

Joakim Nergelius

Domstolarnas lag- och normprövningsrätt i ett (annorlunda) historiskt perspektiv

Svenska domstolars och myndigheters lag- och normprövningsrätt blev förvisso inte grundlagsfäst förrän 1979, då den infördes i Regeringsformen (RF) 11:14. Den svenska lagprövningsrättens historia är emellertid betydligt äldre än så.¹ Nedan ska först äldre doktrin och praxis och sedan förarbeten kring eller om denna praxis behandlas, varefter presentationen övergår till att behandla praxis från perioden efter 2010, när det gamla s.k. uppenbarhetskravet i 11:14 avskaffades. Slutligen ställs den måhända något spekulativa men intressanta frågan hur framtidens (rätts)historiker kan komma att se på den något mer domstolsaktivistiska perioden från 2010 fram till nu.

Doktrin och praxis fram till 1964

Den normprövningsrätt som svenska domstolar och myndigheter sedan lång tid anses ha kan, som framgår nedan, i mycket hög grad beskrivas som *decentraliserad*.² Dels tillkommer den inte bara alla domstolar, utan

¹ För en komprimerad men fyllig genomgång i ämnet kan här hänvisas till Nils Stjernquist, "Maktdelning och lagprövning – en blick bakåt", i: Torgny Håstad & Leif Lewin (red.), *Politik och Juridik: grundlagen inför 2000-talet* (Uppsala: Iustus, 1999), s. 69–82. Därutöver hänvisas allmänt till Martin Sunnqvist, *Konstitutionellt kritiskt dömande – Förändringen av nordiska domares attityder under två sekel* (Stockholm: Jure, 2014) samt för perioden 1955–1966 Uta Bindreiter, *Lagprövningsdebatten 1955–1966. I skärningsfältet mellan juridik och politik* (Lund: Studentlitteratur, 2009).

² Här används omväxlande termerna lagprövningsrätt och normprövningsrätt, varvid

samtliga domstolar och myndigheter³, dels omfattar den inte bara lagars eller lägre normers förenlighet med grundlagen utan samtliga normers formella och materiella förenlighet med normer av högre rang. Något annat sätt att utöva normkontrollen, t.ex. genom en författningsdomstol, har egentligen aldrig övervägts som ett seriöst alternativ i svensk rätt. Tanken på införande av en författningsdomstol har vid ett flertal tillfällen avfärdats i grundlagsförarbeten och utredningar som behandlat rättighetsskyddet, bl.a. med motiveringen att en sådan vore främmande för "svensk konstitutionell tradition".⁴ Grundlagsutredningens (GLU:s) expertrapport från 2007 behandlade konsekvenserna av inrättandet av en författningsdomstol mer förutsättningslöst⁵, men inte heller detta förslag togs riktigt på allvar i GLU:s fortsatta arbete.

Domstolarnas lag- eller normprövningsrätt, som inte nämndes alls i 1809 års RF, blev först långt in på 1900-talet, genom den riktning rättspraxis tog, erkänd i doktrinen. Frågan om domstolarnas normprövningsrätt började dock diskuteras redan under 1880-talet, då till att börja med Naumann och Blomberg uttalade sig till stöd för en tämligen vidsträckt normprövningsrätt.⁶ Det var emellertid först under början av 1900-talet

normprövningsrätt givetvis är det vidare begreppet. RF 11:14 nämner bara att "föreskrift" som står i strid med grundlag eller annan överordnad författning inte får tillämpas. Häri inkluderas författningar och normer av alla slag, från lagar och neråt i normhierarkin. Normprövning är därför egentligen ett korrektare uttryck än lagprövning (jfr Erik Holmberg m.fl., *Grundlagarna* (Stockholm: Norstedts Juridik, 2012), s. 397 och Håkan Strömberg, "Normprövning i nyare rättspraxis", FT 1988 s. 121 samt "Ett rättsfall om prövning av ett regeringsbesluts lagenlighet", JT 1993–94 s. 366 f.).

³ Se RF 12:10.

⁴ Se SOU 1963:17 s. 156, prop. 1975/76:209 s. 91, SOU 1978:34 s. 109, prop. 1978/79:195 s. 41, KU 1984/85:5, 1985/86:5 och 1986/87:17, SOU 1987:6 s. 253–58 och SOU 1993:40 s. 227 f. Detta argument kan antingen syfta på det enligt lagstiftaren icke önskvärda i att politisk makt förs över till icke-politiska organ, eller på att den i och för sig godtagbara lagprövningsrätten precis som hittills ska kunna utövas av samtliga domstolar och myndigheter, inte av ett enkom för detta ändamål tillskapat organ. Vilken variant av argumentet som åsyftas är inte alltid alldeles klart.

⁵ Se SOU 2007:85 Olika former av normkontroll.

⁶ Se närmare om denna tidiga doktrin (Naumann menade att domstolarna hade rätt att åsidosätta sådan författning som hade beslutats av konungen ensam, medan Blomberg hävdade att lagprövningsrätten även omfattade lagar som beslutats av konungen och riksdagen gemensamt) Jörgen Westerståhl, "Frågan om domstolarnas judiciella lagprövningsrätt", i SOU 1941:20 bilaga 3 s. 114 ff. samt Halvar G. F. Sundberg, "Domstolarnas befogenhet att åsidosätta grundlagsstrida lagar", Statsvetenskaplig tidskrift (StvT) 1930 s. 364 f.

som diskussionen kom att bli livlig, samtidigt som rättspraxis började utvecklas. Ännu i början av 1960-talet kunde frågan huruvida normprövningsrätten överhuvudtaget alls existerade ge upphov till ilsken rättsvetenskaplig polemik, vilket är märkligt eftersom denna fråga då debatterats i cirka etthundratrettio år.

Ett viktigt och intressant inlägg i debatten gjordes 1918 av C.A. Reuterskiöld, som var den kanske förste att anföra rena maktdelningsargument till stöd för domstolarnas lagprövningsrätt. Enligt Reuterskiöld innebar nämligen 1909 års grundlagsreform – då kungen förlorade sina endast en gång utnyttjade två röster i HD, samtidigt som HD:s laggranskningsrätt överfördes till Lagrådet – i förening med parlamentarismens framväxt att grundsatsen i 1809 års RF, balansen mellan statsmaktens högsta organ, hade rubbats. Denna balans kunde dock återställas om domstolarna själva tillerkände sig den lagprövningsrätt eller ”all nödig makt” som behövdes för att de skulle kunna upprätthålla den lagbundna frihet som grundlagarna velat skapa.⁷ Någon grundlagsändring var således inte nödvändig. I samma anda och med liknande argument kritiserade Sundberg 1930 de förslag som förekommit i äldre doktrin om att domstolarna hade rätt att åsidosätta vissa typer av regler men inte andra, respektive att lagprövningsrätt fanns vid viss slags oförenlighet med grundlagen men inte i andra fall; någon anledning att göra åtskillnad mellan olika grundlagsregler eller normkonflikter fanns enligt Sundberg inte.⁸ Reformerna 1909 hade enligt honom medfört en maktkoncentration till riksdagen, men samtidigt gjort domstolarna i reell mening självständiga från kung och riksdag, varför det inte kunde strida mot RF att ”bevara dualismen genom att låta domstolarna vara den självständiga statsmakt, som ska övervaka grundlagarnas efterlevnad och sålunda övertaga rollen av folkfrihetens väktare.” Detta var således en slags maktdelningsargument. Vidare var Reuterskiölds och Sundbergs pläderingar för lagprövningsrätt utpräglade de lege (eller de sententia) ferenda-resonemang.⁹ Båda såg en utvidgad lagprövningsrätt som det bästa – eller rent av

⁷ C.A. Reuterskiöld, ”Vår rättsordnings omvandling”, StvT 1918 s. 69–97. Jfr s. 96 f.: ”Ju mera statsskicket demokratiseras, ju mera K.M:t i statsrådet blir ett rent verktyg för riksdagsdemokratien ... desto skarpare framträder behovet av någon annan självständig och kontrollerande makt i det svenska samhället vid demokratiens sida. Den enda makt, som här kan komma i fråga, är just domstolarna. Och ju förr domstolarna bliva varse och inse denna sin uppgift och ställning, desto bättre för Sveriges gamla rättsordning.”

⁸ Sundberg, a.a. s. 367 ff.

⁹ Se beträffande Reuterskiöld härvidlag Stig Jägerskiöld, ”Om domstols lagprövningsrätt”, StvT 1964 s. 11 och för en närmare analys av det nya i Sundbergs resonemang i förhållande till äldre doktrin Westerståhl, a.a. s. 119 ff.

enda – sättet att värna vissa väsentliga värden. Den maktindelning som de menade att dåvarande RF gav uttryck för var dock på intet sätt oomstridd.¹⁰

När Sundberg presenterade sina teser 1930 hade dock en viss lagprövningspraxis börjat utvecklas, även om domstolarna till en början var mycket försiktiga och närmast trevade sig fram.¹¹

Viktigast av dessa tidiga fall är kanske NJA 1934 s. 515, där saken gällde en kommendörkapten i flottan, Lübeck, som 1926 utnämnts till kommendör vid flygvapnet, med förpliktelse att underkasta sig en kunglig kungörelse från 1926 om anställningsförhållanden i flygvapnet. År 1932 blev Lübeck mot sin vilja men i enlighet med nämnda kungörelse återtransporterad till flottan. Eftersom han då uppnått inom flottan gällande pensionsålder erhöll han samtidigt avsked därifrån. Lübeck stämde kronan och menade att förflyttningen stred mot § 36 i 1809 års RF. Underinstanserna gick på hans linje, men HD konstaterade att bestämmelserna i kungörelsen inte stred mot § 36.

Detta senare mål kan ses som något av en normprövningsrättens milstolpe och med Petréns ord sägas innebära ett "omslag", genom att det här uttryckligen framgick att HD prövade om en kunglig kungörelse var materiellt förenlig med 1809 års RF. Därefter rädde inget tvivel om domstolars rätt att pröva i vart fall administrativa författningars förenlighet med normer av högre rang.¹²

Två intressanta HD-avgöranden, som i hög grad förebådar den fortsatta utvecklingen, kom 1948 respektive 1951.

¹⁰ Till stöd för resonemanget återopades inte sällan KU:s av Järta vid upprättandet av 1809 års RF författade memorial, där det sägs att utskottet sökt bilda en styrande och en lagstiftande makt samt "en domare makt, självständig under lagarna men ej självhärskande över dem". Vidare förklaras att KU sökt rikta dessa makter till inbördes bevakning, "utan att lämna den återhållande något av den återhållnas verkningförmåga"; se KU 1809/10:1 s. 6–7. Argumentationen skulle f.ö. återkomma i RÅ:s och Svea hovrätts remissyttranden över FU:s diskussion om normprövningsrätten, se SOU 1965:2 s. 64 f. Mot resonemanget kan bl.a. invändas att dessa principer kom till mycket svagt uttryck i själva grundlagstexten; jfr Westerståhl, a.a. s. 121. Se även Jägerskiöld, a.a. s. 12 ff. och Östen Undén, "Några ord om domstolskontroll över lagars grundlagsenlighet", SvJT 1956 s. 261, med kritik mot resonemanget.

¹¹ Se närmare bl.a. Joakim Nergelius, *Konstitutionellt rättighetsskydd – Svensk rätt i ett komparativt perspektiv* (Stockholm: Fritze, 1996), s. 663 f.

¹² Petréns, a.a. s. 506, jfr även Jägerskiöld, a.a. s. 18 och Lavin, a.a. s. 22.

I NJA 1948 s. 188 var bakgrunden att regeringen i reglerna om rätt att driva apoteksnäring, de s.k. apoteksprivilegierna, intagit förbehåll om avgiftsskyldighet för apoteksinnehavare, avseende dels pensionering av den farmaceutiska personalen, dels skapande av en fond för – förbilligande – prisreglering av läkemedlen. En apotekares dödsbo gjorde gällande att den senare delen av avgiften utgjorde en skatt och därför endast kunde ha beslutats av riksdagen.¹³ Enligt de lägre instanserna hade dödsboet "icke fog" för sin uppfattning, varför käromålet inte kunde bifallas. Nedre justitierevisionen hemställde att hovrättens domslut skulle fastställas "(E)när det icke är uppenbart, att K.M. överskridit sin grundlagsenliga befogenhet genom att utan riksdagens medgivande utfärda de i målet ifrågavarande avgiftsbestämmelserna, samt vid sådant förhållande domstol icke äger åsidosätta nämnda bestämmelser." Här antydde således, sannolikt för första gången, möjligheten att ett uppenbart fel måste föreligga för att en författning ska kunna åsidosättas som grundlagsstridig. HD biföll dock inte betänkandet utan nöjde sig med att fastställa hovrättens domslut.

1951 års avgörande, NJA 1951 s. 39, gällde den mycket omdiskuterade kvarlåtenskapsskatten, som införts 1947. I två fall besvarade sig tämligen välbärgade dödsbon mot skatten och gjorde gällande att denna inte var en skatt utan innebar konfiskation och därför stred mot § 16 GRF. Dessutom hävdades, i det ena fallet, att lagen tillkommit i grundlagsstridiga former. Göta HovR nöjde sig i det ena fallet med att konstatera att det var fråga om en statlig beskattning, som tillkommit i den ordning RF stadgade, medan Svea HovR, som – f.ö. i likhet med Göta HovR – i ett remissyttrande över den föreslagna skatten funnit att denna var grundlagsstridig nu uttalade sig på följande sätt om lagprövningsrätten: "Väl tillkommer domstol rätt att pröva, huruvida en författning med avseende å innehållet *eller* (min kursivering) sättet för dess tillkomst är grundlagsenlig, men denna prövningsrätt måste anses vara begränsad sålunda att domstolen ej annat än i uppenbara fall äger åsidosätta författningen såsom grundlagsstridig ... Vid övervägande av förordningens innehåll och vad förekommit i samband med dess tillkomst kan HovR:n icke finna uppenbart, att riksdagen med antagandet av förordningen överskridit sin enligt § 57 regeringsformen tillkommande beskattningsrätt." HD var försiktigare och följde Göta hovrätts linje (vilken dock måste tolkas som att normprövningsrättens existens erkändes).

¹³ Jfr § 57 st. 1 i 1809 års RF: "Svenska folkets urgamla rätt att sig beskatta utövas av Riksdagen allena."

Det är i dessa avgöranden det s.k. uppenbarhetskravet i RF 11:14 i dess lydelse från 1979 till 2010 hade sitt ursprung.¹⁴ Vad gäller Svea hovrätts uttalande i 1951 års fall kan särskilt uppmärksammas att ingen åtskillnad där görs mellan formell och materiell lagprövning; bägge formerna finns enligt hovrätten, och uppenbarhetskravet äger motsvarande tillämpning i bägge fallen.¹⁵

Särskilt i ljust av att HD 1954 i ett plenumavgörande (NJA 1954 s. 532) åsidosatte en kunglig kungörelse, grundad på ett riksdagsbeslut, måste en normprövningsrätt för domstolarna vid denna tidpunkt sägas ha existerat. Icke desto mindre ifrågasattes detta 1956 av Östen Undén, varvid en livlig polemik utvecklades mellan honom och Gustaf Petrén.¹⁶ Undén framhöll att domstolarna ännu inte hade åsidosatt någon (lag) bestämmelse på grund av bristande grundlagsenlighet. Detta var visserligen sant, men överskuggade för Undén uppenbarligen det faktum att domstolarna funnit sig oförhindrade att pröva olika reglers – utom lagars – grundlagsenlighet. Petrén pekade på detta faktum och menade att det inte fanns någon anledning att anta att domstolarna när frågan aktualiserades skulle komma att göra någon åtskillnad mellan författningar av olika slag, utan att domstolarna ägde pröva även lagars förenlighet med grundlagen.

¹⁴ Ett annat avgörande från GRF:s tid där ett uppenbarhetskrav iaktogs, denna gång av HD, var NJA 1961 s. 253, som gällde ett i valutaförordningen meddelat förbuds (o)förenlighet med valutalagen. HD godtog inte den tilltalades invändning härom, eftersom det inte kunde anses uppenbart att stöd i valutalagen saknades för förbudets tillämpning i det aktuella fallet.

¹⁵ Intressant är också att Svea hovrätt egentligen inte retirerade från sitt tidigare remissyttrande om att kvarlätenskapsskatten var grundlagsstridig. Efter att ha refererat till kritiska remissyttranden och en livlig riksdagsdebatt om förslaget grundlagsenlighet konstaterade emellertid hovrätten smält uppgivet att riksdagen trots allt antog förslaget och att Kungl. Maj:t sedan i överensstämmelse med riksdagens beslut utfärdade förordningen om kvarlätenskapsskatt. Därefter kommer så hovrättens slutsats, dvs. att det inte är uppenbart att riksdagen genom antagandet av förordningen överskridit sin beskattningsrätt. Uppenbarligen menade Svea hovrätt här att det krävdes mer för att konstatera att en bestämmelse var grundlagsstridig i en normprövningssituation än för att uttala sig på detta sätt i ett remissyttrande, vilket är ett symptomatiskt uttryck för den återhållsamhet som svenska domstolar alltid visat i norm- eller åtminstone lagprövningssammanhang.

¹⁶ Se SvJT 1956, Undén på s. 260–263 och Petrén på s. 500–509. Undén var i sin genomgång av praxis betänkligt selektiv och nämnde varken NJA 1934 s. 515 eller 1948 s. 188. I genomgången av hovrättens dom i NJA 1951 s. 39 nämner han bara att Svea HovR inte upprätthöll sin hårda linje från 1947 års remissyttrande, men icke de formuleringar i domen vilka visar att en lagprövning faktiskt ägde rum. Jfr Bindreiter, a.a.

På denna punkt skulle Petrén bli sannspådd.¹⁷ I NJA 1964 s. 471 prövade nämligen både hovrätten och HD om den s.k. butiksstängningslagen stred mot 1809 års RF (vilket de inte fann vara fallet).

Målet gällde om förbudet i 1948 års butiksstängningslag för affärer och butiker att hålla söndagsöppet stred mot dåvarande RF. En konditor åtalades vid Göteborgs RR för att ha haft öppet på söndagar, trots att detta inte medgavs av butiksstängningslagen och undantag från lagens regler saknades i kommunala bestämmelser. Ansvarsfrågan var avhängig bedömningen av om det fanns någon servering i egentlig bemärkelse inom butikens väggar. Konditorn frikändes av RR, varvid målet överklagades till Hovrätten för Västra Sverige. Inför Hovrätten gjorde konditorn gällande att utformningen av butiksstängningslagen, som gav Arbetarskyddsstyrelsen rätt att avgöra om en servering verkligen fanns och därmed om brott begåtts, stred mot RF. Hovrätten uttalade att denna ”anordning”, som Lagrådet vid sin granskning av lagen lämnat utan erinran, inte stred mot grundlag och att konditors invändning härom saknade fog. Denne dömdes till trettio dagsböter. HD fastställde hovrättens domslut på de av hovrätten anförda skälen ”och enär icke i målet förekommit något förhållande, som föranleder till att de av arbetarskyddsstyrelsen meddelade besluten om butiksstängningslagens tillämpning å den av Lindgren bedrivna rörelsen icke skulle kunna läggas till grund för dom i målet”.

Rättsläget var efter detta avgörande tämligen klart: Domstolarna – men troligen inte andra förvaltningsmyndigheter – ansågs ha rätt att pröva både lagars och andra normers förenlighet med grundlag och andra normer av högre rang, en rätt som dock utövades med stor försiktighet; enligt det uppenbarhetskrav som nu fått fäste i praxis åsidosattes en författning endast om den *uppenbart* stred mot en norm av högre rang.¹⁸ Detta var således utgångspunkten när det konstitutionella reformarbete som skulle leda fram till en ny regeringsform inleddes.

¹⁷ Dock först sedan lagprövningsrättens existens ännu en gång ifrågasatts, denna gång av Jägerskiöld; se denne i SvT 1964 s. 1–20 och 1965 s. 249–252, med svar av Petrén i SvT 1964 s. 403–407 och 1965 s. 558–559 samt i SvJT 1966 s. 432.

¹⁸ Däremot är det oklart vilken status lagprövningsrätten i detta skede ägde. Frågan om den utgjorde konstitutionell sedvanerätt eller hade kunnat förbjudas genom en lagändring har inte analyserats närmare.

Lagprövningsrättens behandling i det konstitutionella reformarbetet 1938–2008

I en motion år 1938 där ett antal högerpartister föreslog att en utredning om förstärkt rättighetsskydd borde tillsättas nämndes också lagprövningsrätten.¹⁹ Motionärerna ville dock inte jämsides med förstärkta materiella skyddsregler för de medborgerliga rättigheterna föreslå införandet av en allmän lagprövningsrätt, bland annat av omsorg om domstolarnas anseende; dessas auktoritet kunde nämligen diskrediteras om de anförtrodde ömtåliga politiska uppgifter, menade man. Detta argument har inte senare i debatten om lagprövningsrätten anförts av dem som velat ha ett starkare rättighetsskydd, utan är tämligen tidsbundet (även om en önskan att hålla domstolarna utanför politiska konflikter stundtals märks även i senare diskussioner).

KU var i sitt utlåtande över motionen, där det beslöts att den begärda utredningen skulle tillsättas, kritiskt till lagprövningsrätten. Utskottet konstaterade att någon lagprövningsrätt inte fanns och inte borde införas i grundlagen.²⁰ Den s.k. tingstenska utredningen (SOU 1941:20) förhöll sig 1941 avvaktande; den ansåg det inte klarlagt huruvida någon lagprövningsrätt existerade och ville inte föreslå att en klarläggande bestämmelse därom infördes.²¹ Utan den analys som Jörgen Westerståhl gjorde för utredningens räkning (vilken fogades till utredningen som bilaga 3) hade därför den ovan skildrade utvecklingen i doktrin och praxis försiggått helt utan kommentarer från de utredningar och utskott som hade anledning att befatta sig med frågan, vilket ju faktiskt är mycket förvånande.

Situationen ändrades i början av 1960-talet. Strax innan HD 1964 alltså funnit sig ha rätt att pröva även en lags förenlighet med grundlagen hade nämligen Författningsutredningen konstaterat att det framgick av rättspraxis att domstolarna ansåg sig behöriga att pröva en författnings grundlagsenlighet. Utredningen uttalade sig också till stöd för bevarandet av denna – formella och materiella – normprövningsrätt. Eftersom ”det inte fanns anledning att befara att den skulle komma att aktualiseras särskilt ofta” föreslogs emellertid inte att normprövningsrätten skulle grundlagsfästas.²²

¹⁹ Mot. FK 1938:128 och AK 1938:232.

²⁰ KU 1938:16.

²¹ SOU 1941:20 s. 16.

²² Se SOU 1963:17 s. 155 f. – Mot bakgrund av de nämnda diskussionerna om lagprövningsrättens existens var utredningens konstaterande att en sådan fanns och även fort-

Även justitieministern förordade i prop. 1973:90 ett bibehållande av rådande ordning. Skälen härtill utvecklades i hans resonemang tämligen ingående.

Efter att först – på till synes mycket oklara grunder – ha slagit fast att lagprövningsrätt tillkom inte bara domstolar utan även andra myndigheter ("samtliga organ som tillämpar rättsregler under utövande av rättskipning eller offentlig förvaltning") och uttalat sig till stöd för ett bibehållet uppenbarhetskrav, beskrev han den formella och materiella lagprövningsrätten som självfallen respektive naturlig. En lagprövningsrätt med denna omfattning skulle emellertid inte ge upphov till några praktiska problem, eftersom den överhuvudtaget inte skulle få någon praktisk betydelse. "Att grova formfel eller andra uppenbara åsidosättanden av grundlagsregler skulle förekomma vid normgivningen framstår som i hög grad osannolikt ...".²³

Innebörden härav var således att lagprövningsrätten godtas men att dess betydelse tonas ner. Denna hållning skulle komma att präglade också det återstående utredningsarbetet.

Fri- och rättighetsutredningen föreslog två år senare, utan att önska någon förändring i rättsläget, att lagprövningsrätten skulle inskrivas i grundlag. Även nu tonades emellertid de rättsliga effekterna av lagprövningsrätten ner; tanken med lagprövning som kontrollmedel sades vara att den ska tjäna som en säkerhetsanordning, vilken utlöses i de sällsynta fall då den demokratiska beslutsprocessen som sådan av någon anledning inte har utgjort ett tillräckligt skydd för de medborgerliga fri- och rättigheterna. Dessutom framhölls att den kunde ha en viktig preventiv effekt på lagförslagets utformning. Samtidigt gjordes dock vissa förtydliganden av lagprövningsrättens innebörd:

"Detta får inte förstås så att landet måste befinna sig i ett krisläge i yttre bemärkelse för att lagprövningen ska bli en verklighet att räkna med, låt vara att det är svårt att föreställa sig att riksdagen annars skulle fatta beslut som flagrant kränker grundlagsskyddet för rättigheterna. Det uppenbarhetsre-kvisit som måste vara uppfyllt för att en domstol ska åsidosätta en lag som är

sättningsvis borde finnas givetvis inte okontroversiellt. Utredningen kritiserades också på denna punkt av Jägerskiöld, som fann det "... stötande att författningsutredningen med glidande motiveringar sökt, utan lagtext, allenast genom motiv, smuggla in en så viktig och ur många synpunkter betänklig reform i vår statsrätt som en allmän lagprövningsrätt skulle utgöra." Se StVT 1965 s. 250. De flesta remissinstanser som uttalade sig om utredningens förslag ansåg emellertid att utredningen gjort en korrekt bedömning av gällande rätt; se närmare SOU 1965:2 s. 60 ff.

²³ Prop. 1973:90 s. 200 f.

i konflikt med grundlag är inte heller att fatta så att endast brott mot grundlagsregler som är entydiga till sin lydelse kan utlösa ett underkännande.”²⁴

Här betonades att lagprövningen inte enbart var avsedd för rena kris-situationer, en tanke som annars ibland framskymtat i debatten om de konstitutionella reformerna. På denna punkt måste uttalandet beskrivas som klaggörande (även om justitieministern i prop. 1975/76:209 talade om vikten av att lagprövningsrätten fick ”verklig effekt i de krissituationer för vilka det *i första hand* (min kursivering) är avsett”).

Justitieministern var i nämnda proposition inte beredd att föreslå något grundlagsfästande av lagprövningsrätten, utan förordade ytterligare utredning av frågan. Trots att denna vid det laget faktiskt redan hade behandlats av fyra utredningar instämde KU i kravet på ytterligare en utredning.²⁵

Rättighetsskyddsutredningen fick därför i uppdrag att utreda förutsättningarna för en grundlagsreglering av lagprövningsrätten. Utredningen anslöt i hög grad både till justitieministerns uttalanden från 1973 och till FRU. En från riksdagen fristående kontrollapparat kunde enligt RSU ”svårligen undvaras” om grundlagens rättighetsskydd skulle bli tillräckligt effektivt. Det konstaterades att en lagprövningsrätt sedan länge existerade i Sverige och att det saknades anledning att göra några sakliga ändringar i denna. Den grundlagsreglering som föreslogs avsåg därför endast att kodifiera då gällande rätt, inklusive det s.k. uppenbarhetskravet.²⁶

Justitieministern anslöt sig denna gång helt till utredningens linje. Även KU förordade ett grundlagsfästande, men framhöll precis som justitieministern att detta inte innebar att lagprövningen skulle bli ett normalt inslag i rättstillämpningen, utan att dittillsvarande försiktiga praxis även fortsättningsvis skulle vara vägledande. Återhållsamhet rekommenderades således än en gång. Dessutom uppställdes nu betydligt hårdare krav för tillämpning av uppenbarhetskravet än vad FRU gjort 1975. KU menade att detta krav måste få en särskild betydelse vid prövning av en av riksdagen beslutad lag, eftersom endast riksdagen, den främste lag-

²⁴ SOU 1975:75 s. 108.

²⁵ KU 1975/76:56 s. 17 ff.

²⁶ SOU 1978:34 s. 108 f. – Det kan nämnas att RegR 1978 prövade en retroaktiv skattelags grundlagsenlighet. Invändningen om grundlagsstridighet ogillades dock, eftersom målet gällde 1972 års taxering och GRF inte innehöll något förbud mot retroaktiv skattelag. Den retroaktiva skattelagen var således inte uppenbart grundlagsstridig. Se RÅ 1978 1:29.

stiftaren, kan stifta grundlag och därför borde vara bäst ägnad att pröva om en föreskrift är grundlagsenlig. Mot denna bakgrund förordades en betydande försiktighet från domstolarnas sida:

”Uppenbarhetsrequisitet medför i detta fall enligt utskottets mening att riksdagens tillämpning av visst grundlagsstadgande måste respekteras så länge det håller sig inom ramen för en möjlig tolkning av bestämmelsen i fråga.”²⁷

Detta motivuttalande, som sannolikt haft stort inflytande på domstolarnas försiktiga praxis i lagprövningsfrågor, är mycket långtgående. Bortsett från att det är en något märklig tanke att riksdagen i kraft av sitt grundlagsstiftningsmonopol också skulle vara särskilt skickad att avgöra en lagbestämmelses grundlagsenlighet²⁸ – här förväxlas uppenbarligen rättslig behörighet att *stifta* grundlag med faktisk juridisk kompetens och lämplighet att *pröva* lagars förenlighet med grundlag²⁹ – måste det konstateras att domstolarnas möjlighet att åsidosätta lagar på grund av materiell grundlagsstridighet enligt uttalandet var synnerligen starkt beskurna. Först om det skulle vara fullkomligt omöjligt för en domstol att tolka en bestämmelse som förenlig med grundlagen skulle domstolen kunna åsidosätta bestämmelsen; detta skulle däremot inte vara möjligt om bestämmelsen av allt att döma, med tillämpning av normala tolkningsmetoder, skulle framstå som oförenlig med en grundlagsregel.

Under alla omständigheter var det denna normprövningsrätt som 1979 infördes i RF, med denna lydelse:

²⁷ KU 1978/79:39 s. 13.

²⁸ Jfr Bertil Bengtsson, ”Om konstitutionsutskottets lagprövning”, i: *14 uppsatser 1983–1991: ersättningsrätt, kontraktsrätt, fastighetsrätt, offentlig rätt och processrätt* (Stockholm: Norstedts Juridik, 1992), s. 359. Resonemanget återkommer f.ö. i SOU 1993:40 s. 229 (som argument mot ett avskaffande av uppenbarhetskravet).

²⁹ KU var bara något generösare i förhållande till den formella lagprövningsrätten: ”För att underlåta tillämpning av en av riksdagen beslutad föreskrift måste det därför fordras att föreskriften materiellt sett är oförenlig med ett grundlagsstadgande eller att det vid föreskriftens beslutande förekommit ett klart och direkt åsidosättande av ett uttryckligt stadgande i grundlag eller RO om lagstiftningsproceduren som uppenbarligen måste anses vara av väsentlig betydelse för denna.” Smärre, men i och för sig tydliga formella fel skulle således inte vara tillräckligt för att en bestämmelse skulle kunna åsidosättas, en restriktivitet som återspeglas i 11:14, där krav ställs på att stadgad ordning ”i något väsentligt hänseende” ska ha åsidosatts för att en föreskrift ska kunna åsidosättas av formella skäl.

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

Två aspekter är här särpräglade och iögonenfallande, nämligen dels att norm- och lagprövningen inte förbehölls domstolarna utan tillkom alla ”offentliga organ” och vidare naturligtvis uppenbarhetskravet. Båda dessa märkliga inslag – för att inte säga anomalier – har tveklöst bidragit till att för lång tid försvaga den svenska lagprövningen.

FRK föreslog 1993 ingen ändring, trots spekulationer om motsatsen, utan nöjde sig i sina resonemang till stora delar med att på ett påfallande osjälvständigt sätt citera äldre utredningar och betänkanden.³⁰ Däremot föreslog som nämnts i kapitel 1 Demokratiutredningen i sitt slutbetänkande från 2000 intressant nog ett avskaffande av uppenbarhetskravet,³¹ samtidigt som frågan också diskuterades livligt i doktrinen.³² Därefter hände det att majoriteten i KU i ett betänkande 2001 (2000/01:11) begärde en utredning om avskaffande av uppenbarhetskravet samt att även GLU aviserade att frågan skulle ses över.³³ Så skedde som bekant också, och GLU:s förslag från 2008 om ett avskaffande av uppenbarhetskravet i RF 11:14 genomfördes i slutet av 2010, med verkan från 1 januari 2011. Däremot kvarstår kravet tills vidare genom RF 12:10 lagprövningsrätten för myndigheter.³⁴

³⁰ Se närmare bl.a. Karl-Göran Algotsson, *Sveriges författning efter EU-anslutningen* (Stockholm: SNS, 2000), s. 151.

³¹ SOU 2000:1 En uthållig demokrati.

³² Bland bidrag från denna tid se bl.a. Barry Holmström, *Domstolar och demokrati* (Uppsala: Acta Universitatis Upsaliensis, 1998), som var kritisk till lagprövning, samt de mer positiva antologierna ... *Makt utan motvikt: om demokrati och konstitutionalism* (Stockholm: City University Press, 1999), respektive *Den konstitutionella revolutionen* (Stockholm: City University Press, 2001), båda redigerade av Berggren/Karlson/Nergelius, respektive Demokratiutredningens egna skrifter *Löser juridiken demokratins problem och Maktodelning* (SOU 1999:58 resp. 76), där olika synsätt lyfts fram.

³³ Se dir. 2004:96. Sterzels spådom från 1998, ”att frågan nu lär vara avförd från dagordningen för lång tid” (”Maktodelning och lagprövning – en blick framåt”, i: Torgny Håstad & Leif Lewin (red.), *Politik och Juridik: grundlagen inför 2000-talet* (Uppsala: Iustus, 1999), s. 83–93) kom således på skam.

³⁴ Se närmare om denna Henrik Wenander, ”Förvaltningens lagprövning”, FT 2015 s. 421–458.

Situationen efter 2010

Den nya normprövningsregeln i RF 11:14 har således från 1 januari 2011 följande lydelse:

”Finner en domstol att en föreskrift står i strid med en bestämmelse i grundlag eller annan överordnad författning får föreskriften inte tillämpas. Det samma gäller om stadgad ordning i något väsentligt hänseende har åsidosatts vid föreskriftens tillkomst.

Vid prövning enligt första stycket av en lag ska det särskilt beaktas att riksdagen är folkets främsta företrädare och att grundlag går före lag.”

Här ser varje läsare snabbt att det tidigare s.k. uppenbarhetskravet avskaffats och att någon åtskillnad överhuvudtaget inte längre görs beträffande prövning mellan olika typer av föreskrifter (vilket bl.a. märks genom att uppenbarhetskravet således avskaffas helt och inte bara i förhållande till regeringsförfordningar, vilket tidigare någon gång hade förordats i doktrinen³⁵). Det är också välgörande att GLU klart uttalar att detta står i samband med att svensk rätt sedan länge erkänner en *normhierarki*, i vilken föreskrifter på högre nivå helt enkelt måste ges företräde framför lagar sådana om rättssystemet ska kunna fungera.³⁶

Vilken är då den närmare innebörden av det nya st. 2 i paragrafen? Vad innebär det egentligen att det vid prövning av en lag – men av lätt insedda skäl inte vid andra normprövningsfall – ska beaktas dels att riksdagen är folkets främsta företrädare, dels att grundlag som det här uttrycks ”går före lag”? GLU:s eget resonemang antyder det som väl också i stort sett är vad som går att utläsa ur bestämmelsen, nämligen att den avser att ge uttryck både för en slags folksuveränitetsprincip, av samma slag som i RF 1:1 st. 1, och ett genom normhierarki uttryckt konstitutionellt ideal, vilket av utredningen själv anknyts till rättsstatens idé.³⁷ Att avsikten med förändringen är att tydligare än i dag markera att grundlagsstridiga lagar inte ska kunna tillämpas tycks hur som helst vara alldeles klart. Den domstol som i ett konkret fall kommer fram till att en sådan situation

³⁵ Se kanske i synnerhet Erik Holmberg, ”På spaning efter rättigheterna”, SvJT 1987 s. 662 ff., där bristen på ”normlogik” i den tidigare grundlagsregleringen och dess förarbeten förtjänstfullt lyftes fram.

³⁶ SOU 2008:125 s. 379 f. Jfr Holmberg, a.a.

³⁷ SOU 2008:125 s. 376 och 381 f. Se även prop. 2009/10:80, där dock frågan behandlas mycket kort.

verkligen föreligger bör då rimligen inte kunna känna sig förhindrad att öppet konstatera hur landet ligger, oaktat att den samtidigt för ett ögonblick må beakta eller begrunda att riksdagen alltjämt kvarstår som "folkets främsta företrädare". Det är ju för övrigt också riksdagen som stiftar grundlag, varför även grundlagens primat i sista hand kan motiveras med folksuveränitetsargument, även om detta sällan sker i debatten.

Det kan nu vara dags att försöka bedöma vilken effekt avskaffandet av uppenbarhetskravet kan komma att få i praxis. Det är väl troligt att detta naturligtvis liksom flera andra faktorer under de senaste decennierna – varav Europarättens stärkta ställning torde vara viktigast – kan bidra till en något ökad praxis på området.

Sunnkvist benämner i sin breda studie över lagprövningsrättens historia i Norden tiden efter 1990 som en period av "avdramatisering och principutveckling".³⁸ Detta är enligt min mening en lämplig beskrivning för perioden 1995–2010, då hela normhierarkin i svensk rätt kan sägas ha förändrats.

Normprövningen i domstol kan ju nämligen på ett principiellt plan sägas vara en logisk konsekvens av den i Sverige och flertalet andra stater gällande *normhierarkin*, enligt vilken normer skapas på skilda konstitutionella nivåer och har olika konstitutionell status. Detta system, som i rättsteorin främst förknippas med den österrikiske juristen och rättsfilosofen Hans Kelsen (1881–1973) förutsätter att en norm på högre nivå (t.ex. grundlag) har företräde framför en norm av lägre rang (som en lag) och i händelse av oförenlighet dem emellan ges företräde, vilket i RF delvis kommer till uttryck i de regler om den formella lagkraftens princip i RF 8:18, enligt vilka en förordning kan ändras genom en lag, men en lag inte genom en norm av lägre rang.

Den stora förändringen härvidlag i svensk rätt från 1 januari 1995 är ju då, när perspektivet vidgas, att det plötsligt, från en dag till en annan, ovanför de av riksdagen stiftade lagarna fanns tre olika rättssystem, inte bara som tidigare de sällan tillämpade grundlagarna utan även EU-rätten och Europakonventionen om mänskliga rättigheter (EKMR), som ju

³⁸ A.a. kap. 8 (s. 623 ff.). – Sunnkvist har f.ö. givit även andra perioder i lagprövningens nordiska historia fyndiga rubriker, såsom "Öppenhet för möjligheter" (1800–1860), "Demokratiseringen och statsmakternas ombalansering" (1900–1940), "Lagprövning i kris och som rättsstatssymbol" (1940–1950) respektive "Uppvaknande och yrvakenhet" (1970–1990).

också blev en del av svensk rätt vid samma datum.³⁹ Detta avdramatiserade ganska kraftigt möjligheten för svensk domstol att vägra tillämpa en nationell lag, bidrog till avskaffandet 2010 av uppenbarhetskravet och stärkte rent allmänt domstolarnas ställning.

Vad då gäller rättsutvecklingen efter ändringen av RF 11:14 år 2011 så visar några avgöranden från 2012 och framåt tydligt att en viktig utveckling faktiskt ägt rum, inte bara genom den möjlighet att utdöma skadestånd vid överträdelse av RF som lyftes fram i NJA 2014 s. 323 (Blake Pettersson-målet)⁴⁰ eller annan påverkan RF kan ha på utgången i vissa mål, utan även vad gäller prövning av lagars och andra reglers förenlighet med svensk grundlag.

Ett intressant fall är då inledningsvis NJA 2012 s. 400, det s.k. Mangamålet, där en översättare och serietecknare frikändes från åtal för innehav av barnpornografi i form av ett fyrtiotal japanska erotiska s.k. mangateckningar. Innehav av barnpornografi kriminaliserades 1998. Här var det fråga om en professionell tecknare som kunde antas ha ett yrkesmässigt intresse av att inneha teckningarna i fråga, vilka med ett undantag inte hade några levande förlagor. En fällande dom mot honom ansågs av HD komma att kränka hans grundlagsskyddade yttrande- och informationsfrihet. Av särskilt intresse i målet är att HD ganska noga, med utgångspunkt från de särskilda begränsningskraven avseende fri- och rättigheter i RF 2:21 samt 2:23, undersökte om denna kriminalisering av innehav i händelse av en fällande dom skulle utgöra en legitim begränsning av dessa rättigheter, vilket alltså befanns inte vara fallet. Domen visar att HD inte längre på samma sätt som förut tvekade inför att tillämpa 2 kap. RF när tillfälle bjöds – vilket var en nog så viktig signal.

Ett annat intressant fall är NJA 2015 s. 298, som gällde beslag av ett minneskort i en kamera tillhörig en medarbetare vid Dagens Nyheter, vilken i samband med en ubåtsjakt i Stockholms skärgård i oktober 2014 i båt befunnit sig innanför den s.k. skyddsobjektgränsen vid ett amfibieregemente. Inom det således skyddsklassade området gällde både foto- och

³⁹ Se RF 2:19 (tidigare (från 1995–2011) 2:23). – Sverige anslöt sig ju till konventionen redan 1950, men eftersom Sverige i likhet med övriga nordiska länder har en s.k. dualistisk syn på folkrättsliga överenskommelsers tillämplighet i nationell rätt så blev EKMR formellt en del därav först 1995. HD hade dock i en serie avgöranden från 1980-talets slut genom s.k. konventionskonform lagtolkning klargjort att svenska domstolar i händelse av normkonflikt skulle tillämpa svensk lag konventionsenligt; se härom Joakim Nergelius, *Svensk statsrätt*, 5 uppl. (Lund: Studentlitteratur, 2022) s. 243 ff.

⁴⁰ Se även NJA 2018 s. 103.

tillträdesförbud. Militärpolisen tog med stöd av åklagare minneskortet med fotografier i beslag enligt den s.k. skyddslagen. Tingsrätten hävde sedan beslaget, men hovrätten beslutade att det skulle bestå. HD fann dock, med direkt åberopande av RF 11:14, att skyddslagens bestämmelser om beslag stred mot TF:s s.k. exklusivitetsprincip och anskaffarfrihet för medarbetare i media. TF, den överordnade grundlagen, hade då företräde och beslaget hävdes sålunda.

Vad gäller inflytande av RF på andra mål kan särskilt hänvisas till NJA 2021 s. 215, där HD med siffrorna 3-2 med hänvisning till RF 2:1 ogillade ett åtal för hot mot tjänsteman. I målet hade en artist lagt ut en sånginspelning på Spotify, i vilken en namngiven polisman som tidigare ingripit mot artisten hotades till livet, i tämligen konkreta, våldsbejakande ordalag. Artisten hävdade att han bara utnyttjade sin yttrandefrihet för att framföra relevant kritik mot polismakten, vilket HD:s majoritet således godtog (till skillnad från underinstanserna). Målet kan nog beskrivas som svårömt.

Alla dessa mål är intressanta dels på grund av den tydligt utförda lagprövningen, där HD valde att ge överordnad grundlag företräde snarare än att försöka lösa problematiken genom någon slags grundlagsvänlig lagtolkning, dels för att de visar att lagprövning också kan ske i säkerhetspolitiskt potentiellt känsliga frågor samt att RF nu kan påverka utgången i mål som inte utpräglat handlar om tillämpliga lagars (o)förenlighet med grundlag.⁴¹ Det är svårt att se att de hade kunnat förekomma i HD:s praxis före 2011.⁴²

En mer försiktig hållning från HD:s sida märks å andra sidan i fallet NJA 2018 s. 743, som gällde om den nya vapenlagen kunde åsidosättas på grund av brister i beredningen (vilket en underinstans, Jönköpings TR, utan närmare motivering kommit fram till). Remisstiden för det aktuella förslaget⁴³ var fyra veckor, vilket knappast är anmärkningsvärt kort, men denna svarstid inföll under sommaren (9 juni–7 juli), vilket förvisso var mindre lyckat. Behovet av den korta remisstiden hade inte heller motiverats, vilket lagrådet invände mot. Lagrådet ansåg sammantaget inte att beredningskravet i RF

⁴¹ Till denna kategori hör naturligtvis också målen där skadestånd dömts ut vid överträdelser av RF, dvs. NJA 2014 s. 323 och 2018 s. 103, liksom mål där RF påverkat fördelning av rättegångskostnaderna (NJA 2015 s. 374) eller proportionalitetsbedömningen av en genomförd fastighetsreglering (NJA 2018 s. 753).

⁴² HD:s självständighet härvidlag har rentav gett upphov till en ganska animerad diskussion om huruvida HD "gått för långt" i sin nyfunna "aktivism". Detta hävdar i vart fall Wersäll, SvJT 2014 s. 1 ff.

⁴³ Ds 2017:24.

7:2 var uppfyllt och avstyrkte just därför lagförslaget. HD tonade emellertid ner den juridiska betydelsen av dessa brister i beredningsprocessen och uttalade att det var närmast uteslutet att sådana skulle leda till att en föreskrift ses som grundlagsstridig om inte just sådana brister fått påtagligt negativa konsekvenser för enskilda (vilket inte var fallet här).

En stor förändring har vidare som nämnts ovan skett på detta område genom Europarättens gradvis ökande inverkan. Denna förändring har att göra både med att de båda Europadomstolarna i Luxemburg och Strasbourg regelmässigt funnit att svenska lagar strider mot EU-rätt eller EKMR, utan iakttagande av några som helst uppenbarhetskrav eller dylikt, varför man före 2011 kunde undra om inte svenska domstolar borde ha samma möjlighet, samt att inget uppenbarhetskrav någonsin gällt i svensk rätt i förhållande till EU-rätten (ett förhållande som illustreras tydligt av det s.k. Lassagårdmålet 1997.⁴⁴ Varför skulle då svensk grundlag befinna sig i en ”sämre” position härvidlag än EU-rätten?⁴⁵

Den centrala fråga där problematiken slutligen ställdes på sin spets gällde huruvida en otillåten dubbelbestraffning skett då skattetillägg utgått för en person som även dömts för skattebrott. Denna fråga var egentligen inte ny, utan hade diskuterats sedan tidigt 2000-tal.

Principen om *ne bis in idem*, d.v.s. att ingen får straffas två gånger för samma gärning eller straffas på nytt för en gärning för vilken han en gång blivit frikänd, återfinns i art. 4 i tilläggsprotokoll 7 till EMRK, liksom i art. 50 i EU:s rättighetsstadga. Att det svenska, vedertagna systemet, där skattetillägg som administrativ avgift kan utgå parallellt eller tillsammans med ansvar för skattebrott, kan komma i konflikt med dessa bestämmelser blev särskilt tydligt när Europadomstolen (EDMR) i två avgöranden 2009 och 2010 tydliggjorde att undantagen, d.v.s. situationer när dubbla sanktioner skulle kunna accepteras, är få, om några.⁴⁶ Av särskild vikt är avgörandet Zolotukhin v. Russia, 14939/03, som meddelades i februari 2009 och innebär en klar uppstramning av en tidigare något oklar praxis på detta område. Framför allt klargjorde EDMR där att det avgörande för att en förbjuden dubbelbestraffning ska anses förekomma är att det i båda fallen är fråga om samma *gärning* (varför det exempelvis saknar betydelse i vilken tidsföljd

⁴⁴ RÅ 1997 ref. 65.

⁴⁵ Dessa och närliggande frågor diskuteras insiktsfullt i Ulf Bernitz, *Sverige och Europarätten* (Stockholm: Norstedts Juridik, 2022), kap. 5.

⁴⁶ Zolotukhin v. Russia, 14939/03, dom 10 februari 2009 i Grand Chamber, samt Ruotsalainen v. Finland, 13079/03, dom 16 juni 2009.

eller ordning de respektive sanktionerna utgår). Trots att så även var fallet i målet NJA 2010 s. 168 kom emellertid HD:s majoritet om tre ledamöter där fram till att EDMR:s praxis "lämnar visst utrymme för att ha flera sanktioner för samma "brott" som också kan beslutas om av olika organ vid skilda tillfällen" samt att svensk lag endast bör underkännas med hänvisning till EKMR om det "finns klart stöd" för detta i konventionen eller i EDMR:s praxis. Motiveringen var knapphändig och föga övertygande.

Det var emellertid inte nog med detta, utan i ett beslut om prövningstillstånd den 29 juni 2011⁴⁷ kom HD, åter igen med siffrorna 3–2, fram till att det saknades anledning att begära förhandsbesked från EU-domstolen (EUD) i ännu ett mål rörande parallellt ålagt skattetillägg respektive ansvar för skattebrott, denna gång tillika i en situation där EU:s rättighetsstadga skulle kunna tänkas vara tillämplig på grund av att de inkomster som undanhållits från skatt härrörde från gränsöverskridande näringsverksamhet. Motiveringen var att de dubbla sanktionerna hade påförts endast med tillämpning av svenska bestämmelser, varför stadgan enligt dess art. 51 p. 1 inte skulle ha varit tillämplig, en bedömning som inte heller var alldeles självklar.⁴⁸

Framför allt visade det sig i februari 2013 att EUD inte delade HD:s synsätt. I och med att även Åkerberg Fransson-målet rörde gränsöverskridande näringsverksamhet (i form av löjromsfiske i Sverige och Finland) och dessutom både inkomstskatt och moms, vilket gjorde EU-rätten inklusive rättighetsstadgan materiellt tillämplig, så kunde EUD i sitt av Haparanda tingsrätt begärda förhandsbesked⁴⁹ både granska det svenska regelverket och bedöma några av HD:s krumbukter i frågan från 2010–11. EUD överlät åt den svenska domstolen att avgöra om ett svenskt skattetillägg verkligen var liktydigt med ett straff, men konstaterade också att nationella domstolar i sin övervakning av att EU-rätten inte trätts för när inte kan upprätthålla något krav på "klart stöd" för åsidosättande av nationell lag samt att de är skyldiga att inhämta förhandsbesked från EUD då de är osäkra på hur rättsläget bör tolkas.

Detta var därför bakgrunden till HD:s mycket uppmärksammade plenumavgörande i juni 2013, NJA 2013 s. 502, som alltså avsåg samma rättsfråga men däremot ett helt annat fall. Domstolen konstaterade här bl.a.

⁴⁷ NJA 2011 s. 444.

⁴⁸ Enligt fast praxis från EUD, allt sedan målet CILFIT, 283/81, ECR 1982 s. 3415, är f.ö. högsta instanser skyldiga att begära förhandsbesked så fort de känner osäkerhet om EU-rättens tolkning (jfr art. 267 st. 3 FEUF). Det var därför närmast något av en självmotsägelse när HD med siffrorna 3-2 beslöt att inte göra så, eftersom domstolen då uppenbarligen var osäker på hur det förhöll sig.

⁴⁹ C-617/10, meddelad 26 februari 2013.

att rättsläget efter Åkerberg Fransson, ”åtminstone på vissa punkter”, är ett annat än vad HD tidigare utgått från; t.ex. stod det klart att EU-rätten är tillämplig då de från skatt undanhållna beloppen avser moms. HD fann också att skattetillägg var en straffrättsligt präglad sanktion. Skyddet mot dubbelbestraffning ansågs vidare med hänvisning till Europakonventionen även gälla vid inkomstskatt och arbetsgivaravgift. Hinder mot åtal för skattebrott ansågs gälla från det datum då Skatteverket fattat beslut om att påföra den enskilde skattetillägg.

Bland verkligt intressanta avgöranden från senare år, som bekräftar Europarättens betydelse i normprövningshänseende, bör också nämnas NJA 2015 s. 374, som gällde enskilds rätt till ersättning för rättegångskostnad i utmätningsmål.

Enligt den s.k. lagen om domstolsärenden gällde sedan 1996 att enskilda inte kunde få ersättning för sådana kostnader från staten i mål där staten var motpart, utan endast när enskilda var motparter till varandra. HD fann i ett plenumavgörande, efter genomgång båda av sin egen (motstridiga) och Europadomstolens praxis att art. 6 i EKMR samt det 2011 i RF 2:11 st. 2 RF införda, ganska allmänna kravet på att en rättegång ska genomföras rättvist⁵⁰, att utmätningsmål inte kan genomföras rättvist om inte en enskild som vinner ett överklagat utmätningsmål under vissa förutsättningar kan få ersättning av staten för rättegångskostnader även när utmätningen sker för skattefordringar och liknande krav från staten. Det klagande dödsboet tillerkändes därför ersättning för sina rättegångskostnader i tingsrätt och hovrätt.

RF 11:14 åberopades inte i detta mål, som mer gav uttryck för en allmän skälighetsbedömning vilken ledde till att HD ändrade sin tidigare praxis. Genomslaget för RF och EKMR är dock som synes tydligt även här.

När framtiden blickar tillbaka

Så hur kommer då framtidens (rätts)historiker att se på den ovan behandlade tio- eller femtonårsperioden i svensk normprövningspraxis, dvs. 2010–2024, grovt räknat? Det är en spekulativ men faktiskt väldigt intressant och relevant fråga. Kommer det att ses som inledningen på en ny epok, med en praxis som blir vägledande och normerande för lång tid

⁵⁰ Samt inom ”skälig tid”, vilket inte hade någon betydelse i just detta mål men visar att det här skett en anpassning till Europadomstolens krav enligt art. 6 EKMR.

framåt, eller blir det blott en *ouvertyr* till en era med ännu djärvare praxis från domstolarnas sida, där domstolsmakt blir en påtaglig politisk och konstitutionell realitet? Eller blir det kanske en kort parentes mellan två epoker av försiktighet från domstolarnas sida?

Personligen tror jag att perioden efter 2010 till låt oss säga 2030 kommer att beskrivas som den epok då lagprövningsrätten konsoliderades och fick verklig konstitutionell betydelse, som en konsekvens inte bara av europarättens genomslag utan också avskaffandet av uppenbarhetskravet 2010/11. Ne bis in idem-avgörandena och i synnerhet plenumavgörandet NJA 2013 s. 502 kommer kanske att ses som den verkliga milstolpen därvidlag, både för att det gällde en så viktig fråga och för att den plötsliga omsvängningen efter de mindre lyckade, med 3 röster mot 2 beslutade avgörandena NJA 2010 s. 168 respektive 2011 s. 444 blev så påtaglig.

Därutöver tror jag att en annan aspekt på normprövning och enskildas stärkta rättigheter gentemot staten kommer att tillmätas mycket stor vikt – nämligen den 2018 införda möjligheten till skadestånd vid överträdelse av enskildas rättigheter i EKMR (och sedan 1/8 2022 även i 2 kap. RF, se Skadeståndslagen 3:4).⁵¹ Detta framstår på många sätt som den naturliga vidareutvecklingen av det konstitutionella rättighetsskyddet i Sverige, sedan rättighetskatalogerna i EKMR och 2 kap. RF någon gång kring millennieskiftet får sägas ha blivit erkända som bindande rätt och levande rättskällor och domstolarnas lagprövning därefter, särskilt efter ändringen i RF 11:14 med borttagandet av det tidigare s.k. uppenbarhetskravet 2011, blivit allt viktigare. Utvecklingen av skadestånd som ersättning för s.k. ideell skada vid överträdelse av rättigheterna i de nämnda rättighetskatalogerna, som kan sägas ha slutgiltigt manifesterats genom den senaste ändringen av SkL 3:4 den 1 augusti 2022, framstår helt enkelt som ett logiskt tredje steg i uppbyggnaden av ett verksamt svenskt rättighetsskydd, efter erkännandet i praxis och doktrin av rättigheternas reella rättsliga vikt och lagprövningsrättens synbara förstärkning 2011.⁵²

⁵¹ Se här de ovan nämnda avgörandena NJA 2014 s. 323 resp. 2018 s. 103 rörande rätt till skadestånd vid överträdelse av 2 kap. RF samt ett flertal liknande rörande EKMR, bland vilka kan nämnas NJA 2005 s. 462 och 2012 s. 211 I–II.

⁵² Se här SOU 2007:85 samt prop. 2009/10:80 s. 141 ff.