



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Rikard Kajland

Lagprövning i Sverige och Tyskland – hur hade vår lagprövning kunnat vara?

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Jesper Blomberg

Termin: VT 2016

Innehållsförteckning

SUMMARY	3
SAMMANFATTNING	4
FÖRKORTNINGAR	5
1. INLEDNING	6
1.1 Allmänt	6
1.2 Syfte	6
1.3 Frågeställning	6
1.4 Avgränsningar	7
1.5 Metod, perspektiv och material	8
1.6 Forskningsläge	10
1.7 Disposition	11
2. DEN SVENSKA LAGPRÖVNINGEN	12
2.1 Lagrådsgranskningen	12
2.2 Lagprövning enligt 11:14 RF	14
3. DEN TYSKA LAGPRÖVNINGEN	18
4. OM PROPOSITION 2015/16:67 OCH DESS BEREDNING	22
5. ANALYS, DISKUSSION OCH SLUTSATS	27
5.1 Allmänna iakttagelser och jämförelse	27
5.2 Granskning av lag (2015:1073) och dess beredning med tyska regler om lagprövning	28
5.3 Slutsats	32
6. KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	33
6.1 Litteratur	33
6.2 Tryckta källor	33

Summary

This essay concerns the use of judicial preview and review in Sweden and Germany. First, it is presented how judicial preview and review works in each respective system, and then the procedure of the enactment of a law is presented. In the analysis it is discussed how differently the law would've been treated, if Sweden had the same judicial review as in Germany.

The conclusion is that the greatest difference between the systems of judicial review is the lack of a judicial preview in Germany, as well as the lack of an abstract judicial review in Sweden. If Sweden had such an abstract judicial review the law would have been null and void, and the regulation imposed by the government which is supported by the law would not have been able to exist.

Sammanfattning

Den här uppsatsen behandlar lagprövning i för- och efterhand och hur det fungerar i Sverige och Tyskland. Först presenteras de olika nationella systemen, och därefter redogörs det för beredningen av en lag och kritiken av dess remissförfarande. I analysen diskuteras hur situationen hade blivit annorlunda om Sverige haft samma lagprövning som i Tyskland.

Slutsatsen blir att den stora skillnaden mellan ländernas lagprövning är avsaknaden av en förhandsgranskning i Tyskland samt den abstrakta lagprövningen som den tyska författningsdomstolen besitter. Om Sverige haft en sådan abstrakt lagprövning hade lagen förmodligen blivit ogiltigförklarad i efterhand och den förordning som lagen gett stöd till hade inte kunnat meddelas.

Förkortningar

Prop.	Proposition
Bet.	Betänkande
Mot.	Motion
Prot.	Protokoll
RF	Regeringsformen
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
HD	Högsta domstolen
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen

1. Inledning

1.1 Allmänt

Ämnet för denna uppsats är konstitutionell rätt. Mer specifikt handlar den om författningsdomstolar och lagprövning, och hur annorlunda det hade varit i Sverige om vår lagprövning var som den tyska. I den här uppsatsen presenterar jag i tur och ordning den svenska respektive den tyska lagprövningen, för att sedan presentera propositionen om identitetskontroller över Öresund och transportörernas ansvar för dessa, och kritiken av lagens antagande. Slutligen analyserar jag hur propositionen hade behandlats om Sverige haft samma sorts lagprövning som i Tyskland – genom en författningsdomstol med abstrakt lagprövning.

1.2 Syfte

Genom att visa hur det praktiska exemplet jag valt ut hade hanterats om det funnits en författningsdomstol av tysk modell i Sverige, är min förhoppning att visa på de skillnader och likheter som finns mellan ländernas olika metoder för lagprövning och hur annorlunda den svenska lagprövningen hade varit om den varit som den tyska. Syftet med uppsatsen är vidare att bidra till, och skapa underlag för, en diskussion om införandet av en författningsdomstol i Sverige. Uppsatsen i sig är dock inte ämnad att besvara denna fråga.

1.3 Frågeställning

Den frågeställning jag har för avsikt att besvara är:

- Om Sverige haft en författningsdomstol av tysk modell, hade den kommit fram till att lagen var grundlagsstridig?

1.4 Avgränsningar

Det finns flera olika författningsdomstolar i världen, alla med sin unika konstruktion och metod. I den här uppsatsen kommer den fiktiva svenska författningsdomstolen jag konstruerar att vara av tysk modell – med detta menar jag att den kommer ha samma begränsningar, domsrätt och så vidare, som den tyska författningsdomstolen har, men den kommer att förhålla sig till gällande svensk rätt och den svenska rättsordningen.

Frågor om lagprövning, normkontroll och författningsdomstolar väcker flera intressanta sidodiskussioner. Dessa har jag dock försökt undvika då syftet med min uppsats inte berör de ämnena. Ett exempel på en sådan diskussion är huruvida talmannens granskning av lagförslag utgör en lagprövning eller inte.¹

Jag har även avgränsat mig till att endast granska ett verkligt fall. Det exempel jag valt är proposition 2015/16:67 Särskilda åtgärder vid allvarlig fara för den allmänna ordningen eller den inre säkerheten i landet, som väckte stor uppmärksamhet när den kom. Jag har valt det exemplet eftersom det är ett välkänt exempel på en situation där en författningsdomstol kunnat göra skillnad. Den exemplifierar nämligen det vakuum som finns i den svenska lagprövningen, när en lag som kan strida mot grundlagen ändå bifalls av riksdagen och blir gällande.²

Hur den svenska lagprövningen förhåller sig till EU-rätten presenteras i den mån som är relevant, men fokus ligger på den inhemska rätten i Sverige och Tyskland. Denna begränsning har skett av tids- och utrymmesskäl, men även för att min frågeställning kan besvaras utan att aktualisera frågor om EU-

¹ Se SOU 2007:85 s. 15.

² Se SOU 2007:85 s. 57.

rättens inflytande på den svenska lagprövningen. Detsamma gäller för Europakonventionen.

Vidare har jag även avgränsat mig vad gäller mitt perspektiv på området, vilket det står om nedan.

1.5 Metod, perspektiv och material

Min metod har bestått i att ta del av det stora material som finns om normprövning och författningsdomstol, både i form av utredningar och doktrin, för att kunna presentera först den nuvarande svenska normprövningen och sedan hur det fungerar i den tyska författningsdomstolen. Därefter beskriver jag det praktiska fallet jag valt ut, för att i min analys kunna beskriva några avgörande skillnader i ländernas lagprövning innan jag avslutningsvis utvärderar hur en författningsdomstol i Sverige av tysk modell hade dömt i det exemplet jag valt ut.

Mitt val av perspektiv är framförallt ett allmänt kritiskt perspektiv, men även ett komparativt perspektiv. Detta kommer naturligt fram genom mitt val att använda mig av den tyska författningsdomstolen som förebild under min analys.

Överlag kan det sägas att jag använt mig av en traditionell juridisk metod, men jag har som sagt även använt mig av ett par andra metoder.

Genom min användning av offentliga källor, såsom utredningar, riksdagsprotokoll och utskottsbetänkanden samt proposition 2015/16:67 har jag även nyttjat en rättsdogmatisk metod. Denna har jag använt för att identifiera de olika instansernas åsikter kring lagförslaget och dess remisshantering samt hur de argumenterat för sin åsikt. I min analys förhåller jag mig både till de åsikter och argument som faktiskt presenterats

men även mina egna reflektioner. På så sätt är min argumentation fri men förhåller sig också till vad som faktiskt yttrats i frågan.

I den första delen av min analys använder jag mig en komparativ metod då jag visar på de större och tongivande skillnader och likheter som finns mellan den svenska och den tyska lagprövningen.

Jag har valt en egen metod för den andra delen av analysen. Det är en kombination av en komparativ metod och en rättsdogmatisk metod. Det jag presenterar i avsnittet om den tyska författningsdomstolen använder jag i min analys, för att komma fram till vad en författningsdomstol i Sverige med samma lagprövning som i Tyskland hade dömt i det exemplet som jag presenterar. Denna metod är teoretisk och hypotetisk – det är svårt att säga exakt hur det hade gått i verkligheten, men genom att ta stöd i det material som jag samlat in så anser jag mig kunna göra ett kvalificerat uttalande grundat i verkligheten.

Ett perspektiv som mycket väl kunde ha använts är ett rättshistoriskt perspektiv. Jag har dock valt att inte använda mig av ett sådant perspektiv då min uppsats handlar om den gällande rätten och hur den svenska rätten kunnat se ut, inte hur lagprövningen i Sverige och Tyskland utvecklats genom åren.

Det material jag använt mig av har framförallt varit doktrin, men även statliga utredningar har kommit till användning. Doktrinen har varit både svensk och utländsk, och det är denna utländska litteratur jag använt mig av för att lära mig om den tyska författningsdomstolen. Mina kunskaper i tyska är tyvärr inte tillräckliga för att använda mig av tyskspråkiga källor. Utöver de utländska källorna så har jag använt mig av en engelsk översättning av den tyska grundlagen som är tillgänglig via den tyska riksdagens hemsida. Även om det inte är originalversionen så anser jag att den, i kombination

med de källor jag använt mig av, gett mig en korrekt uppfattning om den tyska lagprövningen.

En annan källa jag använt mig flitigt av är SOU 2007:85 *Olika former av normkontroll*. Som en expertgruppsrapport skriven av bland annat professorer, justitieråd och Advokatsamfundets generalsekreterare har jag funnit att den är väldigt väl genomarbetad och en mycket trovärdig källa. Rapporten berör flera ämnen och presenterar bland annat modeller för normkontroll, utreder behovet av en författningsdomstol och redogör för den svenska lagprövningen.³

1.6 Forskningsläge

Det har skrivits och diskuterats om författningsdomstols vara eller icke vara i Sverige under lång tid. Flera motioner har lagts i frågan och den har varit ständigt aktuell.⁴

Det har även skrivits en del om hur den svenska lagprövningen påverkats av att det tidigare uppenbarhetsrequisitet i 11:14 RF tagits bort, däribland ”Stärkta men inte starka, Om svenska domstolars svaga konstitutionella ställning” av Joakim Nergelius.⁵

Stora delar av de resonemangen som handlar om förändringarna i lagprövningen är dock inte användbara här, då det som undersöks endast är den gällande lagprövningen och inte hur den varit ut tidigare.

³ Se SOU 2007:85 s. 3.

⁴ Se SvJT 2009 s. 392.

⁵ Se Nergelius, *Stärkta men inte starka, Om svenska domstolars konstitutionella ställning* s. 36ff.

1.7 Disposition

Min deskriptiva del inleds med att jag går igenom hur den svenska lagprövningen ser ut. Därefter beskrivs den tyska lagprövningen och författningsdomstolen. Den deskriptiva delen avslutas sedan med att jag presenterar propositionen och dess handläggning. I den analyserande delen använder jag mig av det jag presenterat om den svenska respektive den tyska lagprövningen och propositionen för att visa på skillnader och likheter mellan ländernas olika lagprövning, samt för att dra en slutsats om hur en svensk författningsdomstol av tysk modell hade dömt i fråga om propositionens grundlagsstridighet.

2. Den svenska lagprövningen

Den svenska lagprövningen regleras i regeringsformen, RF. I det här kapitlet kommer jag förklara dess två delar och hur den fungerar.

2.1 Lagrådsgranskningen

Den första delen är lagrådsgranskningen. Den finns reglerad i 8:20-22 RF. Enligt 8:21 st. 2 innebär den att ett yttrande från lagrådet ska inhämtas av regeringen, eller riksdagsutskott enligt riksdagsordningen, innan riksdagen beslutar om:

- ”1. grundlag om tryckfriheten eller om motsvarande frihet att yttra sig i ljudradio, television och vissa liknande överföringar, offentliga uppspelningar ur en databas samt tekniska upptagningar,
2. lag om begränsning av rätten att ta del av allmänna handlingar,
3. lag som avses i 2 kap. 14-16 §§, 20 § eller 25 §,
4. lag om behandling av personuppgifter som är helt eller delvis automatiserad,
5. lag om kommunal beskattning eller lag som innebär åligganden för kommunerna,
6. lag som avses i 2 § första stycket 1 eller 2 eller lag som avses i 11 eller 12 kap., eller
7. lag som ändrar eller upphäver en lag enligt 1–6.”

Det framgår dock av 8:21 st. 3 RF att Lagrådets yttrande inte behöver inhämtas om ”Lagrådets granskning skulle sakna betydelse på grund av frågans beskaffenhet eller skulle fördröja lagstiftningsfrågans behandling så att avsevärt men uppkommer”. Området som omfattas av denna

obligatoriska lagrådsgranskning kan sägas utgöra det mesta av lagstiftningsområdet.⁶

8:22 beskriver vad Lagrådet ska granska. Det är:

- ”1. hur förslaget förhåller sig till grundlagarna och rättsordningen i övrigt,
2. hur förslagets föreskrifter förhåller sig till varandra,
3. hur förslaget förhåller sig till rättssäkerhetens krav,
4. om förslaget är utformat så att lagen kan antas tillgodose de syften som har angetts, och
5. vilka problem som kan uppstå vid tillämpningen.”

Lagrådet har ingen makt att stoppa ett lagförslag. Istället uttrycker lagrådet sin kritik och sina förslag på ändringar, men kan inte hindra riksdagen att rösta igenom propositionen – det föreligger ingen stopp- eller vetorätt, inte heller mot lagförslag som Lagrådet anser strida mot grundlagen. Att notera är även den sista meningen i 8:21 st. 3 - ”att Lagrådet inte har hörts över ett lagförslag utgör aldrig hinder mot att lagen tillämpas”. I praktiken har dock Lagrådets yttranden dock en stark sedvanerättslig status, mycket starkare än andra remissorgans yttranden, och generellt sett följer regeringen vad Lagrådet föreslår, särskilt i rent lagtekniska frågor. Vidare talar Lagrådets åsikt om ett lagförslags grundlagsenlighet mycket starkt för att en domstol skulle nå fram till samma slutsats när den gör en bedömning enligt 11:14 – den andra delen av den svenska lagprövningen, vilken jag återkommer till senare.⁷

⁶ Se Strömberg & Lundell, *Sveriges författning* s. 116.

⁷ Se Strömberg & Lundell, *Sveriges författning* s. 117; Nergelius, *Svensk statsrätt*, s. 226ff; SOU 2007:85 s. 14.

Lag (2003:333) om lagrådet beskriver sammansättningen av Lagrådet och hur dess ledamöter utses. Enligt 2 § får ”justitieråd, justitieråd som avgått med ålderspension samt andra lagfarna personer” utnämnas till ledamöter av Lagrådet. Dock kan maximalt sex justitieråd åt gången även vara ledamöter i Lagrådet, enligt 2 § andra meningen. 3-6 §§ reglerar Lagrådets avdelningar. De ska vara 1-5 till antalet enligt 3 §, och 4 § visar att varje avdelning ska bestå av tre ledamöter eller fyra vid handläggning av ett visst ärende om det finns särskilda skäl. 5 § stadgar att varje avdelning ska bestå av tjänstgörande justitieråd från Högsta Domstolen och Högsta förvaltningsdomstolen, som dock kan ersättas med pensionerade justitieråd, och högst en annan lagfaren person. Hur ärendena fördelas mellan avdelningarna regleras av ledamöterna själva enligt 17 §.⁸

Lagrådet kan inte jämföras med en författningsdomstol – Lagrådet är att betrakta som ett inslag av juristrepresentation i lagstiftningsprocessen, inte som ett organ med faktisk makt.⁹

Sammanfattningsvis kan Lagrådsgranskningen ses som den första egentliga lagprövningen under lagstiftningsprocessen, en förhandskontroll.¹⁰

2.2 Lagprövning enligt 11:14 RF

Den andra delen av den svenska lagprövningen framgår av 11:14 RF. Den innebär att en svensk domstol inte ska tillämpa en bestämmelse som den finner stå i strid med grundlagen. Detta gäller även, enligt andra meningen i första stycket, ”om stadgad ordning i något väsentligt hänseende har åsidosatts vid föreskriftens tillkomst”. Vid tillämpning av detta lagrumets första stycke skall det dock, enligt andra stycket, om det gäller prövning av

⁸ Se Strömberg & Lundell, *Sveriges författning* s. 115.

⁹ Se Nergelius, *Svensk statsrätt* s. 224.

¹⁰ Se SOU 2007:85 s. 14f.

en lag, ”särskilt beaktas att riksdagen är folkets främsta företrädare och att grundlag går före lag”.

Detta andra stycke har till syfte att tydligt markera lagar som är grundlagsstridiga inte ska tillämpas. Domstolens beaktande av att riksdagens är folkets främsta företrädare är en koppling till 1:1 RF och är ett uttryck för folksuveränitetsprincipen.¹¹

Lagprövningsrätten är inte centraliserad till en myndighet eller domstol – istället kan och ska samtliga organ som sysslar med rättstillämpning lag- eller normpröva om det aktualiseras. Detta innebär att samtliga svenska domstolar kan lagpröva. Lagprövningsrätten är begränsad såtillvida att lagprövning endast kan ske, när det i ett konkret ärende eller rättsfall är relevant att pröva om lagen eller normen står i strid med högre norm såsom grundlagen.¹²

Om en domstol finner att en lag eller bestämmelse strider mot en högre stående norm, så innebär detta inte att den lägre stående normen blir ogiltig. Det som sker i så fall är att den lägre stående normen inte tillämpas i det konkreta fallet – lagen är alltså fortfarande gällande. Detta gäller även när HD eller HFD finner att en lag inte kan tillämpas.¹³

Enligt 2:19 RF får ”Lag eller annan föreskrift får inte meddelas i strid med Sveriges åtaganden på grund av den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna”, alltså Europakonventionen. Detta innebär att den svenska lagprövningen även omfattar att granska om en lag strider mot Europakonventionens bestämmelser, då detta står i grundlagen. Svenska domstolar kan således

¹¹ Se Nergelius, *Stärkta men inte starka, Om svenska svaga konstitutionella ställning* s. 39f.

¹² Se Nergelius, *Svensk statsrätt* s. 233; Nergelius, *Svensk statsrätt* s. 249.

¹³ Se Nergelius, *Svensk statsrätt* s. 251.

åsidosätta svenska lagar om den finner att de strider mot någon av bestämmelserna i Europakonventionen.¹⁴

Relationen mellan lagprövningen i 11:14 RF och EU-rätten är inte helt självklar, men i de fall då frågan aktualiserats har domstolarna inte sett något konstitutionellt problem – vid konflikt mellan svensk lag och EU-rätt har man helt enkelt inte använt sig av lagprövningen i 11:14, utan istället fallit tillbaka på principen om EU-rättens företräde.¹⁵

En intressant aspekt av domstolarnas lagprövning är huruvida den ska tillämpas ex officio eller inte. I en proposition från 1978 sade regeringen att lagprövningen i princip skulle utövas ex officio, men att detta inte är att betrakta som ett ”normalt led i myndigheternas rättstillämpning”. Vidare sade den att lagprövning endast kan bli aktuellt om någon av parterna uttryckligen åberopar det som grund till ett av sina yrkanden, eller om det finns någon särskild anledning att anta att en normkonflikt finns. Slutligen menade den att det inte föreligger någon ”allmän skyldighet för myndigheterna” att utröna om en bestämmelse står i strid en högre stående norm.¹⁶

Det är oklart hur detta uttalande ska tolkas. Om det inte finns någon allmän skyldighet för en domstol att undersöka om en lag strider mot grundlagen så är det svårt att hävda att lagprövningsrätten ska tillämpas ex officio. Alltså kan det sägas att om det överhuvudtaget är så att domstolarna ska lagpröva ex officio, så är det en prövning som sker under stora undantag.¹⁷

Uppdelningen av lagprövningen i Sverige har gett upphov till en intressant situation, då en lag som Lagrådet finner strider mot grundlagen ändå kan bli

¹⁴ Se SOU 2007:85 s. 26.

¹⁵ Se SOU 2007:85 s. 39.

¹⁶ Se prop. 1978/79:195 s. 40.

¹⁷ Se Nergelius, *Svensk statsrätt* s. 250.

gällande. För att lagen sedan ska kunna åsidosättas krävs det att den blir del av en lagprövning enligt 11:14 RF, vilket innebär att lagen måste prövas i en konkret tvist. Om detta inte sker så kan lagen inte åsidosättas.¹⁸

För att sammanfatta har den svenska lagprövningen alltså två delar – en förhandskontroll av lagförslag, som utförs av Lagrådet, samt en konkret lagprövning som kan utföras av alla domstolar.

¹⁸ Se SOU 2007:85 s. 57.

3. Den tyska lagprövningen

I föregående kapitel förklarade jag den svenska lagprövningen. I detta kapitel kommer jag presentera den tyska lagprövningen och den tyska författningsdomstolen.

I Tyskland har man inrättat en särskild domstol till skydd för enskildas rättigheter enligt grundlagen, för att de till att myndigheterna följer författningen och för att pröva statsrättsliga frågor. Denna domstol heter *Bundesverfassungsgericht*, författningsdomstolen.¹⁹

Författningsdomstolen är separerad från den övriga domstolsordningen. Det är en specialdomstol för konstitutionella frågor och kontroll av lagars grundlagsenlighet. Författningsdomstolen kan, som enda tyska domstol, förklara en lag eller regel i strid med grundlagen och därmed ogiltigförklara den.²⁰

Ärenden kan nå författningsdomstolen på flera olika sätt. Det viktigaste för den enskilde medborgaren är talan om författningsbesvär i Art. 93 st. 1 p. 4A i den tyska grundlagen, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, i fortsättningen GG. Den innebär att var och en som anser att ens rättigheter enligt den tyska grundlagen har kränkts, kan väcka talan hos författningsdomstolen – förutsatt att det är den sista åtgärden som kan vidtas.²¹

¹⁹ Se Nergelius, *Komparativ statsrätt* s. 19.

²⁰ Se Nergelius, *Komparativ statsrätt* s. 19; Jackson & Tushnet, *Comparative constitutional law* s. 110; Goldsworthy, *Interpreting constitutions, a comparative study* s. 172.

²¹ Se Jackson & Tushnet, *Comparative constitutional law* s. 111; Nergelius, *Komparativ statsrätt* s. 19.

Nästa möjlighet är en konkret lagprövning, då en domstol skickar en fråga till författningsdomstolen för att den ska avgöra om den strider med grundlagen enligt Art. 100 st. 1 GG. Detta ska domstolen göra om den själv kommit fram till att så är fallet. Alltså kan även andra domstolar än författningsdomstolen lagpröva, men i det fall att domstolen finner att en lag strider mot grundlagen måste den skicka vidare frågan till författningsdomstolen. Detta kan domstolen göra utan parts åberopande.²²

Utöver den konkreta lagprövningen så finns även abstrakt lagprövning enligt Art. 93 st.1 p. 2 GG. Denna innebär att om förbundsregeringen, en delstatsregering eller en tredjedel av förbundsdagens ledamöter begär det, så skall författningsdomstolen pröva en lags grundlagsenlighet utan att det finns ett faktiskt ärende eller tvist. Lagprövningen innebär ett bindande beslut, med samma rättskraft som en lag. Syftet med den abstrakta lagprövningen är att råda bot på tveksamheter och meningsskiljaktigheter om en lags grundlagsenlighet, och lösa konstitutionella frågor så att de inte förblir oprövade på grund av bristande jurisdiktion eller för att lagen är politiskt kontroversiell. Varje år utfärdas ungefär två till tre beslut efter en abstrakt lagprövning.²³

Författningsdomstolen ska även avgöra frågor som handlar om funktionsfördelningen mellan delstaterna sinsemellan och med federationen samt liknande frågor, som även dessa täcks av Art. 93 i den tyska grundlagen.²⁴

Som tidigare sagt så norm- och lagprövar även de ordinarie domstolarna. Skillnaden består i att endast författningsdomstolen kan ogiltigförklara en

²² Se Nergelius, *Komparativ statsrätt* s. 19; Jackson & Tushnet, *Comparative constitutional law* s. 110; SOU 2007:85 s. 154.

²³ Se Nergelius, *Komparativ statsrätt* s. 19; Goldsworthy, *Interpreting constitutions, a comparative study* s. 174f; Jackson & Tushnet, *Comparative constitutional law* s. 111; Jackson & Tushnet, *Comparative constitutional law* s. 530; SOU 2007:85 s. 153.

²⁴ Se Nergelius, *Komparativ statsrätt* s. 19; SOU 2007:85 s. 153.

lag, vilket innebär att om den ordinarie domstolen är osäker eller finner att en lag strider mot grundlagen så måste den enligt Art. 100 st. 1 GG hänskjuta frågan vidare. Om domstolen finner att lagen inte strider mot grundlagen, så är det fritt fram för den att avgöra ärendet. En intressant sida av den tyska lagprövningen är att författningsdomstolen enligt sin egen praxis endast avgör ärenden som tillkommit sedan 1949, då grundlagen trädde i kraft. Det står således fritt för ordinarie domstolar att avgöra ärenden där den finner att en lag strider mot grundlagen, om denna lägre stående lag antogs innan grundlagen trädde i kraft.²⁵

Domarna i författningsdomstolen utses av till hälften var av förbundsrådet, *Bundesrat*, och förbundsdagen, *Bundestag*, med två tredjedelars majoritet.

Förbundsrådet och förbundsdagen är Tysklands två lagstiftande organ. Förbundsrådet består av representanter från de olika tyska delstaterna. Totalt har förbundsrådet 68 ledamöter och varje delstat har mellan tre till sex röster. Delstatsregeringarna utser en ledamot per röst och antalet röster beror på hur många invånare delstaten har. Förbundsdagen å andra sidan är det nationella och folkvalda parlamentet med 598 ledamöter.²⁶

Bland domarna finns politiker, domare och akademiker, med en absolut majoritet av jurister som domare. 2004 hade 14 av 16 domare i författningsdomstolen arbetat som just domare eller professor i juridik, och endast en hade suttit i ett nationellt parlament. Kravet på två tredjedelars majoritet för att bli vald motverkar även en partipolitisering av författningsdomstolen.²⁷

²⁵ Se SOU 2007:85 s. 155; Goldsworthy, *Interpreting constitutions, a comparative study* s. 175.

²⁶ Se Goldsworthy, *Interpreting constitutions, a comparative study* s. 169.

²⁷ Se Goldsworthy, *Interpreting constitutions, a comparative study* s. 174; SOU 2007:85 s. 152.

Utöver detta måste domarna vara över 40 år gamla, vara valbara till förbundsdagen samt examinerats i juridik, vilket är de vanliga kraven är ett juridiskt ämbete. Vidare kan domarna inte ha något annat jobb vid sidan av författningsdomstolen, bortsett från att vara föreläsare i juridik vid ett tyskt universitet. Även detta skall vara subsidiärt till arbetet som domare.²⁸

De sexton domarna är fördelade i två grupper som kallas senater. I varje senat sitter åtta stycken domare. Domarna väljs för en period på tolv år, och den kan inte upprepas. Alltså kan en domare endast sitta i författningsdomstolen i tolv år.²⁹

Den tyska författningsdomstolen används flitigt. Mellan 1951 och 2005 hanterade den 149 442 ärenden. Den absoluta majoriteten av dessa var författningsbesvär, vilka upptog 96,2% av domstolens ärenden. De ärenden som tillkommit på grund av en abstrakt lagprövning är få till antalet men viktiga för landets politiska utveckling och inte sällan kontroversiella.³⁰

I Tyskland finns ingen förhandskontroll där man kontrollerar om lagförslag är förenliga med grundlagen. Istället sker lagprövningen enbart i efterhand.³¹

Sammanfattningsvis är den tyska lagprövningen mest koncentrerad till författningsdomstolen, som är separat från den ordinarie domstolsordningen. Författningsdomstolen kan hantera ärenden av olika natur; författningsbesvär, konkret normprövning, abstrakt normprövning och tvister om funktionsfördelningen mellan delstaterna och federationen. Tyskland saknar en förhandsgranskning av lagförslag.

²⁸ Se Jackson & Tushnet, *Comparative constitutional law* s. 533.

²⁹ Se Goldsworthy, *Interpreting constitutions, a comparative study* s. 173.

³⁰ Se Goldsworthy, *Interpreting constitutions, a comparative study* s. 176.

³¹ Se Nergelius, *Komparativ statsrätt* s. 19; Goldsworthy, *Interpreting constitutions, a comparative study* s. 176.

4. Om proposition 2015/16:67 och dess beredning

I föregående kapitel har jag redogjort för den svenska och den tyska lagprövningen. I det här kapitlet kommer jag redogöra för införandet av lag (2015:1073) om särskilda åtgärder vid allvarlig fara för den allmänna ordningen eller den inre säkerheten i landet, och lagrådets kritik av propositionen som låg till grund för lagen.

Syftet med lagen var att ge regeringen befogenhet att vidta åtgärder genom förordningar för att hantera det stora antalet asylsökande som kom till Sverige under hösten 2015 och de som kan tänkas komma under den nära framtiden. Det kraftigt ökande antalet asylsökande till Sverige utgjorde, enligt regeringen, ett allvarligt hot mot allmän ordning och inre säkerhet. Boendesituationen, skolan, sjukvården och socialtjänsten pekades särskilt ut som utsatta. Regeringen menar att den akuta situationen som uppstått inte kommer upphöra under en viss tid, på grund av de påfrestningar som det stora antalet asylsökande åsamkat. Därför, menade regeringen, krävdes det ökade möjligheter för den att utlysa förordningar för att skapa en ny reglering på asylrättens område.³²

De åtgärder som lagen skulle tillåta regeringen att vidta var förordningar om införandet av id-kontroller vid inresa till Sverige genom buss, tåg och passagerarfartyg. Kravet på att kontrollera identifikation skulle ligga på transportören. Lagen skulle även bemyndiga regeringen att meddela om sanktionsavgifter för de transportörer som brister i sin kontroll av

³² Se prop. 2015/16:67 s. 7ff.

identifikation. Lagen föreslogs gälla i tre år – från 21 december 2015, till 21 december 2018.³³

Lagrådet delade regeringens åsikt om att situationen var allvarlig, men riktade ändå kritik mot stora delar av propositionen. Först och främst riktade de kritik mot hur propositionen tagits fram, och hur lite tid remissinstanserna fått på sig att inkomma med sina åsikter. Lagrådet menade att lagen inte uppfyllde sitt syfte, då de kriser i världen som orsakat det höga antalet asylsökande kan antas fortgå i många år. I ett sådant läge är det, menade Lagrådet, viktigt att granskningen av lagförslaget sker på ett sådant sätt som 7:2 RF förutsätter.³⁴

7:2 RF behandlar regeringkansliets beredning av ärenden. Innebörden är att vid beredning av ett regeringsärende, så skall berörda myndigheter, kommuner och enskilda inkomma med ”behövliga upplysningar och yttranden”. Lagrådet sade vidare att de som får ett ärende remitterat till sig ska få den tid som behövs för att komma med sina yttranden. Remissinstanserna ska ha en ”reell möjlighet” att kunna analysera ett förslag och överväga det, innan de skickar in ett remissvar.³⁵

Lagrådet menade att propositionen arbetats fram väldigt fort. Flera viktiga remissinstanser saknades helt, däribland Svensk Kollektivtrafik, och av remissyttrandet från Sveriges Bussföretag framgår att de endast haft ett fåtal dagar på sig att svara – lagförslaget nådde dem 30 november, och sista svarsdatum var 2 december. Tidsbristen till trots så lyckades Sveriges Bussföretag inkomma med ett skriftligt yttrande. Detta var inte möjligt för flertalet andra remissinstanser. Skånetrafiken, Myndigheten för samhällsskydd och beredskap, Polismyndighetens identitetskontroller, Tullverket, Trafikverket, Migrationsverket och många fler hann inte med att

³³ Se prop. 2015/16:67 s. 1; prop. 2015/16:67 s. 9.

³⁴ Se prop. 2015/16:67 s. 28.

³⁵ Se prop. 2015/16:67 s. 28; bet. 2012/13:KU20 s. 3.

få fram ett skriftligt yttrande under så kort tid. Istället tvingades olika befattningshavare på de olika remissinstanserna ringa in till anonyma befattningshavare på Näringsdepartementet.³⁶

Sveriges Bussföretag och Lagrådet var överens om att det är omöjligt att utreda alla konsekvenser av propositionen på så kort tid som remissinstanserna haft på sig. Att remissförfarandet delvis skett över telefon är även det något som enligt Lagrådet inger ”betänkligheter”.³⁷

Kritiken av remissförfarandet avslutades med att Lagrådet sade att beredningsunderlaget för lagförslaget inte är tillräckligt. Detta, menade Lagrådet, är ”synnerligen allvarligt” eftersom lagförslaget ligger till grund för en sorts ”undantagstillståndsliknande lagstiftning”. En sådan ingripande lagstiftning medför att det är än viktigare med en grundlig analys av lagförslaget, där man bör beakta rättsstatliga principer. Mot bakgrund av detta avstyrkte Lagrådet lagförslaget.³⁸

Regeringen svarade på Lagrådets kritik angående lagens beredning. Regeringen menade att, även om det saknas reglering om civila kriser i regeringsformen, så finns det en möjlighet att vid en krissituation inte sätta samma vikt vid beredningskravet i 7:2 RF. Detta hittade regeringen stöd för i form av ett betänkande från Konstitutionsutskottet, där det stod att ”beredningskravet inte är lika för alla fall”. I betänkandet stod att detta är baserat på de rutiner som uppkommit under bankkrisen i Sverige 1990-94, den globala finanskrisen 2008-2009 och pandemikrisen 2009, vilket enligt betänkandet visat att rutinerna för krissituationer ger ett visst mått av flexibilitet vad gäller tidsfristen och antalet remissinstanser. Det skall dock alltid vara så att regeringen försöker ge en så lång tidsfrist som möjligt och använda sig av ett lämpligt antal remissinstanser. Regeringen menade att om

³⁶ Se prop. 2015/16:67 s. 28.

³⁷ Se prop. 2015/16:67 s. 28.

³⁸ Se prop. 2015/16:67 s. 28f.

det är brådskande så kan tidsfristen för remissinstanser att inkomma med sina yttranden minskas drastiskt. Med tanke på den krissituation som regeringen ansåg existerade så kunde regeringen helt enkelt använda sig av den möjlighet de ansåg fanns.³⁹

En av motionerna som yrkade på avslag för propositionen yttrade stark kritik mot beredningsarbetet. I sin motion skrev riksdagsledamot Johan Hedin (C) med flera att de delade Lagrådets och Justitiekanslerns kritik av ärendets beredning. De ansåg att ett tillfredsställande beredningsarbete är av sådan vikt att det är en ”grundstomme för Sveriges lagstiftningsprocess” och, då det till stor del skett muntligt och under så kort tid, att remissförfarandet inte kunde anses tillräckligt för att uppfylla kravet i 7:2 RF.⁴⁰

Justitieutskottet tog upp ärendet, och utskottets förslag blev att bifalla regeringens proposition.⁴¹

Justitieutskottet diskuterade remissförfarandet i sitt betänkande. De menade att regeringsformen är vag vad gäller regler kring regeringens arbete för att dess arbete ska vara flexibelt och för att underlätta att arbetet anpassas efter nya omständigheter. 7:2 RF innebär ett remisstvång, men hur det formellt ska gå till är inte stadgat i grundlagen. I praktiken sker det oftast skriftligt, och det ansåg utskottet att det bör göra, men precis som regeringen så hänvisade utskottet till Konstitutionsutskottets betänkande där de gör gällande att förfarandet inte behöver vara likadant i alla fall. De så kallade remissmöten, alltså telefonsamtalen mellan Näringsdepartementet och remissinstanserna, förekommer ibland och enligt Justitieutskottet var detta inte något som stred mot remisstvånget. Enligt utskottet har remissförfarandet levt upp till kraven i 7:2 RF, och fann inga formella

³⁹ Se prop. 2015/16:67 s. 6; bet. 2009/10:KU10 s. 76f.

⁴⁰ Se mot. 2015/16:3282 s. 6ff.

⁴¹ Se bet. 2015/16:JuU24 s. 1.

hinder mot att det skriftliga remissförfarandet i undantagsfall kan åsidosättas för ett snabbare tillvägagångssätt.⁴²

Riksdagen biföll justitieutskottets förslag att rösta för propositionen vid votering den 17 december 2015. Röstsiffrorna var 175 för utskottets förslag, 39 emot. Samtidigt avstod 117 ledamöter från att rösta och 18 var frånvarande.⁴³ Lagen låg till grund för förordning (2015:1074) som införde tillfälliga identitetskontroller över Öresund för bussar, tåg och passagerarfartyg. Förordningen trädde i kraft 18 december 2015.

⁴² Se bet. 2015/16:JuU24 s. 11f.

⁴³ Se prot. 2015/16:48 s. 77.

5. Analys, diskussion och slutsats

Tidigare i uppsatsen har jag förklarat och redogjort för både den svenska och den tyska lagprövningen, samt redovisat hur en lags förfarande potentiellt stridit mot regeringsformen men ändå blivit gällande lag och bifallits av riksdagen. I min analys kommer jag först att notera vissa skillnader och likheter mellan ländernas olika lagprövning, för att sedan besvara min frågeställning – hade en författningsdomstol av tysk modell i Sverige funnit att lagen stred mot grundlagen?

5.1 Allmänna iakttagelser och jämförelse

Den största skillnaden mellan det svenska respektive systemet är den tydligare koncentrationen av lagprövningen i Tyskland. Även om samtliga domstolar kan och ska lagpröva, så är det författningsdomstolen enbart som kan ogiltigförklara en lag. I Sverige kan dock varje enskild domstol åsidosätta en svensk lag om den finner den i strid mot grundlagen. Detta är å ena sidan en tydligare förskjutning av lagprövning till enskilda domstolar, men å andra sidan är det inte självklart att lagprövningen i praktiken sker där. Dels har vi Lagrådet, vars granskning i förhand ger ett visst mått av inflytande över lagstiftningsprocessen och därmed minskar risken att en lag kommer vara oförenlig med grundlagen, men det är även inte självklart om lagprövningen i domstol ska ske ex officio eller inte. Eftersom det är svårt att säga hur läget egentligen är så kan det innebära att en domstol inte gör en lagprövning ex officio även när den märkt att det finns skäl att göra det. I min mening känns det orimligt att en lagprövning enbart skulle ske på parternas begäran, men uttalandet från propositionen är otydligt och det kan inte uteslutas att det är menat att endast ske en lagprövning på grund av en parts yrkande. Om domstolarna själva upplever att lagprövning inte kan ske

ex officio så är det också mindre troligt att någon lagprövning sker, även om det skulle vara relevant i målet.

I Tyskland är det däremot tydligt att lagprövningen skall ske ex officio. Detta torde ge upphov till en starkare lagprövning som sker mer regelbundet. Mot bakgrund av detta är det logiskt att endast författningsdomstolen kan ogiltigförklara en lag då lagprövning sker oftare.

Avsaknaden av en förhandsgranskning av lagförslag i Tyskland ska ses i ljuset av den starka rollen som författningsdomstolen har. Eftersom lagprövningen är starkare och mer utpräglad finns det inte samma behov av en förhandsgranskning för att se till att lagarna håller en adekvat nivå.

5.2 Granskning av lag (2015:1073) och dess beredning med tyska regler om lagprövning

Frågan här handlar alltså om huruvida remissförfarandet för lag (2015:1073) om särskilda åtgärder vid allvarlig fara för den allmänna ordningen eller den inre säkerheten i landet varit såpass undermåligt att det stridit mot 7:2 RF. Även om kritik riktats mot beredningen av Lagrådet så är frågan inte helt klar, framförallt med tanke på Justitieutskottets betänkande.

I Sverige har vi som sagt endast en konkret normprövning och Lagrådet saknar möjlighet att hindra en lag från att träda i kraft. Eftersom det saknas ett konkret fall där lagen kan prövas, så är den gällande och kan inte åsidosättas. I Tyskland, däremot, finns den tidigare nämnda abstrakta normprövningen, som innebär att författningsdomstolen kan granska en lag utan att det finns ett faktiskt ärende eller tvist.

Det första som bör sägas är att lagen inte hade stoppats från att träda i kraft även med lagprövning enligt tysk modell. Då Tyskland saknar en förhandsgranskning av lagförslag så hade den första möjligheten till lagprövning uppstått först när lagen stiftats.

För att författningsdomstolen ska granska en lag så ska det ske på begäran av förbundsregeringen, en delstatsregering eller en tredjedel av förbundsdagens ledamöter. Någon motsvarighet till en delstatsregering har vi inte i Sverige, och eftersom regeringen var de som lade propositionen i första taget, känns det därför föga troligt att de själva skulle be en författningsdomstol att granska sin egen lag. Dock, med hänsyn till den stora mängden av riksdagsledamöter som avstod från att rösta, samt den väldigt starka kritiken från både politiker och Lagrådet, så finns det en stor chans att om det funnits en möjlighet att hänvisa frågan om en lags grundlagsenlighet till en författningsdomstol, så hade en tredjedel av riksdagen stått bakom ett sådant beslut.

Det är alltså troligt att om möjligheten fanns, så hade lagen hänvisats till en författningsdomstol för att granska dess grundlagsenlighet. Vad hade domstolen i så fall kommit fram till?

Justitieutskottet fann att beredningen inte stridit mot remisstvångets bestämmelser i 7:2 RF. Å ena sidan är det naturligt att det finns möjligheter till snabbare förfaranden om det krävs, men frågan är om lagens beredning lever upp ens till de lägre krav som man kan ställa när det råder en krissituation. Man kan även vända på tanken – om det är en krissituation, och lagstiftningen är att betrakta som undantagstillståndslignande, borde inte kraven på beredningen vara starkare än om det inte är en krissituation? Förvisso kan en kris göra att det finns ett stort behov av att stifta nya lagar fort, men lagens innehåll är samtidigt av sådan natur att det inte borde vara

så lätt att undvika en grundläggande och omfattande analys av dess verkningar och konsekvenser.

Det finns en möjlighet för regeringen att underlåta att skicka ett lagförslag på lagrådsremiss enligt 8:21 st. 3 RF, om ärendet är så pass brådskande att lagrådets granskning skulle innebära att lagstiftningsfrågans behandling försenades så att ”avsevärt men” skulle uppkomma. Här finns alltså en möjlighet för flexibilitet vid en krissituation – en flexibilitet som dock inte återfinns i 7:2 RF. Den har inget uttryckligt undantag. Det ska även poängteras att trots regeringens skyndsamma behandling av lagen så har den ändå inte funnit att avsevärt men skulle uppkomma på grund av lagrådsgranskningens försenande av processen. Om regeringen inte anser att ärendet är så brådskande att det uttryckliga undantaget i 8:21 st. 3 RF kan användas, så är det märkligt att remissförfarandet ändå varit så hastigt och avvikit så kraftigt från rutinerna. Istället för att använda den möjlighet som finns för lagrådsgranskningen har de använt sig av betydligt mer otydliga källor till stöd för hur förfarandet gick till. Regeringsformen måste ses som en bättre källa till stöd för att snabba på ett förfarande jämfört med betänkanden från Konstitutionsutskottet.

I min mening finns det stort fog för att en svensk författningsdomstol hade funnit lagens beredning i strid med regeringsformen, och därmed ogiltigförklarat den. Till grund för detta lägger jag Lagrådets yttrande om att det var ”synnerligen allvarligt” att beredningen för ”undantagstillståndslignande lagstiftning” inte hade skett ordentligt, med längre remisstid och fler remissinstanser. Sådana ordalag är i min mening att betrakta som väldigt stark kritik från Lagrådet, trots att de delar regeringens åsikt att situationen är allvarlig, ändå avstyrker lagförslaget visar vilken vikt Lagrådet lagt vid att beredningen av sådan lagstiftning ska vara av hög kvalitet.

Även om Justitieutskottet inte ansåg att förfarandet var bristfälligt så är utskottets ledamöter politiker, och inte jurister. Då Lagrådets ledamöter till allra största grad är nuvarande eller före detta justitieråd så finns det stor anledning att tro att deras åsikter speglar vad en domstol hade kommit fram till. Som sagt så är det inte enbart jurister som är domare i *Bundeverfassungsgericht*, och om Sverige hade haft en domstol med samma utformning som i Tyskland, så hade naturligtvis inte heller den endast bestått av jurister. Dock är författningsdomstolen i Tyskland tydligt mer juridisk än politisk, vilket den stora majoriteten av domare med juridisk arbetsbakgrund visar på. Lagen hade alltså troligen blivit ogiltigförklarad.

Den brist i den nuvarande svenska lagprövningen som innebär att en lag som Lagrådet finner i strid mot grundlagen ändå kan bli gällande, och endast åsidosätts i en faktisk tvist, demonstreras väldigt tydligt i det här fallet. Att en lag som potentiellt strider mot grundlagen ohindrat och oprövat kan träda i kraft är i min mening djupt problematiskt. Även i Tyskland hade detta skett, men skillnaden är att med tysk lagprövning så hade det varit möjligt att pröva frågan i en abstrakt lagprövning och därmed ogiltigförklara den, eller låta den vara gällande om den mot förmodan inte stridit mot remisstvånget. I Sverige finns inte den möjligheten. Lagen är fortsatt gällande och kommer troligtvis inte att prövas i en lagprövning enligt 11:14.

Att det saknas möjlighet att hindra lagar från att träda i kraft när de eventuellt strider mot grundlagen ser jag som en stor brist i den svenska rättsstaten. Att det inte är möjligt med en abstrakt lagprövning i efterhand är en lika stor brist. Med lag (2015:1073) om särskilda åtgärder vid allvarlig fara för den allmänna ordningen eller den inre säkerheten som ett praktiskt exempel blir det tydligt att det inte bara teoretiskt, utan även reellt, att Sverige har gällande lagar som kan bryta mot regeringsformen utan något sätt att pröva det.

Om Sverige bör införa en författningsdomstol eller inte är en fråga som inte ska besvaras i det här arbetet. Syftet har aldrig varit att komma med ett svar på den frågan, utan endast bidra till diskussionen och utgöra underlag för fortsatt diskussion. Dock är det uppenbart för mig att en författningsdomstol i det här specifika fallet hade inneburit en stark och positiv påverkan för Sverige som rättsstat.

5.3 Slutsats

En författningsdomstol av tysk modell i Sverige hade kommit fram till att lag (2015:1073) om särskilda åtgärder vid allvarlig fara för den allmänna ordningen eller den inre säkerheten haft en beredning som inte levde upp till kraven som kan ställas på ett remissförfarande enligt 7:2 RF. Införandet av en författningsdomstol hade inneburit en stor skillnad – med en möjlighet till abstrakt lagprövning hade lagen kunnat ogiltigförklaras, vilket hade lett till att förordningen som regeringen utfäste med stöd av lagen inte hade kunnat meddelas.

6. Käll- och litteraturförteckning

6.1 Litteratur

Eka, Anders, *Grundlagsutredningen, domstolarna och normkontrollen*, Svensk Juristtidning 2009 s. 382.

Goldsworthy, Jeffrey, *Interpreting constitutions, a comparative study*, 1:a upplagan, Oxford University Press, 2006.

Jackson, Vicki C. & Tushnet, Mark, *Comparative constitutional law*, 2:a upplagan, Foundation Press, 2006.

Nergelius, Joakim, *Svensk statsrätt*, 3:e upplagan, Studentlitteratur, 2014.

Nergelius, Joakim, *Stärkta men inte starka, Om svenska domstolars svaga konstitutionella ställning*, 1:a upplagan, Timbro, 2011.

Nergelius, Joakim, *Komparativ statsrätt*, 8:e upplagan, Juristförlaget i Lund, 2012.

Strömberg, Håkan & Lundell, Bengt, *Sveriges författning*, 22:a upplagan, Studentlitteratur, 2015.

6.2 Tryckta källor

Offentligt tryck

Utskottsbetänkanden

Justitieutskottets betänkande 2015/16:JuU24.

Konstitutionsutskottets betänkande 2009/10:KU10 Granskning av statsrådets tjänsteutövning och regeringsärendenas handläggning.

Konstitutionsutskottets betänkande 2012/13:KU20 Granskningsbetänkande.

Övrigt riksdagstryck

Motion till riksdagen 2015/16:3282 av Johan Hedin m.fl. (C) med anledning av prop. 2015/16:67 Särskilda åtgärder vid allvarlig fara för den allmänna ordningen eller den inre säkerheten i landet.

Protokoll 2015/16:48 Torsdagen den 17 december.

Propositioner

Proposition 1978/79:195 om förstärkt skydd för fri- och rättigheter m.m.

Proposition 2015/16:67 Särskilda åtgärder vid allvarlig fara för den allmänna ordningen eller den inre säkerheten i landet.

Utredningsbetänkanden

SOU 2007:85 *Olika former av normkontroll.*