



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Håkan Sellman

Konstitutionellt skydd mot brottsbekämpande åtgärder

Examensarbete
30 poäng

Handledare:
Per Ole Träskman

Ämnesområden:
Allmän rättslära, Processrätt, Statsrätt

Termin:
VT 2008

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Bakgrund, syfte, frågeställningar	4
1.2 Preciseringar och avgränsningar	4
1.3 Metod och material	5
1.4 Disposition	6
2 VILKET SKYDD BÖR EN KONSTITUTION GE MOT BROTTSEKÄMPANDE ÅTGÄRDER?	7
2.1 Inledning	7
2.2 Allmänna utgångspunkter	7
2.3 Varför bör individen tillerkännas en konstitutionell rätt att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder?	9
2.4 Vilka åtgärder bör omfattas av rätten att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder?	9
2.5 Vilka inskränkningar bör kunna göras i rätten att inte utsättas för brottsbekämpande åtgärder?	12
2.6 Vilka mekanismer bör finnas på plats för att säkerställa att rätten att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder upprätthålls?	18
3 VILKET SKYDD GER DEN SVENSKA GRUNDLAGEN MOT BROTTSEKÄMPANDE ÅTGÄRDER?	29
3.1 Inledning	29
3.2 En översikt över skyddet	29
3.3 Skyddets tillkomst och utveckling	30
3.4 Tankegångar som har präglat skyddets innehåll och utformning	30
3.5 Vilka brottsbekämpande åtgärder ges individen en rätt att inte drabbas av?	33
3.6 Vilka inskränkningar av rätten att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder tillåts?	34
3.7 Vilka mekanismer finns på plats för att säkerställa att rätten att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder upprätthålls?	37
3.7.1 Lagstiftningsproceduren	37
3.7.2 Lagrådsgranskningen	39
3.7.3 Lagprövningsinstitutet	46
4 GER DEN SVENSKA GRUNDLAGEN DET SKYDD MOT BROTTSEKÄMPANDE ÅTGÄRDER SOM DEN BORDE?	50
4.1 Inledning	50

4.2	Rätten att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder	50
4.3	Möjligheten att göra inskränkningar i rätten att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder	52
4.4	De mekanismer som skall garantera att rätten att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder upprätthålls	56
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	60
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	64

Summary

This thesis deals with constitutional protection against police investigative measures, from both a normative and a descriptive perspective. Its main purpose is to investigate if the Swedish constitution offers the kind of protection against police investigative measures that it ought to. The focus of the thesis is placed on the two most basic components of a constitutional system for protection against police investigative measures: a constitutional right to be protected against such measures, and constitutional mechanisms that guarantee that this right is upheld.

The first chapter of the thesis is an introductory chapter with a discussion about purposes, limitations, methods used etc.

The second chapter is devoted to the question as to what kind of protection a constitution ought to offer against police investigative measures. The starting point for the discussion is a number of basic liberal ideas about the relationship between the individual and the state. The discussion deals with three main questions. First, what kind of actions ought to be *prima facie* forbidden by a right to be protected against police investigative measures? Second, what limitations on such a right ought to be allowed? Third, what constitutional mechanisms ought to be in place in order to guarantee that such a right is upheld?

The third chapter consists of a survey of the Swedish constitutional law on the matter. Three main questions are considered. First, what kind of actions is *prima facie* forbidden by the right to be protected against police investigative measures? Second, what limitations on this right are allowed? Third, what constitutional mechanisms are in place to guarantee that the right is upheld?

The fourth chapter comprises a discussion of the question as to whether the Swedish constitution offers the kind of protection against police investigative measures that it ought to. Three main conclusions are drawn. First, the right given by the constitution to be protected against police investigative measures does not *prima facie* forbid all actions that it ought to. Second, the constitution allows more extensive limitations on the right than it ought to. Third, the constitution does not establish the mechanisms that it ought to establish in order to guarantee that the right is upheld.

Sammanfattning

Denna uppsats behandlar konstitutionellt skydd mot brottsbekämpande åtgärder, utifrån ett normativt såväl som deskriptivt perspektiv. Dess främsta syfte är att undersöka om den svenska grundlagen ger individen det skydd mot brottsbekämpande åtgärder som den borde. Uppsatsens fokus ligger på vad som kan betraktas som grundpelarna i ett konstitutionellt skydd mot brottsbekämpande åtgärder: dels en rätt att inte utsättas för sådana åtgärder, dels konstitutionella mekanismer som säkerställer att denna rätt upprätthålls.

Uppsatsens första kapitel utgörs av en introduktion med en diskussion av syfte, frågeställningar, metod etc.

Uppsatsens andra kapitel ägnas åt frågan vilket skydd en konstitution bör ge mot brottsbekämpande åtgärder. Diskussionen tar sitt avstamp i vissa grundläggande liberala idéer om relationen mellan stat och individ, och behandlar tre huvudfrågor. För det första, vilka åtgärder bör omfattas av en konstitutionell rätt att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder? För det andra, vilka inskränkningar bör kunna göras i en sådan rätt? För det tredje, vilka konstitutionella mekanismer bör finnas på plats för att garantera att rätten upprätthålls?

Uppsatsens tredje kapitel ägnas åt frågan vilket skydd den svenska grundlagen ger mot brottsbekämpande åtgärder. Tre huvudfrågor undersöks. För det första, vilka brottsbekämpande åtgärder ger grundlagen individen en rätt att inte drabbas av? För det andra, vilka inskränkningar tillåts i denna rätt? För det tredje, vilka mekanismer finns på plats för att garantera att rätten upprätthålls?

Uppsatsens fjärde kapitel består av en diskussion av frågan om den svenska grundlagen ger det skydd mot brottsbekämpande åtgärder som den borde. De slutsatser som dras lyder som följer. Grundlagen ger inte individen en rätt att inte drabbas av alla de åtgärder som den borde ge honom en rätt att inte drabbas av. Grundlagen tillåter mer omfattande inskränkningar av rätten att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder än den borde. Grundlagen innehåller inte de mekanismer som den borde innehålla för att garantera att rätten att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder upprätthålls.

Förkortningar

Bet.	Betänkande
BrB	Brottsbalken
EKMR	Den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
FöU	Försvarsutskottet
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätt
JFT	Tidskrift utgiven av juridiska föreningen i Finland
JT	Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet
JuU	Justitieutskottet
KU	Konstitutionsutskottet
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalken
RF	Regeringsformen
RH	Rättsfall från hovrätterna
RO	Riksdagsordningen
RÅ	Regeringsrättens årsbok
SFS	Svensk författningssamling
SfU	Socialförsäkringsutskottet
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk juristtidning
TR	Tingsrätt
U.S.	United States Reports

1 Inledning

1.1 Bakgrund, syfte, frågeställningar

Den moderna statsmakten besitter en stor kapacitet att kontrollera och betvinga sina medborgare. Få skulle hävda att hela denna kapacitet bör få utnyttjas i kampen mot brottsligheten. Utgångspunkten för denna uppsats är att det finns gränser för hur långt staten får gå i sin strävan att bekämpa brott och att dessa gränser bör slås fast genom konstitutionen.

Uppsatsens syfte är att behandla det konstitutionella skyddet mot brottsbekämpande åtgärder, dvs det skydd av konstitutionell status som ges till individen och syftar till att hindra staten från att använda vissa brottsbekämpande åtgärder helt och hållet och vissa andra sådana åtgärder annat än när vissa förutsättningar är uppfyllda. Uppsatsen behandlar dels vilket sådant skydd en konstitution bör ge, dels vilket sådant skydd den svenska grundlagen ger. Dess främsta ambition är att diskutera om den svenska grundlagen ger det skydd mot brottsbekämpande åtgärder som den borde.

Uppsatsens huvudsakliga frågeställningar är uppställda utifrån de två grundpelarna i ett konstitutionellt skydd av den typ som beskrevs ovan: dels en konstitutionell rätt att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder, dels konstitutionella mekanismer som säkerställer att denna rätt upprätthålls i praktiken. Vilka åtgärder bör omfattas av en konstitutionell rätt att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder, och vilka inskränkningar bör kunna göras i en sådan rätt? Vilka brottsbekämpande åtgärder ger den svenska grundlagen individen en rätt att inte drabbas av, och vilka inskränkningar kan göras i denna rätt? Vilka konstitutionella mekanismer bör finnas på plats för att garantera att rätten att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder upprätthålls? Vilka sådana mekanismer etableras genom den svenska grundlagen? Besvarandet av dessa frågor ligger till grund för en diskussion av uppsatsens övergripande frågeställning: Ger den svenska grundlagen det skydd mot brottsbekämpande åtgärder som den borde?

1.2 Preciseringar och avgränsningar

Uppsatsen behandlar brottsbekämpande åtgärder och det konstitutionella skyddet däremot. Med ”brottsbekämpande åtgärder” avses åtgärder som används av de brottsbekämpande myndigheterna mot enskilda och är ägnade att underlätta förebyggandet och/eller utredandet av brott. Utanför begreppet faller olika typer av straff eller sanktioner. Att det skydd mot sådana åtgärder som behandlas är det ”konstitutionella skyddet” innebär att de regler som diskuteras är de som bör ha respektive har formell konstitutionell

status.¹ Det senare innebär för undersökningen av svensk rätt att EKMR inte kommer att beaktas.²

Uppsatsens fokus ligger på vad som ovan kallades grundpelarna i ett konstitutionellt skydd mot brottsbekämpande åtgärder. Det begränsade utrymmet har nödvändiggjort vissa avgränsningar vad gäller dessa. När det gäller rätten att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder ligger fokus på lagstiftaren och lagstiftningen. Diskussionen handlar därmed om i vilken utsträckning som det bör vara möjligt respektive är möjligt att stifta lagar som medger ett användande av brottsbekämpande åtgärder mot individen. Poängen här är att diskussionen inte gäller den mer generella frågan under vilka förutsättningar som brottsbekämpande åtgärder skall kunna användas mot individen. Ett användande av sådana åtgärder bör i enlighet med legalitetsprincipen alltid kräva lagstöd, men därutöver bör nog ytterligare krav ställas, krav som dock inte behandlas i uppsatsen.³ Att det är viktigt att diskutera just i vilken omfattning det skall kunna stiftas lagar som medger ett användande av brottsbekämpande åtgärder beror i enlighet med detta resonemang på att grundkravet för användandet av sådana åtgärder bör vara att det har lagstöd. När det gäller de konstitutionella mekanismer som skall säkerställa att rätten att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder upprätthålls i praktiken ligger fokus på säkerställandet av att lagar som kränker rätten inte tillämpas mot individen. Diskussionen är därmed inte inriktad på den mer allmänna frågan hur det skall säkerställas att brottsbekämpande åtgärder inte tillämpas mot individen i strid med hans rätt att inte utsättas för sådana åtgärder. Vad som inte behandlas är alltså skyddet mot ett användande av brottsbekämpande åtgärder som inte ens har stöd i lag, eller som har stöd i lag men som inte uppfyller de övriga krav som nog bör ställas för att användandet skall vara grundlagsenligt.

1.3 Metod och material

Som framgått behandlar uppsatsen frågor av såväl normativ- som deskriptivjuridisk natur. För besvarandet av de deskriptiva frågorna används traditionell juridisk metod och material, vilket innebär att frågorna analyseras och besvaras utifrån regler som återfinns i olika rättskällor. För besvarandet av de normativa frågorna används en metod för normativ analys och argumentation.⁴ Utgångspunkten för denna är att det inte finns några svar på normativa frågor som är "sanna" i traditionell mening, men att det finns svar som är mer rimliga och godtagbara än andra. Det är därför meningsfullt att diskutera också normativa frågor, förutsatt att diskussionen ser ut på ett sådant sätt att det är möjligt att avgöra om den slutsats som ett

¹ Med formell konstitutionell status avses här en konstitutionell status som följer av formell tillhörighet till konstitutionen, inte materiell. Jfr Taube (2004), s. 43-48.

² EKMR kan alltså inte sägas ha formell konstitutionell status i svensk rätt. Se Taube (2004), s. 46-47.

³ Jfr de krav som i svensk rätt uppställs genom ändamålsprincipen, behovsprincipen och proportionalitetsprincipen. Det skulle förövrigt kunna diskuteras om dessa krav inte innehar materiell konstitutionell status (jfr not 1).

⁴ Om normativ metod, se Badersten.

visst normativt argument innehåller är godtagbar eller inte. Det material som ligger till grund för besvarandet av de normativa frågorna utgörs dels av politisk- och rättsteoretisk litteratur, dels av traditionellt juridiskt material. Viktigt att poängtera är att det sistnämnda materialet här inte beaktas i egenskap av föreskrivare av bindande regler, utan endast som en av många källor som kan tillhandahålla en godtagbar lösning på ett visst problem.

1.4 Disposition

Uppsatsens övergripande disposition ser ut på följande sätt. Det närmast följande kapitlet, kapitel 2, är utpräglat normativt hållet och behandlar vilket skydd en konstitution bör ge mot brottsbekämpande åtgärder. Det därpå följande kapitlet, kapitel 3, är deskriptivt hållet och behandlar vilket skydd den svenska grundlagen ger mot brottsbekämpande åtgärder. I det avslutande kapitlet, kapitel 4, ställs resultatet av undersökningen av vilket skydd den svenska grundlagen ger mot brottsbekämpande åtgärder mot resultatet av undersökningen av vilket skydd en konstitution bör ge mot sådana åtgärder, i en diskussion av om den svenska grundlagen ger det skydd mot brottsbekämpande åtgärder som den borde.

2 Vilket skydd bör en konstitution ge mot brottsbekämpande åtgärder?

2.1 Inledning

I detta kapitel undersöks vilket skydd en konstitution bör ge mot brottsbekämpande åtgärder. Syftet är att besvara tre övergripande frågor: för det första vilka åtgärder som bör omfattas av en konstitutionell rätt att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder, för det andra vilka inskränkningar som bör kunna göras i en sådan rätt, för det tredje vilka konstitutionella mekanismer som bör finnas på plats för att garantera att rätten respekteras. De svar som ges på frågorna skall i uppsatsens avslutande kapitel användas som jämförelsepunkt till de rättsliga lösningar som valts av den svenska lagstiftaren. Frågorna är av utpräglat normativ karaktär, och som framhölls i uppsatsens inledning betyder detta att det inte går att hitta ett svar på dem som är ”sant” i traditionell mening. Det är dock möjligt att hitta ett svar som är mer godtagbart och rimligt än andra svar, och ambitionen med detta kapitel kan sägas vara att i breda drag presentera detta.

2.2 Allmänna utgångspunkter

En normativ argumentation måste utgå från en grundläggande beskrivning av det problem som den avser att lösa och vissa värden eller principer utifrån vilka detta problem skall lösas. Det resonemang som kommer att föras i denna uppsats utgår från att frågan om ett konstitutionellt skydd mot brottsbekämpande åtgärder i den kontext där vi befinner oss i grund och botten handlar om vilka medel som en demokratisk stat av västerländskt snitt skall få använda mot enskilda i syfte att bekämpa brott. De värden eller principer som uppsatsen menar att detta problem bör lösas utifrån är liberala. I detta avsnitt redovisas de mest grundläggande av dessa värden och principer.

En första allmän utgångspunkt för uppsatsen utgörs av ett synsätt enligt vilket samhället är sammansatt av fria och jämlika individer. Att alla individer är fria innebär att deras naturliga tillstånd är ett tillstånd av frihet och självbestämmande, inte ett av underkastelse. Att alla individer är jämlika betyder att allas individuella intressen i princip är lika mycket värda. Dessa uttalanden refererar inte till faktiska förhållanden, utan utgör moraliska principer. Att man utifrån faktiska förhållanden kan hävda att alla individer inte är fria och jämlika spelar ingen roll, i moraliskt hänseende bör alla individer betraktas på detta sätt.⁵

⁵ Jfr Bobbio, s. 13-14 och s. 40-43, Wolf, s. 196-197, Singer, s. 25-29.

En andra utgångspunkt för uppsatsen utgörs av uppfattningen att en samhällsordning för att vara legitim måste kunna försvaras inför alla de individer som lever under den, en uppfattning som brukar sammanfattas som att samhällsordningens legitimitet är underkastad ett krav på offentlig försvarbarhet. Kravet gäller inte bara samhällsordningen som helhet, utan även alla dess olika aspekter, och innebär därmed i klartext att alla åtgärder som vidtas av en stat måste kunna försvaras inför alla dess medborgare. Detta krav kan uttolkas på olika sätt. Den tolkning som denna uppsats utgår från är att en viss åtgärd är offentligt försvarbar om den inte rimligen skulle kunna förkastas av någon. Rimlighetsrekvisitet innebär att invändningar som riktas mot en viss åtgärd inte påverkar dennas legitimitet om de kan betraktas som orimliga.⁶

Att alla statliga åtgärder måste kunna försvaras inför alla medborgare medför att man vid fattandet av politiska beslut måste ta hänsyn till varje enskild individs intressen. Här är det oundvikligt att olika individers intressen kommer att kollidera med varandra och med vad som kan betraktas som samhällets intressen, och när detta sker måste en intresseavvägning genomföras innan det kan fattas beslut om vilket intresse som skall få företräde. En sådan avvägning måste uppmärksamma bl.a. kvalitén hos de intressen som kolliderar. En tredje utgångspunkt för denna uppsats är nämligen att det finns vissa intressen som det inte är försvarbart för staten att tvinga individen att göra avkall på, och vissa andra intressen som det är försvarbart för staten att tvinga individen att göra avkall på endast i undantagsfall.⁷

En fjärde utgångspunkt för uppsatsen är att individen bör tillerkännas vissa grundläggande konstitutionella rättigheter, vars syfte är att garantera att individen inte skall behöva göra avkall på vissa särskilt viktiga intressen annat än när detta kan försvaras. Att rättigheterna skall vara konstitutionella beror på den särställning som konstitutionella rättigheter p.g.a. konstitutionens företräde har jämfört med andra rättigheter. Som en konsekvens av vad som sagts här blir ett av konstitutionens främsta syften att skydda individen från övergrepp från statens sida.⁸

En femte och sista utgångspunkt för uppsatsen utgörs av ett förtydligande. Den problembeskrivning som vi utgick från var att frågan om ett konstitutionellt skydd mot brottsbekämpande åtgärder i den kontext där vi rör oss i grund och botten handlar om vilka medel som en demokratisk stat av västerländskt snitt skall få använda mot enskilda i syfte att bekämpa brott. De ståndpunkter som intagits ovan har därmed intagits med sådana stater i åtanke. Historiskt sett växte tanken om att det finns moraliska gränser för statens maktutövning sig starkt särskilt som en reaktion mot den

⁶ Beckman, s. 5, Waldron, s. 134-135 och s. 139-140.

⁷ Den senare tankegången är naturligtvis tydligt kopplad till tanken att individen har vissa rättigheter som existerar oberoende av den rättsliga regleringen.

⁸ Tanken om lagarna och främst konstitutionen som ett värn mot övergrepp från staten har djupa rötter inom den liberala teorin. Se t.ex. Nergelius (1996), s. 58.

absolutistiska kungamakten. Tanken tappade dock inte sin moraliska giltighet i och med demokratins genombrott, eftersom enbart det faktum att en viss statlig åtgärd kan sägas ha stöd av en majoritet inte gör den moraliskt godtagbar. Det finns alltså moraliska gränser även för vad demokratiska stater får göra mot sina medborgare, och för att dessa gränser inte skall överträdas bör de slås fast genom konstitutionen.⁹

2.3 Varför bör individen tillerkännas en konstitutionell rätt att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder?

I linje med vad som sagts ovan är orsaken till att individen bör tillerkännas en konstitutionell rätt att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder att varje individ har ett intresse av att inte drabbas av sådana åtgärder och att detta intresse är så viktigt att varje individ bör ges ett så starkt skydd som möjligt mot att tvingas göra avkall på intresset annars än när det är försvarbart. Att varje individ har ett intresse av att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder och att detta är särskilt viktigt beror på att användandet av sådana åtgärder typiskt sett innebär ett utövande av tvång mot individen och/eller ett intrång i vad som kan betraktas som individens privata sfär.

2.4 Vilka åtgärder bör omfattas av rätten att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder?

”Brottsbekämpande åtgärder” definierades i uppsatsens inledning som åtgärder som används av de brottsbekämpande myndigheterna mot enskilda och är ägnade att underlätta förebyggandet och/eller utredandet av brott. Begreppet har därmed en mycket vid innebörd, och det saknas anledning att ge individen ett konstitutionellt skydd mot alla de åtgärder som faller inom dess ramar. Det resonemang som kommer att föras i detta avsnitt utgår från ståndpunkten att de brottsbekämpande åtgärder som individen bör ges ett skydd mot och som därför bör omfattas av rätten att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder är de som kan sägas kränka individens integritet. Av diskussionen kommer att framgå att denna ståndpunkt är tydligt förankrad i vad som sades ovan om att individens intresse att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder grundar sig i att sådana åtgärder typiskt sett innebär ett utövande av tvång mot individen och/eller ett intrång i vad som kan betraktas som individens privata sfär.

Låt oss börja med att försöka ange integritetsbegreppets innebörd. En genomgång av olika försök att bestämma begreppets betydelse återfinns i Integritetsskyddskommitténs första delbetänkande *Skyddet för den*

⁹ Dessa tankar brukar spåras tillbaka till artonhundratalsfilosoferna Alexis de Tocqueville och John Stuart Mill. Se t.ex. Bobbio, s. 49-53.

personliga integriteten.¹⁰ Ett av de sätt att betrakta begreppet som lyfts fram i genomgången är det som återfinns i Tvångsmedelskommitténs betänkande *Tvångsmedel, anonymitet, integritet*. I betänkandet skiljs mellan fem olika former av integritet: den rumsliga integriteten, som skyddas genom hemfriden; den materiella integriteten, som garanteras genom egendomsskyddet; den kroppsliga integriteten, som kringgärdas av skyddet för liv och hälsa, mot ingrepp i eller mot kroppen, kroppsvisitation, kroppsbesiktning m.m.; den personliga integriteten i fysisk mening, som säkras genom skyddet för den personliga friheten och rörelsefriheten, samt, slutligen, den personliga integriteten i ideell mening, som garanteras genom skyddet för personligheten och privatlivet.¹¹

Tvångsmedelskommitténs uppdelning av integritetsbegreppet ger en god allmän uppfattning om dess innebörd. Denna uppsats utgår därför från kommitténs resonemang, med följande modifieringar och förtydliganden. Det integritetsbegrepp som kommer att användas har fyra delar, inte fem. Den första delen utgörs liksom hos kommittén av ”den rumsliga integriteten”. Till skillnad från hos kommittén omfattar denna del mer än bara hemfriden. De lokaler som träffas av begreppet är inte bara bostadslokaler, utan även andra typer av lokaler. Förutom lokaler träffar begreppet dessutom olika typer av slutna förvaringsutrymmen (förvaringsskåp, bakluckor, väskor etc.). Den andra delen är ”den materiella integriteten”, vilken precis som hos kommittén skyddas genom egendomsrätten. Den tredje delen är ”den personliga integriteten i fysisk mening”. I uppsatsens tappning utgörs denna del av integriteten dels av det som kommittén beskriver som den kroppsliga integriteten, dels av rörelsefriheten. Den omfattar dock inte det som kommittén kallar ”den personliga friheten”, eftersom detta begrepp framstår som överflödigt. Den fjärde delen av uppsatsens integritetsbegrepp är ”den personliga integriteten i ideell mening”. Denna del torde ha samma innebörd som hos kommittén, men det skall ändå klargöras att begreppet här innefattar allt som kan kallas för en persons personliga icke-fysiska integritet.

Utifrån den skissering av integritetsbegreppets innehåll som gjorts ovan kan vi nu försöka ringa in vilka brottsbekämpande åtgärder som kränker eller kan kränka integriteten.¹² Först skall dock två påpekanden göras. För det första bör understrykas att den fråga som diskuteras inte är vilka brottsbekämpande åtgärder som *påverkar eller kan påverka* integriteten, utan vilka åtgärder som *kränker eller kan kränka* denna. Kärnan här är att all påverkan inte är av så allvarlig karaktär att den förtjänar att beskrivas som en kränkning. För det andra måste framhållas att det naturligtvis är omöjligt att räkna upp alla de åtgärder som kränker eller kan kränka integriteten.

¹⁰ SOU 2007:22, genomgången finns på s. 53-65.

¹¹ SOU 1984:54, s. 42.

¹² Frågan vilka åtgärder som kränker eller kan kränka integriteten har behandlats av Stig Strömholm i hans artikel *Individens skyddade personlighetsfär*, som även den lyfts fram i Integritetsskyddskommitténs första delbetänkande. I artikeln (s. 30) listar Strömholm fjorton typer av integritetskränkningar. Det integritetsbegrepp som Strömholm utgår från är snävare än det som används i denna uppsats, men flera av hans kränkningar finns representerade i diskussionen nedan.

Diskussionen måste vara inriktad på typfall. Utifrån bestämningen av integritetsbegreppet och dessa typfall får man sluta sig till huruvida andra åtgärder kränker eller kan kränka integriteten.

De åtgärder som kränker eller kan kränka integriteten kan systematiseras utifrån integritetsbegreppets olika delar. Låt oss börja med den rumsliga integriteten. Här märks åtgärder som innebär att de brottsbekämpande myndigheterna bereder sig tillträde till en lokal eller öppnar ett slutet förvaringsutrymme. En åtgärd av den första typen kan syfta till att frihetsberöva en person som befinner sig i lokalen, eller att möjliggöra företagandet av en åtgärd som ytterst syftar till ett insamlande av information (en undersökning av lokalen, ett beslagtagande av ett föremål, en undersökning av ett föremål på plats, en installation av avlyssningsutrustning etc.). Åtgärder av den andra typen har nog alltid som syfte att möjliggöra företagandet av en åtgärd som ytterst syftar till ett insamlande av information (en undersökning av utrymmet, en undersökning eller ett beslag av ett föremål i utrymmet etc.).

Formuleringen ”ytterst syftar till ett insamlande av information” kommer att återkomma nedan. Det finns därför anledning att framhålla att dess innebörd är vidsträckt. De åtgärder som kan sägas ha detta syfte är av mycket skiftande karaktär, något som beror på att information i sig kan vara av olika karaktär, hämtas ur många typer av källor, och samlas in på många olika sätt.

De åtgärder som kränker eller kan kränka den materiella integriteten torde alla kunna sägas ha ett insamlande av information som yttersta syfte. Här handlar det om beslag och/eller undersökningar av i princip vilken typ av egendom som helst (datorer, kläder, bilar, anteckningsböcker etc.).¹³ Att märka är att de åtgärder som kränker eller kan kränka den rumsliga integriteten även kränker eller kan kränka den materiella integriteten. För enkelhetens skull kan dessa åtgärder behandlas enbart i förhållande till den rumsliga integriteten.

Bland de åtgärder som kränker eller kan kränka den personliga integriteten i fysisk mening återfinns till att börja med åtgärder som innebär att individens rörelsefrihet inskränks. Här rör det sig t.ex. om olika typer av frihetsberövanden. Därtill kommer åtgärder som kränker eller kan kränka den kroppsliga integriteten. Samtliga av dessa åtgärder torde ytterst kunna sägas syfta till ett insamlande av information. Här märks undersökningar av individens kropp och klädsel (kroppsbesiktning, medicinska undersökningar och provtagningar, kroppsvisitation m.m.), men även försök att med våld (i extremfallet tortyr) eller andra grövre fysiska medel (t.ex. olika fysiska uttröttningsstrategier) försöka förmå en person att göra visa uttalanden eller på annat sätt lämna information till de brottsbekämpande myndigheterna.

¹³ Beslag kan användas för andra syften än insamlandet av information, men torde då falla utanför den definition av brottsbekämpande åtgärder som vi utgår från.

Även samtliga de åtgärder som kränker eller kan kränka den personliga integriteten i ideell mening torde ytterst kunna sägas syfta till ett insamlande av information. Här märks till att börja med psykologiska tester samt försök att med grövre icke-fysiska medel påverka en persons psyke för att få honom att göra visa uttalanden eller på annat sätt lämna information till de brottsbekämpande myndigheterna (t.ex. genom hot, lögner, löften, icke-fysiska uttröttningsstrategier, förespeglningar om förmåner, eller genom medicinsk påverkan). Därutöver rör det sig om olika former av övervaknings- och spaningsarbete. Det kan handla t.ex. om att systematiskt förfölja en person, om att fotografera eller filma honom, eller om olika former av avlyssning av kommunikation (brev, e-mail, telefonsamtal, vanliga samtal).

Slutligen bör ett förbehåll göras. En åtgärd bör endast betraktas som integritetskränkande om den vidtas mot den drabbades vilja. Frågan om samtycke är av naturliga skäl inte aktuell för alla typer av brottsförebyggande åtgärder, men kan bli aktuell t.ex. vad gäller undersökningar av kroppen eller av viss egendom. Här är det dock uppenbart att man måste ställa höga krav på samtycken för att de skall vara giltiga, samt att det inte skall vara möjligt att samtycka till vad som helst.¹⁴

I resonemanget ovan har formuleringen ”åtgärder som kränker eller kan kränka integriteten” använts. Orsaken till detta är att bedömningen av huruvida en viss åtgärd verkligen kränker integriteten generellt sett måste baseras på en helhetsbedömning och inte bara på åtgärden i sig. Med detta sagt torde det ändå vara korrekt att beskriva näst intill samtliga av de åtgärder som nämns ovan som integritetskränkande. Det enda undantaget är den mycket generella formuleringen ”undersökningar av i princip vilken typ av egendom som helst”. Vissa åtgärder som träffas av denna formulering kan inte sägas vara integritetskränkande. Här kan man tänka på den i tv-deckaren vanliga situationen att en polis granskar en misstänkt brottslings bil för att se vilken typ av däck som sitter på bilen. Kanske fortsätter han med att titta in genom fönsterrutorna på bilen för att se vad som finns i den. Dessa åtgärder kan inte sägas vara integritetskränkande. Men fortsätter undersökningen med att polisen öppnar en av bilens dörrar och söker igenom den i jakt på bevis har gränsen passerats och individens integritet kränkts.

2.5 Vilka inskränkningar bör kunna göras i rätten att inte utsättas för brottsbekämpande åtgärder?

Om rätten att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder skall omfatta alla sådana åtgärder som är integritetskränkande framstår det som nödvändig att rätten kan inskränkas. I vissa fall måste det vara tillåtet att stifta lagar som

¹⁴ Jfr de krav som gäller för att ett samtycke skall kunna utgöra en allmän grund för ansvarsfrihet enligt BrB 24:7.

medger ett användande av integritetskränkande brottsbekämpande åtgärder, eftersom de brottsbekämpande myndigheternas möjlighet att förebygga och utreda brott är begränsad om de inte får lov att använda sig av sådana åtgärder. Syftet med detta avsnitt är att diskutera vilka inskränkningar av rätten att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder som bör godtas.

Först skall påminnas om vilka ståndpunkter som intagits så här långt. Alla individer är i moraliskt hänseende fria och jämlika, i den betydelsen att deras naturliga tillstånd är ett av frihet och att allas intressen i princip är lika mycket värda. Alla statliga åtgärder måste kunna försvaras inför alla medborgare. En åtgärd är försvarbar om den inte rimligen skulle kunna förkastas av någon. Att en åtgärd måste kunna försvaras inför alla medborgare innebär att man vid fattandet av politiska beslut måste ta hänsyn till varje enskild individs intressen. Ofta står en enskild individs intresse i konflikt med andra individers och samhällets intressen, och då måste en intresseavvägning göras. Denna intresseavvägning måste uppmärksamma kvalitén hos de intressen som är inblandade eftersom det finns vissa intressen som det sällan eller aldrig är försvarbart att tvinga individen att göra avkall på.

Utifrån de ståndpunkter som upprepades ovan kan följande allmänna uttalanden göras. En inskränkning av en rättighet utgör en statlig åtgärd, och måste därför kunna försvaras inför alla medborgare. De enda rättighetsinskränkningar som kan godtas är därmed de som inte rimligen skulle kunna avfärdas av någon. Vid avgörandet av om en viss inskränkning skulle kunna rimligen avfärdas av någon måste hänsyn tas dels till varje enskild individs intressen, dels till samhällets intressen. Vad gäller inskränkningar av rätten att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder har varje individ ett intresse av att inte drabbas av sådana åtgärder som omfattas av rätten, eftersom varje individ har ett intresse av att inte få sin integritet kränkt. Detta intresse kolliderar med varje individs och samhällets intresse av att brott utreds och bekämpas. Individens intresse av att inte drabbas av integritetskränkande brottsbekämpande åtgärder får dock anses ha en sådan betydelse för individen att han i många fall skulle kunna rikta rimliga invändningar mot inskränkningar av rätten. I vissa fall måste dock intresset av att bekämpa brott anses väga tyngre än individens intresse av att inte drabbas av integritetskränkande brottsbekämpande åtgärder, och i dessa fall skulle individen inte kunna rikta rimliga invändningar mot en inskränkning av rätten.

Låt oss nu fördjupa diskussionen av vilka inskränkningar av rätten att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder som är försvarbara, d v s vilka inskränkningar av rätten som inte skulle kunna rimligen avfärdas av någon. Att ge ett exakt svar på vilka inskränkningar som är av denna karaktär går inte. Huruvida en viss inskränkning är försvarbar måste i princip avgöras utifrån en helhetsbedömning i det enskilda fallet. Vad vi kan göra här är att diskutera de krav utifrån vilka enskilda inskränkningar bör utvärderas.

Det finns vissa allmänna krav som inskränkningar av i princip alla olika typer av konstitutionella rättigheter bör behöva nå upp till. Låt oss titta närmare på dessa krav och vad de innebär för inskränkningar av rätten att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder.

För att en rättighetsinskränkning skall kunna betraktas som försvarbar bör den till att börja med nå upp till vissa formella krav. Den bör göras genom en lag som har generell tillämplighet, är tillgänglig för allmänheten och uppfyller vissa grundläggande krav på klarhet. Kravet på att inskränkningen skall meddelas genom en lag innebär att den måste meddelas i en rättskälla, kravet på generell tillämplighet att lagen inte skall rikta sig mot enskilda individer eller enskilda fall, kravet på tillgänglighet att det skall vara möjligt för allmänheten att ta del av lagens innehåll, och kravet på klarhet, slutligen, att det måste vara möjligt att utifrån den aktuella lagen avgöra hur denna kan komma att tillämpas på ett viss beteende.¹⁵ Vad dessa krav innebär för inskränkningar av rätten att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder är nog klart, men det kan ändå framhållas att kravet på klarhet får anses innebära att det av den lag som innebär en inskränkning av rätten måste framgå dels vilka åtgärder som de brottsbekämpande myndigheterna ges en möjlighet att använda sig av, dels under vilka förutsättningar som dessa åtgärder skall få användas. Om en rättighetsinskränkning inte når upp till dessa formella krav framstår den som godtycklig, och mot en sådan inskränkning skulle individen naturligtvis kunna rikta rimliga invändningar. Vad gäller inskränkningar som inte uppfyller kravet på generell tillämplighet, och som alltså riktar sig mot särskilda individer eller särskilda fall, kan även framhållas att de på ett uppenbart sätt strider mot vår utgångspunkt att allas intressen i princip är lika mycket värda.

För att en rättighetsinskränkning skall vara försvarbar bör det inte vara tillräckligt att den når upp till de formella krav som uppställdes ovan. Om så hade varit fallet skulle ju rättigheter ha kunnat inskränkas hur långt som helst och i vilka fall som helst, så länge det gjordes ”på rätt sätt”. För vår del skulle detta t.ex. ha inneburit att det hade varit godtagbart att ge polisen en möjlighet att använda sig av tortyr som förhörsmetod, så länge det gjordes i en lag som hade generell tillämplighet, var tillgänglig för allmänheten och uppfyllde vissa krav på klarhet. En sådan slutsats kan inte accepteras, och därför bör de formella kraven kompletteras med materiella krav.

Ett första materiellt krav som bör ställas är att en rättighetsinskränkning genomförs till förmån för ett godtagbart intresse, eller, annorlunda formulerat, till förmån för ett godtagbart syfte.¹⁶ Vad gäller inskränkningar av rätten att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder är detta krav inte särskilt problematiskt. Sådana inskränkningar genomförs i syfte att underlätta förebyggandet och/eller utredandet av brott, ett syfte som inte kan avfärdas som icke-godtagbart utifrån någon rimlig standard.¹⁷

¹⁵ van der Schyff, s. 132-141.

¹⁶ van der Schyff, s. 145-147.

¹⁷ Inskränkningar av rätten att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder kan t.ex. falla inom ramen för samtliga av de syften som van der Schyff (s. 147-152) lyfter fram som

Ett andra materiellt krav som bör ställas är att det föreligger en viss relation mellan rättighetsinskränkningen och det syfte som den genomförs till förmån för. Grundtanken är här att rättighetsinskränkningen måste kunna försvaras genom en hänvisning till sitt syfte, eller, som det ofta formuleras, att rättighetsinskränkningen måste vara proportionerlig i förhållande till detta. I detta sammanhang brukar fyra delkrav lyftas fram. För det första att det är möjligt att uppnå syftet med inskränkningen. För det andra att det föreligger en viss sannolikhet att så också sker. För det tredje att det inte är möjligt att uppnå syftet med hjälp av en mindre omfattande rättighetsinskränkning eller utan en sådan inskränkning överhuvudtaget. För det fjärde att inskränkningen kan förväntas leda till sådana positiva konsekvenser i relation till sitt syfte att den trots sina negativa konsekvenser är försvarbar.¹⁸

Om vi börjar med de tre första delkraven så innebär de vad gäller inskränkningar av rätten att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder att syftet bakom en sådan inskränkning måste vara möjligt att uppnå med hjälp av de åtgärder som inskränkningen ger de brottsbekämpande myndigheterna en möjlighet att använda sig av, att det måste föreligga en viss sannolikhet för att syftet verkligen uppnås med hjälp av dessa åtgärder, samt att syftet inte får kunna uppnås med hjälp av åtgärder som inte är lika integritetskränkande eller åtgärder som inte är integritetskränkande överhuvudtaget. Det syfte som kraven skall tillämpas i förhållande till kan här inte vara det generella syfte som ovan sades ligga bakom alla inskränkningar av rätten att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder (syftet att underlätta utredandet och/eller bekämpandet av brott), utan måste utgöras av det mer specifika syfte som ligger bakom just den inskränkning vars försvarbarhet är under prövning (syftet att underlätta utredandet och/eller bekämpandet av en viss typ av brott). Används det generella syftet istället för det mer specifika bli de tre kraven meningslösa, eftersom nästan alla inskränkningar då hade kunnat nå upp till de första två kraven, men nästan inga till det tredje. Tillämpas de tre kraven i förhållande till det mer specifika syftet får de bl.a. som följd att den lag som innebär en inskränkning av rätten att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder sällan kan medge ett användande av integritetskränkande brottsbekämpande åtgärder under särskilt frikostiga förutsättningar, eftersom den då troligen skulle medge ett användande av sådana åtgärder i fall där ett eller flera av kraven inte var uppfyllda. Vad gäller den normativa grunden för kraven, så kan hänvisas till ståndpunkten att intresset av att inte drabbas av integritetskränkande brottsbekämpande åtgärder är av särskild betydelse för individen och därför förtjänar särskild respekt. Ansluter man sig till denna ståndpunkt framstår det nämligen som självklart att individen skulle kunna rikta rimliga invändningar mot en inskränkning av rätten att inte drabbas av

legitima (national security, safety or public safety, order or public order, health or public health, morals or public morals, samt rights and freedoms of others).

¹⁸ Jfr van der Schyff, s. 152-154 och s. 159-162. Enligt Öricü (s. 45) kan detta krav på proportionalitet betraktas som "the ultimate test for justice and a requisite concretization of the rule of law or Rechtsstaat and thus immanent in the concept of basic rights".

brottsbekämpande åtgärder som inte ens kan uppnå vad den syftar till att uppnå, och detsamma gäller om sannolikheten för att syftet uppnås är låg eller om syftet kan uppnås med andra och mindre integritetsinskränkande åtgärder.

Det fjärde delkravet, slutligen, innebär vad gäller inskränkningar av rätten att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder att en sådan inskränkning måste ha sådana förväntade positiva konsekvenser för möjligheten att förebygga och/eller utreda brott att den, trots sina negativa konsekvenser för integriteten, inte rimligen skulle kunna avfärdas av någon. Därmed har detta krav en tydlig koppling till vad som sades ovan om vikten av att göra en avvägning mellan samhällets och varje individs intresse av att brott bekämpas och varje individs intresse av att inte drabbas av integritetskränkande brottsbekämpande åtgärder. För att avgöra om en inskränkning når upp till delkravet får man genomföra en analys i tre steg. I det första steget får man titta på inskränkningens förväntade positiva konsekvenser, och det handlar då återigen om att rikta uppmärksamheten mot inskränkningens mer specifika syfte. Hur viktigt är det att detta syfte uppnås, och hur sannolikt är det att det uppnås med hjälp av inskränkningen? Här är det nog klart att syftet att förebygga brott inte väger lika tungt som syftet att utreda brott, åtminstone i den mening att det förstnämnda syftet inte kan motivera lika långtgående integritetskränkningar som det senare.¹⁹ Vidare är det uppenbart att det är av avgörande betydelse vilken typ av brottslighet som inskränkningen syftar till att underlätta förebyggandet och/eller utredandet av. Att underlätta bekämpandet av allvarlig och utbredd brottslighet är naturligtvis viktigare än att underlätta bekämpandet av brottslighet som inte kan sägas ha denna karaktär. I ett andra steg i analysen får man titta på inskränkningens förväntade negativa konsekvenser. Vilket eller vilka integritetsintressen skulle kränkas genom inskränkningen? Hur viktigt är det att detta eller dessa intressen inte kränks? Här är det uppenbart att vissa integritetsintressen väger tyngre än andra. Kränkningar av den personliga integriteten i fysisk mening framstår t.ex. som allvarligare än kränkningar av den materiella integriteten. Och även om man fokuserar på en och samma del av integritetsbegreppet framstår vissa kränkningar som svårare att acceptera än andra. Vad gäller den personliga integriteten i fysisk mening kan man t.ex. jämföra kroppsbesiktningar och kroppsvisitationer, som båda framstår som allvarliga kränkningar, men där de förra ändå framstår som klart allvarligare än de senare. I det tredje och sista steget i analysen får man utifrån den analys som gjorts så långt försöka besvara den övergripande frågan: har inskränkningens sådana förväntade positiva konsekvenser att den trots sina förväntade negativa konsekvenser inte rimligen skulle kunna avfärdas av någon?

En bedömning av den typ som förespråkas ovan måste göras utifrån ett normativt ideal, och det ideal man medvetet eller omedvetet utgår från kommer att påverka analysens utfall. Utgår man från tankegångar enligt vilka individens intresse av att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder

¹⁹ Jfr Flyghed, s. 21.

inte väger särskilt tungt kommer man ofta finna att en inskränkning av rätten att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder har sådana förväntade positiva konsekvenser att inte någon skulle kunna rikta rimliga invändningar mot den. Som framgått är det dock inte sådana tankegångar som förespråkas av denna uppsats. Uppsatsens allmänna utgångspunkter betonar individens rätt gentemot kollektivet och samhället. Vad gäller individens intresse av att inte drabbas av integritetskränkande brottsbekämpande åtgärder sades ovan att det får anses ha en sådan betydelse för individen att han i många fall skulle kunna rikta rimliga invändningar mot rättighetsinskränkningar. Intresset får sägas vara ett av dem som det relativt sällan är försvarbart för staten att tvinga individen att göra avkall på. Viktigt att betona är att grunden för intressets ställning bör anses vara den betydelse som en respekt för intresset har för individen själv, inte den betydelse som en respekt för intresset har för majoriteten eller samhället i stort. Det är därför intressets ställning i det enskilda fallet inte enbart eller ens huvudsakligen bör vara beroende av frågan om ett avstående från intresset skulle gynna majoriteten eller samhället i stort. Bedömningen måste alltid ta hänsyn till varje enskild individ och dennes intressen. Det måste från varje enskild individs perspektiv framstå som rimligt att göra avkall på intresset.

Utgår vi från de tankegångar som angavs ovan är det klart att det finns inskränkningar av rätten att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder som kan förväntas få sådana konsekvenser för integriteten att de inte kan försvaras, oavsett vilka positiva konsekvenser de skulle kunna förväntas få. Det är också klart att det finns inskränkningar som av samma anledning kan försvaras endast om de kan förväntas leda till starkt positiva konsekvenser. Huruvida en inskränkning är av denna karaktär måste dock som framhållits ovan i princip alltid avgöras efter en helhetsbedömning i det enskilda fallet. Det finns ett undantag från denna regel. Vissa inskränkningar kan på förhand dömas ut som oförsvarbara. Detta gäller de inskränkningar som ger de brottsbekämpande myndigheterna en möjlighet att använda sig av åtgärder som ger uttryck för en grundläggande respektlöshet inför individen och individens intresse av att inte drabbas av integritetskränkande brottsbekämpande åtgärder. De åtgärder som träffas av denna beskrivning är de som i avsnitt 2.4 beskrevs som kränkningar av den personliga integriteten i fysisk respektive ideell mening bestående i försök att med våld, andra grövre fysiska medel eller grövre icke-fysiska medel försöka förmå en person att göra visa uttalanden eller på annat sätt lämna information till de brottsbekämpande myndigheterna. Utifrån den enskilda individens synvinkel kan det inte finnas något rimligt med att ge de brottsbekämpande myndigheterna en möjlighet att använda sådana åtgärder mot honom.

2.6 Vilka mekanismer bör finnas på plats för att säkerställa att rätten att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder upprätthålls?

Om en konstitution skall ge individen ett reellt skydd mot brottsbekämpande åtgärder räcker det inte att den tillerkänner individen en rätt att inte drabbas av sådana åtgärder, den måste även garantera att denna rätt upprätthålls i praktiken. I detta avsnitt diskuteras frågan hur upprätthållandet av rätten att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder bör säkerställas. Fokus ligger på säkerställandet av att lagar som står i strid med rätten inte tillämpas mot individen.

Säkerställandet av att lagar som står i strid med rätten att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder inte tillämpas mot individen aktualiserar i stort sett samma problem som säkerställandet av att lagar som på något annat sätt strider mot grundlagen²⁰ inte tillämpas mot individen. Frågan hur det skall säkerställas att lagar som står i strid med rätten att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder inte tillämpas mot individen kan därför diskuteras utifrån den mer allmänna frågeställningen hur det skall säkerställas att grundlagsstridiga lagar inte tillämpas mot individen. Denna fråga utgör en av de verkliga vattendelarna i den konstitutionella debatten och måste därför ges en relativt ingående behandling.

Grundstenen i varje konstitutionell modell vars syfte är att säkerställa att inga grundlagsstridiga lagar tillämpas mot individen måste utgöras av grundlagskontroll, d v s prövningen av huruvida föreslagna eller antagna lagar är förenliga med grundlagen. En sådan prövning kan när den avser en föreslagen lag betecknas som förhandskontroll, och när den avser en redan antagen som efterhandskontroll.²¹ Teoretiskt sett kan både förhandskontroll och efterhandskontroll utövas av såväl politiska som politiskt oavhängiga organ. I praktiken är dock förhandskontroll starkt förknippat med politiska organ och efterhandskontroll med politiskt oavhängiga organ. Det torde inte finnas någon västerländsk stat där politiska organ utför efterhandkontroll,²² men som kommer att framgå finns det exempel på stater där politiskt oavhängiga organ utför förhandskontroll. Skiljelinjen i den konstitutionella debatten går mellan dem som menar att säkerställandet av att inga

²⁰ Att vi nu börjar tala om "grundlagen" och inte bara "konstitutionen" innebär ingen betydelsemässig förändring. Begreppen används alltså med samma innebörd. Generellt sett lämpar sig dock "konstitution" bättre än "grundlag" i en normativ diskussion av den typ som förs här, d v s en diskussion som gör anspråk på att ha giltighet även utanför en svensk kontext. Att vi ändå delvis övergår till begreppet grundlag redan här beror på att vissa termer som härleds från "grundlag" och är nödvändiga i diskussionen nedan (t.ex. grundlagsenlig och grundlagsstridig) fungerar bättre än motsvarande termer som härleds från "konstitution" ("konstitutionell" och "okonstitutionell").

²¹ Begreppen "grundlagskontroll", "förhandskontroll" och "efterhandskontroll" är lånade från Olsson, s. 444.

²² Olsson, s. 489.

grundlagsstridiga lagar tillämpas mot individen bör ske endast genom förhandskontroll utövad av politiska organ, och dem som menar att det skall ske främst genom efterhandskontroll utövad av domstolar.

De som förespråkar endast förhandskontroll utförd av politiska organ när en förhoppning eller övertygelse om att parlamentet i en demokrati självt, eventuellt efter särskild utskottsbehandling av frågan, skall kunna avgöra när ett lagförslag är grundlagsstridigt och att det skall rösta ned ett sådant förslag. Den möjlighet till ansvarsutkrävande som parlamentsvalen erbjuder skall tillsammans med ett beslutsfattande som utmärks av en bred och grundlig politisk debatt med insyn och möjlighet för deltagande för medborgarna garantera att parlamentet agerar korrekt.²³ De som vill ställa upp ytterligare garantier för att parlamentet inte antar rättighetsinskränkande lagförslag argumenterar för att det demokratiska beslutsfattandet skall kompletteras med olika procedurregler. Exempel på sådana regler är regler som ger en parlamentsminoritet en möjlighet att skjuta upp en omröstning om huruvida ett lagförslag skall antas eller ej, samt regler som uppställer krav på kvalificerad majoritet och/eller dubbla parlamentsbeslut för att ett lagförslag skall antas. En regel som innebär ett krav på kvalificerad majoritet kan sägas ge en vetorätt till en parlamentsminoritet. En mer renodlad sådan rätt kan även ges till t.ex. ett utskott eller ett exekutivt organ (t.ex. regeringen eller presidenten, om en sådan finns).²⁴

De som förespråkar efterhandskontroll utförd av domstolar betvivlar de politiska organens förmåga att avgöra huruvida ett visst lagförslag är förenligt med grundlagen, samt att dessa organ skulle rösta ned eller med vetorätt blockera ett grundlagsstridigt men politiskt önskvärt lagförslag.²⁵ Därutöver invänds att förhandskontroll i sig är underlägsen efterhandskontroll. Invändningens kärna är ett påstående om att det är svårare att avgöra en lags grundlagsenlighet på förhand än i efterhand. Grunden för detta påstående är att man vid en efterhandskontroll kan ta bättre hänsyn till en lags tillämpning i det enskilda fallet, till hur en lags tolkning har förändrats över tid, samt till förändrade rättsliga och faktiska förutsättningar.²⁶ Rent konkret föreslår de som förespråkar efterhandskontroll genom domstolar att en viss, vissa eller samtliga domstolar skall utrustas med makt att granska huruvida de lagar som antagits av parlamentet är förenliga med konstitutionen. Internationellt kallas en sådan makt för judicial review, i Sverige kallas den för lagprövning. Den lagprövningsrätt som domstolarna utrustas med kan vara abstrakt eller konkret. I det förra fallet föreligger den oavsett koppling till ett specifikt fall, i det senare krävs en sådan koppling. Abstrakt lagprövningsrätt innebär en rätt att uttala sig om den generella grundlagsenligheten hos lagar, medan konkret lagprövningsrätt innebär en mer begränsad rätt: den att uttala sig om en viss lag är förenlig med grundlagen i det särskilda fall där frågan om dess grundlagsenlighet har

²³ Smith, s. 316, Elster, s. 7.

²⁴ Nergelius (1996), s. 33, Taube (2003), s. 166.

²⁵ Olsson, s. 483 och s. 488, Elster, s. 4, Fogelklou, s. 102, Smith, s. 312.

²⁶ Olsson, s. 484, Nergelius (1996), s. 33-34.

aktualiserats. Trots denna begränsning är dock den konkreta lagprövningens konsekvenser inte begränsade till det enskilda fallet, eftersom de domslut som den resulterar i kan få prejudikatvärde för senare fall.²⁷

Ett alternativ som framstår som något av en kompromiss mellan de båda huvudalternativ som beskrivits ovan är förhandskontroll utövad av en särskild domstol eller av ett särskilt domstolsliknande organ. Det vanligaste exemplet på detta är när en sådan domstol eller ett sådant organ ges i uppgift att yttra sig över huruvida de lagförslag som parlamentet har att rösta om är förenliga med konstitutionen. Internationellt kallas denna lösning för *judicial preview*, i Sverige kallas den för preventiv lagprövning.²⁸ Ett inhämtande av ett sådant yttrande kan vara obligatoriskt eller fakultativt, och ett avgivet yttrande kan ha antingen bindande eller rådgivande verkan. Den som förespråkar endast förhandskontroll utförd av politiska organ är skeptisk till modellen med preventiv lagprövning, men om han kan övertalas att acceptera den kommer han att förespråka fakultativa och rådgivande yttranden. Den som förespråkar efterhandskontroll utförd av domstolar kan se preventiv lagprövning, gärna med obligatoriska och kanske bindande yttranden, som ett möjligt komplement, men inte alternativ, till ”sin” modell. Av de skäl som redogjordes för ovan kommer han ju nämligen alltid att anse att preventiv lagprövning, en form av förhandskontroll, är underlägsen efterhandskontroll. Vissa förespråkare av efterhandskontroll utförd av domstolar, de som eftersträvar en strikt maktindelning à la Montesquieu, kan dock avfärda preventiv lagprövning som en olämplig sammanblandning av den dömande och den lagstiftande makten.²⁹

Låt oss nu försöka besvara frågan vilken modell för grundlagskontroll som bör användas för att säkerställa att inga grundlagsstridiga lagar, däribland lagar som står i strid med rätten att inte utsättas för brottsbekämpande åtgärder, tillämpas mot individen. Här kan konstateras att det är uppenbart att anhängarna av efterhandkontroll utförd av domstolar har en poäng när de anklagar de andra modeller som står till buds för att erbjuda ett bristfälligt rättighetsskydd. Grundlagskontroll utförd av politiska organ kan oavsett om den utförs på förhand eller i efterhand inte erbjuda individen ett reellt skydd mot grundlagsstridiga lagar, eftersom de politiska organen inte kan förväntas fungera som opartisk domare i egen sak. Förhandskontroll utförd av en särskild domstol eller ett domstolsliknande organ kan fungera som ett bra komplement till efterhandkontroll utförd av domstolar, men kan inte ens om den skulle göras obligatorisk och bindande garantera att inga grundlagsstridiga lagar antas och senare tillämpas mot individen, något som beror på de brister som behäftar alla typer av förhandskontroll. Om målsättningen är ett så starkt rättighetsskydd som möjligt framstår den ideala lösningen som en modell där parlamentet strävar efter att inte anta lagar som strider mot grundlagen, men där dess normgivning samtidigt granskas i såväl för- som efterhand av domstolar.

²⁷ Nergelius (1996), s. 33, Taube (2003), s. 169-170.

²⁸ Nergelius (1996), s. 33.

²⁹ Nergelius (1996), s. 33-34.

De som motsätter sig en modell med grundlagskontroll utförd av domstolar grundar dock inte sitt motstånd på att en sådan modell skulle erbjuda ett bristfälligt rättighetsskydd. De menar istället att det är andra brister i modellen som gör att den måste avfärdas. Den mest väsentliga kritiken kan sammanfattas på följande vis: den är odemokratisk. Till grund för kritiken ligger väsentligen två invändningar. För det första innebär en sådan modell att en lag kan hindras från att vinna tillämpning trots att den har stöd av en parlamentsmajoritet. För det andra innebär modellen att personer som inte är folkvalda får en möjlighet att utöva politisk makt.³⁰

Att märka här är att ”demokrati” är ett begrepp som inte har något givet innehåll. Tvärtom brukar ”demokrati” beskrivas som ett typexempel på en semantisk magnet, d v s ett begrepp som har en förmåga att drar till sig en mängd olika betydelser. Orsaken till detta är naturligtvis att begreppet är laddat med positiva känslor. Alla vill kunna kalla sig själva demokrater och sina motståndare antidemokrater. Att kalla ett fenomen för odemokratiskt är ett effektivt retoriskt knep, inte minst eftersom det faktum att ett fenomen kan beskrivas som odemokratiskt ofta antas vara ett konklusivt argument mot fenomenet ifråga.

De som påstår att grundlagskontroll utförd av domstolar är odemokratisk stödjer sig i regel på ett demokratibegrepp som sätter likhetstecken mellan majoritetsstyre och demokrati. Enligt denna demokratisyn är ett demokratiskt beslut ett beslut som fattats med stöd av en parlamentsmajoritet och varje inskränkning av dennas majoritets vilja betraktas som odemokratisk. Vill majoriteten t.ex. att polisen skall få använda sig av tortyr under brottsundersökningar, är det odemokratiskt att hindra den från att ge polisen en sådan möjlighet. Denna demokratiuppfattning kan kallas formell, eftersom den endast beaktar en formell aspekt: hur ett beslut har kommit till.³¹

Det formella demokratibegreppet tillhör den demokratitradition som utgår från den schweizisk-franske sjuttonhundratalsfilosofen Jean-Jacques Rousseau. Utgångspunkten här är att all makt utgår från folket och att folkets beslutanderätt är oinskränkt. Parlamentet är folkets representant, majoritetsviljan kommer till uttryck genom dess beslut och därför skall parlamentets beslutandetrymme vara obegränsat. All politisk makt skall utövas av folkvalda för att vara demokratisk. Synen utesluter inte att den offentliga makten delas upp funktionellt på olika organ,³² men parlamentets maktutövning skall inte granskas av något annat organ.³²

Anhängarna av grundlagskontroll utförd av domstolar förnekar ofta att denna skulle vara odemokratisk, och lutar sig därvid mot ett demokratibegrepp som kan beskrivas som materiellt. Utgångspunkten är även här att majoritetsviljan skall råda. För att ett beslut skall vara demokratiskt räcker det dock inte att det stöds av en parlamentsmajoritet,

³⁰ Jfr Nergelius (1996), s. 146 och Smith, s. 292.

³¹ Nergelius (1996), s. 111-112.

³² Nergelius (1996), s. 112 och s. 741.

utan det måste även vara förenligt med individuella rättigheter. Avgörande vikt fästs alltså vid ett besluts innehåll, en materiell faktor. Ur detta perspektiv skulle ett beslut som innebar att polisen fick lov att använda sig av tortyr betraktas som odemokratiskt. Att hindra en parlamentsmajoritet från att fatta ett sådant beslut skulle därför inte heller betraktas som en inskränkning av demokratin, utan tvärtom som ett upprätthållande av densamma.³³

Det materiella demokratibegreppet tillhör en liberal demokratitradition som utgår från den engelske sextonhundratalsfilosofen John Locke. All makt utgår visserligen från folket, men folkets och därmed även parlamentets beslutanderätt är begränsad. Den viktigaste begränsningen i beslutanderätten utgörs av individuella rättigheter. De som resonerar i denna tradition är mer benägna att godta att politisk makt utövas av personer som inte är folkvalda. I syfte att minska risken för maktmissbruk skall nämligen den offentliga makten inte bara delas upp funktionellt på olika organ, utan dessa organ skall även balansera och kontrollera varandra.³⁴

Av vad som sagts ovan framgår att frågan om huruvida grundlagskontroll utförd av domstolar är demokratisk eller ej beror på hur man väljer att definiera ”demokrati”. Ett sätt att försvara modellen är därmed att ta ställning för det materiella demokratibegreppet. Eftersom begreppet har sin grund i den typ av värderingar som vi tog vår utgångspunkt i är detta en väg som står öppen för oss. Ett annat sätt, som ligger ännu mer i linje med våra utgångspunkter och som skall väljas här, är att säga att det kanske inte spelar någon avgörande roll om modellen kan beskrivas som demokratisk. Det som avgör är istället om den är försvarbar inför alla medborgare. Det faktum att modellen med grundlagskontroll utförd av domstolar tycks erbjuda den säkraste garantin för att inga grundlagsstridiga lagar kommer att tillämpas mot individen utgör en stark indikator på att den skulle kunna försvaras inför alla medborgare. Samma faktum utgör dessutom en stark indikator på att de andra modellerna för grundlagskontroll inte skulle kunna försvaras inför alla medborgare. Om individen har att välja mellan ett antal olika modeller, skulle han då inte kunna rikta rimliga invändningar mot alla modeller utom den som erbjuder det starkaste skyddet?

Samtidig kanske inte effektiviteten hos en modell för grundlagskontroll utgör den enda faktorn av betydelse för om den kan försvaras inför alla medborgare. En modell kan vara effektiv, men ha andra brister som gör den oförsvarbar. Den fråga vi måste ställa är om modellen för grundlagskontroll utförd av domstolar har sådana brister. Det finns därför anledning att titta närmare på de båda invändningar som låg till grund för påståendet att modellen är odemokratisk. Skulle de ha grund för sig kanske de inte tvingar oss att acceptera en beskrivning av modellen som odemokratisk, men kanske tvingar de oss att acceptera en beskrivning av modellen som oförsvarbar.

³³ Nergelius (1996), s. 111-112 och s. 741.

³⁴ Nergelius (1996), s. 741.

Den första invändningen mot modellen var att den medför att en lag kan hindras från att vinna tillämpning trots att den har stöd av en parlamentsmajoritet. Utgångspunkten i en demokrati måste vara att samhället skall styras i enlighet med majoritetsviljan, varför detta drag mycket riktigt framstår som problematisk, åtminstone vid första påseende. Här kan man dock ifrågasätta om det förhållandet att en lag kan hindras från att vinna tillämpning trots att den har stöd av en parlamentsmajoritet alltid innebär att majoritetsviljan inskränks. Vid första anblick framstår det visserligen som om så skulle vara fallet. Men om förfarandet har stöd i konstitutionen kan det också sägas vara förenligt med majoritetsviljan, eftersom konstitutionen är ett uttryck för densamma.³⁵ Ett problem med denna ståndpunkt framträder dock om man betraktar frågan ur ett längre tidsperspektiv: här handlar det egentligen om två olika majoritetsviljor som står mot varandra. Den majoritet som stödjer en lag som görs till föremål för grundlagskontroll är p.g.a. demografiska förändringar aldrig samma majoritet som beslutade om konstitutionen. Konstitutionella begränsningar av parlamentets normgivningsutrymme utgör därmed alltid inskränkningar av majoritetsviljan, i betydelsen efterkommande majoritetsviljor. Av denna anledning framstår egentligen alla typer av konstitutionella begränsningar som problematiska. Hur problematiska de är beror på hur svåra de är att upphäva. Ju svårare en begränsning är att upphäva, ju svårare är den att försvara. Om kraven för att upphäva en begränsning är högre än vad kraven en gång var för att anta begränsningen är den särskilt problematisk. En central tanke för demokratin är att alla skall ha en röst var och samma möjlighet att påverka. Om det är lättare för en generation att grundlagsfästa sin politiska modell än det är för kommande generationer att upphäva modellen tycks denna tanke delvis vara satt ur spel.³⁶

Samtidigt finns det något suspekt med invändningen att modellen med grundlagskontroll utförd av domstolar medför att en lag kan hindras från att vinna tillämpning trots att den har stöd av en parlamentsmajoritet. Vad är det egentligen som den som gör denna invändning protesterar mot? Det är rimligt att säga att invändningen utgör en förtäckt kritik av tanken att individen skall tillerkännas konstitutionella rättigheter gentemot staten. Själva syftet med att ge vissa rättigheter grundlagsskydd måste ju nämligen sägas vara att individen i detta avseende skall inneha ett förstärkt skydd mot majoritetsviljan.³⁷ Att konsekvent avfärda alla inskränkningar av majoritetsviljan utgör därför i första hand ett motstånd mot förekomsten av

³⁵ Olsson, s. 490, Fogelklou, s. 100.

³⁶ Denna kritik förknippas kanske främst med den engelsk-amerikanske 1700talsfilosofen Thomas Paine. Att en generation påtvingar en senare generation sina politiska lösningar kallade Paine i *Rights of man* (s. 63-64) för "governing beyond the grave" och lade till att en sådan ordning utgjorde "the most ridiculous and insolent of all tyrannies".

³⁷ Detta var även innebörden av ett berömt uttalande gjort i ett amerikanskt rättsfall från 1943, *West Virginia State Board of Education v. Barnette*. På s. 638 framhöll Justice Jackson: "The very purpose of a Bill of Rights was to withdraw certain subjects from the vicissitudes of political controversy, to place them beyond the reach of majorities and officials and to establish them as legal principles to be applied by the courts. One's [...] fundamental rights may not be submitted to vote; they depend on the outcome of no elections".

konstitutionellt skyddade rättigheter. Att det även innebär ett motstånd mot grundlagskontroll utövad av politiskt oavhängiga organ är sekundärt. Det går inte att omfamna konstitutionellt skyddade rättigheter och samtidigt ta avstånd från grundlagskontroll utövad av politiskt oavhängiga organ med hänvisning till att det senare skulle innebära en inskränkning av majoritetsviljan, åtminstone inte utan att göra sig skyldig till inkonsekvens.

Sammantaget kan man om den första invändningen säga att det stämmer att grundlagskontroll utförd av domstolar öppnar för att en lag kan hindras från att vinna tillämpning trots att den har stöd av en parlamentsmajoritet. Därigenom öppnar modellen som framgått också för inskränkningar av majoritetsviljan. Detta är dock inte särskilt problematiskt för den som är beredd att acceptera förekomsten av konstitutionella rättigheter, eftersom syftet med dessa är att begränsa parlamentets lagstiftningsutrymme. Grundlagskontroll utförd av domstolar syftar i sin tur enbart till att säkerställa att denna begränsning upprätthålls i praktiken. De skäl som kan anges för att rättfärdiga förekomsten av konstitutionella rättigheter kan därmed användas även för att försvara en modell med grundlagskontroll utförd av domstolar. Kärnan här är att inget styrelseskick, inte ens demokratin, får innebära att majoriteten ges ett obegränsat utrymme att förfoga över enskilda samhällsmedborgares liv.

Den andra invändningen mot modellen med grundlagskontroll utförd av domstolar var att den innebär att personer som inte är folkvalda får en möjlighet att utöva politisk makt. Den första fråga vi måste ställa här är vad som menas med att grundlagskontroll utförd av politiskt oavhängiga organ skulle ge ”politisk makt” åt domare. Det går att tänka sig två huvudsakliga betydelser. För det första att domarna ges en möjlighet att fatta juridiska beslut av politisk betydelse, för det andra att domarna får en möjlighet att fatta juridiska beslut som i praktiken innebär ett skapande av politik/rätt. Mellan dessa båda kategorier av beslut föreligger en betydelsemässig överlappning på så viss att ett beslut som i praktiken innebär ett skapande av politik/rätt även är av politisk betydelse. När det talas om ”juridiska beslut av politisk betydelse” nedan avses dock endast juridiska beslut av politisk betydelse som inte samtidigt innebär ett skapande av rätt/politik.

Att en grundlagskontroll utförd av politiskt oavhängiga organ skulle ge domare en möjlighet att fatta juridiska beslut av politisk betydelse stämmer. Samtidigt är det så att alla typer av juridiska beslut oundvikligen har en politisk dimension. Att domare skulle fatta politiskt betydelsefulla beslut skulle alltså inte vara någon nyhet. De beslut en grundlagskontroll utförd av domare resulterade i skulle dock ha en tydligare politisk dimension än juridiska beslut normalt sett har. Att enbart på denna grund undandra parlamentets normgivning oberoende juridisk granskning verkar dock tveksamt. Att neka domare en möjlighet att fatta en viss typ av juridiska beslut eftersom besluten skulle kunna få politisk betydelse strider mot den för rättsstaten centrala principen att all maktutövning skall underordnas lagarna. Det är för att säkerställa att denna princip respekteras även av parlamentet som dess normgivning måste kunna granskas av oberoende

organ. Att en sådan granskning innebär att domare ges en möjlighet att fatta än fler juridiska beslut av politisk betydelse kan - om det överhuvudtaget skall ses som problematiskt - försvaras med hänvisning till den betydelse en sådan granskning skulle ha för individens rättighetsskydd.³⁸

Mer problematiskt är det kanske om modellen även ger domarna en möjlighet att fatta beslut som i praktiken innebär ett skapande av rätt. Innebär grundlagskontroll av den aktuella typen att domarna ges en sådan möjlighet? I detta sammanhang framhålls ofta att grundlagskontroll i grund och botten handlar om att tillämpa konstitutionen. Om en eller flera domare blockerar ett beslut som har stöd av en parlamentsmajoritet tvingar de egentligen bara politikerna att följa de regler som politikerna själva har beslutat om. När domarna tar ställning till huruvida ett visst lagförslag eller en viss antagen lag strider mot grundlagen analyserar de frågan utifrån vilka rättigheter konstitutionen ger individen, inte utifrån vilka rättigheter de anser att konstitutionen borde ge individen.³⁹ Samtidigt är det uppenbart att denna syn på grundlagskontroll inte beskriver hela verkligheten. Inte ens om parlamentet vid antagandet av konstitutionen gav tydliga instruktioner för hur konstitutionens rättighetskatalog skulle tolkas torde man kunna undvika en situation med stort tolkningsutrymme för domarna. Inom ramen för detta tolkningsutrymme skulle de i praktiken komma att fungera som rättsskapare.

Utgångspunkten i en demokrati måste nog vara att möjligheten att skapa rätt åtminstone på det konstitutionella området skall vara förbehållen parlamentet. Därför är det naturligtvis problematiskt att modellen med grundlagskontroll utförd av domstolar innebär att en sådan möjlighet ges till domare. Problemet är dock som framgått att så fort domstolarna tillåts att avgöra konstitutionella frågor så sker också en de facto-delegering av möjligheten att skapa rätt på området. I synnerhet fri- och rättighetsfrågor är så komplexa att parlamentet - förutsatt att det vill ge frågorna en meningsfull reglering - inte kan lagstifta på ett sådant sätt att domstolarnas uppgift att tillämpa rätt aldrig skulle kunna övergå i ett skapande av rätt. Valet tycks därför stå mellan att helt undandra avgörandet av konstitutionella frågor oberoende juridisk granskning, eller att acceptera att en sådan granskning oundvikligen leder till en de facto-delegering av en möjlighet att skapa rätt på området.

Modellen med grundlagskontroll utförd av domstolar torde kunna försvaras trots den delegation av makt som den innebär. Det främsta argumentet för detta är naturligtvis modellens betydelse för individens rättighetsskydd. Man måste dock även framhålla att den möjlighet att skapa rätt som modellen ger domarna inte är obegränsad: den existerar enbart inom ramen för det tolkningsutrymme som den av parlamentet antagna konstitutionen ger upphov till. Av avgörande betydelse är också att så länge konstitutionen är relativt lätt att ändra så är den delegering av makt från folkvalda till domare som modellen innebär långt ifrån definitiv. Om en domstol anser att ett visst

³⁸ Jfr Smith, s. 338-339.

³⁹ Nergelius (1996), s. 146-147.

parlamentsbeslut strider mot grundlagen kan parlamentet ändra grundlagen på ett sådant sätt att beslutet kan genomföras. Detta betyder att modellen kan fördröja, men aldrig hindra, en viss politik. Och om parlamentet anser att domarna använder sitt tolkningsutrymme i konstitutionsrättsliga frågor till att driva politik kan det ändra grundlagen och beskära eller eliminera domarnas möjlighet till grundlagskontroll. Även i ett system med grundlagskontroll utförd av domstolar behåller med andra ord parlamentet makten över samhällsutvecklingen.⁴⁰

Den slutsats som kan dras av den diskussion som förts i detta avsnitt är att den modell för grundlagskontroll som bör användas för att säkerställa att grundlagsstridiga lagar, däribland lagar som står i strid med rätten att inte utsättas för brottsbekämpande åtgärder, inte tillämpas mot individen också är den som erbjuder det mest effektiva rättighetsskyddet: en modell där parlamentet strävar efter att inte anta några lagar som strider mot grundlagen och där dess normgivning granskas i såväl för- som efterhand av domstolar.

Slutligen måste framhållas att säkerställandet av att lagar som står i strid med rätten att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder inte tillämpas mot individen aktualiserar åtminstone ett problem som inte aktualiseras vid säkerställandet av att lagar som på något annat sätt står i strid med grundlagen inte tillämpas mot individen. Detta kan illustreras med hjälp av två exempel. Låt oss börja med att anta att individen har tillerkänts en rätt till yttrandefrihet. Parlamentet stiftar en lag som kriminaliserar omoraliska yttranden. Kalle yttrar sig om det lustfyllda i att mörda och ställs inför rätta för brott mot den aktuella lagen. Inför domstolen invänder Kalle att lagen står i strid med hans rätt till yttrandefrihet. Domstolen analyserar frågan, kommer fram till att Kalle har rätt och frikänner honom. Anta nu istället att individen har tillerkänts en rätt att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder. Parlamentet stiftar en lag som tillåter de brottsbekämpande myndigheterna att genomsöka vilka bostäder som helst vid misstanke om vilket brott som helst. Polisen misstänker att Lisa odlar cannabis i sin lägenhet, genomsöker denna och finner två plantor. Lisa åtalas för brott mot narkotikastrafflagen. Inför domstolen invänder Lisa att den lag som utgjorde grunden för genomsökandet av hennes bostad står i strid med hennes rätt att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder. Efter en analys av frågan kommer domstolen fram till att Lisa har rätt. Vad skall domstolen göra nu?

Vad exemplet med Lisa illustrerar är följande: När en domstol finner att en lag står i strid med individens rätt att inte utsättas för brottsbekämpande åtgärder kan den redan ha tillämpats mot individen, och detta kan ha resulterat i att staten kommit åt bevis för att en brottslig gärning har företagits. Hur skall dessa bevis hanteras om staten väcker åtal vad gäller denna gärning? Skall domstolen bortse från bevisen, eller skall den tillåta att de används?

⁴⁰ Smith, s. 322.

Frågan om hanteringen av grundlagsstridigt åtkommen bevisning är svår att lösa eftersom det verkar bli fel hur man än gör. Förbjuder man användandet av grundlagsstridigt åtkomna bevis riskerar uppenbart skyldiga personer att undkomma lagföring, tillåter man grundlagsstridigt åtkomna bevis tycks rättighetskränkningar passera ostraffade eller åtminstone utan kompensation. För att kunna föreslå en lösning på frågan skulle den behöva analyseras ingående. Här saknas utrymme för en sådan analys, och syftet här är därför bara att lyfta fram problemets existens. Följande förtjänar dock att framhållas. Frågan om hanteringen av grundlagsstridigt åtkommen bevisning är betydelsefull för individens skydd mot brottsbekämpande åtgärder, men inte så betydelsefull att detta skydd står och faller med förekomsten av en regel som föreskriver uteslutandet av bevis som åtkommit genom kränkningar av rätten att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder. Redan förekomsten av en effektiv allmän modell för grundlagskontroll utgör ett starkt skydd för individen. En sådan modell torde utgöra en relativt stark garanti för att de lagar som skulle kunna användas som stöd för ingripanden mot individen i stort sett ligger i linje med vad grundlagen föreskriver. Detta är sant åtminstone om man valt en modell av den typ som förespråkats ovan, d v s en modell som inkluderar förhandsgranskning utförd av en domstol eller ett domstolsliknande organ. Genom förhandskontrollen torde man kunna avstyra de flesta, om än inte alla, av de lagar som skulle utgöra oförsvarbara inskränkningar av rätten att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder.

Något som måste framhållas är att den korta diskussionen ovan fördes utifrån det fokus som denna uppsats har: det hot mot individen som utgörs av lagar som står i strid med rätten att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder. Därmed missade diskussionen en sak. Även om vi åstadkom en lagstiftning som låg helt i linje med vad grundlagen föreskrev skulle individen kunna drabbas av brottsbekämpande åtgärder i strid med hans rätt att inte utsättas för sådana åtgärder, och detta skulle kunna resultera i bevis mot honom. Ett exempel, det mest uppenbara, skulle vara ett användande av brottsbekämpande åtgärder som helt saknade stöd i lag.⁴¹ Höjer man blicken något inser man med andra ord att det även med en effektiv modell för grundlagskontroll finns anledning att överväga en regel om uteslutning av bevis som åtkommit på grundlagsstridigt vis.

Vilka överväganden bör styra avgörandet av frågan om det skall finnas en regel om ett förbud mot användandet av grundlagsstridigt åtkomna bevis? Syftet här är som sagt inte att presentera en lösning på problemet, med följande allmänna uttalanden kan ändå göras. Utgångspunkten måste vara att det är en självklarhet att t.o.m. uppenbara brottslingar omfattas av rättsordningen skydd. En kränkning bestående i att staten utsatt någon för brottsbekämpande åtgärder i strid med dennes konstitutionella rätt att inte drabbas av sådana åtgärder kan inte viftas bort med att denne någon visat sig vara en brottsling. Godtar man denna utgångspunkt finns det en rad omständigheter som talar för att grundlagsstridigt åtkomna bevis inte skall

⁴¹ Jfr vad som sades i avsnitt 1.2.

få användas. För det första bör rättighetskränkningar kompenseras, i den mån det är möjligt. För det andra bör staten inte kunna dra nytta av ett eget grundlagsstridigt beteende. För det tredje bör domstolarna hålla sig för goda för att göra sig delaktiga i ett sådant beteende, eller för att fatta beslut som kan tolkas som ett legitimerande av ett sådant beteende. För det fjärde kan godtagandet av grundlagsstridigt åtkommen bevisning påverka tilltron till såväl staten som domstolarna negativt. För det femte torde det skydd som rätten att inte utsättas för brottsbekämpande åtgärder erbjuder individen mot staten försvagas om staten vet att den kan komma undan med kränkningar av rätten. Det finns dock även omständigheter som talar för att grundlagsstridigt åtkomna bevis skall kunna användas mot individen. För det första föreskriver grundläggande rättviseuppfattningar att den som bevisligen begått ett brott även skall straffas för detta. För det andra skulle avvisandet av grundlagsstridigt åtkommen bevisning kunna påverka tilltron till och synen på staten och domstolarna negativt.⁴²

⁴² Det är skäl som dessa som ligger bakom de regler om uteslutning av bevis som finns i amerikansk och kanadensisk rätt. Den regel som tillämpas i USA föreskriver att i princip alla bevis som åtkommit genom brott mot konstitutionen skall uteslutas, medan den regel som tillämpas i Kanada föreskriver att bevis skall uteslutas om godtagandet av dem hade kunnat ”bring the administration of justice into disrepute”. Se Delisle, Stuart & Trotter, s. 384-387 och s. 395-400.

3 Vilket skydd ger den svenska grundlagen mot brottsbekämpande åtgärder?

3.1 Inledning

I detta kapitel undersöks det svenska grundlagsskyddet mot brottsbekämpande åtgärder. Syftet är att besvara tre övergripande frågor: för det första vilka åtgärder som grundlagen ger individen en rätt att inte drabbas av, för det andra vilka inskränkningar som kan göras i denna rätt, för det tredje vilka konstitutionella mekanismer som finns på plats för att garantera att rätten respekteras. De svar som ges på frågorna skall i uppsatsens avslutande kapitel diskuteras utifrån det normativa ideal som presenterades i det föregående kapitlet.

3.2 En översikt över skyddet

Det skydd som den svenska grundlagen ger mot brottsbekämpande åtgärder återfinns i RF. RF:s andra kapitel tillerkänner individen en rad rättigheter och talar om under vilka förutsättningar som dessa får inskränkas. Vilken rätt som individen har att inte utsättas för brottsbekämpande åtgärder framgår av en läsning av 2:5, 2:6 och 2:8.⁴³ Den första bestämmelsen ger ett skydd mot tortyr och medicinsk påverkan i syfte att framtvunga eller hindra yttranden. Den andra ger ett skydd mot påtvingade kroppsliga ingrepp som inte faller under 2:4 eller 2:5, mot kroppsvisitation, husransakan och liknande intrång, mot undersökning av förtrolig försändelse, samt, slutligen, mot hemlig avlyssning eller upptagning av förtroligt meddelande. Den tredje bestämmelsen ger ett skydd mot frihetsberövanden och andra inskränkningar av rörelsefriheten. I vilken utsträckning som 2:5, 2:6 och 2:8 får inskränkas regleras genom 2:12. Av bestämmelsen framgår att 2:5 aldrig får inskränkas, men att 2:6 och 2:8 får inskränkas genom lag, förutsatt att vissa materiella krav är uppfyllda. De mekanismer som skall säkerställa att RF:s rättigheter respekteras utgörs främst av lagstiftningsproceduren - dels den som gäller för alla lagar och regleras genom en rad bestämmelser i RF och RO, dels den som enligt 2:12 gäller särskilt för vissa rättighetsinskränkande lagar – lagrådsgranskningen, reglerad genom 8:18, och, slutligen, lagprövningsinstitutet, reglerat genom 11:14.⁴⁴

⁴³ Hänvisningarna avser RF. Detsamma gäller alla andra hänvisningar som i detta och nästa kapitel görs utan att en viss lag nämns.

⁴⁴ Vad gäller den mer generella frågan vilka regler som skall anses ingå i det svenska konstitutionella rättighetskyddet följs därmed här i all väsentlighet den uppfattning som företräds av Nergelius. Se Nergelius (1996), s. 543.

3.3 Skyddets tillkomst och utveckling

RF antogs i sin ursprungliga form genom ett andra och slutligt riksdagsbeslut 1974. Antagandet föregicks av ett mycket långvarigt utredningsarbete och utdragna förhandlingar mellan de politiska partierna. En av de frågor som det var svårast att nå enighet kring var rättighetsskyddets innehåll och utformning. I sin ursprungliga form innehöll RF bestämmelser som gav skydd för vissa rättsäkerhetsgarantier, vissa politiska fri- och rättigheter samt den personliga friheten. Två av de rättighetsgivande bestämmelser som fanns med redan nu, men under andra beteckningar, var 2:6 och 2:8. Förutom en annan beteckning hade 2:6 även ett snävare innehåll än vad den har idag. Vad gäller inskränkningar av de garanterade rättigheterna kunde rättsäkerhetsgarantierna inte begränsas utan en ändring av grundlagen, men de övriga rättigheterna kunde begränsas genom vanlig lag. Det fanns en bestämmelse om lagrådsgranskning, men lagprövningsrätten, som växt fram i praxis, hade lämnats oreglerad.⁴⁵ Redan år 1976 genomfördes den första större reformen av rättighetsskyddet. Det infördes ett rättsligt sett icke-bindande stadgande om målet för statens verksamhet, och antalet rättsligt bindande fri- och rättigheter utökades. En av de nya rättigheter som infördes var 2:5. Såväl 2:6 som 2:8 fick sina nuvarande beteckningar. Därtill fick 2:6 ett utökat innehåll och 2:8 en ny språkdräkt. Slutligen infördes vissa materiella krav vad gäller rättighetsinskränkningar.⁴⁶ Den andra större reformen av rättighetsskyddet genomfördes år 1979. Det infördes ett skydd för ytterligare några rättigheter, skyddet för några redan erkända rättigheter stärktes, och det föreskrevs ett särskilt förfarande för antagandet av vissa rättighetsbegränsande lagar. Lagrådsgranskningens omfattning och inriktning precisades och lagprövningsrätten grundlagsfästes.⁴⁷

3.4 Tankegångar som har präglat skyddets innehåll och utformning

De propositioner som ligger till grund för det skydd som RF ger mot brottsbekämpande åtgärder ger en god uppfattning om vilka tankegångar som har präglat skyddets innehåll och utformning. I RF:s grundproposition uttalades att grundlagen skulle dra upp ramarna för den politiska verksamheten, men i princip inte reglera politikens inriktning och innehåll. Det enda undantaget utgjordes av skyddet för vissa fri- och rättigheter. Det betonades att medborgarnas främsta skydd mot övergrepp ligger och måste ligga i det demokratiska systemet som sådant, med fritt arbetande politiska partier som slår vakt om de grundläggande politiska rättigheterna, med fria val byggda på allmän och lika rösträtt, med behandling i riksdagen av lagförslag och med vidsträckt allmän debatt. Grundlagen skulle reglera ett

⁴⁵ Förarbeten till RF i dess ursprungliga lydelse är SOU 1972:15, Prop. 1973:90 och KU 1973:26.

⁴⁶ Förarbeten till reformen är SOU 1975:75, Prop. 1975/76:209 och KU 1975/76:56.

⁴⁷ Förarbeten till reformen är SOU 1978:34, Prop. 1978/79:195 och KU 1978/79:39.

begränsat antal fri- och rättigheter av särskild betydelse, främst de politiska fri- och rättigheterna (opinionsfriheterna) och den personliga friheten (under vilken bestämmelser som nuvarande 2:6 och 2:8 ansågs falla). Fokus skulle ligga på de fri- och rättigheter som har ett särskilt samband med den politiska demokratin och därför kan sägas utgöra en del av de politiska spelreglerna. Regleringen skulle dock inte ha ett sådant innehåll att den omöjliggjorde eller försvårade lagstiftning till skydd för väsentliga samhälleliga eller enskilda intressen. De i grundlagen reglerade fri- och rättigheterna skulle i princip kunna brytas igenom med ett enkelt majoritetsbeslut. Folksuveränitetsprincipen framhölls som den nya grundlagens ledande tanke, och som en konsekvens skulle riksdagens ställning som det centrala statsorganet understrykas. Tanken om maktindelning och maktbalans skulle lämnas helt. Riksdagen skulle fatta de grundläggande besluten genom lag, och det skulle ankomma på andra organ, bl.a. domstolarna, att tillämpa lagarna och verkställa besluten. Lagprövningsrätten skulle visserligen få vara kvar, men departementschefen försäkrade att den skulle få ringa eller ingen praktisk betydelse.⁴⁸

I den proposition som låg till grund för 1976 års reform byggdes det vidare på samma tankegångar. Även här var utgångspunkten att det demokratiska systemet utgör den starkaste garantin mot rättighetskränkningar. Det framhölls också att den svenska utvecklingen visade att det knappast var nödvändigt att stärka rättighetsskyddet för normala förhållanden. Att riksdagen i tider av inre och yttre lugn skulle missbruka sina beslutsbefogenheter beskrevs som höggradigt osannolikt. Den demokratiska samhällsordningen skulle dock kunna komma att hotas av antidemokratiska rörelser inom landet, eller t.ex. i tider av krigsfara utsättas för påfrestningar till följd av tryck utifrån. Det var främst i sådana lägen som ett förstärkt grundlagsskydd för fri- och rättigheter kunde vara en tillgång. Majoritetsprincipen lyftes fram, beskriven som principen att majoriteten inom folkrepresentationen skall ha möjlighet att med ansvar inför väljarna fatta de beslut som vid varje tillfälle anses bäst gagna samhället. De enda avvikelserna från denna princip som kunde godtas var de som är nödvändiga för att skydda den demokratiska styrelseformen och andra värden som är oskiljaktigt förenade med demokratins idéer. Som sådana värden beskrevs en omfattande frihet att ta del i opinionsbildningen, men även ett starkt skydd för den enskildes personliga frihet och kroppsliga integritet. Det skydd av den senare karaktären som grundlagen skulle ge utgjordes bl.a. av 2:5, 2:6 och 2:8. Vad gäller dessa bestämmelser yttrades att de i betydande utsträckning fungerade som en förstärkning av skyddet för opinionsfriheterna. Inskränktes individens rörelsefrihet begränsades t.ex. även hans möjlighet att utnyttja sin yttrandefrihet. Det erkändes dock att bestämmelserna hade en verkan även utanför det område som avser skyddet för demokratin, eftersom de även gav uttryck för den respekt för den enskildes integritet som är utmärkande för ett rättssamhälle. Slutligen framhölls att rättighetsskyddet inte fick utformas på ett sådant sätt att politisk makt fördes över från riksdagsmajoriteten till olika

⁴⁸ Prop. 1973:90, s. 153-156, s. 192-201, och s. 243.

riksdagsminoriteter, eller att politisk makt fördes över från folkvalda till domstolar eller andra organ som inte var politisk sammansatta.⁴⁹

Inte heller propositionen till 1979 års reform innebar något brott med tidigare tankegångar. De föreslagna reformerna skulle inte få ge upphov till några förskjutningar i det politiska maktsystemet. En minoritet skulle inte få träffa politiska beslut i majoritetens ställe eller kunna uppehålla majoritetens avgöranden på obestämd tid, och ingen politisk makt skulle överföras till judiciella organ. Det nya förfarandet för stiftandet av vissa rättighetsbegränsande lagar utformades följaktligen så att en riksdagsminoritet på sin höjd skulle kunna fördröja, men aldrig hindra, sådana lagar. När det gällde lagrådsgranskningen framhölls bl.a. att det inte var förenligt med lagrådets ställning i det konstitutionella systemet att det redovisade andra synpunkter än sådana av juridisk-teknisk natur. Lagprövningsrätten, slutligen, skulle även om den nu grundlagsfästes ha samma begränsade betydelse som tidigare.⁵⁰

Den slutsats som kan dras av genomgången ovan är att de propositioner som ligger till grund för RF:s skydd mot brottsbekämpande åtgärder ger uttryck för ett synsätt som tydligt skiljer sig från det som präglade kapitel 2. I propositionerna syns en viss skepsis mot konstitutionella rättigheter och ett direkt motstånd mot många av de mekanismer som kan användas för att garantera att sådana rättigheter upprätthålls. Det dominerande draget är en principiell motvilja mot alla inskränkningar av riksdagsmajoritetens beslutanderätt. Det ifrågasätts om det ens finns ett behov av att tillerkänna individen vissa grundläggande fri- och rättigheter. Det starkaste skyddet mot övergrepp utgörs ju inte av konstitutionella rättigheter, utan av ett demokratiskt system där bl.a. fritt arbetande politiska partier slår vakt om de grundläggande politiska rättigheterna. Att riksdagen skulle missbruka sin beslutandemakt bedöms inte som troligt. Staten och politiken ses med andra ord överhuvudtaget inte som ett potentiellt hot som individen behöver ett skydd mot. Trots detta skall individen ges vissa fri- och rättigheter - de kan ju behövas i tider av yttre och inre oro. De fri- och rättigheter som skall ges åt individen är dock i första hand de som har en särskild koppling till den politiska demokratin. Syftet framstår därmed som att skydda det politiska systemet snarare än att skydda individen. T.o.m. de rättigheter som skall skydda individens personliga frihet och kroppsliga integritet ges en motivering som fokuserar i första hand på rättigheternas relation till det politiska systemet, inte deras relation till eller betydelse för individen. När det gäller rättighetsskyddets utformning understryks att några förskjutningar i det politiska maktsystemet inte får förekomma. Anser en riksdagsmajoritet att en viss politik är förenlig med grundlagen skall den kunna genomföra denna politik, och detta oavsett om majoritetens grundlagstolkning ifrågasätts av en minoritet. Riksdagsmajoritetens grundlagstolkning skall i princip inte heller kunna ifrågasättas av några judiciella organ. Dessa organs uppgift är nämligen att syssla med ”juridik”, inte den ”politik” som skall beslutas av folkvalda.

⁴⁹ Prop. 1975/76:209, s. 83-97 och s. 119.

⁵⁰ Prop. 1978/79:195, s. 30-48.

3.5 Vilka brottsbekämpande åtgärder ges individen en rätt att inte drabbas av?

Vilka brottsbekämpande åtgärder som RF ger individen en rätt att inte drabbas av framgår av en läsning av RF:s andra kapitel. De av kapitlets stadganden som är relevanta är 2:5, 2:6 och 2:8.

2:5 stadgar att varje medborgare är skyddad mot kroppsstraff, men också mot tortyr och mot medicinsk påverkan i syfte att framtvunga eller hindra yttranden. Det är det senare ledet som är av intresse för oss. Enligt propositionen avses med tortyr i första hand att fysiskt våld eller psykiska terrorismetoder utnyttjas för att få fram uppgifter vid förhör. Förbudet mot medicinsk påverkan skall hindra kringgåenden av förbudet mot tortyr, och utgör alltså ett komplement till detta.⁵¹ Fri- och rättighetsutredningen framhöll att det för att vara fråga om tortyr måste röra sig om relativt långtgående åtgärder, och uttalade även att ett förhör som pågår mycket länge utan avbrott eller utan att den förhörde får sova eller äta faller under förbudet.⁵²

Enligt 2:6 är varje medborgare skyddad mot påtvingat kroppsligt ingrepp även i annat fall än som avses i 2:4 och 2:5 (d v s dödsstraff, kroppsstraff, tortyr och medicinsk påverkan), och dessutom mot kroppsvisitation, husransakan och liknande intrång, mot undersökning av brev eller annan förtrolig försändelse, samt mot hemlig avlyssning eller upptagning av telefonsamtal eller annat förtroligt meddelande.

Det skydd som 2:6 ger mot kroppsligt ingrepp avser främst våld mot människokroppen. Det omfattar dock även läkarundersökningar och andra ingrepp och företeelser (t.ex. tagande av blodprov och fingeravtryck) som brukar betecknas som kroppsbesiktning. Psykisk påverkan kan utgöra kroppsligt ingrepp endast om den kan klassificeras som misshandel enligt BrB. För att det skall vara fråga om ett ingrepp i stadgandet mening krävs en faktiskt vidtagen åtgärd, ren underlåtelse är inte tillräckligt.⁵³

Det skydd som 2:6 ger mot kroppsvisitation och husransakan omfattar intrång som kan beskrivas som undersökningar. Med kroppsvisitation avses undersökningar av en persons kläder eller något denne har med sig, med husransakan avses varje undersökning av hus, rum eller slutet förvaringsutrymme. Det skydd som ges mot ”liknande intrång” omfattar främst intrång som sker i annat än undersökande syfte, t.ex. ett intrång i bostad som sker för att avstyra ett bråk, eller ett intrång som sker för att möjliggöra åtkomst till ett visst föremål.⁵⁴

⁵¹ Prop. 1975/76:209, s. 146.

⁵² SOU 1975:75, s. 198.

⁵³ SOU 1975:75, s. 199, Prop. 1975/76:209, s. 147.

⁵⁴ SOU 1975:75, s. 197-198, Prop. 1975/76:209, s. 147.

Det skydd som 2:6 ger mot undersökning av brev eller annan förtrolig försändelse och mot hemlig avlyssning eller upptagning av telefonsamtal eller annat förtroligt meddelande omfattar alla meddelanden som befordras på ett sådant sätt och i sådan form att de kan göras till föremål för beslag. Kravet på förtrolighet medför att meddelanden som befordras på ett sådant sätt eller i en sådan form att någon förtrolighet inte kan sägas råda utesluts. Detta gäller t.ex. vykort, affischer, plakat och samtal i folksamlingar. Stadgandet förbjuder inte övervakning av allmän plats som sker öppet, och inte heller avlyssning som försiggår i smyg men utan tekniska hjälpmedel. Skyddet gäller inte bara hemlig avlyssning som sker samtidigt som samtalet, utan också hemlig upptagning av samtalet för senare avlyssning. Vidare omfattas även fotografering av skriftliga handlingar och filmning av samtalandes läpprörelser. Slutligen faller även genomlysning av brev för utrönande av dess innehåll under stadgandet.⁵⁵

2:8 stadgar att varje medborgare är skyddad mot frihetsberövanden och även i övrigt tillförsäkrad en frihet att förflytta sig inom riket och att lämna detta. De åtgärder som individen ges ett skydd mot är de som inskränker hans rörelsefrihet. Bestämmelsen träffar därmed frihetsstraff och frihetsberövanden av den som är misstänkt för brott, men även andra tvångsomhändertaganden. Som ett klagande av tillämpningsområdet anfördes i förarbetena att de begränsningar som faller under bestämmelsen i första hand är de som drabbar en viss person eller vissa bestämda personer men inte andra som befinner sig i samma yttre situation.⁵⁶

3.6 Vilka inskränkningar av rätten att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder tillåts?

Vilka inskränkningar som kan göras i de rättigheter som garanteras av RF framgår av 2:12. Av bestämmelsens första stycke framgår att de rättigheter som garanteras av 2:6 och 2:8 får begränsas genom lag, förutsatt att vissa ytterligare krav är uppfyllda. Av samma stycke läst motsatsvis framgår att den rätt som stadgas i 2:5 aldrig får begränsas. Innebörden av 2:12, st. 1 är därmed att det finns en möjlighet för riksdagen att stifta lagar som medger att de brottsbekämpande myndigheterna använder sig av sådana åtgärder som omfattas av 2:6 och 2:8, men inte av sådana åtgärder som omfattas av 2:5. För att kunna göra det senare måste riksdagen därmed först besluta om en grundlagsändring.

Vilka krav, bortsett från kravet på lagform, är det då som måste vara uppfyllda för att en begränsning av 2:6 eller 2:8 skall vara tillåten? För det första stadgas i 2:12, st. 1 att begränsningen inte får strida mot 2:15 eller 2:16. Detta betyder att den inte får innebära att någon medborgare

⁵⁵ SOU 1975:75, s. 200, Prop. 1975/76:209, s. 122 och s. 147-148.

⁵⁶ SOU 1972:15, s. 158-159, Prop. 1973:90, s. 241-242, SOU 1975:75, s. 198-199, Prop. 1975/76:209, s. 148.

missgynnas därför att han med hänsyn till ras, hudfärg eller etniskt ursprung tillhör en minoritet, och inte heller att någon medborgare missgynnas på grund av sitt kön, om inte begränsningen utgör ett led i en strävan att åstadkomma jämställdhet mellan män och kvinnor eller avser värnplikt eller motsvarande tjänsteplikt. För det andra stadgas i 2:12, st. 2 att begränsningen måste göras för att tillgodose ett ändamål som är godtagbart i ett demokratiskt samhälle, inte får gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till det ändamål som har föranlett den, inte får sträcka sig så långt att den utgör ett hot mot den fria åsiktsbildningen såsom en av folkstyrelsens grundvalar, och inte får göras enbart på grund av politisk, religiös, kulturell eller annan sådan åskådning.

Några av de krav som uppställs i 2:12 är av begränsat intresse för oss, och den närmare innebörden av dessa kan därför lämnas därhän. Detta gäller kraven på förenlighet med 2:15 och 2:16, samt kravet att en begränsning inte får göras enbart på grund av politisk, religiös, kulturell eller annan sådan åskådning. De krav som återstår och kommer att diskuteras nedan är därmed att en begränsning måste göras i lagform, måste göras för att tillgodose ett ändamål som är godtagbart i ett demokratiskt samhälle, inte får gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till det ändamål som föranlett den, och inte får sträcka sig så långt att den utgör ett hot mot den fria åsiktsbildningen såsom en av folkstyrelsens grundvalar.

Innan vi tittar närmare på innebörden av de krav som är av relevans för oss finns det dock anledning att fråga vad som avses med ”begränsning” i 2:12. Ju färre regler som anses utgöra begränsningar i bestämmelsens mening, desto svagare blir naturligtvis det skydd som individens ges genom 2:6 och 2:8. Här är det främst två förarbetsuttalanden som är intressanta. För det första sägs att begreppet inte omfattar varje negativ åtgärd från det allmännas sida som har till syfte att förbjuda någon att medge ett integritetsintrång - i detta avseende är grundlagsskyddet i första hand riktat mot sådana åtgärder som innebär faktiskt fysiskt tvång.⁵⁷ För det andra uttalas att inte alla de föreskrifter som avser förhållandet mellan den enskilde och det allmänna som i ett visst fall kan upplevas som en inskränkning i den enskildes möjligheter att utöva en viss rättighet så som denna har beskrivits i grundlagen skall anses utgöra rättighetsbegränsningar. Allmänt sett innebär en föreskrift en sådan begränsning endast om det av föreskriften uttryckligen eller underförstått framgår att en rättighetsbegränsning är åsyftad eller ingår som ett naturligt led i regleringen.⁵⁸

Över så till innebörden av de krav som uppställs i 2:12. Låt oss börja med att titta på kravet att en begränsning av 2:6 och 2:8 måste göras genom lag. Av de resonemang om lagbegreppets innebörd som återfinns i förarbetena framgår att detta krav innebär att en begränsning måste göras genom en föreskrift som är beslut av riksdagen samt är bindande och generell utformad. Vad som avses med att en lag måste vara bindande och beslutat

⁵⁷ SOU 1975:75, s. 104, Prop. 1975/76:209, s. 153.

⁵⁸ Prop. 1975/76:209, s. 153-154.

av riksdagen torde inte vara oklart. När det gäller det återstående kravet innebär detta enligt förarbetena att riksdagen kan stifta en lag som i praktiken riktar sig mot ett enskilt fall, så länge denna ges en generell utformning.⁵⁹

I doktrinen har *Thomas Bull* argumenterat att kravet på lagform innefattar mer än vad som framgår av förarbetena. Bull menar att kravet även innefattar ett bestämdhetskrav, ett krav som inte är uppfyllt om en föreskrift är utformad på ett sådant sätt att dess tillämpningsområde är mycket obestämt och det samtidigt saknas sedvanerättsliga regler eller klagörande praxis. Till stöd för sin uppfattning anför Bull den grundlagsfästa legalitetsprincipen och dess bakomliggande skäl (företsebarhet och skydd mot godtycke), att ett sådant krav innefattas i EKMR:s lagbegrepp (som det finns goda skäl för att svensk rätt skall anpassa sig till), att det inte finns något i lagtextens ordalydelse eller förarbeten som motsäger uppfattningen, samt olika ändamålsskäl.⁶⁰ Argumentationen visar att det finns goda skäl för att mena att kravet på lagform borde innefatta ett bestämdhetskrav. Kanske är det mer tveksamt om den även visar att ett sådant krav redan ställs enligt gällande rätt.

Vad gäller de återstående kraven i 2:12, st. 2 sägs i förarbetena att dessa tillsammans syftar till att understryka ett krav på att lagstiftaren noga redovisar sina syften när en rättighetsbegränsning beslutas. Vilken innebörd kraven har var för sig förklaras dock inte särskilt ingående. Vad det innebär att en begränsning måste ha ett syfte som är godtagbart i ett demokratiskt samhälle utvecklas över huvud taget inte. Vad gäller kravet att en begränsning inte får gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till det ändamål som föranlett den sägs bara att detta betyder dels att den inte får gå längre än vad som är nödvändigt för att tillgodose sitt ändamål, dels att avvägningen mellan de motstående intressena inte får lända till större inskränkning i den berörda rättigheten än som är acceptabelt i ett demokratiskt samhälle. Något mer sägs om kravet att en begränsning inte får sträcka sig så långt att den utgör ett hot mot den fria åsiktsbildningen såsom en av folkstyrelsens grundvalar. Här hänvisas till uppfattningen att det demokratiska styrelseskicket kan bestå endast så länge åsiktsbildningen förblir fri. Därför får lagstiftaren inte besluta om en begränsning som ensam eller tillsammans med tidigare gjorda begränsningar måste betraktas som ett hot mot den fria åsiktsbildningen. Som exempel på en begränsning som skulle kunna falla under detta förbud nämns en som begränsar medborgarna möjlighet till kontakt med varandra genom att generellt förbjuda dem att resa mellan olika delar av landet utan särskilt tillstånd.⁶¹

Bull har behandlat även de nu diskuterade kraven. Om vi börjar med kravet att lagstiftaren skall ange i vilket syfte en rättighet begränsas, menar Bull att detta inte kan upprätthållas strikt. Om syftet är otydligt eller på annat sätt bristfälligt angivet, eller inte angivits alls, bör man kunna ta hänsyn till om

⁵⁹ SOU 1972:15, s. 99-100, Prop. 1973:90, s. 202-204.

⁶⁰ Bull, s. 413-419.

⁶¹ SOU 1975:75, s. 202-203, Prop. 1975/76:209, s. 152-153.

det överhuvudtaget finns ett förnuftigt syfte med regleringen. När det gäller kravet att en begränsning måste ha ett syfte som är godtagbart i ett demokratiskt samhälle uttalar Bull att innebörden är att syftet måste bedömas utifrån ett visst ideal. Vad gäller vilket ideal som syftet skall bedömas utifrån hänvisas till programstadgandena i 1:1 och 1:2. Intressant för oss att notera är att 1:2 stadgar att den offentliga makten skall utövas med respekt för alla människors lika värde och för den enskilda människans frihet och värdighet, samt vidare att det allmänna skall värna den enskildes privatliv. Angående kravet att en begränsning inte får gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till det ändamål som föranlett den framhåller Bull att kravet är ett uttryck för proportionalitetsprincipen. Det skall därmed göras en avvägning mellan motstående intressen och mellan skada och nytta. Bedömningen skall ta hänsyn till det mål som skall uppnås, det medel som skall användas för att uppnå detta mål, samt de intressen som får stå tillbaka för målets uppfyllelse. Det första steget är att fråga om medlet överhuvudtaget är ett rimligt sätt att nå målet. Det andra steget är att fråga om det finns mindre ingripande alternativ som kan nå samma mål. Om en begränsning klarar dessa två steg är det tredje och sista steget att bedöma om begränsningen medför så stora ingrepp i skyddsvärda intressen att den ändå framstår som oproportionerlig. Bull menar att det inte går att ge mer konkreta anvisningar än så, eftersom bedömningen är uppenbart kopplad till förhållanden i enskilda fall. Vad gäller kravet att en begränsning inte får sträcka sig så långt att den utgör ett hot mot den fria åsiktsbildningen såsom en av folkstyrelsens grundvalar, slutligen, menar Bull att detta krav bara är tillämpligt på yttranden som enligt det synsätt som präglat RF är särskilt viktiga, d v s yttranden som har direkt eller indirekt koppling till det demokratiska styrelseskicket.⁶²

3.7 Vilka mekanismer finns på plats för att säkerställa att rätten att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder upprätthålls?

3.7.1 Lagstiftningsproceduren

För att 2:5 skall kunna begränsas krävs alltså ett beslut om att grundlagen skall ändras, och för att 2:6 eller 2:8 skall kunna begränsas krävs ett beslut om stiftandet av vanlig lag. Den procedur som gäller för fattandet av dessa beslut är därmed av betydelse för individens skydd mot de åtgärder som omfattas av 2:5, 2:6 och 2:8.

Det finns vissa allmänna regler som gäller för stiftandet av alla typer av lagar. De mest centrala av dessa regler kan kortfattat beskrivas på följande sätt. Som redan framgått är det riksdagen som stiftar lag. I RF slås detta fast redan i 1:4. För att riksdagen skall kunna anta ett lagförslag krävs enligt 4:5

⁶² Bull, s. 434-450.

som huvudregel att en enkel majoritet av ledamöterna röstar för förslaget. Möjlighet att lägga fram lagförslag tillkommer enligt 4:3 regeringen och varje riksdagsledamot, samt enligt RO 3:7 de olika riksdagsutskotten. Innan vissa lagförslag läggs fram bör de enligt 8:18 remitteras till lagrådet för yttrande (om detta se nedan). Efter att ett lagförslag har lagts fram skall det enligt RO 4:1 hänvisas till ett utskott för beredning. Har ett lagförslag hänvisats till ett utskott och inte återkallats, skall utskottet enligt RO 4:9 avge betänkande med yrkande över förslaget till riksdagens kammare. Innan ett utskott avger ett sådant betänkande kan det enligt 8:18 och RO 4:11 under vissa förutsättningar inhämta ett yttrande över förslaget från lagrådet (om detta se nedan). Kammaren kan enligt RO 4:10 välja att återförvisa ett förslag för ytterligare beredning, men om så inte sker skall omröstning genomföras enligt reglerna i RO 5 kap.

Utöver dessa allmänna regler gäller vissa särregler för stiftandet av lagar som ändrar grundlagen eller inskränker 2:6 eller 2:8. Den viktigaste av de särregler som gäller för ändrandet av grundlagen är att en sådan ändring enligt 8:15 och 8:17 kräver två likalydande riksdagsbeslut med mellanliggande riksdagsval. De särregler som gäller för stiftandet av lagar som begränsar 2:6 eller 2:8 återfinns i 2:12. Av 2:12, st. 3 följer att ett förslag till en sådan lag eller till en lag om ändring eller upphävandet av en sådan lag, om det inte förkastas av riksdagen, på yrkande av lägst tio av dess ledamöter skall vila i minst tolv månader från det att det första utskottsyrkandet över förslaget anmäldes i kammaren. Detta gäller dock inte om minst fem sjättedelar av de röstande sluter upp bakom förslaget - då kan alltså förslaget antas omedelbart. Enligt 2:12, st. 4 gäller inte st. 3 förslag till lag om fortsatt giltighet i högst två år av lag, och inte heller förslag till lag som enbart angår husransakan och liknande intrång eller frihetsstraff som påföljd för viss gärning. Enligt 2:12, st. 5, slutligen, är det KU som för riksdagens räkning skall pröva om undantagen i st. 3 är tillämpliga i fråga om ett lagförslag. För att kunna förklara att så inte är fallet måste KU enligt RO 4:11, st. 3 först inhämta ett yttrande från lagrådet, ett yttrande som dock inte är bindande för KU.

För att klargöra vilka av de förslag som begränsar 2:6 eller 2:8 som omfattas av det särskilda förfarandet i 2:12, st. 3 måste vi titta närmare på undantagsregeln i 2:12, st. 4. De enda av de förslag som vi är intresserade av som kan falla under undantaget är de som antingen utgör förslag till fortsatt giltighet i högst två år av lag, eller utgör förslag till lag som enbart angår husransakan eller liknande intrång. Innebörden av det första ledet torde vara klar. När det gäller vad som avses med "husransakan eller liknande intrång" kan hänvisas till vad som sades ovan i avsnitt 3.3. När det gäller kravet att ett förslag för att omfattas av undantagsregeln "enbart" skall angå sådana åtgärder säger förarbetena att kravet utesluter förslag där husransakan används som ett medel för att ingripa i t.ex. mötesfriheten eller yttrandefriheten. För att ett förslag skall falla utanför undantagsregelns tillämpningsområde måste det därför rikta sig mot just en mötesituation

eller särskilt avse ytrandefrihetsbrott. Förslag med en mer allmän utformning faller inom regelns tillämpningsområde.⁶³

Det särskilda förfarandet för antagandet av vissa rättighetsbegränsande lagar har tillämpats åtta gånger sedan det infördes år 1979.⁶⁴ Först under senare år har bestämmelsen tillämpats på några lagförslag av intresse för oss. År 2006 tillämpades bestämmelsen dels på förslaget till lag om hemlig rumsavlyssning, dels på förslaget till lag om åtgärder för att förhindra särskilt allvarliga brott.⁶⁵ Båda förslagen antogs av riksdagen efter att ha vilat den föreskrivna tiden.⁶⁶ År 2007 tillämpades bestämmelsen på förslaget till lag om signalspaning och ändring i lagen om elektronisk kommunikation,⁶⁷ ett förslag som åtminstone delvis ligger innanför vårt intresseområde. I skrivande stund vilar detta förslag fortfarande i riksdagen. Enligt tidningsuppgifter finns ett tillräckligt stöd i riksdagen för att förslaget skall antas när det blir dags för ny omröstning i juni år 2008.⁶⁸

3.7.2 Lagrådsgranskningen

Lagrådet är sammansatt av domare från landets två högsta domstolar, har till uppgift att avge yttranden över lagförslag och kan därmed beskrivas som ett organ för preventiv lagprövning. I RF regleras lagrådets verksamhet genom 8:18. Av 8:18, st. 1 framgår att ett yttrande från lagrådet kan inhämtas av regeringen eller av ett riksdagsutskott. Det fall där ett riksdagsutskott kan inhämta ett yttrande från lagrådet är enligt RO 4:11 det där minst fem utskottsledamöter kräver det. Av 8:18, st. 2 framgår att ett lagrådsyttrande bör inhämtas bl.a. innan riksdagen beslutar om en lag som utgör en begränsning av 2:6 eller 2:8 eller om en lag som ändrar eller upphäver en sådan lag, förutsatt att lagen är viktig för enskilda eller från allmän synpunkt. Ett undantag föreskrivs dock för situationer där lagrådets hörande skulle sakna betydelse på grund av frågans beskaffenhet eller skulle fördröja lagstiftningsfrågans behandling så att avsevärt men skulle uppkomma. Vidare sägs i samma stycke att regeringen om den föreslår riksdagen att stifta en lag över vilken lagrådet borde ha hörts men inte har hörts skall redovisa skälen härför inför riksdagen. Det klargörs också att det faktum att lagrådet inte har hörts aldrig utgör hinder för en lags tillämpning. Av 8:18, st. 3, slutligen, framgår att lagrådets granskning av ett lagförslag bl.a. skall avse hur detta förhåller sig till grundlagen.

⁶³ SOU 1978:34, s. 96-97.

⁶⁴ Se KU 1980/81:29 (ang. videofilmer med våldsinslag), bet. 1988/89:KU40 (ang. skydd för företagshemligheter), bet. 1988/89:SfU22 (ang. ny utlänningslag), bet. 1994/95:KU25 (ang. s.k. stopplag för tillstånd att sända lokalradio), bet. 1999/2000:KU15 och 1999/2000:KU23 (ang. kommersiell lokalradio och koncessionsavgifter inom televisionens område), bet. 2005/06:JuU26 (ang. hemlig rumsavlyssning), bet. 2005/06:JuU30 (ang. åtgärder för att förhindra vissa särskilt allvarliga brott), och bet. 2006/07:FöU10 (ang. signalspaning och elektronisk kommunikation).

⁶⁵ Se hänvisningar i föregående not.

⁶⁶ bet. 2007/08:JuU3.

⁶⁷ Se hänvisning i not 66.

⁶⁸ Westerholm, Joel, *Avlyssningslagen går igenom*, Computer Sweden 20080417, <http://computersweden.idg.se/2.2683/1.156736>, hämtad 20080507.

Utifrån 8:18 kan lagrådsgranskningens ställning i det konstitutionella systemet beskrivas på följande sätt. Granskningen är fakultativ, men i det fall regeringen väljer att inte remittera ett förslag till lagrådet har den en motiveringsplikt inför riksdagen. Det faktum att lagrådet inte har hörts utgör inget hinder för förslaget framläggande, antagande eller tillämpning som lag. Och även om lagrådet hörts, så är dess yttrande inte bindande för regeringen eller riksdagen. Antar riksdagen en lag som bedömts vara grundlagsstridig av lagrådet torde dock lagrådets yttrande kunna få betydelse vid en eventuell lagprövning.

En första sak som kan framstå som oklar med 8:18 är vad som avses med formuleringen ”viktig för enskilda eller från allmän synpunkt”. Här ger inte förarbetena någon särskild ledning. Det är dock uppenbart att ett lagförslag som begränsar 2:6 eller 2:8 inte alltid är ”viktigt” i regelns mening. I förarbetena anförs ett exempel på detta: ett specialstraffrättsligt lagförslag som stadgar ett maxstraff som inte överstiger fängelse ett år.⁶⁹ En andra sak som kan framstå som oklar är innebörden av de två undantag som ryms inom formuleringen ”skulle sakna betydelse på grund av frågans beskaffenhet eller skulle fördröja lagstiftningsfrågans behandling så att avsevärt men skulle uppkomma”. Vad gäller det första undantaget sägs i förarbetena att huruvida en viss fråga är av en sådan karaktär får avgöras utifrån den typ av granskning som lagrådet enligt 8:18, 3 st. skall utföra.⁷⁰ Det tycks då handla om frågor som i dessa avseenden är så okomplicerade att de inte kräver någon granskning av lagrådet.⁷¹ Vad gäller innebörden av det andra undantaget sägs i förarbetena att den kan komma att variera med omständigheterna. Ett ansträngt arbetsprogram för lagrådet kan betyda att det är godtagbart att avstå från en remiss dit, med ett lagstiftningsärende kan även vara av så brådskande natur att ett yttrande från lagrådet inte kan avvaktas ens om lagrådet kan ta upp ärendet utan dröjsmål.⁷²

Att lagrådet skall granska hur ett till det remitterat lagförslag förhåller sig till grundlagen innebär att det skall uppmärksamma huruvida förslaget begränsar 2:5, 2:6 eller 2:8. Om förslaget begränsar 2:6 eller 2:8 skall lagrådet uttala sig om begränsningen är förenlig med de krav som uppställs i 2:12, st. 2. Detta kan leda in lagrådet på frågor som enligt förarbetenas synsätt skulle kunna betraktas som politiska, något som uppmärksammades av såväl lagrådsutredningen som rättighetsutredningen.⁷³ Som antydde av redogörelsen i avsnitt 3.4. berördes dock detta förhållande inte i propositionen. Här uttalade departementschefen att lagrådsgranskningen skulle avse lagförslagets juridiska sida och inte deras allmänna politiska grunder. Framförallt underströk han vikten av att lagrådet iakttog den största återhållsamhet när det gäller sakfrågor av politisk natur, samt framhöll att

⁶⁹ SOU 1978:34, s. 143.

⁷⁰ Prop. 1978/79:195, s. 65.

⁷¹ Nergelius (1996), s. 626.

⁷² Prop. 1978/79:195, s. 65.

⁷³ SOU 1978:34, s. 134 och s. 291.

det inte var förenligt med lagrådets ställning i det konstitutionella systemet att det redovisade andra synpunkter än sådana av juridisk-teknisk natur.⁷⁴

När det gäller lagrådets uppgift att uttala sig om ett lagförslag som begränsar 2:6 eller 2:8 är förenligt med kraven i 2:12, st. 2 måste påminnas om vad som sades i avsnitt 3.6. Där såg vi dels att en tillämpning av kraven i 2:12, st. 2 måste bygga på normativa bedömningar och innefatta avvägningar mellan olika intressen, dels att varken lagtext eller förarbeten säger särskilt mycket om hur och utifrån vilka värderingar som dessa bedömningar skall göras. Traditionellt sett har förarbetena givits en avgörande betydelse även vid tolkningen av grundlagen, något som ligger i linje med synsättet att domstolarna skall verkställa lagstiftarens vilja. På de punkter där förarbetena är tysta kan man tycka att fältet ligger öppet för mer självständiga tolkningar. Så enkelt är det nog dock inte, i alla fall inte vad gäller tolkningar av en bestämmelse av 2:12:s karaktär. Synsättet att lagrådet inte skall sysselsätta sig med ”politik” gör nog att det finns en tydlig gräns för hur fria och principiellt hålla dess bedömningar kan bli. Den oklarhet som kan sägas behäfta 2:12, st. 2 och dess förarbeten torde därför ha en negativ inverkan på lagrådets möjlighet att rikta kritik mot lagförslag som begränsar t.ex. 2:6 eller 2:8.

Med anledning av vad som sagts ovan finns det anledning att lyfta fram några lagrådsyttrande. Ett första syfte är att åskådliggöra hur lagrådet ser på kraven i 2:12, st. 2 och hur lagrådet har fullgjort sin uppgift att granska hur lagförslag som begränsar 2:6 eller 2:8 förhåller sig till dessa krav. Fokus kommer därvid att ligga på kravet att en begränsning av de nämnda bestämmelserna inte får gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till det ändamål som föranlett den. Ett andra syfte är att uppmärksamma huruvida eventuell kritik från lagrådet har haft någon inverkan på de politiska organen.

En god startpunkt utgörs av ett yttrande som avgavs år 1998 över en ändring i lagen om förbud mot vissa dopningsmedel. Genom lagändringen ville regeringen kriminalisera bruket av dopningsmedel. Bruk av dopningsmedel skulle kunna leda till fängelsestraff, och de brottsbekämpande myndigheterna skulle kunna utsätta den som misstänktes för brott mot lagen för kroppsbesiktning i form av provtagning. Lagrådet noterade att syftet med lagen tycktes vara dels att markera en viss inställning till dopningsmedel, dels att motverka att unga människor utsatte sig för de hälsorisker som ett bruk av dopningspreparat medför. Lagrådet framhöll att det generellt sett är politikernas uppgift att avgöra för vilka ändamål lagstiftning skall användas, men att det kan förhålla sig annorlunda när grundlagarna aktualiseras. Det var inte troligt att fängelsestraff skulle utdömas för bruk av dopningsmedel, men möjligheten till kroppsbesiktning utgjorde en begränsning av 2:6 och skulle därför vara förenlig med 2:12. Enligt lagrådet var syftet bakom lagen godtagbart i ett demokratiskt samhälle, men det kunde ifrågasättas om möjligheten till kroppsbesiktning

⁷⁴ Prop. 1978/79:195, s. 48.

var ”nödvändig” för att tillgodose detta syfte. Frågan om vad som är nödvändigt var dock enligt lagrådet en värderingsfråga som det endast i undantagsfall kan anlägga synpunkter på, och därför kunde det i detta fall inte göra gällande att förslaget stred mot 2:12.⁷⁵

Yttrandet över lagen om förbud mot vissa dopningsmedel visar en grundinställning enligt vilken såväl frågan om en viss rättighetsbegränsning har ett syfte som är godtagbart i ett demokratiskt samhälle som frågan om en viss begränsning går längre än vad som är nödvändig men hänsyn till dess syfte i första hand skall avgöras av lagstiftaren. Uttalandet att den senare frågan utgör en ”värderingsfråga” som lagrådet sällan kan anlägga synpunkter ligger i linje med synsättet och uttalandena i propositionen. Värderingsfrågor skall lösas av politiker, och de lösningarna som politikerna ger frågorna skall enligt en stark huvudregel inte ifrågasättas av lagrådet. Kanske ger dock yttrandet en bild av lagrådet som något mer följsamt än vad det verkligen är. Som vi skall se finns det nämligen flera exempel på att lagrådet har ifrågasatt om lagförslag som utgjort begränsningar av 2:6 eller 2:8 har gått utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till det ändamål som föranlett dem.

Ett första kritiskt yttrande gjordes år 1987 över ett förslag till vissa ändringar i RB. I syfte att effektivisera verksamheten vid de allmänna domstolarna skulle hämtning av bl.a. vittnen och målsägande i brottmål kunna ske utan föregående kallelse eller vitesföreläggande. Som villkor förskrevs endast att det skulle kunna antas att den som träffades av åtgärden inte hade följt ett föreläggande vid vite att inställa sig. Här anförde lagrådet att hämtning är en allvarlig och ingripande åtgärd som rör den enskildes personliga frihet och kroppsliga integritet, och att den därför aldrig får gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till det ändamål som föranlett den. Det skulle genomföras en avvägning mellan det ändamål hämtning skulle tjäna i de aktuella fallen och det ingrepp i den enskildes frihet som åtgärden ger utrymme för. En sådan avvägning ledde enligt lagrådet till att hämtning endast borde medges under förutsättning att åtgärden var nödvändig därför att den som skulle infinna sig inte på annat sätt hade kunnat förmås att själv inställa sig, något som förutsatte att han hade lämnats tillfälle därtill. Dessutom menade lagrådet att förslaget stred mot EKMR. Lagrådet avstyrkte förslaget och regeringen lät det falla.⁷⁶

Ett andra kritiskt yttrande avgavs år 1988 över ett förslag till ändring av polislagen. Enligt den då gällande lagen fanns en möjlighet att kroppsvisitera eller undersöka handbagage för att söka efter föremål ägnade att användas som vapen mot liv eller hälsa. Nu ville regeringen, i syfte att motverka klotter, utvidga denna möjlighet till att gälla även föremål som var lämpliga att användas som hjälpmedel vid brott som innefattade skada på egendom. Lagrådet uppmärksammade 2:6 och 2:12 och avstyrkte lagförslaget. Lagrådet ville med hänvisning till ”det starka skydd som bör finnas för en persons kroppsliga integritet” undvika en lagstiftning med det

⁷⁵ Prop. 1998/99:3, s. 117.

⁷⁶ Prop. 1986/87:89, s. 250-252.

innehåll som förslaget hade och framhöll svårigheterna med att i lag begränsa möjligheten till kroppsvisitation till situationer där det ur allmän synpunkt kan anses utgöra en godtagbar åtgärd. Lagrådet godtog dock förslagets bakomliggande syfte, och föreslog därför en mindre långtgående bestämmelse, en bestämmelse som gav en rätt att undersöka väskor och annat handbagage, varigenom behovet att bekämpa klotter skulle kunna tillgodoses.⁷⁷ Den proposition som lades fram grundade sig trots kritiken på det ursprungliga lagförslaget (dock med vissa preciseringar),⁷⁸ något som resulterade i att den avstyrktes av såväl KU som JuU och röstades ner av riksdagen.⁷⁹

I såväl 1987 års som 1988 års yttrande ifrågasatte alltså lagrådet den proportionalitetsbedömning som kom till uttryck i det framlagda lagförslaget. Lagrådet menade helt enkelt att lagstiftaren ville gå för långt i sin strävan att tillgodose de aktuella syftena. Intressant att se är att lagrådet i det senare yttrandet även föreslog en åtgärd som det menade stod i proportion till det aktuella syftet. När det gäller det senare yttrandet bör särskilt framhållas att regeringen trots tydlig kritik från lagrådet valde att lägga fram sitt förslag inför riksdagen.

Från 2000-talet finns tre lagrådsyttranden värda att framhålla. Det första gjordes år 2000 och gällde regeringens förslag till lag om hemlig avlyssning (s.k. buggning) och till ändringar i reglerna gällande hemlig teleavlyssning, hemlig teleövervakning och hemlig kameraövervakning. Lagrådet fokuserade på förslaget om införandet av buggning, men framhöll att många av dess synpunkter hade bäring även vad gäller de övriga förslagen. Lagrådet började med att konstatera att förslaget om buggning innebar en begränsning av 2:6 och därför måste vara förenligt med 2:12. Huruvida lagstiftningen var godtagbar fick avgöras genom en avvägning mellan behovet av en effektiv brottsbekämpning och integritetsskyddsintresset. Remissen byggde på att behovet av buggning hade ökat. Vid bedömningen av om det förelåg ett behov av ett nytt tvångsmedel spelade frågan om effektiviteten och det praktiska värdet av buggning en stor roll. Lagrådet menade dels att värdet av buggning med det föreslagna användningsområdet inte kunde anses klarlagt, dels att materialet inte tillät några säkra slutsatser om buggning var effektivt i det avseende att andelen uppklarade grova brott skulle öka i sådan grad att det uppvägde det integritetsintrång som buggning innebar. Vad gällde integritetsintresset var tillämpningsområdet för buggning av stor betydelse. Lagrådet hade inga större invändningar mot förslaget tillämpningsområde, men framhöll vikten av att detta var klart avgränsat. Vidare riktade lagrådet kritik mot de rätts säkerhetsgarantier som användningen av buggning skulle vara förenat med. Framförallt kritiserades att förslaget inte innehöll någon utförligare lösning på problemet med hanteringen av den överskotts information som användning av buggning kunde ge upphov till. Denna senare kritik var nog dock inte knuten till 2:12 – det är svårt att se hur resonemanget skulle kunna rymmas inom denna

⁷⁷ Prop. 1987/88:143, s. 16-17.

⁷⁸ Prop. 1987/88:143, s. 19-21.

⁷⁹ JuU 1988:13, s. 10, KU 1988/89: 1y.

bestämmelse. Lagrådets slutsats var att buggning skulle kunna godtas som nytt tvångsmedel med väsentligen det föreslagna tillämpningsområdet, förutsatt att behovet var reellt och starkt. Som villkor gällde dock att användningen av tvångsmedlet var förenat med tillräckligt starka rättssäkerhetsgarantier. Lagrådet menade därför att det fortsatta lagstiftningsarbetet måste överväga hur rättsäkerhetsgarantierna kunde förstärkas, och framhöll särskilt att frågan om hanteringen av överskottsinformation måste få en lösning.⁸⁰ Lagrådets kritik resulterade i att regeringen väntade med att införa buggning som nytt tvångsmedel, men en rad av de övriga förslagen förelades och antogs av riksdagen.⁸¹

Yttrandet från år 2000 är intressant inte minst i sitt fokuserande på behovet av den aktuella reformen. En grundförutsättning för att det skulle kunna vara godtagbart att införa buggning som nytt tvångsmedel var att det fanns ett reellt och starkt behov av tvångsmedlet. Regeringen hade inte visat ett sådant behov, och därför kunde lagrådet inte genomföra en egentlig proportionalitetsbedömning. När det gäller lagrådets kommentar om vikten av att tvångsmedlets tillämpningsområde var klart avgränsat torde denna kunna kopplas till det faktum att ett oklart avgränsat tillämpningsområde möjliggör mer omfattande integritetskränkningar.

Det andra yttrandet kom år 2006 och rörde regeringens förslag till lag om åtgärder för att förhindra vissa särskilt allvarliga brott. Här ville regeringen att regleringen av hemlig teleavlyssning, hemlig teleövervakning, hemlig kameraövervakning och postkontroll skulle förändras på så sätt att dessa tvångsmedel skulle kunna användas även i vissa fall då det inte förelåg någon misstanke om att ett brott begåtts, men där det däremot kunde antas att en person skulle komma att begå ett brott. Lagrådet konstaterade att det bakomliggande syftet inte var att beivra utan att förebygga brott, och menade att denna utvidgning av tvångsmedlens användningsområde måste anses vara av stor principiell betydelse eftersom den innebar att en person kunde bli föremål för integritetskränkande åtgärder p.g.a. antaganden om avsikter som inte manifesterat sig ens i försöks- eller förberedelsebrott. De aktuella tvångsmedlen innefattade väsentliga intrång i enskilda människors rätt till respekt för sitt privatliv och sin korrespondens. För att deras användning skulle kunna godtas måste därför krävas att det förelåg ett så starkt behov att det var proportionerligt i förhållande till integritetsskyddet samt att tillämpningsområdet inte blev större än vad som var nödvändigt för att tillgodose behovet. Dessutom borde bestämmelserna ges en så tydlig utformning att risken för en extensiv tillämpning eller missbruk minimerades. Slutligen borde användningen av tvångsmedlen kringgärdas av betryggande procedurregler. Lagrådet godtog att det fanns ett behov för såväl säkerhetspolisen som den öppna polisen att använda de aktuella tvångsmedlen, men framhöll att detta behov måste vägas mot de integritetsaspekter som användningen av tvångsmedlen förde med sig. Först här lyfte lagrådet uttryckligen fram 2:6 och kraven som gäller för att inskränkningar av denna bestämmelse skall vara tillåtna (dock utan att

⁸⁰ Prop. 2002/03:74, s. 91-98.

⁸¹ bet. 2003/04:JuU2.

uttryckligen hänvisa till 2:12). Lagrådet sade emellertid inget om huruvida dessa krav faktiskt var uppfyllda. Däremot kritiserades det sätt som artikel 8 EKMR behandlats på i remissen, samt ifrågasattes om förslaget var förenligt med artikel 13 EKMR. Trots den senare kritiken avstyrktes dock inte förslaget.⁸² Regeringen lade fram förslaget för riksdagen där det vilandeförklarades enligt 2:12, st. 3. Efter att förslaget hade vilat den föreskrivna tiden antogs det med vissa smärre ändringar.⁸³

Yttrandet över lagen om åtgärder för att förhindra vissa särskilt allvarliga brott framstår som något märkligt. Det inledande resonemanget måste ha utgått från 2:6 och 2:12, men ändå nämns inte dessa bestämmelser. Istället lyfts de fram mot slutet som om de inte redan hade behandlats. Konstigast är att lagrådet förde ett relativt utförligt och allmänt hållet resonemang kring vilka krav som måste vara uppfyllda för att det aktuella förslaget skulle vara godtagbart, men sedan avstod från att tillämpa dessa krav på förslaget. Här kan man egentligen inte säga att lagrådet gjorde vad det skulle göra. Det granskade visserligen förslaget utifrån EKMR, men borde naturligtvis också ha yttrat sig över förslagets förenligt med 2:12, st. 2.

Det tredje yttrandet gällde ett nytt förslag till lag om hemlig rumsavlyssning, och avgavs samma dag som yttrandet om förslaget till lag om åtgärder för att förhindra vissa särskilt allvarliga brott. Yttrandet inleds med uttalande som är snarlika dem som gjordes i det senare yttrandet. Lagrådet anförde att förslaget om införandet av buggning var av synnerligen integritetskränkande karaktär. För att ett så ingripande tvångsmedel som buggning skulle få införas krävdes mycket starka skäl och att tvångsmedlet inte gavs ett mera vidsträckt tillämpningsområde än som klart motiverades av behovet. Dessutom borde villkoren för att buggning skulle få ske ges en så tydlig utformning att risken för en extensiv tillämpning eller för missbruk minimerades. Slutligen borde buggningen i möjligaste mån kringgärdas av betryggande procedurregler. Därefter konstaterade lagrådet att regeringen i den aktuella remissen hade beaktat några av de synpunkter lagrådet framfört i sitt yttrande från år 2000, men också att även det nya förslaget uppvisade brister. T.ex. hade integritetsaspekterna inte blivit tillräckligt belysta. När det gällde behovet av buggning gjordes i remissen en uppdelning mellan säkerhetspolisens och den öppna polisens behov. Säkerhetspolisen sades ha ett behov att använda sig av buggning vad gällde vissa brott, den öppna polisen vad gällde vissa andra. Någon närmare analys av de förhållanden som skapat behovet och om effektiviteten av buggning som motmedel hade dock inte lagts fram. När det gällde den personliga integriteten lyfte lagrådet fram 2:6 och kraven i 2:12 (dock utan att nämna 2:12 uttryckligen). Det ifrågasatte även om förslaget var förenligt med EKMR. Vad gällde tillämpningsområdet anförde lagrådet att detta var vidare än som var motiverat av de behov hos säkerhetspolisen och den öppna polisen som anförts som skäl för förslaget. Om avsikten var att ge polisen ett medel att bekämpa den brottslighet som anförts som skäl för förslaget borde detta ha givits ett snävare tillämpningsområde. Om det däremot var fråga om att

⁸² Prop. 2005/06:177, s. 114-115.

⁸³ bet. 2007/08:JuU3.

allmänt utvidga polisens möjlighet att bekämpa grova brott var förslaget inte tillräckligt underbyggt av de motiveringar som ingick i remissen, och då hade det inte heller anförts några vägande skäl för att en sådan förändring borde genomföras trots de allvarliga konsekvenser den skulle få för den personliga integriteten. Slutligen noterade lagrådet att vissa av de invändningar som det hade gjort år 2000 vad gällde rättssäkerhetsgarantier hade bäring även vad gällde det nya förslaget. Sammanfattningsvis anförde lagrådet att behovet av en lag om buggning med ett så vidsträckt tillämpningsområde som förslaget inte kunde anses framgå av de upplysningar som lämnats i remissen, och att det dessutom kunde ifrågasättas om det föreslagna systemet uppfyllde rimliga krav på rättssäkerhet och överensstämde med EKMR. Lagrådet avstyrkte därför förslaget.⁸⁴ Trots detta förelades förslaget riksdagen, som vilandeförklarade förslaget enligt 2:12, st. 3. Efter att ha vilat den föreskrivna tiden antogs förslaget med vissa smärre ändringar.⁸⁵

Lagrådet hade alltså inte heller i detta sista yttrande låtit sig övertygas om att det fanns ett behov av att införa buggning som nytt tvångsmedel. Dessutom menade lagrådet att man även om man godtog förekomsten av det behov som regeringen påstod fanns kunde invända att lagens tillämpningsområde var vidare än vad som motiverades av detta behov. Därtill kom de övriga invändningar som lagrådet gjorde och som inte hade sin grund i 2:12. Att regeringen i denna situation gick vidare med förslaget och riksdagen antog detsamma måste anses nedslående ut ett rättighetskyddsperspektiv.

3.7.3 Lagprövningsinstitutet

Lagprövningsinstitutet regleras genom 11:14. Vad bestämmelsen säger är följande. Om en domstol eller något annat offentligt organ finner att en föreskrift står i strid med en bestämmelse i grundlagen eller någon annan överordnad författning eller att stadgad ordning i något väsentligt hänseende har åsidosatts vid dess tillkomst, får föreskriften inte tillämpas. Om föreskriften har beslutats av riksdagen eller regeringen får dock tillämpning av den underlåtas endast om felet är uppenbart.

Den rätt som ges av 11:14 är kopplad till det enskilda fallet och innehas av alla offentliga organ. Om ett sådant organ finner att en viss föreskrift uppfyller förutsättningarna i 11:14 skall det underlåta att tillämpa föreskriften. Någon makt att upphäva föreskriften har organet dock inte.

En prövning av en föreskrift som begränsar 2:5, 2:6 eller 2:8 kan aktualiseras av tre olika situationer eller påståenden. För det första att föreskriften har beslutats av ett obehörigt organ, för det andra att föreskriften har beslutats i fel ordning, för det tredje att föreskriften utgör en otillåten rättighetsbegränsning. Det för oss viktigaste påståendet är det att

⁸⁴ Prop. 2005/06:178, s. 192-198.

⁸⁵ bet. 2007/08:JuU3.

riksdagen har beslutat en lag som utgör en otillåten begränsning av 2:5, 2:6 eller 2:8. Skulle ett offentligt organ finna att ett sådant påstående stämmer vad gäller en viss lag, får den underlåta att tillämpa denna lag endast om ”felet är uppenbart”.

Vilken är då uppenbarhetsrekvisitets innebörd? Det första mer substantiella uttalandet om rekvisitets innebörd gjordes av fri- och rättighetsutredningen. Denna framhöll att rekvisitet inte skulle uppfattas så att lagprövning endast kan bli aktuell i krislägen, och inte heller så att endast brott mot grundlagsregler som är entydiga till sin lydelse kan utlösa ett underkännande.⁸⁶ Det andra mer substantiella yttrandet gjordes av KU under riksdagsbehandlingen av den proposition som skulle leda till lagprövningens grundlagsfästade:

”Riksdagen är enligt grundlagen den främste lagstiftaren. Endast riksdagen kan stifta grundlag. Det är därför naturligt att riksdagen är den instans som är bäst ägnad att pröva om viss föreskrift är grundlagsenlig. Uppenbarhetsrekvisitet medför i detta fall enligt utskottens mening att riksdagen tillämpning av ett visst grundlagsstadgande måste respekteras så länge det håller sig inom ramen för en möjlig tolkning av bestämmelsen i fråga. För att underlåta tillämpning av en av riksdagen beslutat föreskrift måste det därför fordras att föreskriften materiellt sett är oförenlig med ett grundlagsstadgande [...].⁸⁷

Det är uppenbart att det utrymme för lagprövning som erkändes av KU är snävare än det som erkändes av fri- och rättighetsutredningen: att underkänna en lag med hänvisning till ett grundlagsstadgande som är otydligt torde vara svårt utifrån KU:s uttalande. Men vilket av de två uttalanden skall betraktas som mer giltigt än det andra? Det mesta talar för att det är KU:s yttrande som gäller. Framförallt gjordes yttrandet i direkt anslutning till grundlagsfästandet av lagprövningsrätten. För oss skulle detta innebära följande. För att ett offentligt organ skall kunna underkänna en lag som begränsar 2:5, 2:6 eller 2:8 som varandes en otillåten rättighetsbegränsning måste lagen ligga utanför en *möjlig* tolkning av 2:5 respektive 2:12 - lagen måste vara materiellt *oförenlig* med grundlagen.

KU:s yttrande har utsatts för hård kritik i doktrinen, men torde icke desto mindre utgöra en ganska bra beskrivning av gällande rätt. Det tycks också vara i egenskap av sådan beskrivning som yttrandet återges i såväl *Gustav Petréns och Hans Ragnemalms* kommentar till grundlagen⁸⁸ som i *Erik Holmbergs och Nils Stjernqvists* dito.⁸⁹ *Bertil Bengtsson* har givit uppenbarhetsrekvisitet en mer självständig behandling, men resultatet är snarlikt. Bengtsson menar att rekvisitet innebär att en lag kan underkännas endast om den är helt oförenlig eller åtminstone svårförenlig med grundlagstexten och dessutom helt saknar stöd i grundlagens motiv eller stadgad konstitutionell praxis. Lägre krav kan ställas då det handlar om avsiktliga kringgåenden av grundlagen, men i normala fall kan inte en lag

⁸⁶ SOU 1975:75, s. 108.

⁸⁷ KU 1978/79:39, s. 13.

⁸⁸ Petréns & Ragnemalm, s. 312.

⁸⁹ Holmberg m.fl., s. 519.

underkännas så länge kvalificerade juridiska bedömare skulle kunna ha olika uppfattningar om dess grundlagsenlighet.⁹⁰

Uppenbarhetsrekvisitet gäller alltså såväl vid prövningen av om en lag utgör en otillåten begränsning av 2:5, som vid prövningen av om en lag utgör en otillåten begränsning av 2:6 eller 2:8. Viktigt för oss att notera är dock att rekvisitet gör det särskilt svårt att underkänna en lag i det senare fallet, eftersom prövningen i detta fall måste göras utifrån reglerna i 2:12, st. 2. Karaktären hos de krav som uppställs genom 2:12, st. 2, i kombination med frånvaron av riktlinjer i lagtext och förarbeten, gör att det framstår som svårt att säga att en intresseavvägning som gjorts av lagstiftaren ligger utanför en möjlig tolkning av 2:12, är materiellt oförenlig med 2:12, skulle uppfattas som oförenlig med 2:12 av samtliga kvalificerade juridiska bedömare etc. Något som måste framhållas är även att liksom och av samma anledning som frånvaron av riktlinjer vad gäller 2:12, st.2 torde ha en negativ inverkan på lagrådets möjlighet att rikta kritik mot lagar som begränsar 2:6 eller 2:8, torde den ha en negativ inverkan på domstolarnas möjlighet att underkänna sådana lagar. Det måste dessutom noteras att det senare förhållandet hade utgjort ett hinder mot underkännandet av lagar även om 11:14 inte hade innehållit något uppenbarhetsrekvisit.

I publicerad rättspraxis finns inget exempel på att en domstol har underlåtit att tillämpa en lag som begränsat 2:5, 2:6 eller 2:8.⁹¹ Det finns inte heller något exempel på att en domstol har kommit fram till att en viss lag har begränsat 2:5, 2:6 eller 2:8, men trots detta tillämpat lagen p.g.a. att den inte stått i uppenbar strid med RF. Faktum är att det inte ens tycks finnas något exempel på att en domstol har prövat en invändning om att en lag utgjort en otillåten begränsning av de aktuella bestämmelserna.⁹²

Överhuvudtaget finns det få exempel på att en domstol har underlåtit att tillämpa en lag för att den stått i strid med RF. Det finns tre fall (RÅ 1982 1:74⁹³, RH 102:84 och NJA 2000 s. 132) där tillämpning har underlåtit med hänvisning till det absoluta förbud mot retroaktiv skattelagstiftning som återfinns i 2:10, ett fall (RH 1997:47) där tillämpning har underlåtit med hänvisning till RF:s skydd för yttrandefriheten, och ett fall (NJA 2005 s. 33) där tillämpning har underlåtit med hänvisning till den enda del av 2:8 som är utan intresse för oss, d v s den del som ger individen ett skydd mot frihetsstraff. Något som förtjänar att framhållas är att uppenbarhetsrekvisitet inte har tillämpats i samtliga av dessa fall. I NJA 2005 s. 33 menade HD att den där aktuella bestämmelsen var ”partiellt grundlagsstridig”, och att underlåten tillämpning av den därför inte skulle innefatta en lagprövning som föll under 11:14. Därför behövde inte uppenbarhetsrekvisitet tillämpas.

⁹⁰ Bengtsson (1987), s. 230 och Bengtsson (1989), s. 676.

⁹¹ Att detta är en sanning med viss modifikation framgår av vad som sägs om NJA 2005 s. 33 strax nedan.

⁹² Den undersökning av praxis som har gjorts utgörs av en sökning i databasen rättsbanken efter praxis vad gäller 2:5, 2:6, 2:8, 2:12 och 11:14.

⁹³ Kanske är det diskutabelt att ta med detta fall i uppräknningen, då det här rörde sig om en överklagan av ett ärende om förhandsbesked, inte ett ärende om konkret tillämpning av en viss bestämmelse.

Dessutom menade HD att situationen hade varit densamma i NJA 2000 s. 132, och att rekvisitet inte hade tillämpats där heller. Den senare ståndpunkten är dock svår att förstå utifrån formuleringarna i det fallet.⁹⁴

Trots att RH 1997:47 inte avsåg en lag som begränsade 2:5, 2:6 eller 2:8 finns det anledning att säga något ytterligare om detta fall. Här hade en man åtalats för brott mot lagen om förbud mot politiska uniformer, men HovR:en ogillade åtalet med hänvisning till att lagen utgjorde en inskränkning av yttrandefriheten som stod i uppenbar strid med RF. Till grund för ställningstagandet låg ett konstaterande om att lagen om förbud mot politiska uniformer innebar ett oinskränkt och ovillkorligt förbud mot bärandet av uniform m.m. som tjänade att utmärka bärarens politiska meningsriktning, och den rimligaste tolkningen av HovR:ens resonemang är därför att den, i likhet med vad TR:en hade ansett, menade att lagen gick längre än vad som i ett demokratiskt samhälle var nödvändigt för att säkerställa det bakomliggande och i och för sig godtagbara syftet: att garantera allmän ordning och säkerhet. Den lärdom vi kan dra av RH 1997:47 är att det trots uppenbarhetsrekvisitet i 11:14 inte är helt uteslutet att rättighetsbegränsande lagar, t.ex. lagar som begränsar 2:6 eller 2:8, kan komma att underkännas med hänvisning till 2:12, st. 2.

⁹⁴ Om detta, se Nergelius (2004-2005).

4 Ger den svenska grundlagen det skydd mot brottsbekämpande åtgärder som den borde?

4.1 Inledning

I detta kapitel diskuteras frågan om den svenska grundlagen ger det skydd mot brottsbekämpande åtgärder som den borde. Till grund för diskussionen ligger dels den undersökning av frågan vilket skydd som en konstitution bör ge mot brottsbekämpande åtgärder som gjordes i kapitel 2, dels den undersökning av frågan vilket skydd som den svenska grundlagen ger mot brottsbekämpande åtgärder som gjordes i kapitel 3.

4.2 Rätten att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder

Den fråga som skall diskuteras i detta avsnitt är om grundlagen ger individen en rätt att inte drabbas av alla de brottsbekämpande åtgärder som den borde ge honom en rätt att inte drabbas av. Den ståndpunkt som intogs i kapitel 2 var att en konstitution bör skydda individen mot alla de brottsbekämpande åtgärder som kan sägas kränka hans integritet. Det integritetsbegrepp som ställdes upp bestod av fyra komponenter: den rumsliga integriteten, den materiella integriteten, den personliga integriteten i fysisk mening och den personliga integriteten i ideell mening. Efter en redogörelse för integritetsbegreppet gavs en rad exempel på åtgärder som får anses utgöra kränkningar av dess olika delar. Ger grundlagen, eller, mer precist, RF, individen en rätt att inte drabbas av alla dessa åtgärder?

Den rumsliga integriteten sades omfatta olika typer av bostadslokaler och slutna förvaringsutrymmen. De åtgärder som angavs som exempel på kränkningar av den rumsliga integriteten var de som innebär att de brottsbekämpande myndigheterna bereder sig tillträde till en lokal eller öppnar ett slutet förvaringsutrymme. RF ger genom 2:6 ett skydd mot sådana åtgärder, eftersom de omfattas av formuleringen "husransakan och liknande intrång".

Den materiella integriteten sades ge ett skydd för egendomsrätten. Som exempel på åtgärder som kränker den materiella integriteten nämndes åtgärder som utgör beslag av eller undersökningar av i princip vilken typ av egendom som helst. Det påpekades dessutom att även de åtgärder som kränker den rumsliga integriteten kränker den materiella integriteten. När det gäller den första gruppen av åtgärder så ger inte RF individen någon rätt

att inte få sin egendom beslagtagen. Den ger honom dock en snäv rätt att inte få sin egendom undersökt, en rätt som enbart omfattar undersökningar som kan klassificeras som husransakan, kroppsvisitation eller undersökning av förtrolig försändelse enligt 2:6.

Den personliga integriteten i fysisk mening sades omfatta rörelsefriheten och den kroppsliga integriteten. Som exempel på åtgärder som kränker denna del av integriteten nämndes dels åtgärder som begränsar rörelsefriheten, dels åtgärder som utgör undersökningar av individens kropp eller klädsel (t.ex. kroppsbesiktningar och kroppsvisitationer) eller utgör försök att med våld (i extremfallet tortyr) eller andra grövre fysiska medel (t.ex. fysiska uttröttningsstrategier) försöka förmå en person att göra vissa uttalanden eller på annat sätt lämna information till de brottsbekämpande myndigheterna. Genom 2:8 ges individen en rätt att inte drabbas av åtgärder som begränsar hans rörelsefrihet. Genom 2:5 och 2:6 ges individen en rätt att inte drabbas av tortyr, andra kroppsliga ingrepp och kroppsvisitation. De senare bestämmelserna torde innebära en rätt för individen att inte drabbas av alla eller nästan alla av de åtgärder som beskrevs som kränkningar av den kroppsliga integriteten. De åtgärder som beskrevs som undersökningar av individens kropp eller klädsel utgör kroppsliga ingrepp eller kroppsvisitation i 2:6:s mening. De åtgärder som beskrevs som försök att med våld eller andra grövre fysiska medel försöka förmå en person att göra vissa uttalande eller på annat sätt lämna information till de brottsbekämpade myndigheterna torde omfattas av tortyrförbudet i 2:5. Tortyrbegreppet omfattar visserligen i första hand fysiskt våld, bestående i relativt långgående åtgärder, som utnyttjas för att få fram uppgifter vid förhör. Men det omfattar även förhör som pågår mycket länge utan avbrott eller utan att den förhörde får sova eller äta faller inom begreppets ramar. Det senare innebär att tortyrbegreppet även fångar upp vissa fysiska uttröttningsstrategier.

Den personliga integriteten i ideell mening sades omfatta allt som kan betraktas som en persons icke-fysiska integritet. De exempel som gavs på åtgärder som kan sägas kränka denna del av integriteten var psykologiska tester, försök att med grövre icke-fysiska medel försöka påverka en persons psyke för att få honom att göra vissa uttalanden eller på annat sätt lämna information till de brottsbekämpande myndigheterna, samt olika typer av övervaknings- och spaningsarbete. RF ger inte individen en rätt att inte drabbas av alla dessa åtgärder. Ett psykologiskt test torde inte utgöra ”medicinsk påverkan” i 2:5:s mening och kan knappast omfattas av 2:6:s skydd mot ”kroppsliga ingrepp”. Ett försök att med grövre icke-fysiska medel försöka påverka en persons psyke för att få honom att göra vissa uttalande eller på annat sätt lämna information till de brottsbekämpande myndigheterna kan falla under tortyrförbudet i 2:5, men bara om det kan klassificeras som ”psykisk terror”. På ett liknande sätt kan ett sådant försök falla under skyddet mot kroppsliga ingrepp endast om det skulle kunna klassificeras som misshandel enligt BrB. Detta innebär att individen saknar en rätt att inte utsättas för de flesta typer av hot, lögnar, icke-fysiska uttröttningsstrategier etc. såsom brottbekämpande åtgärder. Det

övervaknings- och spaningsarbete som RF ger individen en rätt att inte drabbas av, slutligen, är det som kan beskrivas som en undersökning av förtrolig försändelse, hemlig avlyssning eller upptagning av förtroligt meddelande. Individen saknar därmed i princip en rätt att inte bli utsatt för t.ex. öppen övervakning, avlyssning som inte är hemlig, systematiskt förföljelse, filmning och/eller fotografering.

Den slutsats som kan dras av diskussionen ovan är att grundlagen inte ger individen en rätt att drabbas av alla de brottsbekämpande åtgärder som den borde ge honom en rätt att inte drabbas av. Som framgått är det främst brottsbekämpande åtgärder som är av en sådan karaktär att de kan sägas kränka den materiella integriteten eller den personliga integriteten i ideell mening som faller utanför RF:s rättighetsreglering.

4.3 Möjligheten att göra inskränkningar i rätten att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder

Den fråga som skall diskuteras i detta avsnitt är om grundlagen tillåter mer omfattande begränsningar av rätten att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder än den borde. Den ståndpunkt som intogs i kapitel 2 var att de enda rättighetsinskränkningar som kan godtas är de som kan försvaras inför alla medborgare, eller, annorlunda formulerat, de som inte rimligen skulle kunna avfärdas av någon. Frågan om en inskränkning är av denna karaktär måste avgöras efter en helhetsbedömning i det enskilda fallet. En inskränkings försvarbarhet eller rimlighet får avgöras genom en tillämpning av vissa krav. De formella krav som formulerades i kapitel 2 var att en rättighetsbegränsning bör göras genom en lag som har generell tillämplighet, är tillgänglig för allmänheten och uppfyller vissa grundläggande krav på klarhet. De övergripande materiella krav som formulerades var för det första att en rättighetsinskränkning bör göras till förmån för ett godtagbart intresse eller syfte, för det andra att det bör föreligga en viss relation mellan rättighetsinskränkningen och det syfte som den genomförs till förmån för: rättighetsinskränkningen måste vara proportionerlig i förhållande till syftet. Detta krav på proportionalitet sades innefatta fyra delkrav. I förhållande till begränsningar av rätten att inte utsättas av brottsbekämpande åtgärder sades dessa krav innebära för det första att syftet bakom en sådan begränsning måste vara möjligt att uppnå med hjälp av de åtgärder som begränsningen ger de brottsbekämpande myndigheterna en rätt att använda sig av, för det andra att det måste föreligga en viss sannolikhet för att syftet verkligen uppnås med hjälp av åtgärderna, för det tredje att syftet inte får kunna uppnås med hjälp av åtgärder som inte är lika integritetskränkande, och, för det fjärde, att begränsningen måste ha sådana förväntade positiva konsekvenser för möjligheten att förebygga och/eller utreda brott att den, trots sina negativa konsekvenser för integriteten, inte rimligen skulle kunna avfärdas av någon. Huruvida det sista delkravet är uppfyllt sades få avgöras genom en analys i tre steg. I det första steget tittar man på begränsningens förväntade positiva

konsekvenser, i det andra steget tittar man på dess förväntade negativa konsekvenser, och i det tredje besvarar man frågan om delkravet är uppfyllt. Slutligen framhölls att de krav som hade ställts upp måste tillämpas utifrån ett normativt ideal, samt att det ideal som förespråkades i kapitel 2 betonade individens rätt gentemot kollektivet.

Den rätt att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder som ges av RF framgår av 2:5, 2:6 och 2:8. Enligt 2:12 får den rätt som garanteras av 2:5 aldrig begränsas, men de rättigheter som garanteras av 2:6 och 2:8 får begränsas genom lag, förutsatt att vissa materiella krav är uppfyllda. De två mest centrala materiella kraven är att en begränsning måste göras för att tillgodose ett ändamål som är godtagbart i ett demokratiskt samhälle och inte får gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till det ändamål som föranlett den. Innebörden av att en rättighetsbegränsning måste göras genom lag är att den skall göras genom en föreskrift som är beslutad av riksdagen samt är bindande och generellt utformad. Enligt Bull innebär kravet på lagform dessutom ett krav på bestämdhet. Innebörden av de materiella kraven är inte lika klar. Tillsammans skall de understryka ett krav på att lagstiftaren noga redovisar sina syften när en rättighetsbegränsning beslutas, ett krav som enligt Bull dock inte kan upprätthållas strikt. Innebörden av att en begränsning måste göras för ett syfte som är godtagbart i ett demokratiskt samhälle utvecklas inte i förarbetena. Bull menar att kravet innebär att syftet skall värderas utifrån ett normativt ideal, och pekar på RF:s programstadganden för vägledning. Innebörden av att en begränsning inte får gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till det ändamål som föranlett den är enligt förarbetena dels att begränsningen inte får gå längre än vad som är nödvändigt för att tillgodose sitt ändamål, dels att avvägningen mellan de motstående intressena inte får lända till större inskränkning i de berörda rättigheterna än som är acceptabelt i ett demokratiskt samhälle. Bull framhåller att detta innebär att det skall genomföras en proportionalitetsbedömning. Det första steget i denna bedömning är enligt honom att fråga om det medel som används är ett rimligt sätt att uppnå det mål som eftersträvas. Det andra steget är att fråga om det finns mindre ingripande alternativ som kan nå samma mål. Överlever en rättighetsbegränsning dessa två steg är det tredje steget att fråga om begränsningen medför så stora ingrepp i skyddsvärda intressen att den trots detta framstår som oproportionerlig.

Hur förhåller sig då RF:s reglering till de ståndpunkter som intogs kapitel 2? En första kommentar som kan göras är att det förhållandet att 2:5 aldrig får begränsas ligger i linje med vad som uttalades i kapitel 2 om att vissa begränsningar på förhand kan dömas ut som oförsvarbara, nämligen de som innebär att de brottsbekämpande myndigheterna ges en möjlighet att använda sig av åtgärder som i sig kan sägas ge uttryck för en grundläggande respektlöshet för individens och individens intressen.

Låt oss fortsätta med att titta på kravet på lagform. Genom detta krav innehåller RF en motsvarighet till två av de formella krav som uppställdes i kapitel 2: kravet på stöd i en rättskälla och kravet att denna rättskälla skall

vara tillgänglig för allmänheten. Lagar är rättskällor och görs tillgängliga för allmänheten bl.a. genom sin publicering i SFS. Kravet på lagform tycks dock inte ge RF någon reell motsvarighet till kravet att rättskällan skall vara generellt tillämplig. En föreskrift som riktar sig mot ett enskilt fall kan ju erkännas som lag av RF bara den är generellt utformad. Kravet på lagform torde inte heller ge RF någon motsvarighet till det klarhetskrav som uppställdes i kapitel 2. Som framgått har Bull hävdad motsatsen, men det är tveksamt om hans ståndpunkt verkligen utgör en korrekt beskrivning av gällande rätt. Den gavs t.ex. inget stöd av de lagrådsyttranden som gicks igenom i kapitel 3.

Att kravet på lagform inte ger RF någon motsvarighet till kravet på generell tillämplighet och kravet på klarhet skall nog inte leda till slutsatsen att RF inte uppställer några sådana krav överhuvudtaget. Krav av denna typ torde nämligen åtminstone delvis kunna hämta stöd från de materiella kraven i 2:12. Det är möjligt att argumentera att det inte är ett i ett demokratiskt samhälle godtagbart syfte att begränsa rätten att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder för att ingripa mot särskilda individer eller särskilda fall. På samma sätt är det möjligt att argumentera att ett oklart avgränsat tillämpningsområde kan medföra att en begränsning bör betraktas som oproportionerlig. Den senare argumentationen såg vi prov på i flera av de lagrådsyttranden som gicks igenom i kapitel 3.

När de gäller de materiella kraven i 2:12 är det lämpligt att fokusera på just kravet att en rättighetsbegränsning måste göras för ett ändamål som är godtagbart i ett demokratiskt samhälle och kravet att en rättighetsbegränsning inte får gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till det ändamål som föranlett den. Som framgått skall kraven tillsammans ge uttryck för att lagstiftaren noga skall redovisa sina syften när den beslutar om en rättighetsbegränsning. Detta underförstådda redovisningskrav har nog ingen betydelse för frågan om RF godtar rättighetsbegränsningar i en större utsträckning än den borde, men förtjänar ändå att kommenteras. Redovisningskravet saknar motsvarighet bland de krav som uppställdes i kapitel 2. Det är inte oförenligt med de tankegångar som uttrycktes i kapitel 2, men kan likväl ifrågasättas utifrån dessa. Det mest centrala kravet som uppställdes där var att en rättighetsbegränsning måste kunna försvaras, och för att försvara en rättighetsbegränsning räcker det inte att hänvisa till ett syfte. Det som krävs är en hänvisning till ett godtagbart syfte samt en godtagbar proportionalitetsbedömning. Att kräva att lagstiftaren skall redovisa enbart ett syfte är därmed inte särskilt meningsfullt. Det som skulle kunna diskuteras är om lagstiftaren bör vara tvungen att redovisa såväl syfte som proportionalitetsbedömning när en rättighetsbegränsning beslutas. Det bör också framhållas att det som är mest centralt utifrån de resonemang som fördes i kapitel 2 inte är att lagstiftaren redovisar ett syfte (och eventuellt en proportionalitetsbedömning) när det beslutas om en rättighetsbegränsning, utan att staten redovisar ett syfte och en proportionalitetsbedömning (eller kanske snarare ett underlag för en proportionalitetsbedömning) i det fall att rättighetsbegränsningen ifrågasätts i en lagprövningssituation. Den redovisning som bör ligga till grund för avgörandet av frågan om en

ifrågasatt begränsning är godtagbar eller inte är den som lämnas i lagprövningsprocessen, inte den som eventuellt har lämnats vid beslutandet av begränsningen. Har en redovisning lämnats vid beslutandet av en begränsning bör varken staten eller - framförallt - domstolen vara bunden av denna. Även ur detta perspektiv framstår alltså det underförstådda kravet i 2:12 som något meningslöst. Kanske kan det dock ha en viss disciplinerande effekt på lagstiftaren. Tas kravet på allvar blir det kanske svårare för lagstiftaren att anta rättighetsbegränsande lagar. För att kunna få en sådan effekt hade nog dock kravet behövt vidgas till att omfatta redovisning inte bara av syfte, utan också proportionalitetsbedömning. Med nuvarande utformning är det inte särskilt troligt att kravet har någon nämnvärd disciplinerande effekt på lagstiftaren.

Låt oss nu övergå till 2:12:s uttryckliga krav. Det första av dessa har en tydlig motsvarighet i det första materiella krav som uppställdes i kapitel 2: att en rättighetsbegränsning måste ske till förmån för ett godtagbart ändamål eller syfte. Det andra kravet torde i princip ha en motsvarighet i det andra materiella krav som uppställdes: att en rättighetsbegränsning måste vara proportionerlig i förhållande till sitt syfte. Den proportionalitetsbedömning som förespråkades i kapitel 2 har fler steg än den som (mycket kortfattat) beskrivs i förarbetena och den som (något mer utförligt) beskrivs av Bull. Den bedömning som förespråkades i kapitel 2 strider dock inte mot den som föreskrivs av RF, och vice versa. Annorlunda uttryckt innebär detta att de steg som gick igenom i kapitel 2 kan tas upp inom ramen för RF:s bedömning, och vice versa. Ett exempel kan få illustrera detta. För att en rättighetsbegränsning skall vara godtagbar måste det enligt de två första stegen i den bedömning som förespråkades i kapitel 2 vara möjligt att uppnå det syfte som ligger bakom begränsningen med hjälp av denna, och det måste även vara sannolikt att så sker. Dessa två steg kan tas upp inom ramen för det krav som i RF:s förarbeten formuleras som att en avvägning mellan motstående intressena inte får lända till större inskränkning i skyddsvärda intressen än som är acceptabelt i ett demokratiskt samhälle. I Bulls proportionalitetsmodell kan de två stegen tas upp dels inom ramen för hans första steg, formulerat som att medlet måste vara ett rimligt sätt att uppnå det mål som eftersträvas, dels inom ramen för hans tredje steg, formulerat som att en begränsning inte får medföra så stora ingrepp i skyddsvärda intressen att den framstår som oproportionerlig.

Den slutsats som kan dras av diskussionen ovan är att det föreligger många likheter mellan de krav som uppställdes i kapitel 2 och de krav som uppställs genom RF. Detta betyder dock inte nödvändigtvis att RF inte godtar mer omfattande begränsningar av rätten att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder än den borde. Som framhållits är nämligen resultatet av en tillämpning av den typ av krav som diskuterats ovan beroende av vilket normativt ideal som kraven tillämpas utifrån.

Varken RF:s lagtext eller förarbeten klargör vilket normativt ideal som kraven i 2:12 skall tillämpas utifrån. Vad gäller det första materiella kravet i 2:12 – som hänvisar till vad som är ”godtagbart i ett demokratiskt samhälle”

– försökte Bull lösa detta problem genom att hänvisa till RF:s målsättningsstadganden. Samma strategi kan tillgripas vad gäller det andra materiella kravet – som enligt förarbetena även detta hänvisar till vad som är ”acceptabelt i ett demokratiskt samhälle”. Resultatet blir att kraven i 2:12 bör tillämpas bl.a. utifrån ståndpunkten att den offentliga makten skall utövas med respekt för alla människors lika värde och för den enskilda människans frihet och värdighet, samt ståndpunkten att det allmänna skall värna den enskildes privatliv.

Även om RF:s målsättningsstadganden kan ge oss viss hjälp i sökandet efter det ideal som kraven i 2:12 skall tillämpas utifrån, tar de oss inte särskilt långt. Målsättningsstadgandena måste dessutom ställas mot det synsätt som kommer till uttryck i de propositioner som ligger till grund för det skydd som RF ger mot brottsbekämpande åtgärder. Detta synsätt ger inte individen någon stark ställning gentemot staten, utan ifrågasätter istället om han verkligen behöver ett skydd mot denna. Politiken ses inte som ett hot gentemot vilket individen behöver ett skydd, utan som det medel varigenom individen bl.a. skall skyddas mot övergrepp. De rättigheter som individen tillerkänts tycks närmast vara avsedda att skydda det politiska systemet som sådant, inte honom. Tillämpas kraven i 2:12 utifrån dessa tankegångar torde de medge relativt omfattande begränsningar av rätten att inte utsättas för brottsbekämpande åtgärder.

På grund av oklarheten kring vilket normativt ideal som kraven i 2:12 skall tillämpas utifrån är det alltså svårt att besvara frågan om RF godtar mer omfattande begränsningar av rätten att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder än den borde. Det som är mest troligt är dock att svaret på frågan är jakande, detta eftersom det normativa ideal som förespråkades i kapitel 2 betonade varje enskild individs rätt gentemot staten och kollektivet på ett sätt som det inte går att hitta någon motsvarighet till i RF eller RF:s förarbeten.

4.4 De mekanismer som skall garantera att rätten att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder upprätthålls

Den fråga som skall diskuteras i detta avsnitt är om grundlagen innehåller de mekanismer som den borde innehålla för att säkerställa att rätten att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder upprätthålls. I kapitel 2 diskuterades tre olika former av grundlagskontroll: förhandskontroll utförd av politiska organ, förhandskontroll utförd av politiskt oberoende organ och efterhandskontroll utförd av opolitiska organ. Diskussionen mynnade ut i slutsatsen att den modell som bör användas för att säkerställa att lagar som står i strid med rätten att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder inte tillämpas mot individen är en som har inslag av alla tre typer av grundlagskontroll: en modell där parlamentet strävar efter att inte anta några

lagar som strider mot grundlagen, men där parlamentets normgivning samtidigt granskas i såväl för- som efterhand av domstolsliknande organ/domstolar.

Den första av de mekanismer som skall garantera att RF:s rätt att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder upprätthålls är lagstiftningsproceduren. Genom denna procedur skapas förutsättningar för en förhandskontroll utövad av främst riksdagens ledamöter. För att uttrycka det lite tydligare: proceduren skapar förutsättningar för de enskilda riksdagsledamöterna att ta ställning till huruvida de lagförslag som läggs fram är grundlagsenliga eller inte. Ett särskilt inslag i lagstiftningsproceduren är dels de regler som gäller för ändrandet av grundlagen, dels de regler som gäller för antagandet av vissa rättighetsbegränsande lagar, däribland merparten av de lagar som begränsar 2:6 eller 2:8. Man skulle kunna säga att det genom dessa särregler skapas särskilt gynnsamma förutsättningar för granskning och överväganden kring dessa principiellt viktiga lagstiftningsärenden.

Det går inte att säga särskilt mycket om lagstiftningsprocedurens utformning utifrån de resonemang som fördes i kapitel 2. Där förespråkades visserligen en ordning med inslag av politisk förhandskontroll, men tonvikten låg på den opolitiska förhands- och efterhandskontrollen. Något som kan diskuteras är dock vilket krav som bör gälla för antagandet av rättighetsbegränsande lagar och ändringar av grundlagen. Utifrån det perspektiv som präglade kapitel 2 är det rimligt att hävda att det borde krävas mer än RF:s enkla majoritet för att anta lagar av den aktuella karaktären. Den reglering som finns i 2:12 gör det möjligt för en minoritet att fördröja ett rättighetsbegränsande lagförslag. Rättighetshänsyn talar emellertid för att det borde vara möjligt för en minoritet att göra mer än så, nämligen att hindra ett rättighetsbegränsande lagförslag.

Den andra av de mekanismer som skall garantera att RF:s rätt att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder upprätthålls är lagrådsgranskningen. Lagrådsgranskningen är ett exempel på förhandskontroll utförd av ett domstolsliknande och opolitiskt organ. Granskningen är fakultativ, men regeringen har en motiveringsplikt om den väljer att inte höra lagrådet. Att lagrådet inte har hörts över ett förslag utgör inget hinder mot att förslaget läggs fram, antas och senare tillämpas som lag. Inte heller att lagrådet har avstyrkt ett förslag utgör något hinder mot förslagets framläggande, antagande och tillämpning som lag.

I kapitel två togs inte uttrycklig ställning till om en förhandskontroll av den typ som utövas av lagrådet bör vara obligatorisk, och inte heller till om de yttranden som denna typ av förhandskontroll resulterar i bör vara bindande. Rättighetshänsyn talar dock för att lagrådsgranskningen bör vara obligatorisk, förutsatt att det är praktiskt möjligt. Samma typ av överväganden talar naturligtvis för att de yttranden som granskningen resulterar i bör vara bindande, men trots detta finns det nog goda skäl att låta lagrådets yttranden förbli blott rådgivande. Bindande yttranden skulle kunna

leda till att det uppstår en motsättning mellan de politiska organen och lagrådet. Rådgivande yttranden ger de politiska organen en möjlighet till "självrättelse". Utnyttjar de inte denna möjlighet bör det vara upp till domstolarna att genom efterhandskontroll säkerställa att de aktuella lagarna inte tillämpas mot individen.

Ovan framhölls att det är oklart utifrån vilket normativt ideal som kraven i 2:12 skall tillämpas. Lagrådet hade kunnat utnyttja denna oklarhet till att genom sin praxis utveckla en egen och principiellt präglad syn på 2:12, men detta är nog omöjligt så länge det allmänna synsättet är att lagrådet "inte skall syssla med politik". Den oklarhet som omger kraven i 2:12 torde därför medföra att det blir svårare för lagrådet att rikta kritik mot lagförslag som begränsar 2:6 eller 2:8. För att inte rättighetsskyddet skall bli lidande borde därför innebörden av 2:12 klargöras, alternativt lagrådet ges ett tydligare mandat att självständigt tolka bestämmelsen.

Den tredje av de mekanismer som skall garantera att RF:s rätt att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder upprätthålls är lagprövningsinstitutet. Den viktigaste innebörden av detta är att en domstol som finner att en lag utgör en uppenbart otillåten begränsning av 2:5, 2:6 eller 2:8 skall underlåta att tillämpa denna. En lag torde utgöra en uppenbart otillåten begränsning av 2:5, 2:6 eller 2:8 endast om den ligger utanför en möjlig tolkning av 2:5 respektive 2:12. I normala fall torde en lag inte kunna anses utgöra en uppenbart otillåten begränsning om kvalificerade juridiska bedömare skulle kunna ha olika uppfattningar om dess förenlighet med grundlagen.

Efterhandskontroll utövad av domstolar utgör det mest centrala inslaget i den modell som förespråkades i kapitel 2. Det är endast genom en sådan kontroll som individen kan ges ett effektivt skydd mot lagar som står i strid med hans rätt att inte utsättas för brottsbekämpande åtgärder, en rätt som syftar till att skydda honom mot moraliskt sett oförsvarbara åtgärder från statens sida. Utifrån detta synsätt är uppenbarhetsrekvisitetet oförsvarbart. Varför skall bara uppenbart grundlagsstridiga lagar kunna underkännas, när varje grundlagsstridig lag kan sägas utgöra ett övergrepp på individen? Varför skall domstolarna upprätthålla lagar som kränker individens rättigheter, när en av deras främsta uppgifter istället borde vara att värna individen mot övergrepp?

Uppenbarhetsrekvisitetet bör alltså avskaffas. Även om så sker kvarstår dock vissa problem kopplade till utövandet av lagprövningsrätten. Dessa är parallella till de problem som lyftes fram vad gäller lagrådsgranskningen. Den oklarhet som präglar kraven i 2:12 torde alltså ha en negativ inverkan på domstolarnas möjlighet att underkänna lagar som begränsar 2:6 eller 2:8. Antingen bör denna oklarhet undanröjas av lagstiftaren, eller så bör domstolarna ges ett tydligt mandat att självständigt tolka kraven i 2:12.

Den slutsats som kan dras av diskussionen ovan är att grundlagen inte innehåller de mekanismer som den borde innehålla för att säkerställa att rätten att inte drabbas av brottsbekämpande åtgärder upprätthålls. Som

framgått är grundlagens främsta brister i detta avseende kopplade till dess reglering av den efterhandskontroll utövad av domstolar som slås fast genom lagprövningsinstitutet.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Utredningar

SOU 1972:15 *Ny regeringsform Ny riksdagsordning*

SOU 1975:75 *Medborgerliga fri- och rättigheter*

SOU 1978:34 *Förstärkt skydd för fri- och rättigheter*

SOU 1984:54 *Tvångsmedel, anonymitet, integritet*

SOU 2007:22 *Skyddet för den personliga integriteten, Kartläggning och analys, Del 1*

Propositioner

Prop. 1973:90 *om ny Regeringsform*

Prop. 1975/76:209 *om utvidgning av regeringsformens rättighetsregler*

Prop. 1978/79:195 *om förstärkt rättighetskydd*

Prop. 1986/87:89 *om ett reformerat tingsrättsförfarande*

Prop. 1987/88:143 *om ändring i brottsbalken m.m.*

Prop. 1998/99:3 *Åtgärder mot dopning*

Prop. 2002/03:74 *Hemliga tvångsmedel - offentliga ombud och en mer ändamålsenlig reglering*

Prop. 2005/06:177 *Åtgärder för att förhindra vissa särskilt allvarliga brott*

Prop. 2005/06:178 *Hemlig rumsavlyssning*

Utskottsbetänkanden och utskottsyttanden

bet. 2006/07:FöU10 *En anpassad försvarsunderrättelseverksamhet*

JuU 1988:13 *om förslag till åtgärder mot klottrare i form av bl.a. kroppsvisitation*

bet. 2003/04:JuU2 *Hemliga tvångsmedel - offentliga ombud och en mer ändamålsenlig reglering*

bet. 2005/06:JuU26 *Hemlig rumsavlyssning*

bet. 2005/06:JuU30 *Åtgärder för att förhindra vissa särskilt allvarliga brott*

bet. 2007/08:JuU3 *Vilande förslag om hemlig rumsavlyssning m.m.*

KU 1973:26 *om ny Regeringsform*

KU 1975/76:56 *om förstärkt rättighetsskydd*

KU 1978/79:39 *om grundlagsfästheten av lagprövningsrätten m.m.*

KU 1980/81:29 *om tillämpning av RF 2:12 st. 3*

bet. 1988/89:KU40 *Prövning av frågan om tillämpligheten av 2 kap. 12 § tredje stycket regeringsformen i visst fall (1988/89:LU30)*

KU 1988/89: 1y *om förslag till åtgärder mot klottrare i form av bl.a. kroppsvisitation*

bet. 1994/95:KU25 *om tillfälligt upphörande med utdelning av sändningstillstånd för lokalradio*

bet. 1999/2000:KU15 *Kommersiell lokalradio och andra mediefrågor*

bet. 1999/2000:KU23 *Prövning av fråga om tillämpligheten av 2 kap. 12 § tredje stycket regeringsformen i visst fall (1999/2000:KU15)*

bet. 1988/89:SfU22 *Förnyad behandling av ny utlänningslag m.m.*

Artiklar och litteratur

Badersten, Björn, *Att studera det önskvärda. Om värdeanalys och normativ metod*, Statsvetenskaplig Tidskrift, Årg. 106, Nr 3, s. 207-220

Beckman, Ludvig, *Godtagbart i ett demokratiskt samhälle? De hemliga tvångsmedlen och rätten till personlig integritet*, SvJT 2006, s. 1-22

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

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

Bobbio, Norbertro, *Liberalism och demokrati*, Daidalos, Uddevalla, 1994

Bull, Thomas, *Mötes- och demonstrationsfriheten. En statsrättslig studie av mötes- och demonstrationsfrihetens innehåll och gränser i Sverige, Tyskland och USA*, Iustus förlag, Uppsala, 1997

- Delisle, Ronald Joseph, Stuart, Don & Trotter, Gary, *Learning Canadian Criminal Procedure*, Thomson Carswell, Toronto, 2005
- Elster, Jon, Introduction, i (red.) Elster, Jon & Slagstad, Rune, *Constitutionalism and democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988
- Flyghed, Janne, Hur kontrolleras brottsligheten på ett lämpligt sätt?, i (red.) Flyghed, Janne, *Brottsbekämpning – mellan effektivitet och integritet*, Studentlitteratur, Lund, 2000
- Fogelklou, Anders, Konstitutionalisering, i (red.) Berggren, Nicklas, Karlson, Nils & Nergelius, Joakim, *Makt utan motvikt*, City University Press, Värnamo, 1999
- Holmberg, Erik, Stjernqvist, Nils, Isberg, Magnus, Eliasson, Marianne & Regner, Göran, *Grundlagarna: regeringsformen, successionsordningen, riksdagsordningen*, Norstedts juridik, Stockholm, 2006
- Nergelius, Joakim, *HD gör både rätt och fel om lagprövning*, JT 2004-2005, s. 857-861
- Nergelius, Joakim, *Konstitutionellt rättighetskydd. Svensk rätt i ett komparativt perspektiv*, Fritzes förlag, Stockholm, 1996
- Olsson, Curt, *Om lagprövning*, JFT 1994, s. 443-503
- Paine, Thomas, *Rights of man*, Penguin Books, Harmondsworth, 1971
- Petrén, Gustav & Ragnemalm, Hans, *Sveriges grundlagar och tillhörande författningar med förklaringar*, Liber Förlag, Stockholm, 1980
- van der Schyff, Gerhard, *Limitation of Rights. A Study of the European Convention and the South African Bill of Rights*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2005
- Singer, Peter, *Praktisk etik*, Thales, Falun, 2002
- Smith, Eivind, *Hoyesterett og folkestyret*, Universitetsforlaget, Oslo, 1993
- Strömholm, Stig, Individens skyddade personlighetsfär, i *Om våra rättigheter*, Rättsfonden, Uppsala, 1980
- Taube, Caroline, Domstolar och lagprövning, i (red.) Mattsson, Ingvar & Petterson, Olof, *Svensk författningsspolitik*, SNS förlag, Viborg, 2003

Taube, Caroline, Regeringsformen: positiv rätt eller redskap för rättshaverister?, i (red.) Smith, Eivind & Petersson, Olof, *Konstitutionell demokrati*, SNS förlag, Mölnlycke, 2004

Waldron, Jeremy, *Theoretical foundations of liberalism*, The Philosophical Quarterly, Vol. 37, No. 147, April 1987, s.127-150

Westerholm, Joel, *Avlyssningslagen går igenom*, Computer Sweden 20080417, <http://computersweden.idg.se/2.2683/1.156736>, hämtad 20080507

Wolff, Jonathan, *An Introduction to Political Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 1996

Örücü, Esin, The Core of Rights and Freedoms: the Limit of Limits, i (red.) Campell, Tom, Goldberg, David, McLean, Sheila & Mullen Tom, *Human rights - From Rhetoric to Reality*, Basil Blackwell, Oxford, 1986

Rättsfallsförteckning

Sverige

RÅ 1982 1:74

NJA 2000 s. 132

NJA 2005 s. 33

RH 102:84

RH 1997:47

USA

West Virginia State Board of Education v. Barnett, 319 U.S. 624