 om att den offentliga makten utövas under lagarna. Olika regler kan därvidlag inte gälla för olika normgivare. Mot bakgrund härav motsatte de sig föreslagna stadgande. De gick dock steget längre och menade att det måste förutsättas som självklart att domstol eller annan myndighet inte tar ett så allvarligt steg som att underlåta att tillämpa en norm utan att den har blivit övertygad om att ett fel föreligger. Ett särskilt uppenbarhetskrav ansågs därför överflödigt. Även Juridiska fakultetsnämnden i Stockholm motsatte sig uppenbarhetsrekvisitet men anförde att nämnden inte ville motsätta sig

⁶⁹ SOU 1999:76 s. 137 ff.

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Se bl.a. SOU 1993:40 Del A s. 229

förslaget om alternativet var att frågan om grundlagsfästade av lagprövningsrätten då helt skulle få falla.⁷²

Demokratiutredningen från 2000 föreslog, för första gången sedan lagprövningsrättens kodifierande, ett slopande av rekvisitet i sin helhet. Man anförde då att tempot i det politiska beslutsfattandet ökat och att risken för att vederbörlig hänsyn inte tas till rättsstatens krav på lagenlighet och förutsägbarhet därmed kan öka. Det konstaterades att staten har skäl att utveckla säkrare system för extern tillsyn och domstolskontroll till skydd för medborgarnas rättigheter och integritet. Någon sådan ändring genomfördes emellertid som bekant inte.⁷³

3.2.2.1 Vad utgör ett ”uppenbart fel”?

Frågan berördes kort under kapitel 2.4.2. RF 11:14 2 men. föreskriver att då riksdag eller regering beslutat föreskriften, skall tillämpning underlåtas endast om felet är uppenbart. Frågan när ett uppenbart fel kan tänkas föreligga är emellertid långt ifrån besvarad. Nergelius har på denna grund gått så långt som att ifrågasätta om det överhuvudtaget finns något utrymme för domstolarna att åsidosätta lagar och förordningar. Söker man svar i motiven stöter man på motsägelsefulla uttalanden, någon vägledning i förarbeten tycks därför inte finnas.⁷⁴ Även praxis på området framstår som mycket otydlig, detta behandlas dock mer utförligt nedan.

Hur är det då med doktrinen? Vad justitierådet Bengtsson anført om saken har redan tangerats ovan. Han menar att för uppenbar grundlagsstridighet rimligen måste krävas att man inte utgår från en alltför lös grundlagsbestämmelse. Vad som krävs är visserligen inte klart menar han, men i allmänhet torde krävas att den underkända lagregeln är helt oförenlig eller åtminstone svärförenlig med grundlagens text. Lagstiftning som avsiktligt kringgår grundlagen kan dock underkännas även om den inte strider mot grundlagens ordalag. Dessutom får den troligen inte ha något som helst stöd i grundlagens motiv eller i stadgad konstitutionell praxis. Bengtsson konstaterar vidare att det inte är lätt att anse en lag uppenbart grundlagsstridig om Lagrådet vid sin granskning godtagit lagförslaget.⁷⁵ Domstolen kan konstatera att lagen är grundlagsstridig, men knappast att grundlagsstridigheten är uppenbar, efter att Lagrådet godtagit förslaget. En sådan lag skulle alltså enligt honom i princip aldrig kunna bli föremål för lagprövning enligt dagens lydelse av RF 11:14. Har Lagrådet däremot avstyrkt lagförslaget kan lagen underkännas, men säkert är det inte. Grundlagsstridigheten behöver ju trots allt inte ha varit uppenbar.⁷⁶ Mot detta argument har Nergelius uttalat att bedömningen av om uppenbar grundlagsstridighet föreligger rimligen måste ske med utgångspunkt från

⁷² Prop. 1978/79:195 Bil. 2 s. 44 f.

⁷³ SOU 2000:1 s. 250

⁷⁴ Se härom Nergelius (1996), s. 676 f.

⁷⁵ Se Bengtsson i SvJT 1987, s. 230 och SvJT 1989 s. 675

⁷⁶ Bengtsson, *Om lagrådsgranskning* (1987), s. 65

förhållandena vid tiden för prövningen, inte förhållandena innan lagen antogs. Lagrådets granskning kan ske långt innan den efterföljande domstolskontrollen, varför det inte är säkert att Lagrådet kunnat förutse alla tillämpningsproblem. Någon absolut bindande verkan för domstolarnas lagprövning, så att uppenbar grundlagsstridighet aldrig skulle kunna föreligga om Lagrådet godtagit ett förslag, kan ett lagrådsyttrande enligt Nergelius alltså inte ha.⁷⁷

Tydligt är emellertid att uppenbarhetskravet inte är klart definierat och att domstolarna därför har väldigt lite vägledning vid tillämpningen av RF 11:14. Detta i samband med den restriktiva hållning till lagprövningsrätten som förordats i förarbeten och doktrin torde utgöra grunden till varför lagprövning så sällan företas, åtminstone i fråga om lagar och föreskrifter.

3.2.2.2 Är uppenbarhetsrekvisitet förenligt med Europakonventionen - konventionsenlig tolkning snarare än lagprövning?

Nergelius menar att det inte finns någon principiell skillnad mellan normprövning av svensk norms förenlighet med EG-rätten och motsvarande prövning gentemot svensk grundlag, bortsett från att uppenbarhetskravet inte kan upprätthållas gentemot EG-rättsliga normer.⁷⁸ Detta antagande om uppenbarhetskravet stöds av uttalanden i doktrin och praxis. EG-domstolen har slagit fast principen om gemenskapsrättens obetingade företräde framför nationell lag.⁷⁹ Vid en normkonflikt mellan en svensk och en gemenskapsrättslig bestämmelse skall den gemenskapsrättsliga bestämmelsen ges företräde och det finns inte något utrymme för att tillämpa ett uppenbarhetsrekvisit. RegR har vidare funnit att en bestämmelse i ett direktiv skulle ges företräde framför en regel i en lag.⁸⁰ Mot bakgrund av att EKMR är en del av EG-rätten får frågan om normprövning och uppenbarhetskravet sin aktualitet även vid en konflikt mellan konventionen och nationella föreskrifter.⁸¹ Läget kompliceras naturligtvis ytterligare av att EKMR efter inkorporeringen gäller som lag här i landet.

EKMR har en minst sagt stark ställning i vårt rättssystem. Genom inkorporeringen 1995 är den direkt tillämplig svensk rätt, vidare har den en förankring i grundlagen genom stadgandet i RF 2:23⁸² som ger uttryck för lex superior principen och slutligen, eftersom EKMR är en integrerad del i EG-rätten, har den företräde framför svensk rätt på EG-rättslig grund. Europadomstolen har, efter ökad belastning, passerat gränsen för vad den kan hantera och den individuella klagorätten har därmed i princip urholkats. Kravet på subsidiaritet har därför accentuerats i senare års praxis. En

⁷⁷ Nergelius, SvJT 1997, s. 454

⁷⁸ Nergelius (2000), s. 136

⁷⁹ se mål 6/64 Costa/ENEL, Rec. 1964 s. 1141

⁸⁰ se RÅ 1996 ref. 50 och RÅ 1997 ref. 65

⁸¹ Holmberg/Stjernqvist/Isberg/Eliasson/Regner (2006), s. 521

⁸² RF 2:23 stadgar att lag eller annan föreskrift ej får meddelas i strid med EKMR

konsekvens av subsidiaritetsprincipen är att en nationell prövning måste gå minst så långt som Europadomstolens egen prövning. Detta innebär att svenska domstolar och myndigheter har en skyldighet att tolka och tillämpa EKMR enligt samma principer som Europadomstolen använder.⁸³ Som nämnts ovan innefattar denna prövning inte att något uppenbarhetskrav uppställs för åsidosättande av lag.

Enligt en annan populär uppfattning än den Nergelius företräder, representerad främst av Lagerqvist Veloz Roca och Strömberg, är att det vid konflikt mellan svensk norm och EG-rätten snarare förekommer lagtolkning eller lagval än lagprövning. Man menar att den omständigheten att domstolen i dessa fall inte hänvisar till RF 11:14 innebär att det inte kan ha varit fråga om lagprövning. Detta menar Nergelius hindrar emellertid inte att det i praktiken kan ha varit fråga om en slags analogisk tillämpning av lagrummet. Att domstolen inte omnämner RF 11:14 i sin dom behöver enligt honom inte, som Strömberg menar, bero på att det var uppenbart att det inte var fråga om en lagprövningssituation utan kan lika gärna ha berott på att uppenbarhetskravet i förevarande fall inte gick att tillämpa. Det kan likväl ha varit fråga om normprövning, även om det går lite utöver vad ordalagen i RF medger.⁸⁴ I enlighet med Nergelius resonemang skall alltså RF 11:14 tillämpas även vid normkonflikt mellan svensk föreskrift och EG-rättslig norm, bortsett från att man då underlåter att tillämpa uppenbarhetsrekvisitet.

Numera finns det en omfattande praxis från svenska domstolar rörande frågan om svensk rätts tillämplighet vid en konflikt med EG-rätten. Enligt GLU:s expertgrupp har i rättspraxis på området en tydlig princip växt fram. Konflikter löses inte genom lagprövning enligt RF 11:14 och uppenbarhetskravet aktualiseras inte heller eftersom principen om EG-rättens företräde inte medger något sådant krav. Domstolarna har i stället, i enlighet med vad som uttalades i förarbetena vid inkorporeringen, tolkat och tillämpat svenska bestämmelser fördragskonformt. Noterbart är att lagprövning enligt RF 11:14, vid reell konflikt mellan en nationell regel och EKMR, inte tycks ha förekommit i publicerad rättspraxis. Någon vägledning för hur lagprövningen i sådana fall skall utföras saknas alltså.⁸⁵

Ett uppmärksammat fall rörande svensk rätts förenlighet med EKMR är HD:s dom i det s.k. Åke Green-målet. Åtalet gällde hets mot folkgrupp och gärningen avsåg negativa uttalanden om homosexuella som Green framfört under en predikan. HD fann att uttalandena ansågs ha gett uttryck för missaktning av gruppen homosexuella. Förutsättningarna för brottet hets mot folkgrupp tycktes därmed vara uppfyllda. HD prövade därefter om en tillämpning av bestämmelsen om hets mot folkgrupp borde underlåtas därför att en sådan tillämpning skulle strida mot religions- och yttrandefriheterna i grundlag eller EKMR. Man fann att 2 kap. RF inte utgjorde hinder mot att Green dömdes enligt åtalet. I samband med denna prövning nämndes RF

⁸³ Crafoord, SvJT 2007, s. 63f.

⁸⁴ Nergelius (2000), s. 136 f.

⁸⁵ SOU 2007:85 s. 39 ff.

11:14 och det får därför förutsättas att lagprövning utfördes. Efter en omfattande genomgång av Europadomstolens praxis i yttrandefrihetsärenden kom HD fram till att en fällande dom med största sannolikhet skulle utgöra en kränkning av EKMR. Situationen löstes så att bestämmelsen om hets mot folkgrupp tolkades mer restriktivt än vad de svenska förarbetena gav vid handen. Vid en sådan konventionsenlig tillämpning gavs inte utrymme för en fällande dom mot Green. Åtalet ogillades därför.⁸⁶ Vid frågan, huruvida en dom mot Green enligt stadgandet i BrB skulle strida mot RF företogs alltså lagprövning men när man kom till frågan om fällande doms förenlighet med EKMR tillämpade domstolen istället konventionsenlig tolkning.

Om kravet på uppenbarhet inte kan upprätthållas gentemot EG-rättsliga normer kan man naturligtvis ifrågasätta om något sådant krav överhuvudtaget borde uppställas vid normprövning. Detta särskilt vid beaktande av att EKMR som gäller som svensk lag även är en del av EG-rätten. Detta resonemang framkommer allt starkare i debatten. Då uppenbarhetsrekvisitet inte är tillämpligt i dessa fall ser domstolarna uppenbarligen ingen annan lösning än att undvika tillämpning av RF 11:14. I SvJT från 2007 kritiserar Cameron och Crafoord det faktum att domstolarna i sin strävan att undvika konflikter med EKMR använder sig av fördragskonform tolkning istället för lagprövning och att detta i förlängningen leder till att regeln i RF 11:14 urholkas.⁸⁷

3.2.3 Återhållsamhet vid tillämpningen av RF 11:14 – Praxis

I rubriken ovan behandlades frågan om svårigheterna med att tillämpa uppenbarhetsrekvisitet och i förlängningen lagprövningsrätten i RF 11:14 i förhållande till EKMR. Som vi sett ovan saknas det i svensk rättspraxis i princip vägledning för hur normprövning skall utövas i förhållande till EKMR. Här följer en kort översikt av praxis där man uttryckligen hänvisat till RF 11:14.

Lagprövningsrätten har funnits inskriven i grundlagen sedan 1980. Normprövning enligt RF 11:14 har sedan dess tillämpats i ett flertal fall och ibland lett till åsidosättande av en ifrågasatt norm. Normprövningen har emellertid då framförallt avsett föreskrifters förenlighet med högre norm. Det dröjde fram till 1996 innan HD för första gången fann att en regeringsförordning stred mot en överordnad norm.⁸⁸ År 2000 kom ytterligare en historisk dom, HD åsidosatte då för första gången, med stöd av RF 11:14 en av riksdag beslutad lagbestämmelse.⁸⁹ Därefter har HD i ytterligare två fall valt att åsidosätta en lag.⁹⁰ Lagerqvist Veloz Roca konstaterar att domstolarna utnyttjat möjligheten i RF 11:14 att inte tillämpa

⁸⁶ NJA 2005 s. 805

⁸⁷ Se härom Cameron, SvJT 2007, s. 851 ff. och Crafoord, SvJT 2007, s. 862 ff.

⁸⁸ Se NJA 1996 s. 370

⁸⁹ Se NJA 2000 s. 132

⁹⁰ Se NJA 2004 s 299 och NJA 2005 s. 33

en norm i 19 av 50 prövade fall. I tio av dessa 19 fall har föreskriften ifråga varit en myndighetsföreskrift som stått i strid med lag eller förordning.⁹¹

Trots att normprövning förekommer och ibland även leder till åsidosättande av en norm är verkligt intressanta och vägledande lag- eller normprövningsfall alltfjämt ovanliga i svensk rättspraxis. Nergelius menar att det av allt att döma är en lång väg att gå innan svenska domstolar mer regelmässigt företar en mer ingående prövning av lagars och förordningars överensstämmelse med högre normer, när så kan vara motiverat.⁹²

3.3 Lagrådets roll och funktion

3.3.1 Möjligheter och begränsningar

Vid en genomgång av den förarbeten och lagstiftning som styr Lagrådets arbete är det svårt att anta annat än att Lagrådet skall betraktas endast som ett rådgivande organ utan faktisk makt att påverka lagstiftningen. Av stadgandet i RF 8:18 framgår att yttrande av lagrådet *bör* inhämtas i samband med viss lagstiftning⁹³ om lagen är *viktig* för enskilda eller från allmän synpunkt. Detta gäller emellertid inte om Lagrådets hörande skulle sakna betydelse eller fördröja lagstiftningsfrågans behandling så att avsevärt men skulle uppkomma. Regeringen skall emellertid inför riksdagen redovisa de skäl som legat till grund för att Lagrådets yttrande inte inhämtats. Vidare framgår att det förhållandet att Lagrådet inte hörts över ett lagförslag aldrig utgör hinder mot lagens tillämpning.

På flera ställen i förarbeten och doktrin antyds att Lagrådet inte kan ses som mer än ett remissorgan.⁹⁴ Andra föredrar benämningen juridiskt expertorgan. Vilken status Lagrådets yttranden skall tillmätas är dock oklart och har behandlats väldigt sparsamt i doktrin. Inte heller får man någon vägledning i lagstiftningen. Nergelius konstaterar att *”av det faktum att Lagrådet saknar vetorätt följer [...] att det är svårt att hävda något annat än att Lagrådets yttranden som mest kan sägas ha en konstitutionellt sedvanerättslig status som går vida utanför vanliga remissyttranden”*. Han poängterar dessutom att Lagrådet, till skillnad från remissinstanser, tar hänsyn till färdiga lagförslag och inte utredningsförslag.⁹⁵

Beträffande lagrådsgranskningens gränser konstaterar Bengtsson att tendensen på lagstiftningsområdet och i förarbetsuttalanden varit att inskränka Lagrådets befogenhet till att endast behandla juridisk-tekniska frågor. Lagrådet bör vid sin granskning inte gå in på de allmänna politiska överväganden som legat till grund för förslaget.⁹⁶ Vidare påtalar han det

⁹¹ Lagerqvist Veloz Roca (1999), s. 436 f. Undersökningen avser tidsperioden 1974 till 1998

⁹² Nergelius, JT nr. 4 2004/05, s. 857

⁹³ En uppräknning av dessa fall finns i RF 8:18 2 st.

⁹⁴ Se Prop. 1970:24 s. 35

⁹⁵ Nergelius (1996), s. 653 ff.

⁹⁶ Se SOU 1978:34 s. 262

faktum att man velat undvika en stark ställning för Lagrådet då det skulle strida mot parlamentarismens principer som innebär att endast politiskt sammansatta organ bör ha makt. Vad gäller Lagrådets inflytande på rättsläget torde detta, då yttrande inte beaktas av regeringen eller senare av riksdagen, inskränka sig till att dess ståndpunkt kan spela en roll vid lagprövning enligt RF 11:14. Vidare kan Lagrådets yttrande få betydelse i partipolitiskt kontroversiella frågor såsom ammunition åt oppositionen i riksdagsdebatten.⁹⁷

Rune Lavin som vid två tillfällen suttit som ledamot i Lagrådet har uttalat, att vad han har funnit mest nedslående under sin tid som lagrådsledamot varit när regeringen i viktiga ämnen som konstitutionella rättsprinciper, medborgerliga fri- och rättigheter och grundläggande rättssäkerhetsgarantier helt bortsett från Lagrådets åsikter och inte gjort några ändringar i kritiserade förslag. Han uttalar vidare att regeringen i dessa fall sällan kunnat presentera något rättsligt stöd för sin inställning, utan att denna haft sin grund i praktiska överväganden av politisk art. Försök från regeringen att komma förbi Lagrådets kritiska anmärkningar kunde manifesteras genom antaganden om den rättspraxis som skulle utvecklas på ett visst rättsområde eller genom att ange att Lagrådets kritik inte kunde tas upp inom ramen för det pågående lagstiftningsärendet. Han konstaterar även att benägenheten att följa Lagrådets rekommendationer skiftade bland departementen, respekten för yttrandena var störst i Justitiedepartementet och Finansdepartementet. Lavin menar att detta möjligen hänger samman med att det i dessa departement finns kvalificerad juridisk expertis som lätt kan ta till sig Lagrådets analyser och resonemang. Lavin befarar att i det svenska systemet risk föreligger, att rättsstaten kommer till korta eftersom politikerna i stor omfattning utnyttjar sin möjlighet att tillämpa och tolka grundlagsbestämmelser och vedertagna rättsprinciper på sätt som bäst tillgodoser de politiska syftena.⁹⁸

Vad beträffar kvalitén på lagrådsgranskningen har denna i mycket med Lagrådets arbetsförhållanden att göra. Arbetsbördan ökade i och med 1979 års reform samtidigt som granskningsområdet utvidgades och antalet ledamöter på varje avdelning minskade till tre. Vidare ökar arbetsbördan kring vissa tider när det är särskilt bråttom med propositionerna. Risken finns att aspekter som inte framkommer vid föredragningen också lämnas obeaktade av Lagrådet. Av tidsskäl kan det även förekomma att de ändringar som föreslås inte är mer ingripande än vad som kan anses praktiskt möjligt med hänsyn till tidsschemat. Att lagrådsgenomgången resulterar i en genomgripande omarbetning av ett lagförslag förekommer alltså, men detta hör till undantagen och det beror enligt Bengtsson knappast på att förslagen från teknisk synpunkt blivit bättre än förr.⁹⁹

⁹⁷ Bengtsson, FT 1984, s. 191 f.

⁹⁸ Lavin, *Lagrådet och den offentliga rätten 1999-2001* (2001), s. 155 ff.

⁹⁹ Bengtsson, FT 1984, s. 193 f.

3.3.2 Borde Lagrådet ha en vetorätt?

Liknande förslag har framförts både i doktrin och förarbeten.¹⁰⁰ Enligt Nergelius framstår Lagrådet som ett organ väl lämpat för en sådan uppgift. Han hänvisar till att det är ett permanent organ med i grundlagen angivna uppgifter som varken lyder under riksdag, regering eller domstolarna och dess ledamöter består så gott som uteslutande av verksamma eller före detta justitie- och regeringsråd. Huruvida detta vore ett bra sätt att stärka det svenska rättighetskyddet på eller ej menar han beror på bedömningen av om normprövning bäst sker genom förhandskontroll av lagförslag eller genom efterhandsgranskning av redan antagna lagar. Vidare ifrågasätter han om Lagrådet verkligen skulle förmå axla det ansvar en vetorätt skulle innebära.¹⁰¹

Idén stöter ofta på starkt motstånd. Lavin är trots sina besvikelser från tiden som lagrådsledamot emot idén om vetorätt. Enligt honom måste behovet av en vetorätt bedömas mot bakgrund av hur ofta uppenbara motsättningar mellan regeringen och Lagrådet egentligen uppkommit och i vilka slags frågor detta kommit att ske.¹⁰² Enligt honom förekommer dessa motsättningar inte tillräckligt ofta för att legitimera införandet av en vetorätt.

Regeringsrådet Sten Heckscher tror snarare på en förbättring av Lagrådets arbetsvillkor. Han menar att lagrådsgranskningen i realiteten är så gott som obligatorisk på viktiga områden. Heckscher påpekar dessutom att Lagrådet inte alltid har obestriddigt rätt och att kvalitén skiljer sig åt mellan olika Lagråd. Lagrådet vet till följd av sin sammansättning ibland mer och ibland mindre om de frågor det har att hantera. Att regeringen ibland intar en annan ståndpunkt än Lagrådet behöver ju inte betyda att regeringen har fel.¹⁰³

Bengtsson ser diskussionen om en möjlig vetorätt som ett utslag av tendensen att söka finna en motvikt till den politiska makten i något organ sammansatt av jurister. Andra förslag har gällt en förstärkt lagprövningsrätt eller införandet av en författningsdomstol. Han konstaterar att inget av dessa alternativ skulle stämma överens med ideologin bakom 1979 års regler om Lagrådet eller RF i övrigt. Som motståndare till en utvidgad lagprövning menar han emellertid att en vetorätt för Lagrådet skulle vara att föredra framför andra nämnda alternativ. Förslaget har dels fördelen att en vetorätt inte är lika betänkelig från rättssäkerhetssynpunkt; man ogiltigförklarar inte en lag som medborgarna förlitar sig på, utan hindrar att den någonsin träder i kraft. Han menar dessutom att det inte är lika skadligt för riksdagen och lagars anseende om man stoppar ett lagförslag innan riksdagen beslutat i frågan, som om man skulle underkänna en lag som riksdagsmajoriteten godkänt.¹⁰⁴

¹⁰⁰ Se t.ex. KU 1986/87:17 s. 14 ff.

¹⁰¹ Nergelius, SvJT 1997, s. 454 ff.

¹⁰² Lavin (2001), s. 159

¹⁰³ Heckscher, SvJT 2007, s. 799

¹⁰⁴ Bengtsson, *Om lagrådsgranskning* (1987), s. 68

3.4 Frågan om en författningsdomstol

Tanken om inrättandet av en svensk författningsdomstol är knappast ny. Frågan har tagits upp vid ett flertal tillfällen i olika fri- och rättighetsutredningar. I doktrinen är frågan emellertid sparsamt behandlad och det är främst på senare tid som den fått verklig aktualitet.

Redan innan införandet av lagprövningsrätten i grundlagen diskuterades frågan om en författningsdomstol. I ett betänkande från 1963 övervägdes, att efter mönster från vissa andra länder föreslå inrättandet av en speciell författningsdomstol. Författningsutredningen avvisade dock tanken med hänvisning till att en sådan ordning skulle vara främmande för svensk och nordisk rättstradition.¹⁰⁵ I Fri- och rättighetsutredningen från 1975 behandlades frågan åter och några remissinstanser ställde sig positiva till en sådan ordning. Juridiska Fakulteten vid Lunds universitet anförde att om lagprövningsrätten skall fylla sin avsedda funktion måste den anförtros åt en central prövningsinstans med högt kvalificerad sammansättning och stark auktoritet. En författningsdomstol skulle kunna bestå av dels ett antal framstående domare, dels lika många, av riksdagen valda, ledamöter. En domstol med den sammansättningen skulle, enligt remissinstansen ha tillräcklig auktoritet för att kunna utöva lagprövningsrätten. Man menade att man genom att anförtro en prövning av på en gång rättslig och politisk innebörd åt en instans, som kan väntas åtnjuta både domstolarnas och riksdagens förtroende, knappast kunde möta några större betänkligheter. Genom att frågor om lagars och förordningars grundlagsenlighet hänskjuts till en författningsdomstol befrias de vanliga domstolarna från en obehaglig uppgift, och förvaltningsmyndigheterna, som står i ett principiellt lydadsförhållande till regeringen, slipper en ännu obehagligare uppgift. Ytterligare en fördel skulle vara att garantier uppnås för en enhetlig och konsekvent rättstillämpning i frågor om författningsgrundlagsstridighet.¹⁰⁶ En sådan ordning ansågs emellertid inte lämpligt. Man avfärdade tanken med hänvisning till att *”ett sådant system är helt främmande för svensk författningstradition och låter sig dessutom svårligen förena med kravet att en fri- och rättighetsreglering inte får innebära att politisk makt förs över till icke politiska organ.”*¹⁰⁷ Även rättighetsskyddsutredningen från 1978 anslöt sig till denna mening. Man anförde att rättighetsskyddet inte får utformas på ett sådant sätt att det ger upphov till förskjutningar i det vanliga politiska maktsystemet. Mot bakgrund av detta skulle ett system med en författningsdomstol sakna varje aktualitet. Även här framhöll man att ett sådant system skulle vara främmande för svensk rättstradition.¹⁰⁸

Knappt tio år efter det att lagprövningsrätten inskrevs i grundlagen upptogs frågan om en författningsdomstol ånyo till diskussion, denna gång i

¹⁰⁵ SOU 1963:17 s. 156

¹⁰⁶ Prop. 1975/76:209 s. 206

¹⁰⁷ Ibid., s. 91

¹⁰⁸ Prop. 1978/79:195 s. 41

folkstyrelsekommittén. Utredningen avvisade förslaget att uttala sig positivt om inrättandet av en författningsdomstol och att närmare beröra en sådans sammansättning, kompetens och arbetsmetod. Detta kritiserades av Björck som uttalade att utvecklingen i Sverige på fri- och rättighetskyddsområdet ingav betänkligheter. Han menade att medborgarna stod i ett klart underläge gentemot samhället då lagprövningsrätten i praktiken kommit att sakna betydelse och att föra talan vid Europadomstolen är tidsödande, komplicerat och kostsamt. Han efterlyste därför en allsidig och inträngande utredning angående frågan om en författningsdomstol, dess kompetens, sammansättning och verksamhet.¹⁰⁹ I Fri- och rättighetsutredningen från 1993 diskuterades frågan i något större utsträckning än tidigare men inte heller denna gång framlades något förslag på inrättande av en författningsdomstol. Mot en sådan ordning anförde man i mycket samma skäl som tidigare men dessutom uttalades att en annan komplikation med en ordning där domstolar och myndigheter skulle vara tvingade att hänskjuta alla frågor om normkontroll till en författningsdomstol skulle vara att detta sannolikt skulle medföra en avsevärd fördröjning med avseende på avgörandet av de mål eller ärenden där en sådan fråga uppkommit. Utredningen menade att det inte är av någon avgörande betydelse vilken instans eller typ av domstol som utför lagprövningsuppgiften utan att det viktiga är vilket utrymme som lämnas åt dessa instanser att agera inom.¹¹⁰ Nästa gång frågan om en författningsdomstol kom att diskuteras i reformarbetet var i grundlagsutredningen som tillkallades 2004. Vad de kom fram till presenteras emellertid i kapitlet nedan.

Det politiska motståndet mot inrättandet av en författningsdomstol kan och bör ifrågasättas. Detta gör Franzén som undrar vad det är man är rädd för. Han menar att det inte är tal om att en författningsdomstol skall tävla med riksdag och regering i grenen lagstiftningskompetens, utan snarare om tolkning och tillämpning av grundlag och andra lagar och föreskrifter som berör de medborgerliga fri- och rättigheterna. Franzén frågar sig om man verkligen bedömer dessa regler vara, eller i fortsättningen kunna bli, så tänjbara och försedda med så vida politiska uttydningsmarginaler, att försök att åstadkomma en enhetlig och någorlunda tillförlitlig tolkningspraxis måste ses som ett hot mot landets demokrati? Han menar att detta är svårt att tro och att andra ställningstaganden, som inte öppet redovisas, måste ligga till grund för motståndet. Franzén framhåller att det är och förblir en skenlösning att överlåta prövningen av lagars och föreskrifters förenlighet med grundlag på domstolar och organ som från början inte är tillskapta för sådana funktioner.¹¹¹

Mot ett inrättande av en författningsdomstol talar enligt många det som redan omnämnts så många gånger i reformarbetet, nämligen att en sådan ordning skulle vara ett artfrämmande inslag i vår rättstradition och att ett sådant system är svårt att förena med kravet på att politisk makt inte överförs till icke politiska organ. En annan invändning är att en sådan

¹⁰⁹ SOU 1987:6 s. 253 f., 283

¹¹⁰ SOU 1993:40 Del A s. 227 f.

¹¹¹ Franzén, *Om behovet av en svensk författningsdomstol* (1994), s. 13 f.

ordning har en mer naturlig plats i federala stater där någon måste lösa kompetenskonflikter mellan det nationella och det regionala. Ytterligare en orsak till att använda sig av en sådan särskild kontrollinstans är i många länder den historiska bakgrunden. Stater med ett totalitärt förflutet har särskilda skäl för ett effektivt rättighetsskydd. Dessa två grunder, menar man, är inte aktuella i Sveriges fall. Ett annat argument mot en författningsdomstol är att en sådan skulle riskera att underminera Lagrådets roll i lagstiftningsprocessen vilket skulle kunna leda till sämre kvalitet på lagstiftningen.¹¹²

Något som man skulle kunna se som ett problem med dagens normprövning är att det i Sverige endast existerar konkret normprövning. Det innebär att kontroll av norms grundlagsenlighet endast kan förekomma då frågan aktualiseras i en domstolsprocess. Abstrakt normprövning är ett vanligt inslag i flera andra länders normkontrollsystem. Är det då att betrakta avsaknaden av möjligheten till abstrakt prövning som ett problem?

Frågan huruvida det föreligger en rätt till abstrakt normprövning eller ej väcktes för inte så länge sedan i ett uppmärksammat fall. I det s.k. ”Unibet-målet” väckte två spelbolag inom Unibetkoncernen talan mot svenska staten och ville bland annat få prövat om lotterilagens regler verkligen överensstämmer med EG-rätten. Såväl tingsrätt som hovrätt avslog Unibets krav, med hänvisning till att det inte förelåg något konkret rättsförhållande mellan företaget och svenska staten i saken, endast den som själv är berörd i ett visst fall kan således begära lagprövning. Unibet överklagade till Högsta domstolen, som vände sig till EG-domstolen med frågor om de svenska processreglerna på detta område är förenliga med EG-rätten. I sitt förhandsavgörande fastslog domstolen att EG-rätten inte ställer några krav på abstrakt normprövning, så länge enskilda har en praktisk möjlighet att få till stånd en normprövning på annat sätt, som inte är mindre förmånlig än enligt nationell rätt.¹¹³ Den slutsats man kan dra är alltså att det enligt EG-rätten inte föreligger något generellt krav på att medlemsstaternas rättsordningar skall tillåta abstrakt domstolsprövning, åtminstone inte vad gäller nationella föreskrifters förenlighet med EG-rätten.

Frågan om avsaknaden av möjligheten till abstrakt normprövning har i princip inte behandlats i debatten och måste tolkas som att man inte anser detta utgöra något större problem.

¹¹² Heckscher, SvJT 2007, s. 806 f.

¹¹³ NJA 2005 s. 764 och EG-domstolens dom den 13 mars 2007 (mål C-432/05)

4 Ett förstärkt konstitutionellt rättighetsskydd – ny reglering på området föreslås

4.1 Inledning

I juli 2004 tillkallades en kommitté, i fortsättningen kallad Grundlagsutredningen, med uppgift att göra en samlad översyn av Regeringsformen. Arbetet skulle framför allt koncentreras och inriktas på att stärka och fördjupa den svenska folkstyrelsen, att öka medborgarnas förtroende för demokratins funktionssätt samt att höja valdeltagandet. Grundlagsutredningen gavs vida ramar för sitt arbete och var i princip oförhindrad att ta upp alla frågor som kan anses falla inom ramen för de frågeställningar som Grundlagsutredningen hade i uppdrag att se över. Att genomföra någon total författningsreform var det dock inte tal om.

Bakgrunden till tillkallandet av en grundlagsutredning var att vår författning nu fyllt trettio år och att ramarna för vår demokrati förändrats på många sätt. Man hänvisar i direktivet bland annat till den fortsatta globaliseringen och snabba teknikutvecklingen samt till att Sverige nu är ett land med etniskt och kulturellt mångfald. Genom medlemskapet i EU har ännu en nivå för samhällsstyrning tillkommit. En del av de beslut som tidigare fattades av svenska organ fattas nu inom ramen för EU. Svenska institutioner måste också i många fall samverka med EU:s institutioner.

En av Grundlagsutredningens uppgifter var att utreda frågor om lagprövning och om det finns ett behov av en författningsdomstol. Utredningen skulle i huvudsak ägna sig åt att belysa det s.k. ”uppenbarhetsrequisitet” RF 11:14 samt Lagrådets roll och ställning. Mot denna bakgrund tillsattes våren 2006 en expertgrupp bestående av jurister och statsvetare. Gruppens uppgift var att ta fram förslag på olika modeller för normkontroll.¹¹⁴ Expertgruppens arbete redovisades i SOU 2007:85.

Grundlagsutredningens arbete har nu avslutats. Betänkandet En reformerad grundlag (SOU 2008:125), som överlämnades till justitieministern i december 2008, är ute på remiss hos myndigheter och organisationer.

Anledningen till att Expertgruppens förslag och Grundlagsutredningens förslag presenteras separat är att det finns en stor diskrepans mellan förslagen och att det är intressant att se var skillnaderna ligger.

¹¹⁴ Dir. 2004:96

4.2 Expertgruppen

4.2.1 Inledning

Som nämnts ovan hade Expertgruppen i uppgift att belysa ”uppenbarhetsrekvisitet” i RF 11:14, Lagrådets roll och ställning samt det eventuella behovet av en författningsdomstol i Sverige. Vad man kom fram till i Expertgruppen låg sedan till grund för Grundlagsutredningens förslag som presenterades i SOU 2008:125.

Efter en genomgång av flera modeller för ökad normkontroll kom man fram till tre olika alternativ för ändrad normkontroll, baserade på kombinationer av de olika modellerna. Exempelen på ändrad normkontroll presenterades i ett minimalalternativ, ett mellanalternativ och ett maximalalternativ, dessa presenteras kort nedan.

4.2.2 Minimalalternativet

Lagrådets granskning blir obligatorisk genom att ”bör-regeln” i RF 8:18 ersätts av en ”ska-regel”. Det s.k. ”viktighetskriteriet” i andra stycket första meningen tas bort, vilket minskar möjligheterna att göra undantag från att höra Lagrådet.

Uppenbarhetskravet i RF 11:14 tas bort beträffande föreskrifter som utfärdats av regeringen.

Det skapas en möjlighet för domstolar att ”hissa” lagprövningsfrågor direkt till Högsta domstolen respektive Regeringsrätten. Systemet föreslås utformas så att det liknar vad som gäller vid inhämtande av förhandsbesked från EG-domstolen.¹¹⁵

4.2.3 Mellanalternativet

Lagrådets granskning ändras på samma sätt som i minimalalternativet. Utöver det förstärks Lagrådets kansli med juridiskt biträde.

Uppenbarhetskravet avskaffas helt. Prövningsrätten avseende lagar och regeringsföreskrifter skulle uteslutande tillkomma domstolarna och inte längre kunna utövas av andra offentliga organ. En ”hissmöjlighet” införs i lagprövningsfrågor på samma sätt som i minimalalternativet.

En begränsad möjlighet till abstrakt normprövning införs för enskilda. Enskild som anser sig drabbad av t.ex. en lag ges möjlighet att föra fristående talan i domstol för att slippa bli drabbad av ett ingripande enligt lagen.

¹¹⁵ SOU 2007:85 s. 90 ff.

Högsta domstolen och Regeringsrätten slås samman och bildar en högsta domstol som prövar alla mål som släpps upp från allmänna domstolar och förvaltningsdomstolar. En särskild kammare med uppgift att pröva främst lagprövningsfrågor inrättas i den sammanslagna domstolen.¹¹⁶

4.2.4 Maximialternativet

I tillägg till vad som föreslås angående Lagrådets granskning i minimi- och mellanalternativet skulle bestämmelsen i RF 8:18 om att underlåtenhet att höra lagrådet aldrig utgör hinder mot lagens tillämpning tas bort. Detta skulle medföra att hanteringen av lagrådsfrågan skulle kunna bli föremål för lagprövning.

Uppenbarhetskravet i RF 11:14 avskaffas helt.

En författningsdomstol inrättas. Författningsdomstolen sammankallas ad hoc för prövning. Ledamöterna har kvar sina ordinarie uppdrag vid sidan av tjänstgöringen i författningsdomstolen. Normprövningen är i huvudsak konkret och kommer till stånd genom att en domstol hänskjuter frågan till författningsdomstolen. Abstrakt normprövning tillåts i begränsad utsträckning, se om detta i mellanalternativet. Som regel tillåts inte s.k. författningsbesvär över enskilda myndighetsbeslut. Författningsdomstolen ges inte behörighet att upphäva bestämmelser.¹¹⁷

Som skäl för att inrätta en författningsdomstol, med följderna att normprövningen centraliseras, anför Expertgruppen en rad argument. Man menar att normprövningen för tillfället inte har en tillräckligt framträdande roll i de ordinarie domstolarnas verksamhet. De ordinarie domstolarna skulle i och med en särskild författningsdomstol befrias från en uppgift som de möjligen ibland drar sig för att utföra. Genom ett särskilt organ för grundlagsfrågor skulle dessa prövas med högsta tänkbara kompetens och denna inrättning skulle på ett mer symboliskt sätt markera att dessa frågor tas på allvar. Vidare anför man att prövningen kan ha sådana politiska inslag att särskild kompetens kan vara motiverad samtidigt som man undviker att de ordinarie domstolarna tar skada av att bli alltför indragna i politiska stridfrågor. Man menar att detta problem skulle kunna bli särskilt tydligt i det fallet att uppenbarhetsrekvisitet tas bort och lagprövningen i större utsträckning än nu skulle komma att handla om de avvägningar riksdagen skall göra enligt RF 2:12 vid rättighetsbegränsande lagstiftning.¹¹⁸

¹¹⁶ SOU 2007:85 s. 94 ff.

¹¹⁷ Ibid., s. 97 ff.

¹¹⁸ Ibid., s. 71 ff.

4.3 Grundlagsutredningens förslag

4.3.1 Inledning

De alternativ Expertgruppen föreslog och som presenterats ovan var som tidigare nämnts endast ett underlag för Grundlagsutredningens slutliga förslag till regeringen. Grundlagsutredningen har föreslagit att ändringarna skall träda i kraft den 1 januari 2011.

4.3.2 Principiella utgångspunkter

Grundlagsutredningen anger inledningsvis de principiella utgångspunkter som legat till grund för deras överväganden. Man anger att utredningens direktiv anger gränserna för deras överväganden och att det framgår att utredningsuppdraget inte omfattar de grundläggande principer för statskicket som slås fast i 1 kap. Regeringsformen. Härav framgår att statskicket är demokratiskt och att riksdagen med hänvisning till principen om parlamentarismen är det obestridligt högsta statsorganet.

Lagprövningens kärna är att ett rättstillämpande organ har kompetens att underlåta att tillämpa en av riksdagen antagen lag på den grunden att lagen står i strid med grundlagen. Frågan om detta är ett acceptabelt undantag från riksdagsmajoritetens beslutanderätt har länge diskuterats. De två tankelinjer som argumenten huvudsakligen brukar följa presenteras nedan.

Betoning på folksuveräniteten:

Riksdagen är folkets främsta företrädare. Riksdagen är bunden av regeringsformen och dess beslutandemakt begränsad av bl.a. bestämmelserna om grundläggande fri- och rättigheter. En judiciell överprövning av riksdagens beslut är, enligt den här åskådningen, principiellt svår att förena med tanken om folksuveränitet då politiskt beslutsfattande förs över från folkvalda organ till domstolarna. En del av politiken görs då oåtkomlig för normalt politiskt ansvarsutkrävande. Det är alltså riksdagen, och inte domstolarna, som skall avgöra om en lag är förenlig med grundlagen. För att fri- och rättigheterna skall få ett tillräckligt skydd krävs det dock att det i speciella situationer finns möjlighet till lagprövning. Detta får emellertid inte utgöra ett normalt inslag i rättssystemet.

Samspel mellan folksuveränitet och rättsstat:

Även här betonas vikten av att principen om folksuveränitet upprätthålls. Enligt det här synsättet måste det emellertid finnas bestämmelser som garanterar den demokratiska beslutsprocessen och grundläggande fri- och rättigheter för individen. En demokrati förverkligas bättre om riksdagsmajoritetens makt inte är oinskränkt i sådana frågor och om

demokratien är uppbyggd av fler beståndsdelar än att en majoritet i parlamentet får bestämma.¹¹⁹

4.3.3 Föreslagna förändringar

Förhandskontrollen

I syfte att markera betydelsen av Lagrådets granskning föreslås vissa förändringar i regeringsformen. Lydelsen i RF 8:18 st. 2 ändras så att yttrande från Lagrådet ”ska inhämtas” i stället för ”bör inhämtas” rörande lagförslag som faller inom det s.k. granskningsområdet. Granskningsområdet tydliggörs och vikten av lagrådets granskning markeras genom att det s.k. viktighetskriteriet tas bort. Vidare föreslås att Lagrådets kansli förstärks med juridisk kompetens, t.ex. genom att en eller flera föredragande knyts dit. Hanteringen skall även i förstsättningen inte kunna bli föremål för lagprövning.¹²⁰

Efterhandskontrollen

Enligt Grundlagsutredningen är en grundprincip att lagprövningen skall vara konkret, d.v.s. begränsad till fall då frågan om en lags oförenlighet med grundlag uppkommer i samband med att ett specifikt tillämpningsfall skall avgöras i domstol eller en förvaltningsmyndighet. Endast parterna i målet berörs formellt av prövningsbeslutet. Det rättstillämpande organet kan i det enskilda fallet underlåta att tillämpa en viss lagbestämmelse. Domstolen kan däremot inte upphäva eller på annat sätt begränsa lagregelns generella tillämpning. Prövningen skall alltså, liksom idag, vara begränsad till konkreta tillämpningsfall.

Man anför att lagprövningen utgör en betydelsefull beståndsdel i ett normkontrollsystem där det, trots olika former av förhandskontroll, kan uppkomma fall av oförenlighet mellan lag och grundlag. Kravet på uppenbarhet i RF 11:14 framstår enligt utredningen som ett krav som är svårt att applicera på den prövning som skall göras i olika rättstillämpningsformer och därmed svårtillämpat. Man hänvisar framförallt till att kravet kan vara svårt att förena med de åtaganden som följer av Europakonventionen som är inkorporerad i svensk lag. Uppenbarhetskravet kan riskera att leda till att konventionen inte följs. Grundlagsutredningen föreslår därför att uppenbarhetsrekvisitet helt tas bort. I stället införs en erinran om att grundsatserna om folksuveränitet och lagbundenhet, med dess princip om normhierarki, särskilt skall beaktas vid lagprövning av föreskrifter beslutade av riksdagen¹²¹

Angående inrättandet av en författningsdomstol anför följande:

¹¹⁹ SOU 2008:125 s. 374 ff.

¹²⁰ Ibid., s. 377 ff.

¹²¹ Ibid., s. 379 ff.

”I Sverige har frågan om inrättandet av en författningsdomstol aktualiserats i olika grundlagsstiftningsärenden. Invändningar mot idén har framför allt gått ut på att ett sådant system har ansetts som svårt att förena med ett krav på att politisk makt inte ska överföras till icke politiska organ. Det har också bl.a. framhållits att en författningsdomstol skulle vara främmande för det svenska rättssystemet och att det i sig inte är av avgörande betydelse vilket organ som utför lagprövningen. Det viktiga är i stället hur lagprövningsrätten utformas.”¹²²

Något förslag om att koncentrera normprövningen till något särskilt organ eller någon särskild instans lämnades således inte.¹²³

4.4 Sammanfattande kommentar

Som framgår ovan är det inte stora förändringar det är tal om i det fall Grundlagsutredningens förslag antas. I och med att ”ska-regeln” införs och det s.k. ”viktighetskriteriet” tas bort i RF 8:18 kommer Lagrådets granskning med största sannolikhet att öka. Sloandet av ”uppenbarhetskravet” i RF 11:14 kommer rimligen öka domstolarnas benägenhet att utöva normprövning, om än i begränsad utsträckning med tanke på den väldiga återhållsamhet med vilken institutet tillämpats fram tills nu. Klart står att det även i framtiden saknas möjlighet till abstrakt normprövning.

Vad gäller möjligheten att inrätta en författningsdomstol i Sverige har Grundlagsutredningen varit synnerligen sparsam med förklaringar till varför ett sådant förslag inte förs fram. Expertgruppens alternativ behandlas inte mer än att man hänvisar till att Expertgruppen föreslår hur en svensk författningsdomstol skulle kunna konstrueras. Grundlagsutredningen hänvisar till de invändningar som tidigare anförts mot idén.¹²⁴ Några egna funderingar kring frågan lyser dock med sin frånvaro. Man får anta att Grundlagsutredningen delar åsikten att ett system med en författningsdomstol är svårt att förena med ett krav på att politisk makt inte skall överföras till politiska organ och att en författningsdomstol skulle vara främmande för det svenska rättssystemet.

Grundlagsutredningen anger de principiella utgångspunkter som legat till grund för deras utredningsuppdrag och förslag. Tydligt är att den valt att basera sina förslag på den tankelinje som ovan under avsnitt 5.3.2 kallas *Betoning på folksuveränitet*. Enligt denna tankelinje är det, för att de grundläggande fri- och rättigheterna skall få ett tillräckligt skydd, viktigt att det finns någon slags efterhandskontroll men att denna kontroll inte får utgöra ett normalt inslag i rättssystemet.¹²⁵ Även om uppenbarhetskravet tas bort kommer domstolar med största sannolikhet att inta en restriktiv ställning i förhållande till normprövningsrätten och då någon möjlighet till

¹²² SOU 2008:125 s. 373

¹²³ Ibid., s. 382

¹²⁴ Ibid., s. 373

¹²⁵ Ibid., s. 376

abstrakt normprövning dessutom inte införs har man försäkrat att efterhandskontrollen inte utgör ett normalt inslag i rättssystemet.

Efter att först ha tagit del av Expertgruppens förslag där man tog ut svängarna på ett, med svenska mått mätt, modigt och uppfriskande sätt var det minst sagt en besvikelse att läsa Grundlagsutredningen rapport. De hade enligt direktivet alla möjligheter att föreslå verklig förändring och att modernisera och förstärka det konstitutionella rättighetskyddet. Det är svårt att inte känna att de inte tillvaratagit sitt mandat och att utredningen i själva verket var ett spel för gallerierna.

5 Avslutande reflektioner

Syftet med denna uppsats var att få en överblick över det konstitutionella rättighetsskyddet, att belysa vissa brister samt att ifrågasätta om det svenska systemet för rättighetskontroll är tillräckligt starkt. Vid en närmare granskning av de viktigaste instrumenten för rättighetsskydd och den debatt som förts kring systemets utformning och praktiska verkan har flera ”luckor” uppdragats. Den största bristen verkar framförallt bestå i en svag för- och efterhandsgranskning av lagarna.

Den kritik som riktats mot Lagrådets förhandsgranskning av lagförslag har bl.a. gällt dess inskränkta inflytande på rättsläget. Som visats ovan föreligger det ingen skyldighet för normgivande organ att beakta de invändningar Lagrådet kan tänkas ha mot ett lagförslag. Då ett yttrande inte beaktas av regeringen eller riksdagen torde detta endast kunna få betydelse vid lagprövning eller som ammunition åt oppositionen i partipolitiskt kontroversiella frågor i riksdagsdebatten. Som framgått av olika utredningar och uttalanden i doktrin framstår det emellertid som ytterst sällsynt att man helt bortser från Lagrådets ställningstaganden vad gäller viktiga frågor rörande grundlagsenlighet och medborgerliga fri- och rättigheter. Frågan om en vetorätt har flera gånger varit ämne för diskussion men förslaget verkar aldrig riktigt vinna gehör. Rune Lavin, som själv suttit som ledamot i Lagrådet, menar att frågan om en vetorätt måste avgöras mot bakgrund av hur ofta viktiga invändningar från Lagrådets sida faktiskt helt förbises. Enligt Lavin, och flera med honom, sker detta inte tillräckligt ofta för att frågan verkligen skall aktualiseras. Jag är benägen att hålla med på denna punkt, kanske utgör Lagrådets avsaknad av reell makt inte en grund för rättsosäkerhet. Detta är emellertid naturligtvis något som kan komma att förändras och spørsmålet kan därför få förnyad aktualitet i framtiden.

En annan del av kritiken mot Lagrådet hänför sig till den ibland bristfälliga kvalitén på granskningen. Att granskningen inte utförs i tillräcklig omfattning är naturligtvis en allvarlig invändning och kan få till följd att lagförslag med känsligt innehåll p.g.a. tidsbrist eller för stor arbetsbörda lämnas utan anmärkning. Frågeställningen huruvida den förhandskontroll som vi har idag kan bestå utan att utgöra en brist i det konstitutionella rättighetsskyddet kan enligt min mening besvaras endast i ljuset av hur efterhandskontrollen är utformad. Som påpekats av exempelvis Nergelius kan man omöjligen vid antagandet av ett lagförslag förutse alla framtida tillämpningsproblem. Vidare måste man ta hänsyn till att alla lagförslag inte går genom Lagrådet och att de lagförslag som går igenom kontrollen kanske inte får den behandling de förtjänar. En förutsättning för att bibehålla dagens utformning av förhandskontrollen är alltså en väl fungerande och effektiv efterhandskontroll av lagarna.

Med efterhandskontroll avses för Sveriges del den normprövningsrätt som enligt RF 11:14 tillerkänns domstolar och myndigheter. Kraftig kritik har

riktats mot det uppenbarhetsrequisit som i paragrafen uppställs för att underlåta tillämpningen av en lag eller en förordning. Kritiken hänför sig framförallt till osäkerheten kring tillämpningsmöjligheten. Det är minst sagt oklart vad som utgör ett *uppenbart* fel och bestämmelsen leder därmed i praktiken i princip aldrig till åsidosättande av en lag eller förordning. Vidare har rekviritet kritiserats såsom oförenligt med EG-rätten. Något sådant krav kan enligt gemenskapsrätten inte uppställas gentemot EG-rättslig norm. Detta läge kompliceras ytterligare av att EKMR sedan inkorporeringen inte endast gäller som EG-rättslig norm utan även såsom svensk lag. På grund av detta har domstolarna i fall av konflikt mellan svensk bestämmelse och EG-rättslig norm känt sig nödgade att vidta andra åtgärder än att tillämpa normprövningsrätten. En praxis av konventionsenlig- eller fördragskonform tolkning har därför växt fram där normprövning egentligen skulle ha företagits, detta leder till en urholkning av bestämmelsen. Varje gång man prövar svensk norms förenlighet med de grundläggande fri- och rättigheterna i RF 2 kap. måste man samtidigt ta hänsyn till EKMR då den stadgar i princip samma rättigheter med den skillnaden att här inte kan uppställas något krav på uppenbarhet. Som man kan se befinner sig domstolarna här i en omöjlig situation.

Det är emellertid inte endast uppenbarhetskravet som är anledningen till att lagprövningsrätten så sällan utövas. Anledningen är snarare rekviritet i kombination med det massiva motståndet både i doktrin och i förarbeten mot en stark normprövningsrätt. Utgångspunkten har varit att tillämpningen skall ske restriktivt då det främst ankommer på riksdagen att avgöra huruvida en norm står i överensstämmelse med överordnad norm eller ej. Inför tillkomsten av RF 11:14 uttalade KU att riksdagens tillämpning av ett visst grundlagsstadgande måste respekteras så länge det håller sig inom ramen för en möjlig tolkning av bestämmelsen ifråga. Liknande uttalanden som torde vara orsaken till domstolarnas ovilja att tillämpa institutet har gällt att det är så osannolikt att det vid normgivningen skulle förekomma grova formfel eller andra uppenbara åsidosättanden av grundlagen att lagprövningsrätten därför skulle få ringa eller ingen praktisk betydelse. Vidare anges i förarbetena att det är svårt att föreställa sig att riksdagen skulle fatta beslut som uppenbart skulle kränka skyddet för de grundlagsskyddade fri- och rättigheterna i andra situationer än rena krislägen. Vissa motståndare mot lagprövningsrätten har gått så långt som att säga att normprövning utövad av domare är artfrämmande för demokratiska system då politisk makt överförs till icke politiska organ.

Det förhållandet att det finns brister i förhandskontrollen av lagförslag och att normprövningsrätten då den utförs, främst p.g.a. det högt ställda kravet på uppenbarhet, sällan leder till åsidosättande av lag eller förordning innebär enligt min mening att det i dagens läge finns oacceptabla brister i det konstitutionella rättighetsskyddet. Detta konstaterande föranleder frågan på vilket sätt man kan förstärka det konstitutionella rättighetsskyddet. För att besvara denna fråga skall vi först och främst ta en titt på det aktuella reformarbetet på området. Under kapitlet ovan presenterades Grundlagsutredningens arbete. Till utredningens hjälp tillsattes en

Expertgrupp som efter en grundlig utredning kom med förslag av varierande långtgående art. I det s.k. ”minimialalternativet” föreslog man att lagrådets granskning blir obligatorisk genom att ”bör-regeln” ersätts av en ”ska-regel” och att det s.k. ”viktighetskriteriet” tas bort vilket minskar möjligheterna att göra undantag från att höra Lagrådet. Uppenbarhetsrekvisitetet slopas och det skapas en möjlighet för domstolar att ”hissa” lagprövningsfrågor direkt till HD respektive RegR. I det mer långtgående ”maximialalternativet” föreslogs i tillägg till vad som föreslagits i ”minimialalternativet” att bestämmelsen i RF 8:18 om att underlåtenhet att höra lagrådet aldrig utgör hinder mot lagens tillämpning tas bort samt att Lagrådets kansli förstärks med juridiskt biträde. Vidare föreslogs inrättandet av en författningsdomstol, i förslaget angavs dessutom hur en sådan domstol skulle organiseras och arbeta i praktiken.

Grundlagsutredningen hörsammade vissa av Expertgruppens förslag, bl.a. avseende införandet av en ”ska-regel” och slopandet av ”viktighetskriteriet” i RF 8:18. Vidare föreslås att Lagrådets kansli förstärks med juridisk kompetens. Beträffande lagprövningen anförde GLU att den utgör en betydelsefull beståndsdel i ett normkontrollsystem där det, trots olika former av förhandskontroll, kan uppkomma fall av oförenlighet mellan lag och grundlag. GLU föreslår att uppenbarhetsrekvisitetet ersätts av en erinran om att grundsatserna om folksuveränitet och lagbundenhet, med dess princip om normhierarki, särskilt skall beaktas vid lagprövning av föreskrifter beslutade av riskdagen. Prövningen skall emellertid, liksom idag, vara begränsad till konkreta tillämpningsfall. Beträffande Expertgruppens förslag på att inrätta en författningsdomstol tar GLU i princip ingen hänsyn till förslaget utan hänför istället endast till att:

”Invändningar mot idén har framför allt gått ut på att ett sådant system har ansetts som svårt att förena med ett krav på att politik makt inte ska överföras till icke politiska organ. Det har också bl.a. framhållits att en författningsdomstol skulle vara främmande för det svenska rättssystemet och att det i sig inte är av avgörande betydelse vilket organ som utför lagprövningen. Det viktiga är i stället hur lagprövningsrätten utformas.”

De två sista meningarna är tagna direkt ur fri- och rättighetsutredningen från 1993. Trots att det i kommittédirektivet angavs att kommittén bl.a. skulle utreda om det finns ett behov av en författningsdomstol valde man att överhuvudtaget inte behandla frågan eller ens ta upp Expertgruppens förslag till diskussion. Istället hänvisar man helt mekaniskt, som i så många andra utredningar där frågan dykt upp, till detta standardsvar. Något märkligt kan man sannerligen tycka. Expertgruppen framlade förslag på författningsdomstol, hur denna skulle kunna utformas och varför denna skulle kunna vara en bra idé. Man har därvidlag noga undersökt systemen i andra länder och plockat ut de delar man ansåg skulle passa in i vårt styrelseskick och vår rättstradition. Man har alltså inte bara kopierat ett system som inte skulle passa in i det svenska. Expertgruppens förslag hade utan tvivel förtjänat större utrymme i utredningen. Det är intressant att se hur följande argument: *”en sådan ordning skulle strida mot vår rättstradition”* och *”politisk makt får inte överföras till ett icke-politiskt*

organ” ständigt återges nästan som ett mantra, utan att alls problematiseras eller förklaras. Jag skulle vilja se en mer djupgående diskussion rörande på vilket sätt inrättandet av en författningsdomstol skulle strida mot vår rättstradition och på vilket sätt politisk makt skulle komma att överföras till ett icke-politiskt organ. I enlighet med Expertgruppens förslag skulle författningsdomstolen sammankallas ad hoc, normprövningen skulle i huvudsak förbli konkret och komma till stånd då domstol hänsköt frågan till författningsdomstolen. Den begränsade möjligheten till abstrakt prövning skulle bestå i att enskild som känner sig drabbad av exempelvis en lag skulle ges möjlighet att föra fristående talan för att slippa bli drabbad av ett ingripande enligt lagen. Författningsdomstolen skulle inte heller ges behörighet att upphäva bestämmelser. Att inte ens kommentera detta förslag framstår som obegripligt och jag drar mig inte för att upprepa min kritik mot utredningen genom att säga att det framstår som om GLU redan innan arbetet satte igång hade klart uppdragna linjer för vad den skulle komma fram till och att frågan om en författningsdomstol ens omnämndes i direktivet snarare var ett spel för gallerierna. Att ta ställning till huruvida vi i Sverige bör inrätta en författningsdomstol eller ej och hur en sådan i detta fall skulle kunna gestaltas ligger inte inom ramarna för detta arbete men en mer djupgående och öppen diskussion i frågan efterfrågas med bestämdhet.

Vi har alltså konstaterat att det finns brister i det konstitutionella rättighetsskyddet som i dagsläget ter sig som oacceptabla. Löser då Grundlagsutredningens förslag problemen? Frågan besvaras med största sannolikhet jakande avseende förhandskontrollen. I och med att ”ska-regeln” ersätter ”bör-regeln” och ”viktighetskriteriet” tas bort torde Lagrådsgranskningen utnyttjas i större utsträckning än tidigare samtidigt som kvalitén på granskningen sannolikt ökar i och med en utvidgning av Lagrådets kansli med juridiskt biträde. Beträffande efterhandskontrollen är det mer osäkert. I och för sig uttalar utredningen att lagprövningen är en betydelsefull beståndsdel i ett normkontrollsystem, trots olika former av förhandskontroll något som torde kunna ses som en uppmuntran till rättstillämparen. Emellertid föreslår man inte endast ett slopande av uppenbarhetsrekvisitet, utan att detta istället skall ersättas med en erinran om att grundsatserna om folksuveränitet och lagbundenhet, med dess princip om normhierarki, särskilt skall beaktas vid lagprövningen. Detta för att påminna om att det endast i undantagsfall faller på annan än riksdagen att avgöra huruvida en norm står i strid med grundlagen. Vad denna nya lydelse kan ha för konsekvenser kan man svårligen sia om. Mot bakgrund av den restriktiva hållning som hittills förknippats med normprövning torde emellertid benägenheten att tillämpa institutet inte öka något nämnvärt. Vad gäller prövning av svensk norms förenlighet med en EG-rättslig norm eller EKMR kan man dock anta att domstolar i framtiden, istället för att företa konventionsenlig eller fördragskonform tolkning, börjar hänvisa till RF 11:14.

Här skall kort frågan om rättighetsbegränsande lagstiftning beröras. Begränsning av de relativa rättigheterna får jämlikt RF 2:2 st. 2 men. 2 aldrig gå utöver vad som är *nödvändigt* med hänsyn till det ändamål som har

föranlett den. Lagrådet har uttalat att frågan om vad som är "nödvändigt" är en värderingsfråga som Lagrådet endast undantagsvis kan anlägga synpunkter på. Detta uttalande måste rimligen hänföra sig till den gräns för Lagrådets befogenheter som dragits upp i bl.a. förarbeten. Även om det inte framgår i någon lagtext så är det tydligt att Lagrådet aldrig i sina yttranden får tassa in på politikens område. Följaktligen kan Lagrådet svårligen bedöma frågan huruvida en begränsning är "nödvändig" utan att ta hänsyn till politiska värderingar. Det framstår enligt mig som att det ligger en viss rättsosäkerhet i detta. Även om uppenbarhetsrekvisitet tas bort har jag svårt att se att rättighetsbegränsande lagstiftning på denna grund skulle kunna bli föremål för lagprövning, vilken domstol skulle våga ifrågasätta den begränsning som riksdagen bedömt nödvändig? Alltså ankommer det på riksdagen allena att göra detta ställningstagande, utan att lagen sedan kan granskas och angripas av något annat organ. Var återfinner man maktbalansen här?

Att vid Lagrådets granskning av lagförslag dra en skarp skiljelinje mellan juridik och politik framstår enligt min mening som en synnerligen svår och kanske till och med olämplig lösning. Lagrådet har i sin granskningsverksamhet bl.a. i uppgift att ta hänsyn till hur ett förslag förhåller sig till grundlagarna och rättsordningen i övrigt samt om förslaget är så utformat att lagen kan antagas tillgodose angivna syften. Dessa två frågor kan emellertid svårligen utredas utan att man någon gång kommer in på diskussioner av politisk art. Genom att förvägra Lagrådet en politisk diskussion bakbinder man det alltså på ett sätt som förhindrar Lagrådet att fullt ut genomföra sitt granskningsuppdrag. Som argument för att Lagrådets yttranden inte bör innehålla ställningstaganden av politisk karaktär anförs ofta att detta skulle strida mot parlamentarismens principer, som innebär att politisk makt ej får överföras till icke politiska organ. Jag har emellertid svårt att se hur det förhållandet att Lagrådet i vissa fall tar ställning i politiska frågor skulle innebära att politisk makt överförs till detta organ. I framställningen har klargjorts att varken regeringen, KU eller riksdagen har någon skyldighet att ta hänsyn till Lagrådets yttranden. Skulle ett lagrådsyttrande innehålla ställningstaganden av politisk karaktär torde detta inte utgöra någon skillnad mot de fall då ett remissvar innehåller dylik åsikt. Riksdagen kan välja att antingen ta detta ställningstagande i beaktande eller inte. Riksdag och regering torde vara kompetenta nog att kunna avgöra när deras politiska expertis väger tyngre. Då det till syvende och sist är det normgivande organet som tar lagstiftningsbeslutet kan man inte säga att maktbalansen på något sätt rubbats. Jag anser att båda typerna av argument hör hemma i granskningsverksamheten, partipolitiska ställningstaganden grundade på gedigen juridisk kompetens torde nämligen utgöra en ovärderlig hjälp i normgivningsarbetet.

Min mening är att ett fullgott rättighetsskydd inte kan säkerställas endast genom antingen förhands- eller efterhandskontroll utan snarare måste ske genom en samverkan mellan de båda. En väl fungerande förhandskontroll utesluter inte behovet av en effektiv efterhandskontroll och vice versa. Då förhandskontrollen torde förbättras om GLU:s förslag går igenom

oförändrat har vi kommit tillrätta med en del av det konstitutionella rättighetskyddet. I det fallet att uppenbarhetsrekvisitet dessutom slopas ligger det i domstolarnas händer att tillämpa normprövningsrätten på ett sätt som säkerställer de konstitutionella rättigheterna. Även om lagprövningen ökar kvartsår emellertid problemet med en restriktion till konkret lagprövning. Vi får även fortsättningsvis förlita oss på att riksdagen inte stiftar lagar och regeringen förordningar som framstår som dubiösa i grundlagshänseende och att även om detta sker, de självmant upptäcker felet och i efterhand rättar till det genom upphävande eller ändring.

Frågan om vi i Sverige har ett tillräckligt starkt skydd för de konstitutionella rättigheterna är alltså långt ifrån färdigbehandlad och om så är fallet kan endast framtiden utvisa. Det framstår dock som att utvecklingen går i rätt riktning..

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Bet. KU 1986/87:17 om förstärkt rättighetsskydd
Bet. KU 1978/79:39 om grundlagsfästandet av lagprövningsrätten mm.

Prop. 2005/06:56 om en moderniserad rättsprövning mm.
Prop. 1998/99:3 om rättighetsbegränsande normgivning mm.
Prop. 1978/79:195 om förstärkt rättighetsskydd
Prop. 1975/76:209 om utvidgning av regeringsformens rättighetsregler
Prop. 1973:90 om ny Regeringsform
Prop. 1970:24 om lagrådsgranskningens inriktning

SOU 2008:125 *En reformerad grundlag*
SOU 2007:85 *Olika former av normkontroll - Expertgruppsrapport*
SOU 2000:1 *Politik för folkstyrelse på 2000-talet*
SOU 1999:76 *Maktdelning*
SOU 1993:40 Del A *Fri- och rättighetsfrågor*
SOU 1987:6 *Folkstyrelsens villkor*
SOU 1978:34 *Förstärkt skydd för fri- och rättigheter*
SOU 1975:75 *Medborgerliga fri- och rättigheter. Regeringsformen*
SOU 1965:2 med remissyttranden över SOU 1963:17
SOU 1963:17 *Sveriges statskick*

Dir. 2004:96 med riktlinjer för Grundlagsutredningens arbete

Sveriges rikets lag

Litteratur

Berggren N., Karlson N., Nergelius J., *Makt utan motvikt – Om demokrati och konstitutionalism*, City University Press, 1999

Franzén Gösta W, *Om behovet av en svensk författningsdomstol: en debattskrift av Gösta W Franzén*, Iustus förlag, 1994

Holmberg E., Stjernqvist N., Isberg M., Eliasson M., Regner G., *Grundlagarna: regeringsformen, successionsordningen, riksdagsordningen*, andra upplagan, Norstedts Juridik, 2006

Holmberg Erik, Stjernqvist Nils, *Vår författning*, tolfte upplagan, Norstedts Juridik, 2000

Lagerqvist Veloz Roca Annika, *Föreskrift och föreskriftsprövning enligt 1974 års regeringsform*, Jure förlag, 1999

Lavin Rune, *Lagrådet och den offentliga rätten 1999-2001*, Juristförlaget i Lund, 2001

Lavin Rune m.fl., *Om Lagrådsgranskning*, skrifter utgivna av Juridiska föreningen i Lund nr. 91, Juristförlaget i Lund, 1987

Nergelius Joakim, *Förvaltningsprocess, Normprövning och Europarätt*, Norstedts Juridik, 2000

Nergelius Joakim, *Konstitutionellt rättighetsskydd - Svensk rätt i ett komparativt perspektiv*, Fritzes förlag, 1996

Politik och juridik – Grundlagen inför 2000-talet, fakulteternas symposium för rektor Stig Strömholm, Iustus förlag, 1999

Schultz Fredrik, *Om lagrådet som rättssäkerhetsgaranti*, Institutet för offentlig och internationell rätt Stockholm Nr. 54, 1984

Strömberg Håkan, Lundell Bengt, *Sveriges författning, tjugonde upplagan*, Studentlitteratur, 2007

Artiklar

Bengtsson Bertil, *Om domstolarnas lagprövning* i SvJT 1987 s. 229-247

Bengtsson Bertil, *Om lagprövning från domstolssynpunkt* i SvJT 1989 s. 671- 682

Bengtsson Bertil, *Om lagrådsgranskningens gränser* i FT 1984 s. 188-212

Cameron Iain, *Normkonflikter och EKMR* i SvJT 2007 s. 851- 861

Crafoord Clarence, *Normprövning och Europakonventionen* i SvJT 2007 s. 862- 881

Heckscher Sten, *Normprövning – Behov och metod* i SvJT 2007 s. 794-808

Lavin Rune, *Lagprövningsrätten i en ny regeringsform* i FT 1973 s. 11-26

Lysén Göran, *Om svensk domstols lagprövning m.m. - några reflektioner* i SvJT 1989 s. 115-121

Nergelius Joakim, *Domstolarna, grundlagen och rättighetsskyddet – några reflektioner kring de senaste årens debatt och praxis* i SvJT 1997 s. 426-457

Nergelius Joakim, *Domstolar och demokrati – Är det dags för maktindelning?* i SvJT 2000 s. 545-557

Nergelius Joakim, *HD gör både rätt och fel om lagprövning* i JT Nr. 4 2004/05 s. 857-860

Smith Eivind, *Politikernas konstitution eller folkets?* I SvJT s. 676-706

Elektroniska källor

Riksdagens ombudsmän - JO

http://www.jo.se/Page.aspx?MenuId=12&ObjectClass=DynamX_Documents&Language=sv, 2008-10-30

http://www.jo.se/Page.aspx?MenuId=23&MainmenuId=12&ObjectClass=DynamX_Documents&Language=sv, 2008-10-30

Rättsfallsförteckning

Domar från Europadomstolen

Mål C-432/05, *Unibet London Ltd och Unibet International Ltd mot Justitiekanslern*, dom den 13 mars 2007

Mål 6/64, *Costa/ENEL*, Rec. 1964 s.1141

Domar från Högsta domstolen

NJA 2005 s. 805

NJA 2005 s. 764

NJA 2005 s. 33

NJA 2004 s. 229

NJA 2000 s. 132

NJA 1996 s. 370

NJA 1987 s. 198

Domar från Regeringsrätten

RÅ 1997 ref. 65

RÅ 1996 ref. 50