

Vad är en begränsning av en rättighet?¹

1 Inledning

Denna artikel undersöker begreppet ”rättighetsbegränsning”. Jag börjar med att redogöra för den restriktiva inställning till rättighetsbegränsningar som har intagits i förarbetena till regeringsformen (RF), och i tidig rättspraxis. Därefter tittar jag på kritik mot detta från vissa författare. Jag fortsätter med att titta på några nyare förarbeten och rättspraxis, samt jämföra den restriktiva inställningen med hur frågan har behandlats i utländsk doktrin och med Europadomstolens tillvägagångssätt. Jag avslutar med några kritiska synpunkter och avslutande kommentarer.

2 Rättighetsbegränsningar enligt förarbetena

Som välkänt är kom rättighetsskyddet i RF till i olika omgångar. Processuella och materiella skyddsregler kom till år 1976. Fri- och rättighetsutredningen (SOU 1975:75) som föreslog dessa regler, ansåg inte att ”varje negativ åtgärd från det allmännas sida som är föranledd av att någon har utnyttjat en rättighet på ett visst sätt, eller som har till syfte att förmå någon att medge ett visst integritetsintrång [är att betrakta] som en rättighetsbegränsning” (s. 104). Utredningen lade till att ”en person till följd av sina yttranden i politiska frågor förvägras en statlig tjänst av betydelse för rikets säkerhet kan exempelvis inte vara en begränsning av hans yttrandefrihet i grundlagens mening. Grundlagsskyddet är i första hand riktat mot sådana åtgärder från det allmännas sida som innebär *faktiskt*

¹ Tack till Thomas Bull, Johan Hirschfeldt och Love Rönnelid för hjälpsamma kommentarer.

fysiskt tvång eller kriminalisering av vissa handlingar. Också vitesföreläggande kan nämnas i sammanhanget” (a.a. s. min kursivering).

I motiven gjorde Departementschefen följande uttalanden som förtjänar att återges in extenso:

”Det kan i detta sammanhang vara lämpligt att säga något om i vilket fall en föreskrift skall anses innebära en rättighetsbegränsning av det slag som åsyftas i *denna och de två närmaste följande paragrafer*.

Det är först och främst uppenbart att en föreskrift som över huvud taget inte avser *det område som skyddas av RF:s rättighetsreglering* aldrig kan anses som en rättighetsbegränsning även om den skulle ha betydelse för möjligheterna att faktiskt utnyttja någon av de grundlagsfästa fri- och rättigheterna. Den omständigheten att rättighetsskyddet gäller endast gentemot det allmänna får sålunda till följd att t.ex. förmögenhetsrättsliga regler som faktiskt kan försvåra en persons möjligheter att utöva någon av de i grundlagen angivna fri- och rättigheterna inte skall anses innebära en rättighetsbegränsning i dennas mening. Här kan bl.a. nämnas regler som gör det möjligt för en ägare av en samlingslokal att hindra att denna används för sammankomster av det slag som avses i bestämmelsen om mötesfrihet. Som tidigare har nämnts får gränsdragningen kring det skyddade området vidare till följd bl.a. att skyddet för yttrandefriheten inte omfattar yttranden av det slag som avses t.ex. i straffstadgandena om bedrägeri och olaga hot. Genom en särskild bestämmelse i 13 § [numera 23 §] tredje stycket i det här framlagda förslaget undantas dessutom vissa detaljbetonade föreskrifter angående sättet att sprida eller motta yttranden från de bestämmelser som skall anses innebära rättighetsbegränsningar. Det förhåller sig emellertid så att inte heller alla de föreskrifter angående förhållandet mellan den enskilde och det allmänna som i ett visst fall kan upplevas som en inskränkning i den enskildes möjligheter att utöva en viss rättighet så som denna har beskrivits i grundlagen skall anses innebära en rättighetsbegränsning. Allmänt kan sägas att en föreskrift innebär sådan begränsning endast om det av föreskriften uttryckligen eller underförstått framgår att en rättighetsbegränsning är *åsyftad eller ingår som ett naturligt led i regleringen*. Som exempel på bestämmelser som direkt åsyftar att begränsa en viss rättighet kan nämnas föreskrifterna i lagen om allmänna sammankomster. Nära besläktade härmed är reglerna om de s.k. yttrandefrihetsbrotten, vilka kan sägas utgöra en del av gränsdragningen kring den för demokratin centrala delen av yttrandefriheten. Utsökningslagens regler om utmätning av lös egendom begränsar däremot inte uttryckligen någon rättighet, men det är uppenbart att i dessa regler måste tolkas in en begränsning bl.a. av skyddet mot intrång i bostad.

Föreskrifter om förhållandet mellan den enskilde och det allmänna som gäller för samhällsmedlemmarnas handlande eller underlåtenhet i allmänhet

utan att ha särskild anknytning till det av regeringsformen skyddade rättighetsområdet ska däremot, även om de i viss utsträckning kan sägas beröra möjligheterna att faktiskt utöva en grundlagsfäst rättighet, normalt inte anses innebära någon begränsning av denna i regeringsformens mening. Sålunda ska givetvis straffbestämmelser om stöld eller hemfridsbrott inte betraktas som begränsningar av informationsfriheten trots att de ställer upp hinder mot vissa sätt att skaffa upplysningar. En annan sak är att en förbudsregel av nu angivet slag ska anses innebära en begränsning av rörelsefriheten om överträdelse av förbudet kan medföra frihetsstraff... Det ska också i sammanhanget erinras om att regeringsformens regler om föreningsfrihet inte innebär att vissa i allmänhet brottsliga handlingar ska bedömas annorlunda om de begås inom ramen för föreningsverksamhet” (prop. 1975/76:209 s. 153–4, min kursivering).

I propositionen betonades också vikten av att lagstiftaren, när en fri- och rättighetsinskränkande lag beslutas, noga redovisar sina syften (prop. 1975/76:209 s. 153).

Jag återkommer särskilt till de kursiverade delarna av detta uttalande i min fortsatta diskussion. Mig veterligen har inte senare grundlagsberedningar direkt berört den allmänna frågan om vad som är att betrakta som en rättighetsbegränsning. Fast, som vi kommer att se, ändringarna och tilläggen som har gjorts till RF 2 kap. sedan 1975 har haft stor betydelse för frågan.²

3 Tidig rättspraxis

Det finns flera exempel där det restriktiva synsättet på vad som är en rättighetsbegränsning tillämpats. NJA 1982 s. 621 handlade om en grupp demonstranter som genom att sätta sig på en transportväg hade hindrat en vägmaskin från att komma fram till platsen för provborrning där man tänk förvara radioaktivt avfall i urberget. HD konstaterade att brottsbalkens stadgande om egenmäktigt förfarande inte var att betrakta som någon begränsning av demonstrationsfriheten. Enbart den omständigheten att ett egenmäktigt förfarande ingår som ett led i utövandet av demonstrationsfriheten medförde enligt domstolen med andra ord inte att handlingen går fri från straff.

² I regeringens proposition 2009/10:80 En reformerad grundlag, står det att ändringarna till vad som nu är RF 2:22 är endast språkliga eller redaktionella (s. 255).

AD nr 11 1986 handlade om en sikh som var spårvagnsvakt. Sedan han förklarat att han avsåg att bära turban i tjänsten hade han mot sin vilja förflyttats till arbete i ett bussgarage. När han vägrade infinna sig i garaget blev han uppsagd. AD gick överhuvudtaget inte in på frågan om bärande av turban var ett uttryck för hans rätt att utöva sin religion (RF 2:1 p. 6) och/eller hans rätt att uttrycka sin religiösa tillhörighet (RF 2:1 p. 1).

RÅ 1986 ref. 108 gällde frågan om möjligheterna att ingripa mot gatumusikanter. En kommun fick i särskilda fall ställa villkor som behövdes för att förhindra uppkomsten av sanitära olägenheter eller undanröja sådana olägenheter (14 § i dåvarande hälsoskyddslagen). Med stöd av denna bestämmelse beslutade Miljö- och hälsoskyddsnämnden i Stockholms kommun vissa villkor för rätten att utöva gatumusik i Gamla stan, bl.a. vad gällde tid, antal deltagare (inte fler än två) m.m. Beslutet överklagades. Regeringsrätten, så vitt gällde frågan om rättighetsbegränsning, ansåg att nämndens beslut grundades på hälsoskyddslagens regler om sanitär olägenhet och sålunda inte avsåg det område som skyddades av RF:s reglering av mötesfriheten.

AD 1995 nr 122 handlade om en kapten i armén som hade blivit uppsagd. Bakom Försvarsmaktens beslut låg omständigheter hänförliga till kaptenens medlemskap i en motorcykelklubb och denna klubbs ansökan om medlemskap i motorcykelorganisationen Hell's Angels. Arbetsdomstolen ansåg att den klagande kunde hävda att staten måste respektera hans föreningsfrihet. Emellertid fann AD att: "Om förhållandena i det enskilda fallet är sådana att det med en tillämpning av anställningskyddslagen finns saklig grund för uppsägning, måste grundlagsregleringen förstås så att staten har rätt att säga upp en anställd även om de omständigheter som förestavat uppsägningen exempelvis har anknytning till en förening som den anställde tillhör eller verkar inom. Det är i ett sådant fall inte fråga om någon begränsning av föreningsfriheten i grundlagens mening, dvs. staten behöver då inte ha stöd i en särskild, rättighetsbegränsande lag för att få skilja den anställde från anställningen och arbetsuppgifterna".

4 Kritik inom svensk doktrin

Flera författare har kritiserat den snäva synen på vad som utgör en rättighetsbegränsning. Britta Sundberg-Weitman ifrågasatte det tidigt. Hon påpekade samtidigt att regeln i RF 1:9 om saklighet och objektivitet i

myndighetsutövning kan minska de negativa följder som annars skulle infinna sig om man, utan lagstöd, kunde inskränka yttrandefriheten.³ Även Bertil Wennergren har kritiserat synen på vad som utgör en rättighetsbegränsning i relation till NJA 1982 s. 621. Enligt honom borde det ha stått klart att demonstrationsfriheten inte uteslöt en tillämpning av regeln om egenmäktigt förfarande.⁴ Håkan Strömberg och Joakim Nergelius har kritiserat förarbetenas synsätt om att en rättighetsbegränsning är för handen enbart när det allmänna åsyftar en sådan.⁵ För att undvika den motsatta situationen, dvs. att alltför mycket skulle ses som en rättighetsbegränsning, föreslog de istället en uppdelning mellan ”självlara” inskränkningar som rör yttre former för en rättighets utövande och ”verkliga” inskränkningar i rättigheter. Jag själv, år 1996, kritiserade det ”naiva” synsätt som finns i förarbetena, samt dess oförenlighet med JO-praxis och rättspraxis såvitt gäller vad som ska uppfattas som en inskränkning av yttrandefrihet enligt TF. Jag hade också svårt att se hur detta synsätt kunde gå ihop med hur Europadomstolen närmast sig frågan om inskränkning av rättigheter. Spänningen mellan dessa olika synsätt skulle komma att bli allt svårare att ignorera med tanke på att konventionen nyligen hade införlivats i svensk rätt.⁶

Den mest välutvecklade kritiken återfinns i Thomas Bulls avhandling från år 1997.⁷ Han redogör för den kritik som redovisats ovan, och även de argument som finns för en snäv syn på vad som utgör en rättighetsbegränsning. Dessa är t.ex. normgivarens intresse att reglera samhället smidigt, rättstillämparens intresse av att inte betungas med ständigt återkommande frågor om inskränkningar och det demokratiska intresset av

³ Sundberg-Weitman B., Saklighet och godtycke i rättskipning och förvaltning, Norstedts, 1981, s. 59 och 113. Hon syftade då på uttalandet i SOU 1975:75 (ovan) rörande offentliga tjänstemäns yttrandefrihet.

⁴ Wennergren, B., Demonstrationsfrihet och civil olydnad, i Om våra rättigheter IV, Rättsfonden, 1990.

⁵ Strömberg, H., Grundlag och medborgarrätt, Gleerup, 1974, s. 51–2, Strömberg, H., Den kleriska åsiktsfrihet i rättslig belysning, 1995 FT s. 49–53, Nergelius J., Konstitutionellt rättighetsskydd, Norstedts, 1996 s. 582–3.

⁶ Protection of Constitutional Rights in Sweden, Public Law, 1996 (”the ‘purpose’ approach reveals a touching confidence in the legislature, both as regards its sublime knowledge as to how the law, once passed, will be applied in every circumstance and as regards its’ good faith”).

⁷ Bull, T., Mötes- och demonstrationsfriheten. En statsrättslig studie av mötes- och demonstrationsfrihetens innehåll och gränser i Sverige, Tyskland och USA, Iustus, 1997, s. 424–434.

att inte ge domstolarna så mycket makt att deras legitimitet hotas. Bulls förklaring till det snäva synsättet är politiskt försiktighet, framförallt från socialdemokratiskt håll. Regeringsformen var ny och obeprövad. Det fanns en viss, i och för sig, förklarlig, misstänksamhet mot juridiska rättigheter, som kunde lägga hinder i vägen för nödvändigt lagstiftning i syfte att förändra samhället.

Bull anför främst tre grupper av argument för en bredare syn på vad som utgör en rättighetsbegränsning, förutom att ordalydelsen i det som nu är RF 2:20 inte ger stöd för att man med "begränsning" endast avser särskilda sanktioner eller syften. Den första gruppen utgör systematiska argument. Det snäva synsättet stämmer inte överens med hur man bestämmer om en föreskrift innebär ett "ingrepp" i enskildas personliga sfär (nu RF 8:2 p. 2). Detta måste avgöras mot bakgrund av tidigare gällande regler om enskilds handlingsfrihet – något som bedömas efter de effekter som en (ny) reglering har. Vidare ger RF långtgående möjligheter till att inskränka rättigheter (nu RF 2:20–24), varför det inte finns något behov att inta en snäv syn på vad som utgör en begränsning. Dessutom finns en särskild bestämmelse om att föreskrifter som endast reglerar sättet att sprida eller ta emot yttranden, och inte innehållet (s.k. ordningsföreskrifter), inte ska ses som rättighetsbegränsningar. Denna bestämmelse skulle förlora sitt syfte om man ändå intar en snäv syn på vad som utgör en rättighetsbegränsning. Det andra argumentet är samhällsfunktionellt: tanken med konstitutionella rättigheter är att skydda den enskildes rättigheter gentemot lagstiftaren. Om lagstiftaren kan bestämma om något är en rättighetsbegränsning eller inte går man miste om hela poängen med en konstitutionell rättighet. Slutligen finns det individcentrerade argumentet. För att ta RÅ 1986 ref. 108 som exempel: sett ur en gatumusikers perspektiv är han förhindrad att spela musik. Det spelar då ingen roll om detta hinder kommer till med stöd av klart yttrandefrihetsinskränkande normer eller sanitära normer.

I mina ögon är denna kritik övertygande. Men det finns få spår av kritiken i båda de två stora grundlagskommentarerna, Svahn Starrsjö m.fl.⁸ och Holmberg m.fl.⁹ Båda citerar Departementschefens uttalande utan att problematisera det. Holmberg m.fl. innehåller visserligen en hänvis-

⁸ Svahn Starrsjö, K., Hirschfeldt, J., Jermsten, H. och Eka, A., Regeringsformen – med kommentarer, Karnov, 2012, med uppdateringar online.

⁹ Holmberg E., Stjernquist, N., Eliason M. och Isberg, M., Grundlagarna: Regeringsformen, Successionsordningen, Riksdagsordningen, 3 uppl., Norstedts Juridik, 2012.

ning till Bull, men utan att återge eller ta ställning till om hans kritik är motiverade eller inte.¹⁰ Svahn Starrsjö m.fl. (avsnittsförfattare, Henrik Jermsten) hänvisar inte alls till Bulls kritik, men hänvisar, istället, och utan kommentar, till förarbetena till maskeringsförbudslagstiftningen (nedan) som ett exempel på en situation där lagstiftaren diskuterat om en åtgärd är rättighetsbegränsande eller inte.

5 Senare utvecklingar i lagstiftningsärenden

Finns det något spår av kritiken om att man bör ta hänsyn till en eventuell rättighetsbegränsande *effekt* när man behandlar lagförslag, och när man tolkar lagar? Det är sällan frågan ställts på sin spets i riksdagen. Tre exempel kan dock nämnas. I en proposition som innebar ett förbud för landsting att låta privata aktörer driva akutsjukhus gjorde Lagrådet gällande att den föreslagna regleringen skulle innebära en begränsning av näringsfriheten. Regeringen höll inte med men anförde att: ”Den föreslagna regleringen har inte till syfte och *får inte heller till effekt* att begränsa näringsfriheten. Regleringen riktar sig till landstingen och inte till enskilda. Enskilda rättssubjekts möjligheter att i sig bedriva akutsjukhus begränsas inte av den föreslagna regleringen. Begränsningen ligger endast i att vinstsyftande aktörer inte kan överta driften av ett befintligt akutsjukhus. Även om så vore fallet kan en begränsning av näringsfriheten införas under förutsättning att syftet är att skydda ett angeläget allmänt intresse” (min kurs).¹¹

Det andra exemplet är propositionen om maskeringsförbud. Här tar regeringen uttryckligen upp Bulls kritik om att man även måste se till vilken effekt en reglering har. Regeringen gör därefter bedömningen att om man inte enbart ser till syftet med en reglering rörande maskeringsförbud utan också till effekten av ett maskeringsförbud är det ofrånkomligt att ett förbud har en begränsande effekt. Den drar slutsatsen att det ligger närmast till hands att betrakta maskeringsförbudet som en begränsning av demonstrations- och mötesfriheterna.¹²

Det tredje exemplet är prop. 2013/14:70 om Ökad insyn i partiets och valkandidaters finansiering. Här finns en hänvisning till den tidigare propositionen om maskeringsförbudet. Därefter står det att ”Den snäva syn

¹⁰ A.a. s. 174.

¹¹ Prop. 2000/01:36 Sjukhus med vinstsyfte, s. 16.

¹² Prop. 2005/06:11 Maskeringsförbud, s. 29.

på rättighetsbegränsningar som förarbetena ger uttryck för har i senare lagstiftningsärenden om begränsningar av vissa rättigheter *vidgats något*" (s. 91–92, min kurs). Senare i propositionen påstår departementschefen att någon begränsning i en rättighet inte är åsyftad och att *"det återstår därför att bedöma om de indirekta effekter som en insynsreglering kan få när det gäller medborgarnas möjligheter att verka gemensamt inom ramen för ett parti trots detta måste anses innefatta en begränsning av föreningsfriheten"* (s. 96, min kurs). Det konstateras sedan att *"det i och för sig är tänkbart att en offentligrättslig reglering om redovisning av partibidrag kan få till följd att enskilda bidragsgivare avstår från att lämna bidrag som är av sådan storlek att identiteten på givaren kommer att avslöjas. En sådan tänkbar effekt av regleringen kan dock enligt regeringens uppfattning inte sägas vara en sådan begränsning av föreningsfriheten som utgör ett naturligt led i insynsregleringen, i vart fall inte om denna utformas på ett neutralt och objektivt sätt. Inte heller kan det anses vara fråga om en effekt som indirekt påverkar rätten till fri åsiktsbildning eller något annat av de syften som regeringsformens bestämmelser om föreningsfrihet"* (a.a.s., min kurs).

Förutom situationer när en proposition innehåller en uttrycklig diskussion om den föreslagna regleringen innebär en rättighetsbegränsning eller inte bör man komma ihåg att lagförslag som innebär en inskränkning av en "stark" relativ rättighet (dvs. de som nämns i RF 2:20) efter yrkande av en riksdagsminoritet behöver vila ett år. RF 2:22 st. 4 stadgar att KU prövar om detta särskilda förfarandet är tillämpligt, m.a.o. om förslaget innebär en rättighetsinskränkning eller inte. KU måste först ge Lagrådet tillfälle att yttra sig innan det avgör frågan (RO 4:11). Två nyare tillfällen då RF 2:22 har tillämpats bör nämnas i samband med detta. Det första handlade om ett lagförslag¹³ som kom till som en följd av den kontroversiella "Laval-domen". Det var ostridigt att lagförslaget rörde en konstitutionell rättighet, nämligen stridsåtgärder på arbetsmarknaden (RF 2:14). Oppositionen gjorde dock gällande att frågan även innebar en begränsning av föreningsfriheten (RF 2:1 p. 5) som är en stark relativ rättighet. Det framgår dock tydligt av förarbetena till det särskilda förfarandet att syftet var att föreningsrättsspörsmål mellan staten som arbetsgivare och dess arbetstagare skulle falla utanför föreningsskyddet

¹³ Konstitutionsutskottets betänkande 2009/10:KU43, Prövning av fråga om tillämpligheten av 2 kap. 12 § tredje stycket regeringsformen i visst fall (bet. 2009/10:AU5).

och därför även det särskilda förfarandet.¹⁴ KU:s majoritet beslutade att det särskilda förfarandet inte var tillämpligt.¹⁵

Den andra tillämpningen av RF 2:22 som bör nämnas är ett lagförslag till följd av ett EG-direktiv om lagring av trafikuppgifter.¹⁶ KU ansåg att lagförslaget innebar en begränsning i rätten till personlig integritet (RF 2:6 st. 2), en stark relativ rättighet som hade börjat gälla från den 1 januari 2011. Följden var att det särskilda förfarandet tillämpades, och riksdagen beslutade att förslaget skulle vila ett år.

6 Några jämförande utblickar

Sverige är förstås inte det enda landet som har haft en diskussion om vad som bör betraktas som en begränsning av en konstitutionell rättighet. Jag har inga ambitioner att göra en heltäckande jämförande studie i denna fråga, utan nöjer mig med att nämna några författare som har behandlat frågan. I Förenta staterna har det förekommit diskussion om, och kritik av, hur USA:s högsta domstol (Supreme Court) avgjort frågor om rättighetsbegränsningar. Enkelt uttryckt kan man säga att Supreme Court delar in rättighetsinskränkningar i två huvudgrupper, direkta (när lagstiftaren uttryckligen syftar på att begränsa en rättighet) och indirekta begränsningar. Den förstnämnda gruppen granskas ingripande (strict scrutiny), medan det inom den andra gruppen endast är de begränsningar som bedöms vara betydelsefulla (substantial) som granskas ingripande. Supreme Court har kritiserats inom doktrin, dels för att alltför lätt acceptera att en indirekt begränsning inte är betydelsefull, dels för att blanda ihop argument om en rättighets omfattning med argument rörande vilken motivering lagstiftaren har för att begränsa rättigheten. Enligt David Faigman¹⁷ t.ex., är det väsentligt att hålla isär dessa två typer av argument och att strikt upprätthålla indelning mellan två olika stadier: dels bedömningen av om en föreskrift *faller inom ramen* för en konstitutionell rät-

¹⁴ Rättighetsskyddsutredningen, SOU 1978:34, s. 186.

¹⁵ Ärendet är också intressant ur ett annat rättighetsperspektiv. En del av den politiska oppositionens argument var att de begränsningar som skulle göras i den fackliga stridsrätten inte var förenliga med Artikel 11, EKMR. I ett särskild yttrande till KU:s betänkande argumenterar minoriteten för en EKMR-konform tolkning av RF 2:1 p. 5.

¹⁶ Justitieutskottets betänkande, 2010/11:JuU14, Lagring av trafikuppgifter för brottsbekämpande ändamål – genomförande av direktiv 2006/24/EG.

¹⁷ Faigman, D., *Reconciling Individual Rights and Governmental Interests: Madisonian Principles versus Supreme Court Practice*, 78 VA. LR. 1521-1580 (1992).

tighet, dels bedömningen av om en föreskrift uppfyllar grundlagens krav för begränsningar av konstitutionella rättigheter. Annars finns det en stor risk att domstolarna alltför lätt accepterar lagstiftarens argumentation om att en begränsning är motiverad av allmänna intressen. Enligt Faigman bör en domstol endast ta hänsyn till grundlagens ordalydelse när man befinner sig på första stadiet.¹⁸

Liknande argument anförs av den tyska rättsvetaren Robert Alexy.¹⁹ Alexy redogör för två olika teorier rörande rättigheter och begränsningar, den externa och den interna. Enligt den externa teorin är rättigheter och begränsningar två olika saker, mellan vilka det finns ett "begränsningsförhållande". Rättigheter kan, åtminstone i teorin, existera utan begränsningar. Begränsningar behövs först när det uppstår ett behov av att förena rättigheten med andra rättigheter eller kollektiva intressen. Den externa teorin ser konstitutionella rättigheter som principer, och utgångspunkten är största möjliga omfånget för principen. De författare som förespråkar den externa teorin har en tendens att vilja begränsa statens handlingsutrymme. Enligt den interna teorin är själva rättigheten och begränsningen en enda sak: en enhet med en större, eller mindre, omfattning. Diskussionen handlar därför om innehållet i rättigheten. Författare som förespråkar en intern teori har en tendens att hävda att staten bör ha en långtgående lagstiftningsrätt. Likt Faigman, anser Alexy att det finns två olika stadier i processen. Han är medveten om de problem som följer av att inta en position där konstitutionella rättigheter får en vid tillämpning. Han nämner att enskildas respekt för rättigheter kan undergrävas. Det finns även en risk för onödig förvirring om vanliga juridiska resonemang får en konstitutionell karaktär när allt ses som en begränsning av en rättighet.²⁰ Det är p.g.a. dessa praktiska problem som idén om att normgivning kan *påverka* en konstitutionell rättighet utan att *begränsa* den har uppstått i tysk doktrin ("ausgestalten"). Alexy accepterar denna syn, men anför att endast en snäv syn på ausgestalten och en motsvaranden bred syn på vad som är att betrakta som en begränsning uppfyller de konstitutionella kraven på att lagstiftaren måste kunna motivera sina lagförslag rationellt.²¹

¹⁸ See även Dorf, M. C., Incidental Burdens on Fundamental Rights, 109 Harv LR 1175-1251 (1996).

¹⁹ Alexy, R., A Theory of Constitutional Rights (Julian Rivers, trans.), OUP 2002.

²⁰ A.a. s. 212 f.

²¹ Se även sydafrikansk domare Judge Ackerman i Ferreira v Levin NO and Others, (CCT5/95) 1996 (1) SA 984 (CC), § 82; "I cannot, with due respect to so distinguished

Den israeliska rättsvetenskapsmannen och f.d. chefsdomaren Aaron Barak påstår att det ”moderna” synsättet är att hålla isär de två frågorna (1) om en föreskrift faller inom ramen för en konstitutionell rättighet med (2) om en föreskrift uppfyller grundlagens krav för begränsning av en konstitutionell rättighet.²² Förvirring kan uppstå, eftersom vissa begränsningar – av Barak kallade omedelbara begränsningar (immediate limits) – är inbyggda i definitionen av en rättighet, och därför fungerar på den konstitutionella nivån. Ett exempel på detta, taget ur det svenska sammanhanget, skulle bli den redan nämnda bestämmelsen i RF 2:23 om att ordningsföreskrifter inte innebär någon begränsning av yttrande- eller informationsfrihet. Andra begränsningar fungerar på den ”subkonstitutionella” nivån. Konstitutionen sätter upp villkor som vanlig lagstiftning vilken rör rättigheter måste uppfylla för att bli giltig. Ett exempel på detta taget ur det svenska sammanhanget skulle vara villkoren som framgår av RF 2:20 st. 1. Barak anför fem skäl till varför det är viktigt att upprätthålla denna distinktion. För det första sätts individuella rättigheter i främsta rummet och det klargörs att motiveringsbördan (the burden of justification) för en lag som begränsar rättigheter ligger hos regeringen. För det andra, klargörs det att det finns en skillnad mellan den konstitutionella lagstiftaren (som bestämmer en rättighets omfattning) och den ”vanliga” lagstiftaren (som bestämmer hur dessa rättigheter förverkligas). Den hjälper även för att förebygga maktmissbruk av (tillfälliga) politiska majoriteter. För det tredje klargörs att det är domarens ansvar att se till att grundlagens begränsningsklausul, eller begränsningsklausuler, upprätthålls vid tillämpning av konstitutionen. För det fjärde sätter distinktionen upp parametrar för dialog mellan de lagstiftande och dömande orga-

a Judge, comprehend why an extensive construction of freedom would ‘trivialize’ the Charter, either in theory or in practice, or, more relevantly for our purposes, our present Constitution. It might trivialise a constitution (it would indeed cause chaos) if it resulted in the regulating measures being struck down. But that is not the consequence. An extensive construction merely requires the party relying thereon to justify it in terms of a limitation clause. It does not trivialise a constitution in theory; in fact it has the reverse effect by emphasising the necessity for justifying intrusion into freedom. It does not trivialise a constitution in practice because in the vast majority of cases dealing with regulatory matters, the justification is so obviously incontestable that it is taken for granted and never becomes a live issue. In the borderline cases (and even in mundane regulatory statutes such cases may arise) there is no pragmatic reason why the person relying on the measure ought not to justify it”.

²² Barak, A., *Proportionality: Constitutional rights and their limitation*, OUP 2012.

nen. Slutligen innebär distinktion ett analytiskt ramverk som underlättar för strukturerat och transparent tänkande om begränsning av rättigheter.

Man kan invända att inte alla av Baraks skäl är så övertygande i ett svenskt sammanhang. Som välkänt är kan de svenska grundlagarna ändras med enkel majoritet, så distinktionen mellan den konstitutionella och den vanliga lagstiftaren är inte lika uppenbar. Å andra sidan finns det en lång tradition inom svensk politik av att man eftersträvar politisk konsensus kring grundlagsändringar. Att det är domaren som har det primära ansvaret för att se till att grundlagens begränsningsklausul upprätthålls stämmer inte i Sverige. Å andra sidan kan man säga att detta ansvar har betonats starkare i samband med den senaste grundlagsändringen, dels genom borttagande av uppenbarhetsrekvisitet (RF 11:14), dels genom att riksdagen har klargjort att domstolarna har ett ansvar för att se till att regeringsformens andra kapitel är ”operativ[t]”.²³

Även utifrån denna mycket korta redogörelse för viss utländsk doktrin kan man se att det finns många likheter mellan hur diskussionen förs i olika länder. Man kan dock säga att alla de utländska författare jag har citerat för diskussionen på ett markant annorlunda sätt jämfört med diskussion i de svenska förarbetena. De utländska författarna *resonerar* kring frågan om vilken omfattning en rättighet bör ha. Den svenska diskussionen börjar med ett *konstaterande* av att endast vissa åtgärder skall betraktas som en inskränkning av en rättighet.

7 Europadomstolens syn

Hur närmar sig Europadomstolen (ED) frågan om rättighetsbegränsningar? I allmänhet kan man säga att, likt Faigman, Alexy, och Barak förespråkar, ED börjar med att bestämma om den nationella åtgärden som är i fråga begränsar en konventionsrättighet, för att sedan går vidare till frågan om den nationella åtgärden är i enlighet med konventionens krav. Detta i sin tur innebär främst om det finns rättsligt stöd för åtgärden och om åtgärden kan ses som ”nödvändig i ett demokratiskt samhälle”. ED diskuterar förhållandevis sällan en rättighets omfång *in abstracto*, fast man kan säga att omfånget i allmänhet blir klarare genom rättspraxis, och att ED nuförtiden inleder sina domskäl med en redovisning av sin egen praxis. Beslutet att något faller utom en rättighet avgörs oftast av ED när den avvisar ett klagomål, främst genom att besluta att klagomålet är

²³ Prop. 2009/10:80 s. 147.

oförenligt med konventionen *ratione materiae* eller att det är uppenbart ogrundad. Det kan undantagsvis hända att ett beslut om ifall ett klagomål ska anses vara uppenbart ogrundad tas av storkammaren.²⁴ På ett liknande sätt kan ett klagomål undantagsvis tas upp till sakprövning med resultatet att ED anser att klagomålet faller utanför rättighetens omfång. I Gillberg v. Sweden²⁵ gjorde den klagande gällande av hans fällande dom för tjänstefel utgjorde en begränsning av hans rätt till privatliv och hans ”negativa rätt till yttrandefrihet” (i hans fall, en rätt att *inte* offentliggöra sin forskning). Storkammaren ansåg att klagomålet föll utanför både artikel 8 och artikel 10.²⁶

Även om ED i vanliga fall följer en tvåstegs-approach har domstolen kritiserats på samma grunder som Faigman har kritiserat USA:s Supreme Court, nämligen att den hoppar över första stadiet, och/eller blandar ihop det första med det andra stadiet, och låter argument om motivering för ett ingrepp påverka, eller t.o.m. avgöra, bedömningen om rättighetens omfång.²⁷ I t.ex. *Cha'are Shalom ve Tsedek v. France*²⁸ ansåg ED att kosherslakt var skyddat av religionsfriheten men att ingreppet (monopolet som staten hade tilldelat en annan betydligt större ortodox judisk förening än den klagande föreningen) inte var *tillräckligt allvarligt* för att betraktas som en kränkning av artikel 9.²⁹ I *Elli Poluhas dödsbo v. Sweden*³⁰ och *Vo v. France*³¹ avgjorde ED inte frågan om de påstådda kränkningarna föll inom rättighetsskyddet eller inte, men anförde att begränsningarna som gällde var förenliga med konventionen.

²⁴ Se t.ex. *Gratzingerova v. Czech Republic*, (dec.) No. 39794/98, 10 July 2002 [GC]. Arvtagare till f.d. ägarna (utländska medborgare) av egendom konfiskerad under kommunisttiden hade anhängiggjort processer utan framgång i Tjeckien för att återfå egendomen. ED ansåg att det som egentligen bestod endast av en förhoppning om att egendomen skulle återböras inte kunde ses som ”egendom”.

²⁵ [GC] No. 41723/06, 3 April 2012.

²⁶ A.a., § 68 och § 92-94.

²⁷ Se Gerards J. och Sen, H., *The structure of fundamental rights and the European Court of Human Rights*, 7 I-CON, 619-653 (2009).

²⁸ No. 27417/95, 27 June 2000.

²⁹ § 78-84. Det finns också praxis rörande äganderätt i vilken ED konstaterar att endast en betydande inskränkning utgör en begränsning av rättigheten. Se Åhman, K., *Egendomsskyddet*, Iustus, 2000, s. 203-206.

³⁰ No. 61654/00, 17 January 2006. Klagomålet rörde ett förbud mot att flytta kvarlevor (påstått brott mot rätten till privat liv).

³¹ No. 53924/00, 8 July 2004. Klagomålet rörde bristen på möjlighet att åtala en läkare för tjänstefel, som genom ett fel hade skadat ett foster (påstått brott mot rätten till liv).

Som välkänt är, anser ED att rättigheterna i konventionen är autonoma begrepp. ED är inte bunden av hur eventuella motsvarande rättigheter inom nationell rätt är formulerade.³² Till skillnad från den snäva inställningen till en begränsning som intas i förarbetena till RF, kan man säga att det finns ett inbyggt institutionellt intresse hos ED (och, för den delen, EU-domstolen) att tolka vad som är att betrakta som en begränsning av en rättighet extensivt. EKMR – i synnerhet art. 8–11 – uttrycker rättigheter på ett brett sätt men med omfattande brett formulerade begränsningar. Några exempel kan illustrera detta. Att spela in en videofilm av en person på en offentlig plats och sprida den till media är en begränsning av rätten till privatliv. Att tilldela en advokat en reprimand för att ha deltagit i en fredlig demonstration är en begränsning av demonstrationsfriheten. Att registrera DNA i ett DNA-register är inte bara ett ingrepp i privatlivet utan påverkar också oskuldspresumtionen.³³

Efter att ha sagt detta har ED godtagit att vissa av rättigheterna i konventionen kan bli föremål för underförstådda begränsningar, så länge dessa inte ”skadar kärnan i rättigheten ... [eller] kommer i konflikt med andra rättigheter som föreskrivs i konventionen”.³⁴ T.ex. är rätten till domstolsprövning en sådan rättighet.³⁵ Domstolen har dock betonat att det inte finns något behov eller utrymme för tillämpning av sådana underförstådda begränsningar i förhållande till konventionsartiklar som innehåller uttryckliga begränsningar (såsom artiklarna 8–11), om det inte rör sig om en positiv förpliktelse.³⁶

³² Efter att ha sagt detta, finns det fall när konventionsskyddet är klart beroende på om den nationella rätten erkänner en rättighet eller inte. T ex om den nationella rätten erkänner möjligheten för ensamstående att adoptera ett barn, sker en konventionskränkning om de nationella myndigheterna diskriminerar mellan homosexuella och heterosexuella. Janneke Gerrards har kallat detta för ”dependency” eller en ”in for a penny, in for a pound” tillvägagångssätt, Gerrards J. H., *The European Court of Human Rights and the national courts: Giving shape to the notion of “shared responsibility”*, s. 49–50, i Gerrards J. H. och Fleuren J. (eds), *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the judgments of the ECtHR in national case law: A comparative analysis*, Antwerp, 2014.

³³ Se *Peck v. UK*, No. 44647/98, 28 January 2003, *Ezelin v. France*, 26 April 1991, A/202, § 53. S. and *Marper v. UK*, Nos 30562/04 and 30566/04, 4 December 2008.

³⁴ *Belgian Linguistics case*, 23 July 1968, A/6 p. 32.

³⁵ Se t ex *Stubbings and others v. UK*, Nos 22083/93; 22095/93, 22 October 1996 and *Brumarescu v. Romania*, No. 28342/95, 28 October 1999.

³⁶ *Golder v. UK*, 27 February 1975, A/18, § 44. Se angående positiva förpliktelser van Dijk P. and van Hoof G.J.H. van Rijn, A., Zwaak L. (eds), *Theory and Practice of the ECHR*, 4th ed., Antwerp-Oxford, 2006, s. 343–350 och Mowbray, A., *The Develop-*

När det gäller positiva förpliktelser, kan man säga att tanken går stick i stäv med de svenska förarbetenas syn på begränsningar främst i termer av tvång och sanktioner. Den exakta omfattningen av den positiva skyldigheten för staten varierar från artikel till artikel. Det är främst tre situationer som kan identifieras.

Den första gäller när en lag eller annan norm begränsar enskildas rättigheter till förmån för en annan individ, t.ex. vid expropriation för privata utvecklingsändamål eller skuldsanering.³⁷

Den andra situationen handlar om när en lag inte tillräckligt skyddar individens rättigheter från angrepp, t.ex. genom att inte kriminalisera beteenden eller genom att inte tillåta skadeståndsanspråk.³⁸ Dessa är undantagsfall enligt konventionen. Inte varje rättighet måste backas upp av straffrättsliga påföljder och/eller skadestånd. Den tredje situationen är när en offentlig myndighet, t.ex. en domstol, inte ingriper tillräckligt för att skydda enskildas rättigheter i den privata sfären, genom att exempelvis inte bevilja tillträde till domstol, genom att inte bevilja rättshjälp när detta behövs eller genom att inte skydda den personliga integriteten.³⁹

De första två situationerna tenderar att gälla för den lagstiftande makten, men den tredje är mera aktuell för domstolarna. De tre situationerna kan kombineras, och domstolarna kan också "klara av" de första två situationerna genom att utvidga skyddet i gällande lagstiftning genom tolkning, förutsatt att de tillåts denna kreativa roll genom konstitutionen och den rättsliga kulturen i staten i fråga.

8 Ytterligare kritiska synpunkter och avslutande kommentarer

Jämfört med många andra demokratiska länder, där doktrin om konstitutionella rättigheter finns i överflöd, råder det något av en "teoribrist"

ment of Positive Obligations under the ECHR by the European Court of Human Rights, Oxford, 2004.

³⁷ Se *Bäck v. Finland*, No. 37598/97, 20 July 2004.

³⁸ Se t.ex. *X and Y v. Netherlands*, 26 March 1985, A/91, *Costello-Roberts v. U.K.*, 25 March 1993, A/247-C, paras 25–27, *M.C. v. Bulgaria*, No. 39272/98, 4 December 2003, *Söderman v. Sweden*, [GC], No. 5786/08, 12 November, 2013.

³⁹ *Pla and Puncernau v. Andorra*, No. 69498/01, 13 July 2004, *von Hannover v. Germany*, No 59320/00 24 June 2004, *Khurshid Mustafa and Tarzibachi v. Sweden*, No. 23883/05, 16 December 2008, *Fabris v. France* [GC], No. 16574/08, 7 February 2013.

i Sverige.⁴⁰ Detta hänger säkert ihop med den formulering som RF 11:14 hade fram till 2011. Domstolarna kunde även återropa förarbetsuttalandet att det främst var riksdagens uppgift att se till att kapitel 2 efterlevdes. Eftersom domstolarna inte diskuterade rättighetsfrågor i någon nämnvärd utsträckning har det varit lätt att betrakta teoretiska diskussioner som endast, ja, teoretiska. Men båda dessa hinder som låg i vägen för en fullständig bedömning av en bestämmelses förenlighet med RF:s rättighetskatalog är nu borta. Dessutom har europeiseringen satt sina spår på domstolarnas sätt att resonera kring förarbetena som rättskällor.⁴¹ Det primära ansvaret för rättighetsskyddet ligger måhända kvar hos lagstiftaren, men den juridiska doktrinen kan inte längre försumma rättighetsteoretiskt tänkande. Förutom den nu aktuella frågan och den relaterade frågan om betydelsen av förarbetena vid grundlagstolkning kan man säga att särskilt följande frågor skulle vinna på en förnyad, och fördjupad, diskussion inom den konstitutionella doktrinen: vilken betydelse skall förarbetena till grundlagen ges vid lagtolkning, lagprövning gentemot EKMR,⁴² horisontella rättigheter och positiva förpliktelser, konkurrerande rättigheter,⁴³ frågan om vad som är kärnan i en rättighet⁴⁴ och frågan om vilka rättigheter man kan fransäga sig och varför.⁴⁵

Jag skall inte beröra dessa frågor i nuvarande artikel, med undantag för den första, som i Sverige har ett särskilt samband med den nu aktuella frågan om vad som är att betrakta som en rättighetsbegränsning, och jag nöjer mig med att säga följande. I många länder finns det en klar och tydlig skillnad mellan den konstitutionella lagstiftaren och den

⁴⁰ Detta framhölls tidigt av Bertil Bengtsson, se t.ex. Ersättning vid offentliga ingrepp I: Egendomsskyddet enligt regeringsformen, Norstedts, 1986, s. 31–32. Joakim Nergelius och Thomas Bulls avhandlingar kan sägas ha varit startskottet för ett förnyat intresse i en djupare teoretisk analys av rättigheter. Se också Rättsfondens publikationsserie, Våra rättigheter (5 volymer, mellan 1980 och 2007).

⁴¹ Se t.ex. Abrahamsson, O., Handlar normprövningsdebatten om rätt saker?, SvJT 2007.

⁴² Se NJA 2013 s. 502. För en kort analys se Cameron, I., An Introduction to the ECHR, 7th ed, Iustus, 2014, s. 195–201.

⁴³ Cameron, I., Competing Rights? i de Vries, S., Bernitz, U. och Weatherill, S. (eds), The Protection of Fundamental Rights in the EU after Lisbon, Hart, 2013.

⁴⁴ Krav att inte undergräva kärnan i rättigheten finns i EU-Statgan artikel 52 samt RF 2:23. Frågan har dykt upp bl.a. i C-293/12 och C-594/12, Digital Rights Ireland and Seitlinger and Others (rörande kravet på teleoperatörer att lagra all teledata).

⁴⁵ Se t.ex. JO 2010-12-15, dnr 6514–6516-2009, JO Beslut 2014-06-18 Dnr 6798-2012 (hembesök av socialtjänsten till bidragstagare och personlig integritet).

vanliga lagstiftaren. Detta uppmuntrar domstolarna till att behandla förarbetena till grundlagen med särskild respekt, men denna skillnad är inte så uppenbar i Sverige. Efter att ha sagt detta, är, som redan nämnts, den konstitutionella praxisen att eftersträva politiskt konsensus vad gäller grundlagsändringar. Denna faktor kan sägas tala för att förarbetena vid grundlagsändringar trots allt bör åtnjuta särskild respekt hos rättstillämparen. Å andra sidan kan man säga att en grundlag har ett "långvarigt syfte" samtidigt som rättigheter är särskilt dynamiska begrepp, som måste kunna utvecklas efter samhällets behov. Detta talar emot det som tidigare har sagts. Mot den angivna bakgrund anser jag att just uttalandet i förarbetena om "vad som utgör en rättighetsbegränsning" inte längre bör vägleda domstolarna.

Till att börja med kan man konstatera att de svenska domstolarna skall sedan år 1995 tillämpa den inkorporerade EKMR och EU-rätten. Det finns alltför fall när domstolarna åberopar både EKMR (och ED:s praxis) samt RF kapitel 2 för att stödja ett resonemang. Dessa två rättighetskataloger växer på så vis ihop.⁴⁶ EU-rätten har förstås företrädare framför svensk rätt. EU-domstolen har aldrig rakt av accepterat ett medlemslands argument att en viss åtgärd eller nationell bestämmelse inte var *avsedd* att inskränka en EU-rättighet, utan har alltid tittat även på vilka effekter åtgärden eller bestämmelsen har i praktiken. Sedan december år 2009, tidpunkten när Lissabonfördraget trädde i kraft, har EU-stadgan blivit rättsligt bindande. Svenska domstolar måste räkna med att det blir ett ökande antal domar när EU-domstolen tolkar stadgan. Stadgan täcker mer nationell rätt än vad man tidigare trott.⁴⁷ När det gäller hur EU-domstolen kommer att tolka stadgan bör man betona att, även om rättigheterna är delvis annorlunda utformade än de motsvarande rättigheterna i EKMR, ska de ha samma innebörd och räckvidd som i konventionen (artikel 52.3). Alltså är det rimligt att tro att EU-domstolen har samma synsätt som Europadomstolen så vitt gäller frågan om vad en rättighetsbegränsning är.⁴⁸

⁴⁶ Se t.ex. HFD 2013 ref. 72. För en diskussion se Cameron, I. och Bull, T., Sweden, i Gerards, J. och Fleuren, J. (eds), *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the judgments of the ECtHR in national case law, A comparative analysis*, Intersentia, 2014.

⁴⁷ Se bl a Case C 617/10, Åkerberg-Fransson, 7 May 2013.

⁴⁸ Jfr HD:s ändrade inställning till frågan om *ne bis in idem* NJA 2013 s. 502. Man kan lägga till att stadgan innehåller en allmän begränsningsklausul. Artikel 52.1 stadgar "Varje begränsning i utövandet av de rättigheter och friheter som erkänns i denna stadga ska vara

För det andra är det uppenbart att uttalandet om vad som utgör en rättighetsbegränsning inte är tillämplig på alla rättigheter i RF kapitel 2. Det är lätt att glömma bort att Departementschefen inte hade denna avsikt. Han hänvisade enbart till de starka relativa rättigheterna, dvs. de som tas upp i nuvarande RF 2:20, 2:22 och 2:23⁴⁹, alltså inte *alla* rättigheter i RF 2 kap. En rimlig tolkning av dennes uttalande är att han inte ansåg att det snäva synsättet var tillämpligt på diskrimineringsförbudet, äganderätten eller på de ovillkorliga rättigheterna i RF 2 kap.

Egentligen kan man argumentera för att, *om* det finns något utrymme för ett snävt synsätt på en rättighetsbegränsning, så är det i samband med *implicita* rättigheter (dvs. när en ny rättighet "tolkas in" i en gammal, t.ex. ED:s tolkning att rätten till domstolsprövning omfattas av EKMR artikel 6) och *ovillkorliga* rättigheter (t.ex. RF 2:1 p. 6). Eftersom en ovillkorlig rättighet inte kan balanseras, åtminstone gentemot andra statsintressen (såsom brottbekämpning), måste balanserandet ske på det stadium där man avgör om rättigheten överhuvudtaget är tillämplig eller inte.

Men oavsett detta, kan man ställa sig frågan om vad som gäller för de rättigheter som har lagts till RF kapitel 2 sedan 1975, och rättigheter, främst äganderätten, som tydligt förändrats genom omformulering? Vad gäller flera av de nya rättigheterna, som stridsåtgärder på arbetsmarknaden, näringsfrihet, upphovsrätt, utbildning/forskning, är dessa egentligen subkonstitutionella rättigheter (för att använda Baraks terminologi) eftersom hela innehållet i rättigheten definieras av vanlig lagstiftning (vad gäller stridsåtgärder även genom kollektivavtal). Dessa nya rättigheter ändrar alltså inte situationen. Däremot kan man säga att RF 2:15 (äganderätten) nu är formulerad så att rätten till ersättning gäller rådhetsinskränkningar som *avsevärt försvårar* pågående markanvändning eller som leder till *betydande* skada.⁵⁰ På ett liknande sätt skyddar rätten till personlig integritet (RF 2:6 st. 2) mot *betydande* intrång i den personliga integriteten. Som Bull har påpekat (i samband med yttrandefrihet och as-

föreskriven i lag och förenlig med det väsentliga innehållet i dessa rättigheter och friheter. Begränsningar får, med beaktande av proportionalitetsprincipen, endast göras om de är nödvändiga och faktiskt svarar mot mål av allmänt samhällsintresse som erkänns av unionen eller behovet av skydd för andra människors rättigheter och friheter. 2. De rättigheter som erkänns i denna stadga för vilka bestämmelser återfinns i fördragen ska utövas på de villkor och inom de gränser som fastställs i dessa".

⁴⁹ Prop. 1975/76:209 s. 153.

⁵⁰ Jfr ED:s synsätt, ovan s. 178.

sociationsfriheten) talar dessa ”inbyggda” uttryckliga begränsningar mot att man också intar en snäv hållning i frågan om vad som utgör en rättighetsbegränsning.

För det tredje vill jag hävda att hänvisningen som görs i förarbetena till *det område som skyddas av RF:s rättighetsreglering* också kan ifrågasättas. Med denna hänvisning försöker man utesluta civilrätten (nuvarande RF 8:2 p. 2). Givetvis gäller rättigheterna i RF gentemot den allmänna⁵¹ och om uttalandet skall ses som bara en erinran av detta är det inte problematiskt. Gränsen mellan den offentliga rätten och privaträtten finns kvar, men jag vill hävda att den har blivit något suddigare. Vissa rättigheter i RF kapitel 2 har, eller bör ha, viss betydelse t.o.m. på civilrättens område. Detta är fallet när det gäller EKMR:s rättigheter.⁵² Det finns även svenska rättsfall som ger visst stöd för ett sådant påstående. I NJA 2004 s. 336, som rörde en civilrättslig tvist om ledningsrätt, tog man hänsyn till äganderätten som ett subsidiärt tolkningsargument. Förutom äganderätten och näringsfriheten kan man påpeka att rätten till en rättvis rättegång inom rimlig tid även gäller för civilrättsliga tvister. Skadeståndsrättens betydelse för den konstitutionella rätten kommer att öka nu när HD har bekräftat att man kan få skadestånd för brott mot konstitutionella rättigheter.⁵³

För det fjärde kan man hävda att förarbetenas fokus på åsyftade begränsningar och om tvång och sanktioner är vilseledande. Detta ses tydligt vad gäller diskrimineringsförbudet. Föreskrifter som har en diskriminerande effekt är förbjudna.⁵⁴ Men vari ligger sanktionen eller tvånget i ett beslut om att inte ge pengar till ett religiöst trossamfund? Likväl kan skyddet för religionsfrihet i EKMR artikel 9 och RF 2:1 p. 6 göra att ett beslut när det allmänna agera på ett icke-neutralt sätt vid tillhandahållande av förmåner leda till att inskränkningen anses sakna stöd i lag.⁵⁵

Man kan också fråga sig vad den åsyftade begränsningen utgörs av när det gäller en kränkning av rätten till rättegång inom rimlig tid enligt RF 2:11 st. 2? Vad är ”sanktionen”? Inte heller är det hjälpsamt att prata i termer av tvång och sanktioner när det gäller positiva förpliktelser. Emel-

⁵¹ Eftersom allemansrätten formuleras som ett undantag till äganderätten kan man hävda att det inte är en horisontell rättighet. Det finns dock rättigheter i TF och YGL som har horisontell karaktär.

⁵² Se not 38 och 39 ovan.

⁵³ NJA 2014 s. 323.

⁵⁴ Jfr definition av indirekt diskriminering i Diskrimineringslagen 2008:567, 4 §.

⁵⁵ HFD 2013 ref. 72.

lertid är det främst EKMR-rättigheter som kan ge upphov till positiva förpliktelser men det är inte uteslutet att även detta kan ske rörande de motsvarande rättigheterna i RF. JO anser t.ex. att det finns en förpliktelse för det allmänna att *underlätta* utövande av demonstrationsfriheten.⁵⁶

Det kan också påpekas att denna betoning på sanktioner och syfte inte längre stämmer överens med riksdagens praxis. Som redan nämnts ansåg riksdagen att man måste ta hänsyn till maskeringsförbudets och krav på insyn i finansiering av politiska partier rättighetsbegränsande effekter. Riksdagen menade också att kartläggning som inte utgör ett tvångsmedel i RB:s mening (dvs. datalagring) ändå bör betraktas som en begränsning av den personliga integriteten (RF 2:6 st. 2). Visserligen rör det sig om endast tre fall (det kan finnas fler som jag inte har uppmärksammat), men dessa räcker för att konstatera att Riksdagen anser att en föreskrift som *upplevs* som en rättighetsbegränsning *kan* och (åtminstone ibland) *bör* betraktas som en rättighetsbegränsning.

Avslutningsvis vill jag alltså säga att det inte längre kan råda något tvivel om att grundlagskommentarernas citerande av Departementschefens uttalande i förarbetena riskerar att vilseleda läsaren. Detta uttalande var redan från början ologiskt och stämmer inte överens med hur flera av rättigheterna i RF kap. 2 är konstruerade. Riksdagen har senare vid ett flertal tillfällen intagit ett vidare synsätt när det gäller vad som utgör en rättighetsbegränsning. Just detta kan förstås användas som argument för att hävda att det inte är ett så stort problem i praktiken, eftersom vi kan lita på riksdagen. Även om detta argument har visst fog för sig, så håller det dock inte i alla situationer. Som utredningen om den personliga integriteten visade,⁵⁷ har riksdagen långt ifrån alltid skött sig så bra när det gäller proportionalitetsresonemang och domstolarna har flera gånger lämnats utan egentlig vägledning i förarbetena. Samhället är dessutom annorlunda nu jämfört med 1975. Det finns bl.a. en växande heterogenitet i den svenska befolkningen. Det kan finnas situationer när en majoritet inte uppfattar något som en inskränkning, medan en minoritet kan göra

⁵⁶ ”Jag anser att det är den demokratiska rättsstatens plikt att värna medborgarnas rätt att föra fram sina budskap. Detta gäller alldeles särskilt sådana budskap som kan uppfattas som kontroversiella, eftersom det vanligen inte föreligger något behov av skydd för den som vill framföra ett mera ”ofarligt” budskap. Så länge den som framför budskapet inte därigenom gör sig skyldig till brott (t.ex. hets mot folkgrupp) måste rätten att föra fram budskapet skyddas.” JO Beslut 2010-12-12 i Dnr 597-2009, 598-2009, 632-2009, 776-2009.

⁵⁷ SOU 2008:3.

det. Visserligen innebär en acceptans att något kan ha en indirekt, icke-åsyftad, rättighetsbegränsande effekt ett behov att bestämma när denna effekt är alltför avlägsen för att tas upp, och när den är tillräckligt närliggande för att kräva en motivering enligt RF 2:20. Men detta är knappast till något större besvär. Det är bra att riksdagen tar sin förpliktelse att motivera på allvar, dvs. redovisar genomarbetade och övertygande argument, varför ett lagförslag som har rättighetsbegränsande effekter (t.ex. ett förbud mot att prata i mobil i en bil) kan motiveras enligt RF 2:20. Allt som låter riksdagen – och även, i andra hand, domstolarna – undslippa från denna förklaringsplikt bör motverkas. En (delvis) ny syn på vad som utgör rättighetsbegränsningar vore ett sätt att bidra till att riksdagen på ett bättre sätt uppfyller sin konstitutionella roll än idag.

