



JURIDISKA FAKULTETEN

vid Lunds universitet

Emanuel Allroth

Skyddet av grundläggande fri- och rättigheter

Hur nationell rätt, gemenskapsrätten och
Europakonventionen tillsammans skyddar
grundläggande fri- och rättigheter

Examensarbete

20 poäng

Handläggare Bengt Lundell

Konstitutionell rätt

VT 2006

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Syfte	6
1.2 Avgränsning	7
1.3 Metod och material	7
1.4 Terminologi	7
1.5 Disposition	8
2 GENERELLT OM RÄTTSSYSTEMENS KARAKTÄR OCH RELATION	10
2.1 Innebörden av konstitutionellt rättighetsskydd	10
2.1.1 Begreppet Konstitutionalism	11
2.2 Internationella avtals status inom den nationella rättsordningen; monism eller dualism	11
2.2.1 Olika metoder för införlivande av en internationell överenskommelse i nationell rätt	13
2.2.1.1 Transformation	13
2.2.1.2 Inkorporering	13
2.2.1.3 Internationella överenskommelsers status i den nationella rättshierarkin	14
2.3 EG-rättens särskilda karaktär	14
2.3.1 EG-rättens grundläggande principer	15
2.3.1.1 EG-domstolen och utvecklingen av EG-rättens grundläggande principer	19
2.4 Sammanfattning	20
3 EUROPEISKA KONVENTIONEN OM SKYDD FÖR DE MÄNSKLIGA RÄTTIGHETERNA	22
3.1 Historisk bakgrund	22

3.2	EKMR-systemets framväxt och struktur	23
3.3	Europakonventionens inverkan på svensk rätt	25
3.4	Rättsfall	26
3.4.1	Open door Counselling	26
3.5	Sammanfattning	29
4	FRI- OCH RÄTTIGHETSSKYDDET INOM GEMENSKAPSRÄTTEN	30
4.1	De mänskliga rättigheternas rättsutveckling inom EU	30
4.2	EKMR:s ställning inom gemenskapsrätten	36
4.3	Rättsfall och yttrande	38
4.3.1	Yttrande 2/94	39
4.3.2	Roquette Frères	40
4.4	Sammanfattning	42
5	FRI- OCH RÄTTIGHETSSKYDD I NATIONELL RÄTT- EXEMPLET SVERIGE	44
5.1	Den svenska rättstraditionen och individuella rättigheter	44
5.2	Den svenska grundlagens rättighetskydd	47
5.3	EKMR:s ställning inom svensk rätt	48
5.4	Rättsfall	51
5.4.1	Åke Green-målet	52
5.4.2	Brunner-målet	54
5.5	Sammanfattning	55
6	FRAMTIDENS FRI- OCH RÄTTIGHETSSKYDD I EU	57
6.1	Förslaget för konstitution för den europeiska unionen	57
6.1.1	Skyddet för de grundläggande fri- och rättigheterna i konstitutionsutkastet	58
6.2	Analys - De grundläggande fri- och rättigheternas roll i en konstitution för den Europeiska Unionen	60
7	SLUTSATSER	62

KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	65
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	68

Sammanfattning

De grundläggande fri- och rättigheterna skyddas idag av tre skilda rättsordningar i Europa. I Sverige stadgas det konstitutionella rättighetsskyddet i Regeringsformen. Även inom EG-rätten finns ett rättighetsskydd, som genom den tilltänkta EU-konstitutionen fullt ut ges konstitutionell status. Slutligen tillhandahåller Europakonventionen för mänskliga rättigheter ett fri- och rättighetsskydd som samtliga undertecknade parter har förpliktat sig att följa.

Den svenska grundlagen och gemenskapsrätten har båda en konstitutionell grund för sina rättighetsskydd. EKMR är däremot är i sig inte en egen rättsordning med konstitutionell status, men är enligt svensk lag inkorporerad i den svenska grundlagen. Gemenskapsrätten, å sin sida, utgör en unik rättsordning med egna kompetenser men utan många av de traditionella egenskaperna som sammansätts med en rättsordning. Inom sina kompetenser är gemenskapsrätten dock överordnad nationell rätt.

Det finns olika sätt att behandla internationella traktat intern i den nationella rätten. Nationella rättsordningar kan antingen vara dualistiska eller monistiska, beroende på vilken ställning folkrättsliga förpliktelser ges i den nationella rätten. Likaså finns det skilda metoder som transformation och inkorporering för att införliva de folkrättsliga förpliktelser som internationella avtal innebär. Vid en konflikt mellan olika rättsliga förpliktelser används även olika tolkningsmetoder.

I utvecklingen av gemenskapsrätten och dess status har EG-domstolen haft ett särskilt ansvar genom sin rättsskapande och dynamiska tolkning av fördraget, där syfte och ändamål har satts i fokus. EG-domstolen har vid utvecklingen av dessa sett till fördragets integrationssyfte och tolkat efter en funktionell tolkningsmetod, på det sätt som är mest gynnsamt för gemenskapsrättens utveckling.

De starkare författningsdomstolarna i medlemsstaterna har dock kritiserat EG-domstolen för att på ett för snabbt sätt ha utvecklat gemenskapsrätten utan att på samma sätt ha utvecklat skyddet för fri- och rättigheter. Detta fick EG-domstolen att skynda på utvecklingen. Bl.a. lät man låtit EKMR utgöra en särskild rättskälla för gemenskapsrättens skydd av fri- och rättigheter.

Vid en jämförelse av EKMR och det svenska fri- och rättighetsskyddet framkommer att den främsta skillnaden ligger att konventionen har ett utförligare skydd för en domstolsprövning och garantier för en rättvis process. Det är även i dessa frågor som Sverige oftast blivit fälld för brott mot EKMR.

Som medlem av EU och som part till Europakonventionen har Sverige dock tvingats reformera sitt rättighetsskydd och låta de andra rättsordningarna på direkt sätt utgöra del av den interna rätten. Denna utveckling av samspelade rättsordningar tycks förstärkas av ett stärkande rättighetsskydd inom gemenskapsrätten. En konstitution för EU skulle än mer förstärka denna utveckling.

För att förstå utvecklingen inom det europeiska fri- och rättighetsskyddet måste gamla föreställningar om nationell- respektive internationell rätt revideras. Den gamla bilden av att konstitutionell rätt styr den interna rättsordningen hos suveräna stater och internationell rätt i sin tur styr relationen mellan suveräna stater kan inte längre sägas rättvist skildra rättssituationen för fri- och rättigheter i Europa.

Förord

Den här uppsatsen har skrivits under en längre period och det finns därför många jag önskar tacka.

Först och främst vill jag tacka min handledare Bengt Lundell för all hans hjälp och förståelse för den långa process som en uppsats innebär.

Jag vill också tacka min stora och underbara familj för allt de gjort under uppsatsperioden, men självklart även för allt det de som de betyder för mig i övrigt.

Sist men absolut inte minst vill jag tacka Sandra för det oerhörda stöd och kärlek som jag alltid känner. Utan detta stöd hade denna uppsats aldrig blivit av.

Förkortningar

DS	Departementsserien
EC	European Community
EEG	Europeiska Ekonomiska Gemenskapen
EG	se EEG
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheter
EU	Europeiska Unionen
FN	Förenta Nationerna
HD	Högsta domstolen
KU	Konstitutionsutskottet
Prop	Proposition
RF	Regeringsformen
SIEPS	Svenska institutet för europapolitiska studier
SOU	Statens offentliga utredningar

1 Inledning

I Sverige skyddas medborgarnas fri- och rättigheter idag av tre skilda rättsordningar. I Sveriges grundlag (främst i Regeringsformens andra kapitel) ges vissa grundläggande fri- och rättigheter ett konstitutionellt rättighetsskydd. Som medlemmar av den Europeiska unionen (EU) innefattas vi även av gemenskapsrättens fri- och rättighetsskydd. I den föreslagna konstitutionen för EU har ett fri- och rättighetsskydd skrivits in som inte har samma utformning som det svenska. Utöver dessa båda konstitutionella rättighetsskydd tillhandahåller Europakonventionen för mänskliga rättigheter (EKMR) ett fri- och rättighetsskydd som samtliga undertecknade parter har förpliktat sig att följa.¹ Därmed erhåller den svenska medborgaren ett fri- och rättighetsskydd i tre olika rättsinstrument med skilda utformningar och av skilda karaktärer. Hur förhåller sig då dessa tre skilda rättsordningar eller rättsinstitut till varandra och hur löser man en konflikt emellan dem?

Den svenska grundlagen och gemenskapsrätten har båda en konstitutionell grund för sina rättighetsskydd. EKMR är däremot är i sig inte en egen rättsordning med konstitutionell status, men är enligt svensk lag inkorporerad i den svenska grundlagen. Gemenskapsrätten, å sin sida, utgör en unik rättsordning med egna kompetenser men utan många av de traditionella egenskaperna som sammansätts med en rättsordning. Inom sina kompetenser är gemenskapsrätten dock överordnad nationell rätt. Denna problematik kring sammanlänkande rättsordningar utan klara gränser är i dagens Europa vanlig. Man kan därför tala om en plural rättsbild där olika rättsordningar interagerar och ibland hamnar i konflikt.

Samtidigt är utvecklingen dynamisk. Det europeiska samarbetet genom EU, och dess gemenskapsrätt, är liksom den svenska en rättsordning i ständig förändring där mycket har hänt under dess cirka 50 år långa existens.

Relationen till EKMR har även den förändrats märkbart för både Sverige som EU under de senaste decennierna. Denna process har även den fått stor betydelse för det fri- och rättighetsskydd som svenska medborgare idag innehar. Frågan vem, var och hur detta skydd ser ut är knappast för all framtid fastställt.

Genom att se på relationen mellan de olika rättsordningarnas fri- och rättighetsskydd önskar denna uppsats behandla den förändrade roll som den nationella rätten, i relation till andra rättssystem, befinner sig i. Precis som inom andra områden har det rättsliga utbytet och avhängigheten ökat, genom samarbeten som EU. Den nationella juridiska suveräniteten är inte längre obestridd. Nationell rätt kan inte längre förhålla sig till andra rättssystem på det traditionella sättet, dvs. som nationell och folkrätt. Istället innebär gemenskapsrättens utveckling att en ny rättsordning uppstått som interagerar med nationella rättsordningar, samtidigt som även internationella traktat som EKMR ges en ny betydelse och räckvidd.

1.1 Syfte

Syftet med denna uppsats är att se på problematiken kring skyddet av fri- och rättigheter, då de ofta garanteras genom både i den nationella grundlagen och genom EU:s föreslagna konstitution samt EKMR. De tre rättsordningarna särskiljes mycket till sina karaktärer, men gör samtliga anspråk på ett grundläggande fri- och rättighetsskydd. Frågeställningen i denna uppsats är därför hur dessa tre rättsordningars rättighetsskydd ser ut och relationen med emellan, dvs. hur de interagerar eller om möjligt kolliderar. Kan det finnas två konstitutionella rättighetsskydd eller hur kommer individens rättigheter bäst att skyddas. Med hjälp av exemplet individuella rättigheter har denna uppsats som syfte att lyfta fram hur den nationella rättsordningen och den europeiska motsvarande samt EKMR fungerar tillsammans idag.

¹ Se den svenska Regeringsformen 2 kap. 23 §.

1.2 Avgränsning

Genom mitt val av ämne, skyddet av fri- och rättigheter i Europa idag, hoppas jag bättre kunna exemplifiera de problem som uppstår vid en mångfald i rättsordningar och rättsinstitut innetäckandes samma kompetenser. Vidare kommer jag inte att titta närmare på de enskilda rättigheterna och deras materiella följder, utan önskar istället se på konsekvenser och innebörden av detta i ett bredare perspektiv. Det centrala perspektivet i uppsatsen är interaktionen och relationen mellan de tre rättsordningarna, var gränserna går och hur kompetenser överlappar varandra.

1.3 Metod och material

Jag har valt att se på hur tre rättsordningar interagerar ur ett traditionellt juridiskt perspektiv, där jag på ett rättsdogmatiskt sätt går igenom respektive rättsordnings historia och struktur. Vidare har jag sett till på vilket sätt rättsordningarna behandlar varandra och vilken relation de har i respektive rättsordning. Jag har inte utrett det materiella innehållet i respektive rättsordning, utan fokuserat på just relationerna.

För att genomföra denna uppsats har jag främst använt mig av den svenska grundlagen, EU-fördraget och Europakonventionen för de mänskliga rättigheterna. Då uppsatsen avser att behandla relationen mellan nationell-, gemenskapsrätt och EKMR, används den svenska rätten som illustrerande exempel för den nationella rätten. Jag har dessutom använt mig av den omfattande doktrinen som finns i ämnet. Belysande rättsfall från respektive domstolar finns också med i uppsatsen för att på ett praktiskt sätt redovisa konfliktlösningar.

1.4 Terminologi

Då både studieämnet och doktrinen kan uppfattas som enorm och något otydlig, är det av största vikt att de använda termerna presenteras och

förklaras inledningsvis. Gränsdragningarna för vad som bör bedömas som en del av europarätten är dock inte okontroversiellt, utan istället en del av den ständiga debatten kring samarbetsprojektet EU.

I denna uppsats menas med *europarätt* den omfattande rättsordning som gäller för den Europeiska Unionen (EU).² Inom europarätten har den Europeiska Gemenskapen (EG) en central roll då denna utgjort europarättens mest centrala och mest utvecklade delar vad gäller regelverk och överstatliga inslag. För EG-rätt används även termen gemenskapsrätt för att beskriva rättsläget inom EG.

Med fri- och rättighetsskydd menas de medborgerliga rättigheter som den enskilde åtnjuter ett rättsligt skydd för. En skillnad görs därmed från den typen av fri- och rättigheter som inte har skydd av någon form av lagtext eller internationell konvention, vilka kan kallas *moral rights*.³ En distinktion av termerna *mänskliga rättigheter* och *fri- och rättighet* är också nödvändig i denna uppsats. Vad som menas med de olika rättigheterna kan tyckas något förvirrande, men förenklat används termen medborgerliga fri- och rättigheter i den svenska grundlagen medan exempelvis Europakonventionen använder termen mänskliga rättigheter. Anledningen till detta är att termen mänskliga rättigheter oftast används för grundläggande rättigheter som tillkommit på det internationella planet, genom en konvention eller sedvanerätten.⁴ Exempel på denna typ av rättigheter i den svenska rättsordningen är t.ex. yttrandefriheten, religionsfriheten och rätten till en rättvis domstolsprövning.

1.5 Disposition

För att nå fram till syftet med denna uppsats behövs de tre rättsordningarnas utformning och status utredas. De tre rättsordningarna fri- och

² Motsvarande european law, droit européen, Europarecht etc. på några av Europas mest betydelsefulla språk.

³ Se Nergelius, *Konstitutionellt rättighetsskydd*, sid. 48 ff., för utförligare diskussion kring distinktionen.

⁴ Fisher, *Mänskliga rättigheter*, sid. 14.

rättighetskydd utformning kommer därför behandlas i var sitt kapitel. För att få fram eventuella likheter och olikheter kommer jag att gå igenom respektive systems framväxt och utveckling, och på så sätt visa på olika eller lika skilda syften och skyddsintressen. Respektive rättsordnings karaktär kommer även exemplifieras med rättsfall. Vidare kommer relationen mellan rättsordningarna att beskrivas. Slutligen kommer problem och lösningar till dessa relationer att diskuteras och kompletteras med egna synpunkter.

2 Generellt om rättssystemens karaktär och relation

De tre rättssystem som behandlas i denna uppsats har var för sig särskilda karaktärer och roller i ett europeiskt skydd för fri- och rättigheter. Precis som de flesta andra europeiska stater har Sverige i sin grundlag ett visst fri- och rättighetsskydd inskrivet med avsikt att framförallt sätta gränser för statsmaktens befogenheter gentemot individen. Att i den nationella konstitutionen ge skydd åt vissa fri- och rättigheter är det främsta sättet att skapa juridiskt skydd på nationell nivå. Det dock inte det enda sättet i Europa av idag att skänka konstitutionellt skydd åt fri- och rättigheter. EU har även det ett rättssystem med konstitutionell status. Innebörden av detta är dock inte helt uppenbart eller avgjort. Särskilt inte då det tredje rättsinstitutet EKMR i grunden är ett folkrättsligt instrument, men som med anledning av sin särskilda roll för skyddet av fri- och rättigheter åtnjuter en särskild status både nationellt och folkrättsligt.

För att klargöra skillnaden i de tre olika rättssystem som i denna uppsats avhandlas, kommer jag in detta kapitel försöka att på ett grundläggande sätt beskriva dess rättsliga status. Inledningsvis kommer även grundläggande termer och begrepp att klargöras och behandlas.

2.1 Innebörden av konstitutionellt rättighetsskydd

Med konstitutionellt rättighetsskydd menas det rättsliga skydd som den enskilde erhåller mot den offentliga makten.⁵ De flesta av världens rättsordningar tillskrivna det demokratiska statskicket, och således även med intentionen att upprätthålla rättsstatens ideal, besitter en skriven författning där statens konstitutionella grund uttrycks. I dessa grundlagar finns därför de styrande ideal som staten genom sin rättsordning önskar uppnå.

2.1.1 Begreppet Konstitutionalism

Begreppet konstitutionalism innefattar flertalet idéer och innebörder men kan på ett generellt sätt beskrivas som ett system för att begränsa statsmaktens makt.⁶ Motsatsen till konstitutionalism är egenmäktig eller despotisk maktutövning. Begreppet konstitutionalism är dock dubbelsidigt. Konstitutionalism innefattar både bemyndigandet och begränsandet av makten, både beviljar maktbefogenhet och specificerar dess omfattning och syfte.⁷

Konstitutionalismen har sitt ursprung i filosoferna Thomas Hobbes (1588-1679), Charles de Montesquieu (1689-1755) och kanske framförallt John Locke (1632-1704). Dessa filosofer sökte finna en väg att begränsa auktoritetens eller politikens ingrepp i individens friheter. De ansåg att det legitima styrets omfattning var fastlagt av de rättigheter som människan innehavde av sin natur såsom människa och inte som del av samhället eller den politiska enheten, och de var dessa rättigheter som det legitima styret hade som uppgift att skydda och främja.⁸ Sammanfattningsvis kan styrets uppgift sägas vara att se till att fred och ordning råder så att människan själv skulle kunna realisera sin egen föreställning av lycka. Den liberala konstitutionalismen kan till sitt innersta väsen sägas ha till uppgift att skydda människans individuella fri- och rättigheter.

2.2 Internationella avtals status inom den nationella rättsordningen; monism eller dualism

Frågan angående vilken status en folkrättslig förpliktelse har i den inhemska rätten är inte helt uppenbar. Folkrätten har en relativt lång historia. Fram till nationalismens framväxt under 1800-talet hävdades att folkrätten var att tillämpas av interna domstolar och andra myndigheter framför interna

⁵ Nergelius, *Konstitutionellt rättighetsskydd*, sid. 25.

⁶ Donald P. Kommers och W. J. Thompson, *Fundamentals in the Liberal Constitutional Tradition i Constitutional Policy and Change in Europe* (Red. Joachim Jens Hesse och Nevil Johnson) sid. 23.

⁷ *Ibid*, sid. 24.

rättsregler.⁹ Då nationalstaterna växte fram framhävdes istället rättsreglernas nationella karaktär, och det blev upp till varje stat att avgöra vilka folkrättsliga regler som skulle tillämpas av dess myndighet.

Effekten av en internationell överenskommelse är därför idag att den anslutande staten lojalt har att fullfölja de åtaganden som överenskommelsen föreskriver. Parterna är folkrättsligt förpliktade att se till att de nationella myndigheterna tillämpar överenskommelsens bestämmelser. Viktigt i frågan är dock att det ej finns någon allmän folkrättslig regel för hur en avtalsansluten stat skall genomföra sina avtalsförpliktelser. Ibland föreskrivs i en internationell överenskommelse hur den skall fullgöras, men oftast saknas sådana bestämmelser, varav det är upp till varje avtalspart att välja teknik för uppfyllandet av åtagandena i överenskommelsen. EKMR är en sådan överenskommelse där anslutande stater själv beslutar i hur de skall se till att uppfylla överenskommelsen.¹⁰

Sverige har valt att använda sig av det *dualistiska* rättssystemet där folkrättsliga förpliktelser endast är bindande för staten gentemot andra stater och inte utan vidare kan användas såsom direkt bindande i den inhemska rättsordningen av medborgarna.¹¹ För att en internationell överenskommelse skall bli giltig inom Sverige, såsom ett dualistisk land, krävs således att en överenskommelse införlivas i den svenska rättsordningen. I motsatt till dualistiska rättssystem så gäller en folkrättslig överenskommelse automatiskt efter ratificering inom landet i *monistiska* rättssystem. Exempel på dualistiska rättssystem finns i stater som Storbritannien, Tyskland, Italien och de skandinaviska länderna, medan USA, Frankrike, Holland och Belgien är exempel på monistiska rättssystem.¹²

⁸ Ibid, sid. 24.

⁹ Erik Holmberg och Nils Stjernquist *Vår förfatning*, s. 186.

¹⁰ SOU 1993:40 del B s. 15.

¹¹ Erik Holmberg och Nils Stjernquist *Vår förfatning*, s. 186 ff.

¹² SOU 1993:40 del B s. 15.

2.2.1 Olika metoder för införlivande av en internationell överenskommelse i nationell rätt

För att uppfylla en internationell överenskommelse kan en stat välja mellan att *transformera* avtalsbestämmelserna till interna rättsregler av motsvarande innehåll eller genom användande av en generell lagstiftningsakt *inkorporera* avtalstexten med den nationella rätten. I Sverige har två båda metoder för införlivning av internationella överenskommelser används.

2.2.1.1 Transformation

Vid transformation undersöks till en början, i vilken mån bestämmelserna i överenskommelsen har motsvarighet i gällande lagstiftning. Om det går att konstatera att de materiella reglerna i överenskommelsen redan finns i den nationella rätten, behöver ingen åtgärd vidtas för att införliva överenskommelsen med denna.¹³ Skulle däremot den nationella lagstiftningen inte inneha motsvarande regler eller om den innehåller regler som strider mot överenskommelsen omarbetas de delar av överenskommelsen som behöver införlivas med den nationella rätten till nationell författningstext med den systematik och det språkbruk som vanligtvis används i den nationella rätten.¹⁴

2.2.1.2 Inkorporering

Vid inkorporering däremot föreskrivs i den nationella lagen att bestämmelserna i överenskommelsen skall gälla i staten. Vid denna metod blir den autentiska texten i sitt originalspråk gällande som nationell lag. Detta sätt för införlivning har blivit vanligare i Sverige under senare år. Fördelarna vid inkorporering, i relation till transformation, är att det är en tids- och arbetsparande metod. Det är även en klar fördel att rättstillämpningen i de avtalsbundna staterna grundas på samma text. Dock

¹³ I Norge kallat ”retsharmoni” och Danmark ”normharmoni”, se SOU 1993:40 s. 16.

¹⁴ SOU 1993:40 del B s. 16.

kan det vara svårt praktiskt att tillämpa ett främmande språk och en text byggd på ett främmande lagstiftningsteknik.¹⁵

2.2.1.3 Internationella överenskommelsers status i den nationella rättshierarkin

I vissa länder tilldelas folkrättsliga förpliktelser en högre hierarkisk ställning i relation mot den nationella rätten. Detta sker framförallt i monistiska rättssystem. I USA:s konstitution föreskrivs t.ex. att traktater skall utgöra ”*the supreme Law of the Land*”, medan den franska författningen stadgar att traktater skall ha högre dignitet än lagar (”*une autorité supérieure à celle des lois*”).¹⁶ I länder utan dessa tydliga konstitutionella föreskrifterna angående folkrättsliga förpliktelser status, tvingas lagstiftaren i fall till fall lagstifta vilken status traktaten skall få. I dualistiska rättssystem som Italien och Tyskland erlade lagstiftaren EKMR status av vanlig lag. Detta innebär att eventuella konflikter får lösas med vanliga lagtolkningsmetoder. T.ex. tilldelas en speciallag (lex specialis) företräde framför en mera allmän lag (lex generalis) och en senare tillkommen lag går före en äldre lag (lex posterior derogat legi priori). Ännu en konfliktlösningsmetod som kan bli relevant i EKMR fall är att en konvention om mänskliga rättigheter tillerkänns särskild betydelse just därför att den syftar till att skydda rättigheter av särskild stor betydelse för individen.¹⁷

Ovan nämnda konflikter är dock inte särskilt vanligt i de olika konventionsstaterna beroende på att staterna i tillämpningen söker tolka den inhemska lagen på sådant sätt att den inte kommer i konflikt med konventionen, s.k. *konventionskonform* tolkning.

2.3 EG-rättens särskilda karaktär

Då ett flertal europeiska stater¹⁸ 1951 undertecknade fördraget om Europeiska kol- och stålunionen, bildades grunden för det europeiska

¹⁵ SOU 1993:40 del B s. 16 f.

¹⁶ Danelius, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis – En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, sid. 37 ff.

¹⁷ Ibid, sid. 37.

samarbete som idag heter Europeiska Unionen. I grunden var samarbete ett traditionellt folkrättsligt fördrag mellan suveräna stater. Att idag beskriva EU och dess rättssystem som ett traditionellt folkrättsligt institut är dock inte korrekt. Istället har EU och EG-rätten utvecklats till en egen rättsordning skild både från nationell och internationell rätt, som endast kan beskrivas som unik i sitt slag dvs. *sui generis*.

Det som främst särskiljer EU från andra internationella samarbeten är den grad av maktöverförande som medlemsstaterna överlåtit till unionen. Inom vissa områden har medlemstaterna överlåtit normgivningsmakt, dvs. rätten att utfärda bindande regler för enskilda. Unionen bygger därmed på en maktfördelning mellan Unionen och medlemsstaterna.

Genom Rom-fördraget som de sex medlemstaterna från kol- och stålunionen slöt 1957 visade medlemsstaterna vissa tecken på att man avsåg bilda en organisation med överstatliga drag. Romfördraget instiftade nämligen gemensamma institutioner som kommissionen, EG-domstolen och Europaparlamentet, oberoende av medlemsstaterna och med självständiga befogenheter. Samtidigt stadgades att vissa normerande beslut kunde fattas med kvalificerad majoritet, vilket innebar att bindande beslut kunde fattas även om medlemsstaterna motsatt sig detta.¹⁹ Vidare stadgades att vissa gemensamma beslut kallade förordningar skulle vara bindande och direkt tillämpliga i varje medlemsstat.²⁰ Detta grunddrag i de ursprungliga fördraget att medlemstaterna överlåter makten till gemenskapen att själva fatta beslut inom vissa områden, har framför allt tagits tillvara av och utvecklats av EG-domstolen i ett antal dynamiska avgöranden.

2.3.1 EG-rättens grundläggande principer

EG-rätten har under de över 50 åren som passerat sedan Kol- och stålunionen inrättades haft en dynamisk utveckling där olika faktorer drivit EG-rätten från ett traditionellt mellanstatligt fördrag till en egen rättordning

¹⁸ De ursprungliga avtalstecknade staterna den Europeiska stål- och kolunionen var Frankrike, Tyskland, Italien, Belgien, Nederländerna och Luxemburg.

¹⁹ Melin och Schäfer, *EU:s konstitution*, sid. 19.

med konstitutionella anspråk. Denna utveckling kommer jag främst beskriva genom de grundläggande principer som utvecklats och vilka fått stor betydelse för rättsordningens utveckling.

Genom ett antal avgörande har EG-domstolen utvecklat och etablerat gemenskapsrätten, baserat på främst ett antal grundläggande principer. En av de första och mest grundläggande principerna för EG-rättens status och utveckling var principen om direkt effekt. 1962 kom avgörandet i målet *van Gend en Loos*.²¹ Domstolen uttalade sig följande i domen:

”(G)emenskapen utgör en ny rättsordning inom folkrätten till vars förmån staterna, låt vara på begränsade områden, har inskränkt sina suveräna rättigheter och som inte enbart medlemsstaterna utan även dessas medborgare lyder under.

På samma sätt som gemenskapsrätten ålägger de enskilda förpliktelser, är den följaktligen även avsedd att oberoende av medlemsstaternas lagstiftning skapa rättigheter som blir en del av de enskildas rättsliga arv.

Rättigheterna uppkommer inte enbart då detta uttryckligen sägs i fördraget, utan även på grund av de skyldigheter som fördraget på ett väl angivet sätt ålägger såväl de enskilda som medlemsstaterna och gemenskapens institutioner.”²²

EG-domstolen fastställde redan i detta mål att det då rådande EEG-fördraget kunde grunda rättigheter för enskilda även om detta uttryckligen inte framgick av fördraget. Samtidigt innebar avgörandet även att enskilda kunde vända sig till nationella domstolar för att hävda sina i gemenskapsrättsliga rättigheter, förutsatt att dessa uppfyllde kraven för att en EG-rättslig bestämmelse skulle erhålla direkt effekt. En gemenskapsbestämmelse var alltså automatiskt direkt tillämplig inom nationell rätt utan att någon nationell åtgärd fordrades, vilket kan sägas vara nytt för stater med dualistiska rättssystem (se kapitel 2.2

²⁰ Se artikel 249 i EG-fördraget.

²¹ Mål 26/62, *Van Gend en Loos*, REG 1963, s. 1, svensk specialutgåva, volym 1, s. 161.

Efter att ha introducerat principen om direkt effekt utvecklade EG-domstolen gemenskapsrättens ställning gentemot den nationella rätten ytterligare i avgörandet *Costa mot ENEL*.²³ I detta mål framhöll domstolen att:

”Till skillnad från vanliga internationella fördrag infördes genom EEG-fördraget en särskild rättsordning som införlivades i medlemsstaternas rättssystem när fördraget trädde i kraft och som är bindande för deras domstolar.

Genom att upprätta en gemenskap med obegränsad varaktighet, utrustad med egna institutioner, rättssubjektivitet, rättskapacitet, behörighet att uppträda internationellt som ställföreträdare och, i synnerhet, med verksamma befogenheter som härrör från en kompetensbegränsning eller en överföring av staternas uppgifter till gemenskapen, har staterna begränsat sina suveräna rättigheter och därigenom skapat ett regelverk som är tillämpligt på deras medborgare och på dem själva.”²⁴

Genom detta avgörande önskade domstolen etablera gemenskapsrättens företrädare framför nationell rätt. Om en nationell domstol finner att en nationell bestämmelse strider mot gemenskapsrätten, har denna en skyldighet att inte tillämpa den nationella bestämmelsen.²⁵ Att nationell bestämmelse tillkommit senare än den EG-rättsliga har inte betydelse. Företrädesprincipen ansågs av EG-domstolen som en förutsättning för gemenskapsrättens genomslag i de nationella rättssystemen. Om gemenskapsrätten tillåts variera från medlemsstat till medlemsstat skulle fördragets målsättning svårligen kunna uppnås och leda till diskriminering, och är därför direkt förbjudet.²⁶ Samtidigt föreskriver artikel 10 andra stycket att medlemsstaterna ”skall avstå från varje åtgärd som kan äventyra

²² Mål 26/62, Van Gend en Loos, REG 1963, s. 1, svensk specialutgåva, volym 1, s. 161.

²³ Mål 6/64, *Costa mot ENEL*, REG 1964, s. 1141, svensk specialutgåva, volym I, s. 211.

²⁴ Mål 6/64, *Costa mot ENEL*, punkt 3.

²⁵ Hettne och Eriksson, *EU-rättslig metod*, sid. 111.

²⁶ Diskrimineringsförbudet i EG-fördragets 12 artikel är en av de starkaste principerna inom gemenskapsrätten.

att fördragets mål uppnås”. Denna princip kallas inom gemenskapsrätten *lojalitetsprincipen*.

Företrädesprincipen har senare vidareutvecklats av EG-domstolen i ett flertal fall. I avgörandet *Internationale Handelsgesellschaft*²⁷ fastställde EG-domstolen att gemenskapsrätten har företräde även framför nationell grundlag vid konflikt. I det aktuella fallet gällde det en i den tyska grundlagen skyddad rättighet, vilket är den situation där företrädesprincipen kraftigast kritiserats (se utförligare diskussion kring detta i den tyska författningsdomstols avgörande i målet *Brunner*, kapitel 5.4.2).

En annat viktig steg i utvecklingen av företrädesprincipen kan hämtas från målet *Simmenthal*.²⁸ I detta mål rörde frågan huruvida en lägre nationell domstol än den italienska författningsdomstolen kunde åsidosätta en nationell bestämmelse med anledning av att den stod i konflikt med gemenskapsrätten. Enligt italiensk lag kunde endast den italienska författningsdomstolen åsidosätta italiensk lag. EG-domstolen fastslog dock att det var upp till varje nationell domstol att tillämpa gemenskapsrätten i sin helhet samt upprätthålla och tillerkänna individerna deras rättigheter i enlighet med fördragen. Genom detta avgörande, där man från EG-domstolen kan sägas ha byggt en brygga till de lägre nationella domstolarna, tog gemenskapsrätten ett stort steg närmare individerna.

Ytterligare en princip som givits stor vikt vid fastställandet av gemenskapsrätten och maktfördelningen mellan EG-rätten och nationell rätt är den s.k. *subsidiaritetsprincipen*. I artikel 5 av fördraget föreskrivs dels att gemenskapen skall utöva sin verksamhet inom ramen för den behörighet som den tilldelats och de mål som fördraget uppställer, samtidigt som gemenskapen inte skall vidta någon åtgärd som går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målen i fördraget. Denna artikel kan sägas beskriva tre principer, nämligen *legalitetsprincipen*, *proportionalitetsprincipen* och

²⁷ Mål 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, REG 1970, s. 1125, svensk specialutgåva, volym 1, s. 503.

subsidiaritetsprincipen. Legalitetsprincipen kan sägas beskriva när gemenskapen har rätt att handla, proportionalitetsprincipen hur gemenskapen skall handla och subsidiaritetsprincipen när gemenskapen bör handla.²⁹ Därav används subsidiaritetsprincipen för att avgöra om och i vilken utsträckning en given kompetens skall utnyttjas.

2.3.1.1 EG-domstolen och utvecklingen av EG-rättens grundläggande principer

EG-domstolens roll är främst att tolka och tillämpa EG-rätten,³⁰ men man har även en granskningsroll av gemenskapens övriga institutioner i enlighet med fördraget.³¹ Rollen som tolkare och tillämpare av gemenskapsrätten har gjort att EG-domstolen fått en drivande roll i utvecklingen av rättsordningen, men domstolen har samtidigt blivit kritiserat för att vara allt för rättsskapande.³² För att säkerställa att gemenskapsrätten tolkas och tillämpas enhetligt fastställer artikel 234 att nationella domstolar vid behov skall inhämta förhandsavgörande från EG-domstolen för att få besked om hur en EG-rättslig bestämmelse skall tolkas. Därav har EG-domstolen spelat en ansevärd roll i gemenskapsrättens utveckling och dess tillämpning.

Att gemenskapsrätten fått den särskilda karaktär den har tillräknas ofta EG-domstolen. Domstolen har tillskrivits en kreativ och rättsskapande tolkning av sin uppgift, då den ofta tolkat med de EG-rättsliga bestämmelsernas syfte i fokus. Detta ändamålsorienterade tolkningssätt, dvs. att tolka på det sätt som är mest gynnsamt för EG-rättens utveckling, har kallats funktionell tolkningsmetod eller *effet utile* efter franskan.³³ De skrivna bestämmelsernas vaga och målinriktade utformning har dock gjort att EG-

²⁸ Mål 106/77, Simmenthal, REG 1978, svensk specialutgåva, volym 4, s. 75.

²⁹ Hettne och Eriksson, *EU-rättslig metod*, sid. 53.

³⁰ Se artikel 220 av fördraget.

³¹ Se artikel 230 av fördraget.

³² Se bl.a. H. Rasmussen, *On Law and Policy in the European Court of Justice*, Ola Wiklund, *EG-domstolens tolkningsutrymme*, Trevor Hartley, *Constitutional Problems of the European Union*.

³³ Hettne och Eriksson, *EU-rättslig metod*, sid. 30.

domstolens tolkning varit tvungen att fylla ut de eventuella luckor som funnits.

Gemenskapsrättens kan även beskrivas som en dynamisk rättsordning som ständigt utvecklas i takt med vad fördragen förutsätter. Nya fördrag och därmed nya bestämmelser tillkommer ständigt vilket innebär att gemenskapsrätten växer och förändras. Därav har EG-domstolen tagit sig en roll som komplement till lagstiftaren då luckor i systemet uppkommit vid rättstillämpningen.³⁴

2.4 Sammanfattning

Som en förutsättning för de kommande kapitlens behandling av fri- och rättighetskyddet i den svenska rättsordningen, EKMR och EG-rätten har detta kapitlet försökt redogöra för vissa konstitutionella begrepp samt hur internationella avtal kan behandlas i den nationella rättsordningen.

I kapitel 2.1 klargjordes på vilket sätt konstitutionalismen utgjorde en grund för det moderna demokratiska statskicket.

Hur relationen mellan internationella avtal och nationell rätt ser ut diskuterades i kapitel 2.2. Stater kan vara antingen dualistiska eller monistiska, beroende på vilken ställning folkrättsliga förpliktelser givits i den nationella rätten. Likaså finns det skilda metoder som transformation och inkorporering för införlivandet av de folkrättsliga förpliktelser som internationella avtal innebär. Vid en konflikt mellan olika rättsliga förpliktelser används även olika tolkningsmetoder, vilket behandlades i kapitel 2.2.1.3. Tydligt är att det finns skilda metoder för tolkning och tillämpning av internationella avtal i den nationella rätten beroende på skilda nationella rättsordningar och traditioner.

³⁴ Ibid, sid. 37.

Efter detta behandlades i kapitel 2.3 EG-rätten och dess speciella karaktär som en rättsordning sui generis, dvs. unik i sitt slag och skild både från nationell som internationell rätt. Det unika med EG-rätten har förklarats genom den grad av maktöverförande som medlemsstaterna överlätit till unionen. I utvecklingen av gemenskapsrätten och dess status har EG-domstolen haft ett särskilt ansvar genom sin rättsskapande och dynamiska tolkning av fördraget, där syfte och ändamål har satts i fokus. Stor betydelse för EG-rättens utveckling har de allmänna rättsprinciperna om direkt effekt, gemenskapsrättens företräde, lojalitets- och subsidiaritetsprincipen haft. EG-domstolen har vid utvecklingen av dessa sett till fördragets integrationssyfte och tolkat efter en funktionell tolkningsmetod, på det sätt som är mest gynnsamt för EG-rättens utveckling.

3 Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna

Den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna utgör en grundsten för hur Europa utvecklat ett utförligt skydd för den enskildes grundläggande rättigheter. Idag utgör i princip de flesta av Europas stater parter till konventionen, vilket ger Europadomstolen rätt att övervaka att medlemsstaterna uppfyller konventionens skydd av grundläggande fri- och rättigheter.

3.1 Historisk bakgrund

1949 bildades Europarådet av de 10 västeuropeiska staterna Belgien, Danmark, Frankrike, Irland, Italien, Luxemburg, Nederländerna, Norge, Storbritannien och Sverige. Europarådets tillkomst var en reaktion på den mörka första halvan av 1900-talet. Europa hade upplevt totalitarismens framväxt och destruktiva kollaps i Västeuropa. Andra världskrigets grymhet skapade en reaktion bland Europas stater som önskade utforma ett forum för samarbete för demokrati och rättsstatlighet. Kraven på att åstadkomma en samverkan för okränkbara mänskliga rättigheter och att förhindra liknande händelser i framtiden var starka, särskilt efter att de övergrepp mot enskilda människor som skedde i bl.a. andra världskrigets koncentrationsläger blivit allmänt kända. Naturrätten, och särskilt de mänskliga och grundläggande rättigheterna, upplevde en verklig renässans.³⁵ Mot denna bakgrund tillkom även FN-deklarationen för mänskliga rättigheter 1948, vilket drev på tillkomsten av EKMR.³⁶

³⁵ Joakim Nergelius *Konstitutionellt rättighetsskydd – svensk rätt i ett komparativt perspektiv*, sid. 98.

³⁶ *Universal Declaration of Human Rights* från 10 december 1948.

Samtidigt spelade även Västeuropas sökande efter en gemensam identitet i efterkrigstiden Europa en betydande roll. Västeuropa önskade återbygga en västeuropeisk tradition baserad på gemensamma principer som demokrati och rättstatlighet.³⁷

Samma år som Europarådet bildades beslöt man att rekommendera sina regeringar att utarbeta en konvention som effektivt skulle kunna garantera mänskliga rättigheter åt individen. Konvention skulle bygga på den ovan nämnd FN-deklarationen för mänskliga rättigheter. Då FN-deklarationen ej var rättsligt förpliktande önskade man regionalt i Europa åstadkomma styrka och rättslig giltighet till orden i deklarationen.³⁸ För att göra detta önskade man inrätta organ som på ett effektivt sätt skulle kunna övervaka att de deltagande staterna till konventionen respekterade sina förpliktande åtaganden. Så undertecknades den *europiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna* (EKMR) 4 november 1950 i Rom, och efter att konventionen ratificerats av 10 stater trädde den även i kraft den 3 september 1953.

3.2 EKMR-systemets framväxt och struktur

En väsentlig fråga för utformningen av systemet kring EKMR blev hur konventionen skulle övervakas. Vid tillkomsten av konventionen (och fortfarande idag i stort sett resten av världen) ansågs skyddet av individuella rättigheter som en nationell angelägenhet. Grundarna av EKMR-systemet hade för avsikt att skapa ett system där man i Europa såg på de mänskliga rättigheterna som en gemensam angelägenhet och där alla stater, samt enskilda individer, skulle ges en folkrättslig förpliktelse att skydda dessa rättigheter gentemot varandra.³⁹ Det ansågs vara av internationellt intresse att metoder för internationellt ingripande fanns mot stater som ej respekterade de mänskliga rättigheterna. Samtidigt menade grundarna att det

³⁷ *Europakonventionen och Juristerna* (red. Trond Dolva), sid. 11.

³⁸ Hans Danelius *Mänskliga Rättigheter i europeisk praxis – En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, sid. 17.

³⁹ *Ibid*, sid. 19.

var viktigt att individer som fick sina mänskliga rättigheter kränkta även de hade en rätt att föra sin talan.

En rättslig kontroll borde i sin tur skyddas av en domstol, för att i principiellt viktiga tolkningsfrågor få sista ordet. Dock var flera stater tveksamma till att låta ett internationellt organ som en domstol sköta övervakningen av konventionen eftersom detta i praktiken kunde innebära att staterna själva skulle kunna anklagas av enskilda personer för brott mot mänskliga rättigheter. De skeptiska staterna ansåg att deras suveränitet till viss del stod på spel och att en domstol skulle kunnas utnyttjas för politiska påtryckningar på den internationella arenan.⁴⁰ Resultatet blev att man enades kring en kompromiss där systemet fick en relativt komplicerad form med en kommission, en domstol och en ministerkommitté. Kommission fungerade som ett slags filter, dit klagande ansökte med sin talan. Kommissionen utförde en förberedande granskning och vid behov en utredning av fakta i målet. Därefter lämnade kommissionen rapport som skulle ligga till grund för avgörandet i fallet. Under vissa förutsättningar skulle mål hänskjutas till domstolen. Den enskilde fick dock i sådana fall ej längre utgöra part i fallet.

Det tredje organet i det gamla systemet, ministerkommittén, var det organ som fick rollen att fälla slutliga avgöranden i fall som inte hänsköts till domstolen. Även detta tämligen ”suveränitetsrespekterande” system var dock inte tillräckligt för vissa av de skeptiska staterna, utan hela domstolens behörighet samt den enskilda rätten till klagan gjordes fakultativa, dvs. konventionens parter kunde reservera sig mot att deras medborgare kunde vända sig till domstolen med sin klagan.⁴¹ Detta gjorde naturligen att EKMR-systemet fick en svagare och något haltande effektivitet till en början. Med tiden har dock både inställningen hos parternas regeringar samt systemet i sig ändrats, varav effektiviteten och övervakningen förbättrats.

⁴⁰ Ibid, sid. 20.

⁴¹ Ibid, sid. 20.

Idag har EKMR-systemet fått en effektivare och enklare form. Kommissionen och domstolen har slagits ihop till en ny domstol. Denna domstols jurisdiktion samt den enskilda klagorätten är idag obligatoriska element för alla konventionsstater. Ministerkommitténs roll har också förändrats på det sättet att den inte längre befattar sig med själva målen utan endast skall övervaka staternas verkställande av domstolens domar.⁴²

I den nya domstolen sitter en domare från varje konventionsstat. Domstolen har som uppgift att behandla både mellanstatliga såsom enskilda klagomål. I praktiken är dock enskilda klagomål i klar majoritet av domstolens mål.

3.3 Europakonventionens inverkan på svensk rätt

Vid en jämförelse med det svenska fri- och rättighetskyddet i RF andra kapitel märks vissa skillnader. Olikheterna finns främst i att konventionens bestämmelser har utförligare skydd för domstolsprövning och garantier för en rättvis process. Det är även främst inom detta område som Sverige har blivit fällda av europeiska domstolen för mänskliga rättigheter (Europadomstolen). Vid en genomgång av de svenska fall som hamnat vid domstolen så har en majoritet rört den i artikel 6 reglerade rätten till domstolsprövning och garantier i domstolsförfarandet.⁴³ Som direkt resultat av Europadomstolens fällande domar har Sverige på olika sätt försökt möta den kritik man fått. Ett för svensk rätt helt nytt rättsinstitut introducerades genom 1988 års *lag om rättsprövning av vissa förvaltningsbeslut* (1988:205). Denna lag ger rätt till överprövning hos Regeringsrätten av avgöranden från regeringen och dess lagligheten och hos Kammarrätten för prövning av centrala förvaltningsmyndigheters beslut i vissa enskilda förvaltningsärenden.⁴⁴

⁴² Ibid, sid. 30.

⁴³ Se Europadomstolens hemsida www.echr.coe.int/echr.

⁴⁴ Den 1 juli 2006 kommer lagen om rättsprövning av vissa förvaltningsbeslut att reformeras, och får därmed en till viss del ny utformning, se lag om rättsprövning av vissa regeringsbeslut (2006:304).

3.4 Rättsfall

Valet av det följande avgörandet *Open door Counselling* är gjort med anledning av att det utgör ett bra exempel av hur Europadomstolen (EKMR-systemet), EG-domstolen (EG-rätten) och nationell domstol (irländsk rätt) tillämpar respektive fri- och rättighetskydd på olika sätt.

3.4.1 Open door Counselling⁴⁵

Målet avgjordes av Europadomstolen i september 1992 efter att två irländska organisationer, *Open Door Counselling* och *Dublin Well Woman Centre Ltd*, lämnat in ansökan till domstolen. De två organisationerna hade av irländska domstolar förbjudits att informera om abortkliniker i Storbritannien, då abort är förbjudet enligt den irländska konstitutionen. De två organisationerna hävdade i sin tur inför Europadomstolen att Irland bröt mot EKMR och dess artiklar 8, 10 och 14, när de förbjöds att sprida sin information. I dessa artiklar stadgas rätten till respekt för privatliv, yttrandefriheten respektive rätten att inte utsättas för diskriminering.

Sedan de sökande parterna hävdade sin rätt till att informera och Irland sin rätt till att införa restriktioner mot denna rätt med anledning av abortfrågans speciella ställning på Irland,⁴⁶ kom just denna avvägning att bli domstolens centrala fråga.

Europadomstolen kom i sitt domslut fram till att den av Irland hävdade rätten till liv inte var absolut på det viset att den inte gick att pröva. Man konstaterade även att nationella myndigheter har rätt att agera på sådant sätt att de skyddar de rättigheter som den nationella konstitutionen medgav (i detta fall det ofödda barnets rätt till liv). Allt agerande av nationella myndigheter var dock tvunget att vara i enlighet med EKMR.

⁴⁵ *Open Door Counselling and Dublin Well Woman v. Ireland*, European Court of Human Rights decision of 23 september 1992, application number 64/1991/316/387-388.

⁴⁶ Det ofödda barnets rätt till liv hade 1983 varit uppe vid en folkomröstning, där en majoritet av irländarna röstade för ett abortförbud. Med anledning av detta hävdade Irland bl.a. att det förelåg en särskild rätt till skyddet av värderingar och moral på Irland.

Domstolen anförde att yttrandefrihet inbegrep spridandet av information och idéer, även om dessa ansågs som stötande eller störande för delar av samhället. Enligt domstolen krävde ett demokratiskt samhälle att det fanns möjligheter för pluralism, tolerans och vidsynthet. Det var i den irländska lagen inte olagligt att göra abort utomlands, utan endast att informera om sådana aktiviteter. Vidare gjorde domstolen ett proportionalitetstest av den irländska regleringen. Man framhöll att det irländska förbudet föreföll vara absolut till sin natur. Ingen hänsyn togs till kvinnans förutsättningar i form av hälsa, välmående eller ålder. Samtidigt ifrågasatte man från domstolens sida effektiviteten av det irländska förbudet då det inte hindrade irländska kvinnor att genomföra abort i något av de flertal konventionsstater där abort var lagligt. Slutligen kom domstolen fram till att informationsförbudet innebar en hälsorisk för havande kvinnor då dessa kvinnor fick svårare att få tillgång till god information eller att förbudet försvårade för de kvinnor som av någon anledning var i större behov av god information. Sammantaget fann Europadomstolen att informationsförbudet inte var proportionellt till sitt syfte då irländska kvinnor inte hindrades att genomföra abort utomlands och informationen gick att tillgå från andra källor än de som förbjudits.

Som ovan nämnts hade detta fall behandlats tidigare av såväl av den irländska högsta domstolen som EG-domstolen med skilda utfall.

Den irländska högsta domstolen hade vid sitt avgörande i mars 1988 kommit fram till att den informationsfrihet som också skyddas i den irländska konstitutionen, var underordnad rätten till liv som den irländska konstitutionen ger ofödda barn.⁴⁷ Av denna anledning tyckte man inte att det informationsförbud som de två organisationerna ålagts stred mot deras grundlagsskyddade rättigheter.

⁴⁷ Dom av den irländska högsta domstolen av den 16 mars 1988 i målet *the Society for the Protection of Unborn Children Ltd v. Open door Counselling and Dublin Well Woman Centre Ltd* (1988) Irish Reports, sid. 593-627.

EG-domstolen i sin tur hade i ett avgörande från den 25 september 1989 även de behandlat fallet.⁴⁸ Den irländska domstolen hade begärt ett förhandsavgörande från EG-domstolen, som valde att pröva huruvida Irland kunde förbjuda spridandet av information om möjligheten att göra abort utomlands eller om detta var att anse som en inskränkning av den fria rörligheten för tjänster. EG-domstolen kom fram till att abort utomlands utgjorde en tjänst i enlighet med fördraget, men att spridandet av information skedde helt utan ekonomiskt intresse och därav föll utanför gemenskapsrättens tillämpningsområde. EG-domstolen valde därför att inte pröva sakfrågan.

De tre avgörandena från de tre olika domstolarna visar på ett tydligt sätt hur skilda bedömningar de olika domstolarna kan göra vid en prövning av liknande mål. Att den nationella domstolen sätter ett högt värde på de nationella omständigheterna, i detta fall abortfrågans speciella ställning på Irland, är förståeligt även om utfallet av ett högt ställt skydd för rätten till liv blir till priset för kvinnans rätt över sin kropp, och kan därav kritiseras. Enklare att kritisera är den tämligen tandlösa behandlingen av målet som EG-domstolen genomförde. EG-domstolen har i mål av mer känslig politisk karaktär ibland valt att inte ta någon klar ställning. Å andra sidan visar detta mål att den dåvarande EG-domstolen inte hade kompetensen att behandla målet, i enlighet med dess tolkning av fördraget.⁴⁹ Europadomstolen däremot var inte förhindrat att döma i målet. Europadomstolens ställning som Europas högsta instans för skyddet av grundläggande fri- och rättigheter kan inte kritiseras på samma sätt som EG-domstolen låter sig göras med anledning av att man saknar kompetensen. Europadomstolens ställning som sista instans efter det att nationella domstolsinstanser uttömts, är något som konventionsstaterna alla skrivet under vid tillträdet till EKMR. Samtidigt har EKMR inte samma möjligheter att verkställa sina avgöranden. EKMR-systemet bygger istället på konventionsstaternas egna vilja att

⁴⁸ Mål C-159/90, *Grogan*, REG 1991, sid. I-4685.

⁴⁹ EG-domstolens fokusering på ekonomisk integration har kritiserats kraftigt, bl.a. av J. Coppel och A O'Neill, *The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?* Common Law Review 29 (1992) sid. 669.

uppfylla EKMR och de avgöranden som Europadomstolen lämnar (se kapitel 3.2).

3.5 Sammanfattning

EKMR och dess system kom till i efterkrigstidens Europa, där det fanns en stark vilja och målsättning om att hitta en form för att försvara grundläggande fri- och rättigheter och inte återigen drabbas av sådana katastrofer som andra världskriget inneburit. Det fanns dock från EKMR:s start en viss skeptisk bland konventionsstaterna till att ovillkorligen skapa ett övervakningssystem för grundläggande fri- och rättigheter i Europa. De skeptiska staterna fruktade att EKMR systemet kunde hota deras suveränitet samt att Europadomstolen skulle kunna komma att utnyttjas för politiska påtryckningar internationellt. Därav blev systemet till en början relativt kraftlöst. Detta har dock med tiden förändrats i och med att parternas inställning ändrats och genom att systemets övervakning och effektivitet har växt sig starkare. Fortfarande kvarstår dock faktum att det är ett folkrättsligt instrument utan verkställighets möjligheter i den nationella rätten.

Vid en jämförelse av EKMR och det svenska fri- och rättighetsskyddet framkommer att den främsta skillnaden ligger att konventionen har ett utförligare skydd för en domstolsprövning och garantier för en rättvis process. Det är även i dessa frågor som Sverige oftast blivit fälld för brott mot EKMR.

I det redovisade rättsfallet Open Door Counselling, kan man på ett tydligt sätt se hur Europadomstolen, till skillnad från EG-domstolen i detta fall, inte backar för att hävda de principer som EKMR bygger på. Även i politiskt känsliga frågor vågar Europadomstolen ta ställning för de principer som EKMR bygger om, som yttrande- och informationsfriheten vilka utgör grundläggande förutsättningar för ett öppet demokratiskt samhälle.

4 Fri- och rättighetskyddet inom gemenskapsrätten

Av artikel 6.1 i Fördraget om Europeiska Unionen⁵⁰ framgår att den Europeiska Unionen bygger på principerna om frihet, demokrati och respekt för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna samt på rättsstatsprincipen, vilka principer är gemensamma för medlemsstaterna. Vidare i artikel 6.2 samma fördrag preciseras detta något genom förklaringen att Unionen skall som allmänna principer för gemenskapsrätten respektera de grundläggande rättigheterna, såsom de garanteras i Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, undertecknad i Rom den 4 november 1950, och såsom de följer av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner. Någon utförligare rättighetsstadga som blivit rättsligt bindande har dock ännu ej något av fördragen medfört. Genom den föreslagna konstitutionen skall emellertid en rättighetsstadga inkorporeras i gemenskapsrätten. Vägen fram till en rättsligt bindande rättighetsstadga för gemenskapsrätten har varit lång och kan knappast beskrivas som färdig ännu. Avsaknaden av en tydlig rättighetsstadga kan dock förklaras av flera orsaker, vilka nedan kommer utvecklas.

4.1 De mänskliga rättigheternas rättsutveckling inom EU

De mänskliga rättigheternas status inom det som idag är den Europeiska Unionen, har sedan samarbetets inledande 1951 kraftigt utvecklats. Då samarbetet till en början rörde kol- och stålindustri var det ej särskilt egendomligt att mänskliga rättigheter inte behandlades i det samarbetet. När samarbetet senare utvecklades till utförligare ekonomisk samverkan, blev grundläggande rättigheter allt mer nödvändigt, även om det inledningsvis främst gällde rättighetsregler inom det ekonomiska området. Den

Europeiska (Ekonomiska) Gemenskapen, formad enligt fördraget från 1957, hade för avsikt att underlätta det ekonomiska utbytet medlemsstaterna emellan för att uppnå ”*an ever closer union among the peoples of Europe*”⁵¹. Rätten till att inte diskrimineras p.g.a. nationalitet⁵² blev tidigt en grundläggande del av EG-rätten, och har fortsatt att utvecklas, främst genom införandet av de s.k. fyra friheterna.⁵³

Den främsta anledningen till att EU samarbetet tidigare inte hade någon formell rättighetskatalog eller deklaration var sannolikt att en sådan ej ansågs innefattas i den kompetens som samarbetet bedömdes inneha vid denna tid.⁵⁴ Istället föll frågan om grundläggande fri- och rättigheter inom Europarådets ansvarsområde. EG-domstolen visade tidigt en tydlig motvilja för att upprätthålla individuella fri- och rättigheter.⁵⁵

I och med EG-rättens växande omfattning blev dock politiska och sociala frågor, och inte minst individuella fri- och rättigheter, allt mer av intresse för gemenskapen då EG-rätten kom att beröra enskilda och dess förehavanden i allt större utsträckning. Detta i samband med att domstolen förstärkte EG-rätten genom principerna om direkt effekt samt dess företräde framför nationell rätt (se kapitel 2.3.1. ovan) gjorde att avsaknaden av ett direkt skydd för mänskliga rättigheter blev påtagligt. EG-domstolen kom därför att på ett för den karakteristiskt sätt aktivt leda utvecklingen för ett bättre skydd av individuella fri- och rättigheter. Inledningsvis kom skyddet att gälla ekonomiska rättigheter som äganderätt och etableringsrätt för arbete och handel.⁵⁶

⁵⁰ Konsoliderad version av Fördraget om Europeiska unionen av den 24 december 2002.

⁵¹ Se förord till fördraget till den Europeiska (Ekonomiska) Gemenskapen.

⁵² Art. 12 EC Treaty.

⁵³ Se art. 28,30,39,43,45,46,49-55,58.

⁵⁴ Craig och De Búrca, *EU Law*, sid 296.

⁵⁵ I målen 1/58 *Stork* och 16-18/59 *Geitling* fastslog domstolen att EG-rätten inte innehöll någon allmän rättsprincip, uttrycklig eller implicit, som garanterar skyddet för ”vested rights”. En anledning till detta kan ha varit att man inte ville använda sig av medlemstaternas konstitutionella rättsprinciper, i vilken individuella fri- och rättigheter var skyddade, såsom rättskällor och på det sättet underordna gemenskapsrätten gentemot de nationella konstitutionerna.

⁵⁶ Se Mål 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft* REG 1970, sid. 1125, svensk specialutgåva, volym 1, sid. 503.

I målet *Stauder*⁵⁷ nämnde domstolen för första gången mänskliga rättigheter såsom tillhörande de allmänna rättsprinciper som EG-domstolen värnade om, och i fallet *Internationale Handelsgesellschaft* förtydligade domstolen sin hållning genom att fastställa att domstolen hämtade sin inspiration från det gemensamma i medlemsstaternas konstitutionella traditioner.⁵⁸

Förenklat rörde *Internationale Handelsgesellschaft* en konflikt mellan en gemenskapsrättslig bestämmelse, i form av en förordning, och de i den tyska grundlagen skyddade principerna om handlings- och förfogandefrihet, ekonomisk frihet och den proportionalitetsprincip som följde av den tyska grundlagen.

Den tyska domstolen, som begärt ett förhandsavgörande i frågan av EG-domstolen, ansåg att dessa principer var sådana strukturella principer som gemenskapsrätten borde skydda och därav att den överstatliga EG-rätten borde lämna företräde åt principerna i den tyska grundlagen.⁵⁹

Domen från EG-domstolen blev oerhört betydelsefullt då det dels utvecklade EG-rättens skydd av mänskliga rättigheter och dess källor, men utvidgade även företrädesdoktrinen till att omfatta förhållandet till nationella grundlagar. I domen yttrade EG-domstolen följande:

”Om den rätt som följer av fördraget, dvs. av en självständig rättskälla, skulle åsidosättas av bestämmelser i nationell lagstiftning, *av vilket slag de än kan vara* (författarens kursivering), skulle den förlora karaktären av gemenskapsrätt och den rättsliga grundvalen för själva gemenskapen hotas.

Därför påverkas giltigheten av en gemenskapsakt eller dess verkan inom en

⁵⁷ Mål 29/69 *Stauder*, REG 1969, sid. 419, svensk specialutgåva volym 1, sid. 421. I den sista paragrafen i fallet *Stauder* fastslår domstolen följande: (§ 7) ”Tolkad på detta sätt innehåller den omtvistade bestämmelsen ingenting som ifrågasätter de grundläggande mänskliga rättigheter som omfattas av gemenskapsrättens allmänna principer och vars iakttagande domstolen säkerställer.”

⁵⁸ Mål 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft* REG 1970, sid. 1125, svensk specialutgåva, volym 1, sid. 503.

⁵⁹ *Internationale Handelsgesellschaft*, punkterna 2-3.

medlemsstats territorium inte av att det görs gällande att den kränker grundläggande rättigheter i en medlemsstats författning eller principerna i dess författningsstruktur.

(...) Iakttagandet av de grundläggande rättigheterna utgör nämligen en integrerad del av de allmänna rättsprinciper vars upprättande domstolen skall säkerställa.

Respekten för dessa rättigheter är visserligen grundad på medlemsstaternas gemensamma författningmässiga traditioner, men skall säkerställas inom ramen för gemenskapens struktur och mål.”⁶⁰

EG-domstolens avgörande initierade en viss spänning mellan nationella domstolar (i detta fall Tyskland) och EG-domstolen. Efter att EG-domstolen kommit med sin dom i Internationale Handelsgesellschaft-målet tog den tyska domstolen som hänskjutit frågan till EG-domstolen frågan vidare till den tyska författningsdomstolen *Bundesverfassungsgericht*. I det så kallade *Solange I* beslutade den tyska författningsdomstolen att så länge som EG-rätten inte innehöll ett tillfredställande rättighetsskydd skulle gemenskapsrättsakter kunna sättas åt sidan om de inte uppfyllde den tyska grundlagens rättighetsskydd.⁶¹

Av rädsla för att nationella författningsdomstolar skulle börja ifrågasätta EG-rättens företrädare kände sig EG-domstolen tvungen att fortsätta utveckla gemenskapsrättens rättighetsskydd.⁶² I fallet *Nold*⁶³ anförde EG-domstolen att förutom medlemstaternas konstitutioner hade gemenskaprätten även att uppmärksamma de internationella instrument, såsom EKMR vilken medlemstaterna medverkat eller var part till. I sitt domslut uttalade domstolen att:

⁶⁰ Internationale Handelsgesellschaft, punkterna 3-4.

⁶¹ Bundesverfassungsgerichts dom den 29 maj 1974 i mål 2 BvL 52/71 Bundesverfassungsgerichts Vol. 37 sid. 271.

⁶² Hellner, *Skyddet av grundläggande rättigheterna i framtidens EU*, sid. 17.

⁶³ Mål 4/73, *Nold*, REG 1974, sid. 491, svensk specialutgåva, volym 2, sid. 295.

”I de internationella avtal rörande skyddet av de mänskliga rättigheterna som medlemsstaterna har varit med om att utarbeta eller anslutit sig till kan det också finnas anvisningar som man bör ta hänsyn till inom ramen för gemenskapsrätten.”⁶⁴

Den tidigare domaren vid EG-domstolen G. Frederico Mancini menade i en artikel från 1989 att domstolen genom sitt domslut i fallet *Nold* utfört sitt starkaste bidrag till gemenskapsrätten. Mancini anser att domstolen genom domslutet införde en oskriven rättighetsstadga till gemenskapsrätten och därmed tog ännu ett steg i konstitutionaliseringen av Romfördraget.⁶⁵

Utvecklingen av fri- och rättighetsskydd som allmänna rättsprinciper inom gemenskapsrätten tog sedan under 70- och 80-talet ytterliggare några steg genom främst EG-domstolens avgöranden. Bland de mest betydelsefulla rättsfallen kan *Haur*⁶⁶ och *Rutili*⁶⁷ nämnas, i vilka EG-domstolen för första gången citerade nationella författningar respektive EKMR:s bestämmelser.

EG-domstolens utveckling av skyddet för mänskliga rättigheter blev positivt bemött av medlemsstaterna, och framför allt den tyska författningsdomstolen som lett kraven mot EG-domstolen utveckling av gemenskapsrätten, backade något. I det s.k. *Solange II* avgörandet från 1986 förklarade den tyska författningsdomstolen att utvecklingen var tillräckligt tillfredställande, och att den tyska domstolen inte längre behövde kontrollera gemenskapsrättsakternas överensstämmelse med den tyska grundlagens rättighetsskydd.⁶⁸ Även gemenskapsrättens rättsakter började långsamt uppmärksamma de mänskliga rättigheterna. I ingressen till den Europeiska Enhetsakten från 1986 uttalades för första gången i ett fördrag ett stöd för de mänskliga rättigheterna. Även om det juridiska värdet av

⁶⁴ Mål 4/73, *Nold*.

⁶⁵ G.F. Mancini, *A constitution for Europe*, *Common Market Law Review* 26: 595-614 (1989).

⁶⁶ Mål 44/79, *Haur* REG 1979, s. 2727.

⁶⁷ Mål 36/75, *Rutili* REG 1975, sid. 1219, svensk specialutgåva, volym 2, sid. 485.

⁶⁸ Bundesverfassungsgerichts dom den 22 oktober 1986 i mål 2 BvL 197/83, *Einscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* Vol. 73 s. 339.

förklaringen var begränsat fann EG-domstolen ett starkt symbolvärde i förklaringen och ett stöd för den utveckling av oskrivna rättsprinciper inom gemenskapsrätten som domstolen anförde.⁶⁹

I och med Maastrichtfördragets från 1992⁷⁰ stadgades slutligen i artikel 6 att:

1. Unionen bygger på principerna om frihet, demokrati och respekt för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna samt på rättsstatsprincipen, vilka principer är gemensamma för medlemsstaterna.

2. Unionen skall som allmänna principer för gemenskapsrätten respektera de grundläggande rättigheterna, såsom de garanteras i Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, undertecknad i Rom den 4 november 1950, och såsom de följer av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner.

Denna bestämmelse var naturligtvis ett stort steg för gemenskapen. Till en början var dock innebörden begränsad då EG-domstolen inte hade behörigheten att tolka och tillämpa denna fördragsbestämmelse (se EG-domstolens resonemang i yttrande 2/94 i kapitel 4.3.1 för utförligare diskussion kring EKMR:s ställning inom gemenskapsrätten). Detta framgår av artikel L av samma fördrag. Genom det senare Amsterdamfördraget från 1997 tillskrevs EG-domstolen dock behörigheten att överse gemenskapens institutioners verksamhet samt i de fall domstolen redan hade behörighet på någon annan grund.⁷¹ Begränsningen av EG-domstolens behörighet innebar bl.a. att domstolen inte kunde pröva den gemensamma utrikes- och säkerhetspolitiken och endast hade begränsad behörighet rörande polissamarbete och straffrättsligt samarbete, vilket ofta är just de fall då mänskliga rättigheter aktualiseras. Behörigheten var även begränsad till

⁶⁹ Hellner, *Skyddet av grundläggande fri- och rättigheter i framtidens EU*, sid. 18.

⁷⁰ Fördraget av upprättandet av Europeiska Unionen som trädde i kraft den 1 november 1993 och som även kallas Maastrichtfördraget.

⁷¹ Hellner, *Skyddet av grundläggande fri- och rättigheter i framtidens EU*, sid. 19.

endast de fall då gemenskapens egna institutioner verkställde gemenskapsrätten och ej då medlemsstaterna utförde den.⁷² Vidare innebar Amsterdamfördraget att vissa nya rättsregler gällande skyddet för mänskliga rättigheter. I artikel 7 föreskrevs hur en medlemsstats rättigheter enligt fördraget kan suspenderas om denna medlemsstat allvarligt eller ihållande skulle åsidosätta respekten för de grundläggande rättigheterna (vilket Österrike exempelvis fick erfara efter att den högerpopulistiske Jörg Haider blev invald i Österrikes koalitionsregering i början av 2000). I artikel 49 stadgades att respekten för de mänskliga rättigheterna var ett villkor för medlemskap i den Europeiska Unionen. Detta aktualiserades under förhandlingarna som ledde fram till den första utvidgningen av unionen med de 10 nya medlemmar som inträdde 1 maj 2004, och kanske än mer för närvarande då Turkiet önskar inträde i unionen.

4.2 EKMR:s ställning inom gemenskapsrätten

Som tidigare beskrivits har gemenskapsrättens utvecklats på ett dynamiskt sätt, främst genom EG-domstolens tolkning och tillämpning av fördragen. Detta har dock inte hindrat EG-domstolen från att använda källor utanför fördragen. I flertalet fall har EG-domstolen hänvisat till medlemsstaternas konstitutioner samt EKMR, och på detta sätt byggt upp ett rättighetskydd inom gemenskapsrätten utan att det uttryckligen framgått av fördragen.⁷³

I artikel 6.2 av EU-fördraget återfinns nu mer den principförklaring som blivit resultatet av EG-domstolens rättspraxis, där det stadgas att EKMR skall respekteras som allmänna principer för gemenskapsrätten (se kapitel 4.1 ovan). Av artikel 46 d av samma fördraget framgår att EG-domstolen är behörig att tolka artikel 6.2 i fråga om institutionernas verksamhet, förutsatt att domstolen har behörighet i enlighet med fördragen, dvs. att det rör sig inom de befogenheter fördragen tilldelar gemenskapen. Det blir därför främst EU-institutionernas respekt för grundläggande fri- och rättigheter

⁷² Ibid, sid. 19.

⁷³ Hettne och Eriksson, EU-rättslig metod, sid. 64.

som faller inom EG-domstolens kompetens område.⁷⁴ Detta hindrar dock inte att EG-domstolen kan pröva om nationell lagstiftning står i överensstämmelse med grundläggande fri- och rättigheter i enlighet med gemenskapsrättens allmänna rättsprinciper.

Såsom en del av gemenskapsrättens allmänna rättsprinciper utgör EKMR tillsammans med medlemstaternas konstitutionella traditioner en rättskälla för EG-domstolen i dess fastställande av gemenskapsrättens fri- och rättighetsskydd (se kapitel 4.1). Genom flertalet avgöranden under 80-talet fastslog EG-domstolen att all gemenskapsrättslig lagstiftning skall tolkas i enlighet med grundläggande rättigheter, samt att nationella domstolar är skyldiga att tillämpa gemenskapsrättens allmänna rättsprinciper vid tillämpningen av gemenskapsrätten.⁷⁵ Av dessa avgöranden framkommer att det åligger en skyldighet för gemenskapslagstiftaren att se till att gemenskapsrätten inte inskränker de grundläggande rättigheter som följer av medlemstaternas gemensamma författningstraditioner. Detta skulle innebära att åtgärder som inte var tillåtna i medlemsstaterna inte heller var tillåtna inom gemenskapsrätten. Konsekvensen av detta skulle därmed vara att samma krav skulle föreligga gemenskapslagstiftaren som lagstiftaren i medlemsstaterna, när dessa agerar inom gemenskapsrättens tillämpningsområde.⁷⁶

De situationer som blir aktuella, dvs. då en medlemsstat agerar inom gemenskapsrättens ”tillämpningsområde”, kan kategoriseras till två situationer. Antingen vid de tillfällen det finns en gemenskapsrättslig reglering och en medlemsstat agerar för att implementera denna i den interna rättsordningen, eller då en medlemsstat vidtar åtgärder inom gemenskapsrättens regelverk för den fria rörligheten på den inre marknaden och till följd därav önskar göra gällande ett av de tillåtna undantag som

⁷⁴ Ibid, sid. 65.

⁷⁵ Se domarna i mål 63/84, *Kent Kirk*, REG 1984, s. 2689, svensk specialutgåva, volym 7, s. 623, mål 222/84, *Johnstone*, REG 1986, s. 1651, svensk specialutgåva, volym 8, s. 597, mål 201 och 202/85, *Klench*, REG 1986, s. 3477, svensk specialutgåva, volym 8, s. 729, mål 5/88, *Wachauf*, REG 1989, s. 2609.

⁷⁶ Hettne & Eriksson, *EU-rättslig metod*, sid. 131.

gemenskapen medger för fri rörlighet på den inre marknaden. Dessa två situationer har även beskrivits som positiv respektive negativ integration.⁷⁷

En vidare fråga är vilken skyddsnivå som gemenskapsrättens allmänna principer ålägger medlemsstaterna när de agerar inom gemenskapsrättens tillämpningsområde. Precis som ovan är det viktigt att särskilja mellan två situationer. Dels finns situationen då de allmänna rättsprinciperna skall tillämpas på en rättsakt stiftad av gemenskapens lagstiftare, och dels då det rör en rättsakt antagen av lagstiftaren i en medlemsstat. Vid den första situationen ges den allmänna rättsprincipen en funktion som *maximiregel*, dvs. en medlemsstat kan inte underlåta att tillämpa en gemenskapsrättslig regel genom att hänvisa att medlemsstaten anser sig tillämpa ett högre skydd för en rättighet. Det följer av företrädesprincipen att en gemenskapsrättslig regel inte kan underkännas av en enskild medlemsstat, inte ens om regeln betraktas strida mot medlemsstatens grundlag.⁷⁸ Därav av blir den nivå som EG-domstolen väljer för exempelvis skyddet av grundläggande rättigheter maximinivå i dessa fall.

Vid en situation då en allmän rättsprincip tillämpas för att tolka eller överpröva rättsregler antagna av den nationella lagstiftaren får den istället en funktion av *minimiregel*. I dessa fall får de allmänna principerna istället en subsidiär och korrigerande effekt i förhållande till det skydd som medlemsstaten erbjuder. Skulle de nationella reglerna inte nå upp till den nivå som gemenskapsrätten ålägger kan de allmänna rättsprinciperna träda in för att korrigera exempelvis det nationella fri- och rättighetsskyddet.⁷⁹

4.3 Rättsfall och yttrande

För att beskriva hur EG-domstolen har resonerat i tillämpningen av grundläggande fri- och rättigheter kommer jag i detta kapitel med hjälp av några utvalda rättsfall försöka exemplifiera den problematik och de

⁷⁷ Ibid, sid. 132.

⁷⁸ Se mål 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, utförligare diskuterat i kapitel 2.3.1.2.

⁷⁹ Hette och Eriksson, *EU-rättslig metod*, sid. 142.

lösningar som EG-domstolen valt att ta. I det inledande yttrandet framlade EG-domstolens sin syn på huruvida gemenskapen hade möjlighet att tillträda EKMR. Rättsfallet *Roquette frères* från 2002 visar på hur EG-domstolen vägt olika principer, såväl från nationell rätt och EKMR men framför allt tillämpat dem med gemenskapsrättslig hänsyn.

4.3.1 Yttrande 2/94⁸⁰

Ministerrådet hade begärt in detta yttrande från EG-domstolen, i enlighet med artikel 300 i fördraget, med anledning av möjligheten för gemenskapen att tillträda EKMR. I yttrandet lämnade domstolen flertalet intressanta synpunkter kring sin syn på skyddet av grundläggande fri- och rättigheter, samt relationen till EKMR.

I yttrandet inledde domstolen med att konstatera att gemenskapen endast kan agera inom de ramarna som har tilldelats den genom fördraget. Detta innebar dock inte att viss kompetens kan hämtas från fördraget utan att det uttryckligen står i de samma. Vidare hänvisade man till ett tidigare yttrande (Yttrande 1/91) i vilket domstolen kommit fram till att i de fall gemenskapen givits befogenhet att uppnå ett visst mål, inbegrep en sådan kompetens även befogenheten att ingå internationella avtal med tredje part för uppnå syftet, även om detta inte uttryckligen framgår att fördragets artiklar.⁸¹

Vidare konstaterade domstolen att grundläggande fri- och rättigheter i enlighet med artikel F i fördragets inledning skall respekteras. Dessutom utgör grundläggande fri- och rättigheter en integrerad del av de allmänna principer som gäller inom gemenskapsrätten, och att dessa hämtar inspiration från medlemsstaternas författningstraditioner samt EKMR som har tilldelats en särskild ställning som rättskälla.⁸² Med anledning av detta ansåg domstolen att grundläggande fri- och rättigheter utgjorde en

⁸⁰ Yttrande 2/94 av den 28 mars 1996, REG 1996, sid. I-1763.

⁸¹ Ibid, punkt 26.

⁸² Ibid, punkterna 32-33.

förutsättning för legitimiteten av gemenskapsrättens rättsakter, men att gemenskapen och dess institutioner saknade befogenhet från fördragen att reglera grundläggande fri- och rättigheter eller att tillträda EKMR. Man menade att artikel 308 inte gav så vidgående befogenheter som ett tillträde av gemenskapen till EKMR och dess rättsordning skulle innebära. Detta skulle endast vara möjligt genom ett tillägg i fördraget.⁸³

Även om EG-domstolen alltså kom fram till att fördraget vid denna tidpunkt inte möjliggjorde att gemenskapen tillträdde EKMR, så utgjorde detta yttrande en del av utvecklingen av ett rättighetsskydd inom gemenskapsrätten då domstolen dock fastställde att artikel 308 skapar viss kompetens för gemenskapen att reglera grundläggande fri- och rättigheter, så länge de ej går utöver gemenskapens mål och verksamhet. Viktigt var även konstaterandet att ett grundläggande fri- och rättighetsskydd utgjorde ett villkor för legitimiteten av gemenskapens rättsakter.

4.3.2 Roquette Frères⁸⁴

Målet rörde skyddet för den enskildes rätt till privatliv vid utredningar av brott mot konkurrensreglerna. Just detta mål är även intressant då det visar hur medlemsstaterna är bundna av EG-domstolens tolkning av de allmänna rättsprinciperna vid ärendesslag som administreras av gemenskapsinstitutionerna och nationell myndighet gemensamt.

Efter att kommissionen med stöd av en gemenskapsrättslig förordning begärt att franska myndigheter skulle bistå dem i deras utredning kring det franska företaget Roquette Frères, ansökte den franska myndigheten om tillstånd hos den franska domstolen för att göra besök samt beslag i enlighet med den franska konkurrenslagen. Med anledning av detta beslut uppkom frågan huruvida den franska domstolen hade möjlighet att pröva kommissionens beslut, särskilt med anledning av artikel 8 i EKMR om

⁸³ Ibid, punkterna 34-35.

⁸⁴ Mål 00/94, Roquette frères, REG 2002, sid. I-9011.

skydd mot ingrepp i personers privatliv, vilket Europadomstolen tidigare fastställt även täcker företag.

I sitt förhandsavgörande betonade EG-domstolen att det är av betydelse att såväl nationella som gemenskapens myndigheter samarbetar när de agerar för att uppfylla fördragets mål.⁸⁵ Man konstaterade även med hänvisning till tidigare mål,⁸⁶ att kommissionen är skyldig att följa den nationella rättens processuella skyddsregler när den avser genomföra undersökning med hjälp av nationella myndigheter, men att det även åligger medlemsstaterna att säkerställa att kommissionens undersökning blir effektiv.⁸⁷

Vidare yttrade EG-domstolen att det endast är EG-domstolen som kan pröva huruvida undersökningen är nödvändig, eftersom det endast är den som kan pröva lagligheten av kommissionens beslut.⁸⁸ Den nationella domstolens prövning fastställdes till att endast omfatta frågan om de tvångsåtgärder som avsågs i ansökan stod i proportion till föremålet i undersökningen och inte var godtyckliga. I denna uppgift ansågs den nationella domstolen bunden av gemenskapsrättens allmänna principer och dess tolkning av artikel 8 i EKMR (som i sin tur grundades på Europadomstolens praxis vilken man hänvisade till). EG-domstolen kom slutligen fram till att gemenskapsrätten utgjorde ett hinder för den nationella domstolen att gå utöver EG-domstolens tolkning av principen.⁸⁹

Avgörandet i *Roquette frères* visar på hur EG-domstolen tillämpar gemenskapsrättens allmänna principer som en maximinivå för skyddet av fri- och rättigheter. Den nivå som EG-domstolen har valt utgör således en maximinivå och den nationella domstolen kan inte underlåta att tillämpa den

⁸⁵ Ibid, punkt 31-32.

⁸⁶ Mål 46/87 och 227/88, *Hoecht*, REG 1989, sid. 2589, svensk specialutgåva, volym 10, sid. 133.

⁸⁷ Mål 94/00, *Roquette frères*, punkt 35.

⁸⁸ Ibid, punkt 39.

⁸⁹ Ibid, punkt 99.

gemenskapsrättsliga regeln med anledning av att den nationella rätten erbjuder ett högre skydd för den enskilde.

Intressant är att EG-domstolen i det tidigare avgörandet i målet *Hoecht*⁹⁰ kommit fram till att skyddet för affärslokaler vid utredningar av brott inte kunde anses utgöra en allmän rättsprincip inom gemenskapsrätten. Detta då man inte ansåg att det vid detta tillfälle gick att hämta stöd för detta i medlemsstaternas författningstraditioner, även om den tyska rätten erbjuder sådan tolkning. När sedan Europadomstolen i sin praxis fastställt att även affärslokaler omfattades av skyddet i artikel 8 EKMR, ändrade alltså EG-domstolen sin praxis.

Ännu en intressant synpunkt att tilläggas är dock det faktum att även om EG-domstolen ibland har kritiserats för inte ta skyddet för grundläggande fri- och rättigheter på allvar vad angår kontrollen av gemenskapsrättens egna lagstiftning, så har det hittills dock aldrig hänt att en nationell domstol har vägrat att tillämpa gemenskapsrätten på grund av att den skulle strida mot landets skydd för grundläggande fri- och rättigheter, vilket den tyska författningsdomstolen hotade att göra i sina berömda *Solange*-mål.⁹¹

4.4 Sammanfattning

Då det europeiska samarbetet som på 50-talet kallades för den europeiska kol- och stålunionen bildades var det först och främst ett ekonomiskt samarbete, även om en önskan om ökad integration inom samarbetet alltid funnits. Ett utvecklat skydd för grundläggande fri- och rättigheter fanns därför inte i det tidiga samarbetet.

Med åren då samarbetet förkovrades ökade även behovet av ett förbättrat skydd för grundläggande fri- och rättigheter. De allmänna rättsprinciper som EG-domstolen utvecklade krävde ett visst fri- och rättighetskydd.

⁹⁰ Mål 46/87 och 227/88, *Hoecht*, REG 1989, sid. 2589, svensk specialutgåva, volym 10, sid. 133.

⁹¹ Hettne & Eriksson, *EU-rättslig metod*, sid. 145.

Inspirationen hämtades inledningsvis från medlemsstaternas konstitutionella traditioner.

De starkare författningsdomstolarna i medlemsstaterna kritiserade dock EG-domstolen för att på ett för snabbt sätt utvecklat gemenskapsrätten utan att på samma sätt utvecklat fri- och rättighetsskyddet. Detta fick EG-domstolen att skynda på utvecklingen. Bl.a. lät man även EKMR utgöra en särskild rättskälla för gemenskapsrättens skydd av fri- och rättigheter.

Även lagstiftaren började genom Maastricht-fördraget att konstitutionalisera rättighetsskyddet. I EU av idag har kanske de politiska kraven som ställs på exempelvis nya medlemsstater utgjort den starkaste effekten med anledning av utvecklingen av gemenskapsrättens fri- och rättighetsskydd.

EG-domstolens yttrande 2/94 klargör även det domstolens syn för vilken ställning skyddet för grundläggande fri- och rättigheter har inom gemenskapsrätten. I detta konstaterade domstolen att även om fördraget vid denna tidpunkt inte möjliggjorde att gemenskapen tillträdde EKMR, så utgjorde ett grundläggande fri- och rättighetsskydd ett villkor för legitimiteten av gemenskapens rättsakter.

I Roquette fréres avgörandet visade EG-domstolen istället prov på hur den även tillämpar EKMR och Europadomstolens praxis. Men på ett mycket gemenskapsrättsligt sätt tillämpade domstolen även gemenskapsrättens allmänna principer som en maximinivå för skyddet av fri- och rättigheter, oavsett om den nationella rätten erbjuder ett högre skydd för den enskilde.

5 Fri- och rättighetsskydd i nationell rätt- exemplet Sverige

För att illustrera den nationella rättens roll tillsammans med gemenskapsrättens och EKMR:s skydd för de grundläggande fri- och rättigheterna, har jag valt att använda Sverige som exempel.

5.1 Den svenska rättstraditionen och individuella rättigheter

En tydlig karakteristik hos den svenska rättstraditionen under de senaste 150 åren är synen på en stark stat och ett underlåtande hos individer att ifrågasätta denna ordning. En märkbar antiindividualistisk tradition finns både i den svenska rättstraditionen såsom i samhället i stort.⁹²

Anledningarna till detta är förmodligen flera, men betydelsefull för den svenska rättsutvecklingen har den s.k. *Uppsalaskolan* och dess grundare Axel Hägerström varit.⁹³ Under 1900-talet har den svenska rättskulturen dominerats av den s.k. rättsrealistiska skolan. Ett framträdande drag i den skandinaviska rättsrealismen, starkt förknippad med Uppsalafilosofin och Hägerström, var dess kritiska inställning till naturrätten. Värdenihilismen, som blivit namnet på Hägerströms rättsrealistiska värdeteori, var starkt kritisk till påståenden om förhållanden utanför tid och rum. Objektiva värden ansågs av värdenihilismen som metafysik utan egentligt värde. Sådana metafysiska objektiva värden var ej vetenskapliga och skulle därför rensas ut ur rättsvetenskapen.⁹⁴ Denna värdenihilism fick en stor genomslagskraft genom att generationer av jurister och andra lärda skolades i dess läror i Sveriges olika lärocenter. Flertalet av 1900-talets främst ansedda jurister, rättsteoretiker och även politiker bar tydliga spår av

⁹² Jfr Jacob Sundberg *Studier kring Europakonventionen*, Maciej Zaremba *Byalagets diskreta charm eller folkhemets demokratiuppfattning*.

⁹³ Nergelius, *Konstitutionellt rättighetsskydd*, sid. 94.

⁹⁴ *Ibid*, sid. 95.

Uppsalaskolans idéer. Några av dessa, som fått stor betydelse för efterkrigstidens svenska rättskultur och dess relation till individuella rättigheter är t.ex. Vilhelm Lundstedt, Karl Olivecrona, Östen Undén och Carl Lidbom.⁹⁵ Nergelius och Sundberg menar även i sina verk att det socialdemokratiska partiet påverkades eller använde Uppsalaskolans inställning till naturrätten och individuella rättigheter. I värdenihilismen fann politikerna stöd för ett hävdande av en stark stat, dock till bekostnad av individuella rättigheter.⁹⁶

Även om de yttrande- och tryckfriheten har en relativt lång historia i Sverige såsom lagstiftade rättigheter, kan de medborgerliga rättigheterna inte anses ha haft en stark roll i den svenska konstitutionella rättstraditionen. I 1809 års RF fanns ingen rättighetskatalog, vilket kan ses som något anmärkningsvärt då perioden för övrigt var präglad av liberala upplysningsidéer.⁹⁷ I praktiken var dock respekten för rättigheter bland svenska myndigheter större än vad som kan utläsas av dessa tidiga grundlagar.

Först vid mitten av 1900-talet kom arbeten med att reformera och stärka grundlagsskyddade rättigheter igång i Sverige. Grundlagsskyddade fri- och rättigheter vann då en ökad förståelse såväl bland jurister som hos politiker. En debatt om förstärkt grundlagsskydd för medborgerliga rättigheter drog igång och resulterade i att denna fråga kom att inkluderas i arbetet med att reformera den svenska konstitutionen. Anledningarna till att man fann grundlagsskyddade fri- och rättigheter av större vikt just vid denna period var framför allt den attack mot det demokratiska statsskicket som andra världskriget innebar. Andra världskriget utmynnade senare i att de två folkrättsliga instrumenten FN-stadgan och Europakonventionen om mänskliga rättigheter (EKMR) instiftades, vilket i sin tur betydde mycket för den svenska reformationen av grundlagsskyddade fri- och rättigheter. Sverige ratificerade 1952 EKMR, men konventionen blev först 1994

⁹⁵ Se Nergelius, *Konstitutionellt rättighetsskydd*, sid. 611 och Jacob Sundberg, *Studier kring Europakonventionen*, sid. 23.

⁹⁶ Jfr Nergelius, *Konstitutionellt rättighetsskydd* och Sundberg, *Studier kring Europakonventionen*.

tillämplig i Sverige då den införlivades i svensk rätt genom lag (se nedan i kapitel 5.3)

Man kan i riksdagens utredningar och motioner från denna tid se en tydlig inställning till att fri- och rättigheter utgör en grundval för det svenska statskicket och att det av den anledningen borde finnas tydligt utskrivet i grundlagen.⁹⁸ Samtidigt betonades även vikten av att en reglering av medborgerliga fri- och rättigheter inte fick få konsekvenser för de statsingripanden i den enskildes frihet och självbestämmanderätt som under särskilda förhållanden ansågs nödvändigt.⁹⁹ Att förslagen för ett reformerat konstitutionellt rättighetsskydd därav inte sträckte sig längre än att man önskade se en flexibel konstitution får ses i ljuset av den svenska rättstraditionen, där statsmaktens auktoritet varit prioriterat och konstitutionens praktiska funktion ansågs viktigare än den enskildes rättigheter.

När Grundlagsberedningen kom med sitt förslag¹⁰⁰ till ny grundlag 1972 visade det sig att förslaget kunde beskrivas som en kompromiss mellan dem som önskade se grundlagsskyddade rättigheter som inte skulle kunna sättas åt sidan av vanlig lag, och dem som såg det som viktigt att den nya regeringsformen garanterade välfärdsstatens fullgörande, vilket enligt dem krävde vissa inskränkningar i förslagets rättighetsskydd. Efter ytterligare parlamentariska utredningar och kompromisser fastslogs den nya Regeringsformen 1974, med sitt andra kapitel kallat Grundläggande fri- och rättigheter.

När den nya svenska Regeringsformen kom 1974, utgjorde det ett första steg i att förändra det svenska konstitutionella grundlagsskyddet. Genom 1974 års RF stadgades flertalet skyddsvärda rättigheter, med krav om dessa endast kunde begränsas genom lag. Redan 1976 preciserades de tillåtna

⁹⁷ Nergelius, *Konstitutionellt rättighetsskydd*, sid. 546.

⁹⁸ se bl.a. Herbert Tingstens utredning, SOU 1941:20

⁹⁹ SOU 1941:20, sid 15.

¹⁰⁰ SOU 1972:15.

inskränkingsändamålen i RF:s 2 kapitel ytterligare. Det kanske viktigaste steget togs dock 1979 då procedurreglerna i RF 2 kap. 12 § st. 3-5 tillkom samt den konstitutionellt viktiga lagprövningsrätten fick plats i RF. Även lagrådets befogenheter blev vid detta tillfälle reglerade.¹⁰¹

5.2 Den svenska grundlagens rättighetskydd

Skyddet för fri- och rättigheter i svensk rätt utmynnar främst ifrån kapitel 2 i Regeringsformen. Tillsammans med Tryckfrihetsförordningen, Yttrandefrihetsgrundlagen och Successionsordningen utgör RF den svenska grundlagen eller konstitutionen.

Syftet med de rättigheter som återfinns i RF 2 kapitel är dock att de är ämnade att vara rättsligt bindande, till skillnad från exempelvis principerna i RF 1 kap. 2 § som är mer målinriktade. I 2 kapitlet av RF återfinns två typer av rättigheter; de som kan begränsas genom lag och därför kallas *relativa*, och de som inte kan begränsas genom lag och därför benämns *absoluta*. Detta föreskrivs i RF:s 2 kap. 12 §.

I de fall RF 2 kap. 12 § tillåter begränsningar av de ovan nämnda fri- och rättigheterna ställer paragrafen även vissa krav på sådana begränsningar. Först och främst skall de beslutas genom lag.¹⁰² Enligt andra stycket i paragrafen skall en begränsning endast tillåtas om de görs *för att tillgodose ändamål som är godtagbara i ett demokratiskt samhälle*. En begränsning måste även vara proportionell och inte heller *sträcka sig så långt att den utgör ett hot mot den fria åsiktsbildningen*. Slutligen får en begränsning inte göras enbart på grund av politisk, religiös, kulturell eller annan sådan åskådning.

Förutom RF 2 kap. 12 § ställer 13 och 14 §§ krav för begränsningar av de positiva opinionsfriheterna. I dessa två paragrafer räknas ändamålen med

¹⁰¹ Nergelius, *Konstitutionellt rättighetskydd*, sid. 546.

¹⁰² I vissa fall tillåts begränsningar genom annan författning efter bemyndigande i lag. Hänvisning görs i dessa fall till RF 8:7.

vilka de positiva opinionsfriheterna får inskränkas. Vidare föreskriver 15 och 16 §§ att begränsningar aldrig får innebära diskriminering med anledning av etnisk bakgrund eller kön.

Denna metod av positiva och negativa rättigheter kan kritiseras för att erbjuda ett relativt svagt skydd för individens rättigheter, genom att det genom lag går att begränsa många av rättigheterna i RF:s 2 kapitel. De beslutande parlamentarikerna såg dock en fördel i metoden, då man ansåg att det var oundvikligt i en demokrati.¹⁰³ För att stärka rättigheterna finns som ovan nämnts flertalet hinder för riksdagens begränsningsmöjligheter. Dessa är avsedda att balansera riksdagens möjligheter att begränsa medborgarens fri- och rättigheter.

Ett ytterligare instrument menat att balansera den svenska metoden av relativa rättigheter infördes 1979 genom den då i RF 11 kap. 14 § lagfästa *lagprövningsrätten*. Med lagprövningsrätten infördes ett judiciellt skydd av de grundlagsskyddade rättigheterna. Genom denna lag föreskrivs att svenska domstolar har rätt att inte tillämpa lag eller föreskrift som står i strid med den svenska grundlagen, t.ex. de grundlagsskyddade fri- och rättigheterna. I de fall de rör sig om lagar och föreskrifter beslutade av riksdagen eller regeringen krävs det att dessa uppenbart står i strid med grundlagen.¹⁰⁴ Detta uppenbarhetsrequisit är omdebatterat då det anses kraftigt försvaga lagprövningsrätten.¹⁰⁵ Med tanke på de få fall då svensk domstol använt sig av sin lagprövningsrätt i enlighet med RF 11 kap. 14 §, kan kritiken ses som motiverad.

5.3 EKMR:s ställning inom svensk rätt

Efter att dryga 40 års parlamentariskt utredande och debatterande lett till 1974 års Regeringsform skedde inte allt för mycket kring rättighetsskyddet fram till 1992, då en kommitté tillsattes för att utreda det svenska fri- och

¹⁰³ Nergelius, *Konstitutionellt rättighetsskydd*, sid. 607.

¹⁰⁴ RF 11:14 andra meningen.

¹⁰⁵ Se Nergelius, *Konstitutionellt rättighetsskydd*, sid. 675 ff.

rättighetsskyddet. Fri- och rättighetskommitténs betänkande blev till stor del en kompromiss mellan riksdagens partier. Uppgårelsen innebar att EKMR skulle införlivas och fri- och rättighetsskyddet i 2 kapitlet RF skulle förstärkas på vissa punkter. I gengäld föreslogs ingen ändring i de svenska domstolarnas lagprövningsrätt enligt RF 11 kap. 14 §, vilket de borgerliga partierna tidigare önskat.¹⁰⁶ Kommitténs förslag innebar att det även efter inkorporeringen skulle vara lagstiftaren och inte domstolarna som primärt skulle svara för att konventionen fick genomslag i svensk rätt. Kommittén uttryckte sig på följande sätt: *”Vi anser det alltjämnt bör ankomma på lagstiftaren att löpande se till att den inhemska rätten överensstämmer med konventionen av en sedan denna inkorporerats i svensk rätt. De svenska domstolarnas och myndigheternas tolkning av konventionen bör därför göras med försiktighet och lagstiftaren skall även i fortsättningen ha det primära ansvaret för att rättsreglerna inte kommer i konflikt med konventionen och dess praxis.*

*Europakonventionen innehåller också en del vaga regler som ger ett betydande skön till de olika medlemsstaterna att avgöra hur de önskar uppfylla konventionens krav. Även innebörden och gränserna av detta skön bör i första hand klargöras av lagstiftaren. Vi anser att även efter en inkorporering av Europakonventionen bör den nuvarande balansen mellan den lagstiftande och den dömande makten upprätthållas.”*¹⁰⁷

Således föreslog kommittén att EKMR skulle ges status av en vanlig lag i Sverige. För att möta de krav som fanns på att EKMR skulle beredas en starkare ställning p.g.a. sin speciella karaktär förordade kommittén att det i grundlagen skulle införas en bestämmelse om att lag eller annan föreskrift inte får meddelas i strid med EKMR. I fråga om äldre stiftad lag menade kommittén att *lex posterior*-principen skulle hindra konflikter med EKMR,

¹⁰⁶ Enligt 11:14 RF krävs ett *uppenbarhetsrekvisit* för att en svensk domstol skall kunna pröva om en föreskrift tillkommit i strid överordnad författning. Se för utförligare genomgång i Nergelius (1996) kap. 18.2; Wiweka Wamling-Nerup *Rättsprövning: ett möte mellan civilrätt och offentligt rätt samt tillika ett uttryck för rättsväsendets ”europaisering”* Jurisdisk tidskrift vid Stockholms Universitet 1997/98 häfte 3 s. 904-917; Håkan Strömberg *Europakonventionens genomslags i svensk rätt* Förvaltningsrättslig tidskrift 1996 häfte ½ s. 19-24.

¹⁰⁷ SOU 1993:40 del B s. 126 ff.

då denna tolkningsprincip skulle ge EKMR företräde. Enligt kommittén skulle domstolar och myndigheter inte vara förhindrade att med stöd i den föreslagna grundlagsbestämmelsen och med tillämpning av grundlagens bestämmelser om lagprövning underlåta att tillämpa en föreskrift på den grunden att föreskriften inte var förenlig med Sveriges åtaganden enligt EKMR, även om den föreslagna grundlagsbestämmelsen i första hand riktade sig till lagstiftaren.¹⁰⁸ Danelius påpekar dock tillbörligt att *”(d)en praktiska betydelsen härav kunde dock förväntas bli ringa, eftersom den svenska grundlagen inte tillåter domstol att vägra tillämpa lag som strider mot grundlagen annat än om grundlagsstridigheten är ”uppenbar”, vilket sällan kan anses vara fallet”*.¹⁰⁹

Tolkningsprinciper vid konflikt mellan EKMR och svensk lag blev också vad huvuddebatten kom att gälla vid inkorporeringen. Flera remissyttranden var kritiska och ifrågasatte hur väl kommittén betänkande verkligen skulle lösa de tidigare problemen helt. HD anförde t.ex. att lex posterior-principen inte var den enda principen av betydelse i sammanhanget: *”En annan vedertagen grundsats är att lex specialis skall tillämpas framför lex generalis, och en tillämpning härav skulle i många fall leda till att den svenska lagen gavs företräde, eftersom bestämmelserna i denna lag ofta måste ses som en lex specialis i förhållande till de mer allmänt utformade konventionsbestämmelserna. En tredje princip, som skulle kunna tillämpas i den tänkta situationen, är att en konvention om mänskliga rättigheter, även om den i den inhemska laghierarkin inte har högre rang än vanlig lag, ändå bör på grund av sin speciella karaktär ges en särskild vikt i fall av konflikt med inhemska lagbestämmelser.”*¹¹⁰

HD föreslog därför att vid konflikt mellan EKMR och en efter dess inkorporering tillkommen lag följande rättsläge skulle föreligga: *Lex posterior-principen talar för att den senare tillkomna lagen borde ges*

¹⁰⁸ SOU 1993:40 del B s. 28.

¹⁰⁹ Danelius, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis – En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, sid. 44.

¹¹⁰ Remissyttrande den 2 september 1993. Se Ds 1993:90 s. 238 ff.

företråde. Principen att lex specialis skall tillämpas framför lex generalis kan leda till olika resultat beroende på karaktären av de bestämmelser som är i fråga. Ofta torde dock, som redan framhållits, den inhemska lagen utgöra lex specialis. Den tredje tolkningsprincipen, nämligen att en konvention om mänskliga rättigheter bör tillmätas särskild vikt, gäller naturligtvis även i förhållande till senare tillkommen lag.”¹¹¹

Vid detta skedde av införlivandet urskiljs en tydlig skiljaktighet mellan politiker och jurister. Från att tidigare under utvecklingen, från 1952 och framåt, främst ha gällt allmänna suveränitets- och statsrättsliga frågor, har nu frågeställningen övergått i mer lagtekniska och rättsteoretiska revir.

HD:s yttrande gavs politisk beaktande vid inkorporeringen. Den dåvarande borgerliga regeringen valde att lämna fältet rätt öppet på det sätt HD yttrat sig om i sin proposition. S.k. konventionskonform tolkning, dvs. att tolka den inhemska lagen på sådant sätt att den inte kommer i konflikt med konventionen, blev den av lagstiftaren anmodade tolkningsmetoden. I propositionen och konstitutionsutskottet betänkande heter det att vid konflikt mellan EKMR och svensk lag får det *”bli en uppgift för domstolarna och förvaltningsmyndigheterna att avgöra hur konflikterna skall lösas.”*¹¹²

5.4 Rättsfall

I de två fall som i detta kapitel presenteras ser vi hur nationella domstolar tillämpar och bedömer skyddet av fri- och rättigheter i ljuset av de tre olika rättssystemen som denna uppsats behandlar. I Åke Green-målet ser vi hur den svenska Högsta domstolen på ett mycket uppmärksammat sätt lät EKMR få en särskild ställning i svensk rätt.

¹¹¹ Ibid, sid. 238 ff.

¹¹² Prop. 1993/94:117 s. 38; Konstitutionsutskottets betänkande 1993/94:KU24 s. 18 ff.

I det internationellt mycket omdebatterade Brunner-målet ser vi exempel på hur den tyska konstitutionella domstolen bedömde det EG-rättsliga fri- och rättighetsskyddet, och dess möjliga konflikt med den tyska grundlagen. Även om det här rör sig om hur den tyska författningsdomstolen bedömde frågan är den intressant ur det perspektivet att det är en nationell domstol gör sin bedömning ur en nationellt synvinkel på gemenskapsrätten.

5.4.1 Åke Green-målet¹¹³

I detta mål stod prästen Åke Green åtalad för hets mot folkgrupp efter att i sin predikan ha uttalat sig kränkande mot homosexuella. Åke Green hade i sin predikan på ett kränkande sätt mot homosexuella, något som enligt Brottsbalkens 16 kapitel 8 § är att anse som hets mot folkgrupp. Domstolen kom även fram till att Åke Greens uttalande var uppsåtligt i den del att han var medveten om att han i sin predikan inte höll en saklig och vederhäftig diskussion rörande gruppen homosexuella, utan att det skulle uppfattas som kränkande.

Efter detta konstaterande gick HD vidare med att se över huruvida Brottsbalkens aktuella reglering uppfyllde förutsättningarna för begränsningar av yttrandefriheten som följer av det svenska konstitutionella skyddet för den samma samt EKMR:s skydd för de grundläggande fri- och rättigheterna. Den aktuella frågan i detta mål blev därmed om tillämpningen av Brottsbalkens 16 kapitel 8 § skulle underlåtas därför att en sådan tillämpning skulle strida mot den svenska grundlagen eller EKMR.

Relativt enkelt kom domstolen fram till att den svenska religions- eller yttrandefriheten inte kunde medföra att Åke Greens uttalande skulle undkomma straffansvar. Vid en genomgång av EKMR:s rättighetsskydd blev dock prövning annorlunda utförd av HD. Enligt HD var EKMR:s religionsfrihet (artikel 9) mer vidsträckt än RF:s skydd, men även begränsningsbar genom lag. Angående yttrandefriheten konstaterade HD att

¹¹³ Högsta domstolens dom av den 29 december 2005 i mål nr B 1050-05 (Åke Green).

EKMR:s (artikel 10) och RF:s regleringar var lika men att EKMR:s skydd hade snävare begränsningsramar.

För att göra en bedömning av huruvida EKMR påverkar frågan om ansvar för Åke Green, vände sig HD till Europadomstolens praxis. I denna fann domstolen att det avgörande för frågan var ifall inskränkningen i Åke Greens frihet att predika är nödvändig i ett demokratiskt samhälle, vilket innebar att en värdering av om inskränkningen är proportionerlig i förhållande till det skyddade intresset. I sin bedömning av Europadomstolens praxis fann HD att stor vikt givits åt yttrandefrihet som en grundsten i det demokratiska samhället, innefattande även det som kan kränka, chocka och stötta delar av samhället. Ett demokratiskt samhälle förutsatte viss pluralism, tolerans och vidsynthet, fastställde HD med hänvisning till Europadomstolens praxis.¹¹⁴

Även om EKMR tillåter ett visst utrymme, *margin of appreciation*, vid reglering av yttrandefriheten gjorde HD den samlade bedömningen att Åke Greens uttalande var långtgående men att de gjorts inför Åke Greens församling över ett tema som finns i bibeln, och därmed inte skulle anses som en proportionerlig inskränkning av yttrandefriheten utan istället en kränkning av EKMR.

Slutligen uttalade sig domstolen om den eventuella lagkonflikten mellan Brottsbalken och EKMR. I denna fråga kom HD fram till att Brottsbalkens bestämmelse om hets mot folkgrupp inte hade en så entydig innebörd att en verklig konflikt uppkom mellan den svenska lagen och EKMR, trots att lagförarbetena avsett att reglera förevarande fall. Med anledning av inkorporationen av EKMR i svensk rätt, och därmed dess direkta tillämplighet vid svensk domstol, ansåg dock domstolen att bestämmelsen skulle tolkas mer restriktivt än vad dess förarbeten gav för handen för att en konventionsenlig tillämpning skulle uppnås. Av denna anledning fann HD

¹¹⁴ Jfr. Europadomstolens dom i ovan nämnda Open door counselling, kapitel 3.5.1.

att en konventionsenlig tillämpning inte gav något utrymme för en fällande dom mot Åke Green.

5.4.2 Brunner-målet¹¹⁵

Brunner-målet avgjordes den 12 oktober 1993 under en period där konstitutionella frågor diskuterades intensivt inom gemenskapen. Den tyska konstitutionella domstolen fick detta mål framför sig, sedan konstitutionaliteten av Tysklands ratifikation av Maastricht-fördraget ifrågasatts. Rättsfrågan i fallet rörde huruvida det stred mot den tyska konstitutionen att överlämna den kompetensen åt gemenskapen som Maastricht-fördraget innebar. Enligt den tyska författningsdomstolen hade och har den samma domstolen jurisdiktion att skydda de grundläggande fri- och rättigheter som garanteras av den tyska grundlagen. Därmed menade den tyska författningsdomstolen att de fortfarande kunde garantera att samma konstitutionella skydd som den tyska grundlagen, även efter att Maastricht-fördraget ratificerats. Detta skydd kunde aldrig delegeras bort eller tas över av någon annan makt än den tyska författningsdomstolen.¹¹⁶

Vidare fastslog den tyska domstolen att endast den makt som Tyskland överfört till gemenskapen kunde gemenskapen legitimt hävda. Unionsfördraget kunde endast ha bindande effekt inom Tysklands suveräna sfär till den del Tyskland fastställt att tysk lag gäller. Samtidigt understök domstolen att Tyskland utgjorde en av ”författningsfäderna” och alltid hade rätten att lämna unionen ifall lagligheten och tillämpligheten av gemenskapsrätten inte följde tillträdesakten föreskrifter.¹¹⁷

Slutligen fastslog den tyska domstolen att den tidigare dynamiska tolkningen av gemenskapsrätten som EG-domstolen genomfört, inte längre gick att genomföra. Istället fastställde den tyska domstolen att en tolkning av

¹¹⁵ Brunner v. The European Union Treaty (Cases 2 BvR 2134/92 & 2159/92) (Maastricht judgement) (1994) 1 Common Market Law Review 57.

¹¹⁶ Ibid, punkt 13.

¹¹⁷ Ibid, punkt 55.

Unionsfördraget som skulle innebära en utökning gemenskapens kompetenser skulle vara utan bindande effekt för Tyskland.¹¹⁸

Brunner-målet kan lätt tolkas som en varningssignal från den tyska författningsdomstolen till gemenskapens institutioner, om att gemenskapsrättens företrädsprincip är villkorlig. Framför allt betonade författningsdomstolen att gemenskapens institutioner inte kunde gå utöver de kompetenser som fördraget tilldelade dem, samt att även om gemenskapsrätten inom vissa områden hade företräde framför nationell rätt så hävdade den tyska författningsdomstolen sin rätt att granska och pröva gemenskapens institutioners agerande. Dels för att kontrollera att de ej överskrider sina tilldelade befogenheter, men även för att säkerställa att det grundläggande skyddet av fri- och rättigheter som den tyska författningen erbjuder sina medborgare inte kränks.¹¹⁹

Liknande fall där förutsättningarna för gemenskapsrättens företräde framför nationell rätt prövats, har följt även från andra medlemsstater med författningsdomstolar som Italien och Danmark. På detta sätt har kampen om vem som har den oåterkalleliga och slutliga rätten att avgöra konstitutionella frågor i Europa fortsatt.

5.5 Sammanfattning

Vi har i femte kapitlet sett hur den svenska rättstraditionen präglas av en tydlig antiindividualistisk syn på samhället och rätten i stort. Inte heller har konstitutionalismen, i den mening att Sverige haft en stark konstitution eller en fri- och rättighetsstadga i sin grundlag, fått genomslagskraft i Sverige. Istället har folksuveränitetens ställning varit stark genom en betoning av lagstiftarens suveränitet. Detta har även syns i den svenska inställningen till internationella avtal, då den dualistiska ordningen råder i Sverige.

¹¹⁸ Ibid, punkt 99.

¹¹⁹ Craig och de Búrca, *EU law*, sid. 294.

Statsmaktens auktoritet har varit prioriterat och konstitutionens praktiska funktion har samtidigt ansetts viktigare än den enskildes rättigheter.

Även om det idag rådande rättighetsskyddet i RF 2 kap. är starkare än någonsin, kan systemet med positiva och negativa rättigheter kritiseras för att erbjuda ett relativt svagt skydd för individens rättigheter, genom att det genom lag går att begränsa många av andra kapitlets rättigheter.

Likaså är den judiciella kontrollen av lagen är i Sverige relativt svag. Som ett tecken på detta ser vi att lagprövningsrätten har svårt att slå igenom då den hämmas av det uppenbarhetsrekvisit som RF:s 11 kap. 14 § föreskriver.

Högsta domstolens avgörande i Åke Green fallet utgör en exempel på hur den svenska domstolen dock i allt större utsträckning tar sin uppgift på allvar och tillämpar andra rättskällor, i enlighet med svensk rätt.

Som möjlig kontrast till detta fullgör Brunner-målet, från Tyskland visserligen, ett exempel på hur nationella domstolar dock har visat att den finns en gräns för vad som den accepterar med hänvisning till sin suveränitet.

6 Framtidens fri- och rättighetskydd i EU

Hur grundläggande fri- och rättigheter skall skyddas i framtiden i Europa är omdebatterat. Vad som kan komma att få betydelse är dock om det planerade konstitutionsutkastet för EU i framtiden kommer att ratificeras av medlemsstaterna, något som inte skedde efter det att flertalet av medlemsstaterna höll folkomröstning i frågan. Det framstår som att en konstitution för EU, med i princip liknade innehåll som det utkast som arbetats fram, kan komma att bli verklighet inom en inte allt för lång framtid.

6.1 Förslaget för konstitution för den europeiska unionen

Den 18 juli 2003 överlämnades det fullständiga utkast till fördrag om upprättande av en *konstitution* för Europa till Europeiska rådets italienska ordförandeskap.¹²⁰ Konstitutionsförslaget är först och främst en konstitutionalisering av de tidigare fördragen. Med upprättandet av en konstitution för Europa önskar författarna göra en klar och tydlig uppdelning mellan unionens och medlemsstaternas befogenheter.¹²¹

I konstitutionsutkastet föreslås bl.a. att unionens befogenheter utvidgas för att det gemensamma samarbetet i den europeiska unionen bättre skall kunna uppnå frihet, säkerhet och rättvisa med en effektivare bekämpning av grov brottslighet och erkännande mellan medlemstaterna av deras olika medborgerliga rättigheter. Vad som även föreslås i utkastet är att medborgarnas rättigheter slutligen helt införlivas i gemenskapsrätten genom att den Europeiska unionens stadga för mänskliga rättigheter inkorporeras i

¹²⁰ CONV 850/03.

¹²¹ Romförklaringen av den 18 juli 2003 av Europeiska konventets ordförande, Valéry Giscard d'Éstaing.

fördragstexten. Vidare föreslår utkastet att unionen ansöker om anslutning till EKMR.¹²²

6.1.1 Skyddet för de grundläggande fri- och rättigheterna i konstitutionsutkastet

Genom konstitutionsutkastet stärks skyddet för grundläggande fri- och rättigheter. Detta görs främst på tre sätt. Dels införlivas Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna med konstitutionen och dels bör enligt konstitutionsutkastet unionen ansöka om anslutning till Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. Förutom detta vidgas talerätten för enskilda individer för att bättre uppfylla rätten till domstolsprövning och effektiva rättsmedel.¹²³

I och med att europeiska unionens stadga införlivas i en konstitution ges EG-domstolen och de nationella domstolarna uttryckligen en kompetens att tolka stadgan vilket kommer att ge stadgan ett mer konkret innehåll än den status som dessa rättigheter tidigare givits. Samtidigt innebär konstitutionaliseringen av stadgan om de grundläggande rättigheterna att domstolens tidigare tämligen fria tolkningsutrymme kommer att begränsas.¹²⁴ EG-domstolen har tidigare med stöd av medlemsstaternas konstitutionella traditioner samt EKMR haft en relativt fri ställning att utveckla gemenskapsrättens allmänna rättsprinciper. Detta tolkningsutrymme blir i och med konstitutionaliseringen av rättigheterna mer begränsat.

Samtidigt blir rättighetsstadgans betydelse för rättstillämpningen i medlemsstaterna starkare. Även om medlemstaterna idag måste respektera

¹²² Hettne och Öberg, *Domstolarna i Europeiska Unionens konstitution*, sid. 60.

¹²³ Hettne och Öberg, *Domstolarna i Europeiska unionens konstitution*, sid. 16.

¹²⁴ *Ibid*, sid. 17.

grundläggande rättigheter i sin tillämpning av gemenskapsrättens bestämmelser innebär rättighetsstadgan en tydligare roll för de grundläggande rättigheterna inom gemenskapsrätten.

I en fullt möjlig praktisk situation såsom vid en konflikt mellan en medlemsstat och enskild i nationell domstol, kan EG-domstolen anse sig behörig att tolka innehållet i stadgan vilket skulle göras med stöd av konstitutionen.¹²⁵ På detta sätt ges EG-domstolen en starkare ställning för skyddet av de grundläggande rättigheterna.

Att konstitutionsförslaget förordar en anslutning till EKMR kommer i sin tur ställa högre krav på gemenskapsrättens rättighetsskydd samt EG-domstolen. Gemenskapens rättsordning skulle därmed underställas extern kontroll av Europadomstolen i fråga om skyddet för grundläggande fri- och rättigheter.

Vidare innebär konstitutionsförslaget en utvecklad rätt att föra talan för enskilda. I konstitutionsförslagets artikel 28 stadgas att *"Medlemsstaterna skall fastställa de möjligheter till överklagande som behövs för att säkerställa ett effektivt domstolskydd inom unionsrättens område"*. Stater som med relativt knappa villkor för enskildas möjligheter att väcka talan bör bli tvungna att fortsätta utvecklingen för att skapa bättre möjligheter för enskilda att ifrågasätta giltigheten av EG-rättsakter. Även vid gemenskapsdomstolarna kommer talerätten utvidgas. Detta om en rättsakt direkt berör den enskilde och om det inte går att väcka talan inför nationell domstol.¹²⁶ Talerätten utvidgas därför enbart i de fall då gemenskapsrättsakten inte medför genomförandeåtgärder och därmed inte kan ifrågasättas inför en nationell domstol.

¹²⁵ Ibid, sid. 17.

¹²⁶ Ibid, sid. 19.

6.2 Analys - De grundläggande fri- och rättigheternas roll i en konstitution för den Europeiska Unionen

Inför, under och efter arbetet med att författa ett förslag för en konstitution för den europeiska unionen har de grundläggande fri- och rättigheternas roll i konstitutionen flitigt debatterats i den juridiska doktrinen.¹²⁷ Skyddet av grundläggande fri- och rättigheter anses generellt som en elementär grundsten för den moderna demokratiska konstitutionen.

En av konstitutionens främsta funktioner är att se till att skydda medborgarnas grundläggande fri- och rättigheter. Samtidigt som konstitutionen verkar som ett auktoritärt dokument för staten, där statens maktfördelning regleras, har konstitutionen en viktig uppgift i att se till att medborgarnas rättigheter skyddas från främst maktutövarnas maktbefogenhet.¹²⁸

Med en skriven konstitution för EU innehållandes en skriven rättighetsstadga skulle unionen förmodligen hela gemenskapen få en mer ”mänsklig” framtoning, då många av unionens medborgare idag anser den vara en ekonomisk klubb för rika europeiska stater.¹²⁹ Gemenskapsrätten har ofta beskyllts för att för inriktad på en funktionell gemensam marknad, och för att till en för liten del ta ställning för normer och värden.¹³⁰ En bättre moralisk grund för en konstitution skulle även skapa en bättre grund för i relationen mellan medborgarna och unionen. Inte bara symboliskt utan även i de direkta medel som genom en konstitutionaliserad rättighetsstadga

¹²⁷ En hänvisning till samtliga debattörer är självfallet ogenomförbar men bland de som främst påverkat denna uppsats hör: Armin von Bogdandy, Jürgen Habermas, Joseph Weiler, Neil Walker, Neil McCormick etc.

¹²⁸ Se bl.a. Walter F. Murray *Constitutions, Constitutionalism, and Democracy*, in *Constitutionalism & democracy*, (Ed.) Douglas Greenberg.

¹²⁹ Att så är fallet illustreras inte minst av det faktum att flertalet av medlemsstaternas medborgare röstade emot konstitutionsförslaget i de folkomröstningar som förra året hölls angående förslaget.

¹³⁰ Armin von Bogdandy, *The european union as a human rights organisation? Human rights and the core of the european union*, Common Market Law Review 37 (2000), sid. 1307-1338, Koen Lenaerts och Marlies Desomer, *Bricks for a Constitutional Treaty of the European Union: values, objectives and means*, European Law Review 27 (2002), sid. 377-389.

skapas för medborgarna att bättre få sina fri- och rättigheter skyddade av gemenskapen.¹³¹ Det skulle också innebära en anslutning till EKMR, och därmed extern kontroll av Europadomstolen av att gemenskapsrätten uppfyller EKMR; en utvidgad talerätt för enskilda; bättre möjligheter än idag att tolka den rättighetsstadga som idag inte är fullt ansluten till något fördrag men kommer bli direkt tillämplig genom konstitutionsutkastet; ett mer begränsat tolkningsutrymme för EG-domstolen vad gäller grundläggande fri- och rättigheter; ett starkare skydd för rättigheterna skulle även innebära att medlemsstaterna blir tvungna att bättre respektera dessa rättigheter vid tillämpning av gemenskapsrätten i nationell rätt.

Samtidigt skapar en konstitutionaliserad rättighetsstadga en politisk grund och kompetens för fri- och rättigheter och ett mer aktivt politiskt liv inom gemenskapen för dessa frågor är högst troligt. Det finns ett stort symbolvärde i att en konstitution föreskriver med vilka normer och medel gemenskapen skall agera. Det finns därmed ett stort social-politiskt behov av att ha en rättighetsstadga i konstitutionen.¹³² I den fortsatta ”maktkamp” som ständigt aktualiseras mellan EU som organisation och medlemsstaterna, skulle en rättighetsstadga bättre legitimera de grundläggande principer som utvecklats av gemenskapen såsom principen om företräde.

Frågan är även starkt kopplad till vilken roll och funktion man vill att EU skall utgöra i framtidens Europa. De som önskar se ett klarare federalt EU ser kopplingen till ett starkare rättighetsskydd inom gemenskapen som nödvändig.¹³³

¹³¹ Ola Zetterquist, *En moralisk grundad konstitution för EU*, Europarättslig Tidskrift 2/2203, sid. 309-312.

¹³² Neil Walker, *European Constitutionalism and European Integration*, Public Law 1996, sid. 266-290, och Douglas Greenberg (Red.), *Constitutionalism and Democracy; Transitions in the Contemporary World*.

¹³³ G. Federico Mancini, *The making of a constitution for Europe*, Common Market Law Review 26 (1989), sid. 595-614.

7 Slutsatser

Syftet med denna uppsats har som tidigare nämnts varit att se på hur skyddet av fri- och rättigheter garanteras genom både den svenska grundlagen och genom EU:s föreslagna konstitution samt Europa konventionen för mänskliga rättigheter. Uppsatsen frågeställning har varit att se på den möjliga problematik som kan finnas i att Europa har tre olika rättsinstitut med till viss del samma avsikt, dvs. skyddet för den enskildes grundläggande fri- och rättigheter. I var sitt kapitel har denna uppsats behandlat respektive rättsordningen. Tydligt har varit att de särskiljer sig mycket till sina karaktärer.

Vid en komparativ studie av de tre rättsordningarna och deras relation till varandra, framkommer en rättsbild som visar på ett ökat interagerande mellan nationell-, gemenskaps- och internationell rätt. Det framstår för mig tydligt att den svenska rätten har genomgått en stor förändring i sin relation till andra rättsordningar, dels genom det svenska medlemskapet till den Europeiska unionen samt genom inkorporeringen av EKMR i svensk rätt. Den nationella juridiska suveräniteten är inte längre obestridd. Nationell rätt kan inte längre förhålla sig till andra rättssystem på det traditionella sättet, dvs. som nationell- och internationell rätt. Istället innebär gemenskapsrättens utveckling att en ny rättsordning uppstår som interagerar med nationella rättsordningar, samtidigt som även internationella traktat som EKMR ges en ny betydelse och räckvidd.

Hur fungerar då en sådan plural rättsbild där flera rättsordningar täcker in samma område? Är det inte upplagt för konflikt mellan dessa, som kommer innebära en osäkerhet för den enskilde i dennes skydd för grundläggande fri- och rättigheter?

Som uppsatsen har redovisat finns vissa skillnader mellan de olika rättsordningarna. En svensk medborgare skyddas främst av den svenska

grundlagens rättighetsskydd. Det är först och främst hos svenska domstolar som den svenske medborgaren kan hävda sina rättigheter. Som Åke Green-målet visar kan man dock med framgång hävda EKMR:s skydd direkt i svensk domstol. Genom Högsta domstolens resonemang i detta mål ser vi hur den svenska domstolen behandlar konflikten mellan svensk rätt och EKMR, och där domstolen kommer fram till att EKMR:s skydd skall ges företräde i detta fall. HD konstaterade att även om Åke Green enligt svensk rätt gör sig skyldig till ett brott, så skulle en fällande dom förmodligen leda till att Europadomstolen vid en prövning fällt Sverige för brott mot EKMR. EKMR har därmed, i detta fall, givits en överordnad ställning.

En fråga som därmed uppkommer är huruvida vi i Sverige själva bör ha rätt att bestämma vilka rättigheter vi har genom hur vi utformat skyddet av dessa i den svenska grundlagen. I Open door Counselling-målet gav Europadomstolen aborträttsorganisationerna rätt att informera om laglig abort i Storbritannien, utan att för den delen ogilla den irländska grundlagens skydd för det ofödda barnet. På ett sådant sätt anser jag det vara viktigt att förstå att det är respektive domstols uppgift att vara den högste auktoriteten inom dess jurisdiktion och tillämpningsområde, och det är dess uppgift att tolka dess instrument eller konstitution samt konstitutionella värden. Samtidigt bör man inte agera på sådant sätt att andras konstitutionella värden ogiltigförklaras.

Som det tyska Brunner-målet ger exempel på har en del författningsdomstolar runt om i Europa menat att det inte kommer överlåta sin kompetens till andra dömande organ., i alla fall så länge (Solange) dessa inte tillämpar ett tillräckligt urförligt rättighetsskydd. Detta har satt tryck på gemenskapsrätten i dess utveckling till att på tillbörligt sätt skydda den enskildes fri- och rättigheter, och kan därmed visa hur den pluralistiska rättsbilden för skyddet av fri- och rättigheter på ett icke-hierarkiskt vis värnas av olika instanser.

Doktrinen om legal pluralism¹³⁴ bygger på principerna om ömsesidigt erkännande samt en till viss del försvagad suveränitet för staternas rättsordningar. Då denna uppsats försökt illustrera en plural rättsbild som inte längre går att beskriva med de förutsättningar som tidigare fanns, i form av att konstitutionell rätt styr den interna rättsordningen hos suveräna stater och internationell rätt i sin tur styr relationen mellan suveräna stater, utan istället av att dessa tidigare skilda rättsordningar nu blandats upp. På samma sätt känns en utveckling där gemenskapsrätten inriktar sig mer direkt till den enskilde naturlig, t.ex. genom en skriven konstitution för att stärka relationen mellan den Europeiska unionen och medborgarna. En konstitution med en tillbörlig rättighetsstadga, enligt det förslag som ovan beskrivits, skulle på ett bättre sätt skifta gemenskapsrättens fokus från ekonomisk integration till medborgarnas bästa, och samtidigt tvinga EG-domstolen att fullt ut ta ett ansvar för unionens medborgares grundläggande skydd för fri- och rättigheter så som unionens konstitutionella domstol.

Att den Europeiska unionens rättighetskydd ges konstitutionell status innebär dock inte att den bör betraktas som en exklusiv rättskälla för unionsmedborgarens rättighetskydd. Att konstitutionsutkastet föreslår en anslutning för EU till EKMR, understryker detta. Att även gemenskapens institutioner görs till föremål för Europadomstolens externa kontroll kan endast ses som en positiv utveckling av det europeiska systemet för grundläggande fri- och rättigheter, då det är ett steg i riktningen för ett starkare skydd av rättstatens och det demokratiska statskicketets värderingar.

Att det europeiska systemet för skydd av grundläggande fri- och rättigheter har utvecklats, eller medfört, att Europas rättsordningar integreras på ett sätt som kan beskrivas som en europeisk rättsmonism, är enligt mig en positiv utveckling där respektive domstol bör bygga sin kompetens på att tolka och tillämpa respektive rättsordning utan att kräva exklusiv makt eller företräde framför de andra.

¹³⁴ Se bl.a. Neil Walker, *Sovereignty in Transition* och Neil MacCormick, *Questioning Sovereignty*.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Ds 1993:90

1993/94:KU24, Konstitutionsutskottets betänkande

Prop. 1993/94:117

SOU 1941:20

SOU 1972:15 Grundlagsberedningen

SOU 1993:40 Fri och rättighetsfrågor

EU

CONV 850/03, Utkast till fördrag om upprättandet av en för konstitution Europa.

Litteratur

Craig, Paul och De Búrca, Gráinne, *EU Law – Text, cases and materials*, Oxford University Press, Oxford 2003

Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis – En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, Norstedts Juridik, Stockholm 2002

Dolva, Trond (red.), *Europakonventionen och Juristerna*, Juristförlaget, Stockholm 1993

Fisher, David I, *Mänskliga rättigheter – En introduktion*, Norstedts Juridik, Stockholm 2005

Greenberg, Douglas (red.), *Constitutionalism, and Democracy – Transitions in the contemporary world*, Oxford University Press, New York 1993

Hellner, Michael, Skyddet av grundläggande fri- och rättigheter i framtidens EU, SIEPS rapport 2002:11

Hesse, Joachim Jens och Johnson, Nevil (red.), *Constitutional Policy and Change in Europe*, Oxford University Press, Oxford 1995

- Hettne, Jörgen och Eriksson, Ida Otken (red.), *EU-rättslig metod*, Norstedt Juridik, Stockholm 2005
- Hettne, Jörgen och Öberg, Ulf, *Domstolarna i Europeiska Unionens konstitution*, SIEPS rapport 2003:15
- Holmberg, Erik och Stjernquist, Nils, *Vår författning*, Norstedts Juridik, Stockholm 1992
- MacCormick, Neil, *Questioning Sovereignty – Law, state and nation in the european commonwealth*, Oxford University Press, Oxford 2003
- Melin, Mats och Schäder, Göran, *EU:s konstitution – Maktfördelningen mellan den europeiska unionen, medlemsstaterna och medborgarna*, Norstedts Juridik 1998
- Nergelius, Joakim, *Konstitutionellt rättighetsskydd – svensk rätt i ett komparativt perspektiv*, Norstedts Juridik, Stockholm 1996
- Sundberg, Jacob, *Studier kring Europakonventionen*, Institutet för offentlig och internationell rätt nr 47, Stockholm 1982
- Zaremba, Maciej, *Byalagets diskreta charm eller folkhemmets demokratiuppfattning*, Sekretariatet för framtidsstudier, Stockholm 1987
- Walker, Neil, *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing, Oxford 2003

Artiklar

- Bogdandy, Armin von, *The european union as a human rights organisation? Human rights and the core of the european union*, Common Market Law Review 37 (2000) , sid. 1307-1338
- J. Coppel och A O'Neill, *The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?* Common Law Review 29 (1992), sid. 669.
- Lenaerts, Koen och Desomer, Marlies, *Bricks for a Constitutional Treaty of the European Union: values, objectives and means*, European Law Review 27 (2002), sid. 377-389.
- Mancini, G. Federico, *A constitution for Europe*, Common Market Law Review 26 (1989), sid. 595-614.
- Neil Walker, *European Constitutionalism and European Integration*, Public Law 1996, sid. 266-290.

Strömberg, Håkan, *Europakonventionens genomslags i svensk rätt*,
Förvaltningsrättslig tidskrift 1996, häfte ½ s. 19-24.

Zetterquist, Ola, *En moralisk grundad konstitution för EU*, Europarättslig
Tidskrift 2/2203, sid. 309-312.

Warnling-Nerup, Wiweka, *Rättsprövning: ett möte mellan civilrätt och
offentligt rätt samt tillika ett uttryck för rättsväsendets
"europeisering"*, Juridisk tidskrift vid Stockholms Universitet
1997/98 häfte 3, s. 904-917.

Internetkällor

www.echr.coe.int/echr

Rättsfallsförteckning

EG-domstolen

Mål 1/58, Stork, REG 1959, sid. 43.

Mål 16-18/59, Geitling, Mausegatt och Präsident mot Höga Myndigheten,
REG 1960, sid. 17.

Mål 26/62, Van Gend en Loos, REG 1963, s. 1, svensk specialutgåva,
volym 1, s. 161.

Mål 6/64, Costa mot ENEL, REG 1964, s. 1141, svensk specialutgåva,
volym I, s. 211.

Mål 29/69 Stauder, REG 1969, sid. 419, svensk specialutgåva volym 1, sid.
421.

Mål 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, REG 1970, s. 1125, svensk
specialutgåva, volym 1, s. 503.

Mål 4/73 *Nold* REG 1974, sid. 491, svensk specialutgåva, volym 2, s. 295.

Mål 36/75, Rutili REG 1975, sid. 1219, svensk specialutgåva, volym 2, sid.
485.

Mål 106/77, Simmenthal, REG 1978, svensk specialutgåva, volym 4, s. 75.

Mål 44/79, Haur REG 1979, s. 3727, svensk specialutgåva, volym 4, sid.
621.

Mål 63/84, *Kent Kirk*, REG 1984, s. 2689, svensk specialutgåva, volym 7, s.
623.

Mål 222/84, *Johnstone*, REG 1986, s. 1651, svensk specialutgåva, volym 8,
s. 597.

Mål 201 och 202/85, *Klench*, REG 1986, s. 3477, svensk specialutgåva,
volym 8, s. 729.

Mål 5/88, *Wachauf*, REG 1989, s. 2609.

Mål 46/87 och 227/88, *Hoecht*, REG 1989, sid. 2589, svensk specialutgåva,
volym 10, sid. 133

Mål C-159/90, *Grogan*, REG 1991, sid. I-4685.

Mål 00/94, *Roquette frères*, REG 2002, sid. I-9011.

EG-domstolens yttranden

Yttrande 1/91 av den 14 december 1991, REG 1991, sid. I-6079, svensk specialutgåva, volym 11, sid. 533.

Yttrande 2/94 av den 28 mars 1996, REG 1996, sid. I-1763.

Europadomstolen

Open Door Counselling and Dublin Well Woman v. Irland, European Court of Human Rights decision of 23 september 1992, application number 64/1991/316/387-388.

Högsta domstolen i Sverige

Högsta domstolens dom av den 29 december 2005 i mål nr B 1050-05 (Åke Green).

Högsta domstolen på Irland

Dom av den irländska högsta domstolen av den 16 mars 1988 i målet *the Society for the Protection of Unborn Children Ltd v. Open door Counselling and Dublin Well Woman Centre Ltd* (1988) Irish Reports, sid. 593-627.

Tyska författningsdomstolen

Bundesverfassungsgerichts dom den 29 maj 1974 i mål 2 BvL 52/71, Bundesverfassungsgerichts Vol. 37 s. 271.

Bundesverfassungsgerichts dom den 22 oktober 1986 i mål 2 BvL 197/83, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Vol. 73 s. 339.

Brunner v. The European Union Treaty (Cases 2 BvR 2134/92 & 2159/92) (Maastricht judgement) (1994) 1 Common Market Law Review 57.