

De lege

JURIDISKA FAKULTETEN I UPPSALA

ÅRSBOK 2014

Redaktör för skriftserien
Mattias Dahlberg

Regeringsformen 40 år 1974–2014

Redaktör

Karin Åhman

§
iUSTUS
FÖRLAG

© Författarna och Iustus Förlag AB, Uppsala 2014

Upplaga 1:1

ISSN 1102-3317

ISBN 978-91-7678-913-1

Produktion: eddy.se ab, Visby 2014

Omslag: John Persson

Förlagets adress: Box 1994, 751 49 Uppsala

Tfn: 018-65 03 30, fax: 018-69 30 99

Webbadress: www.iustus.se, e-post: kundtjanst@iustus.se

Printed by Dimograf, Poland 2014

Förord

Årets upplaga av De Lege innehåller uppsatser med nära anknytning till innehållet i regeringsformen som i år är 40 år. Detta jubileum är ur ett internationellt perspektiv inte så anmärkningsvärt med tanke på att många grundlagar – om inte annat vår norska grannes grunnlov som firar 200 år i år – är betydligt äldre. Men. Många utländska statsskick vilar inte på samma stabila grund som det svenska. Vår demokratis historia har blivit skriven oberoende av regeringsformen kan man hävda. Vår historia vilar vidare i mångt och mycket på samförstånd om grundläggande gemensamma värderingar gällande både politik och juridik. Vi har alldeles i dagarna när detta förord skrivs blivit varse demokratins princip i RF 1 kap. 1 § och hur den kommer till uttryck i praktiken: All offentlig makt i Sverige utgår från folket. Denna princip utgör själva kärnan i statsskicket. Vidare i samma text anges att den offentliga makten ska utövas under lagarna: Sverige är en rättsstat och makten ska vara lagbunden. Legalitetsprincipen kommer här till uttryck. Sammantaget anges att Sverige är en demokratisk rättsstat.

En befogad fråga är i vad mån som regeringsformen idag ger uttryck för gemensamma värderingar och en gemensam demokratisyn. Många upplever att samhället är mer splittrat än tidigare vilket också anses utgöra en grund till det parlamentariska läget som har uppstått efter årets valutgång. Denna antologi avser inte att ge svar på sådana komplexa frågor, även om de måste ställas och analyseras. Om så inte skulle anses vara fallet – att regeringsformens värderingar har kommit ”på skam” – är det då inte dags att återuppväcka värderingarna i denna?

Syftet med antologin Regeringsformen 40 år – 1974–2014 – är att uppmärksamma regleringarna i regeringsformen och att utvärdera den grundlag vi har idag. Den är efter den senaste revisionen 2010 värd all uppmärksamhet och innehåller nu många användbara stadganden. Det går inte att anklaga författarna (som har blivit flera med åren) för att ha skrivit grundlagstext som är inaktuell eller obsolet. Det som står här har

noga övervägts och i många fall är det också användbart i det praktiska rättslivet.

Uppsatserna i antologin har som sagt nära anknytning till regeringsformen. Många författare är (eller har varit) verksamma inom ämnet konstitutionell rätt, folkrätt och förvaltningsrätt vid juridiska fakulteten i Uppsala. Dessa är Fredrik Sterzel, Lena Marcusson, Inger Österdahl, Iain Cameron, Anna-Sara Lind, Patrik Bremdal, Victoria Enkvist, Olof Wilske och undertecknad. Vissa författare är verksamma inom andra ämnen såsom civilrätt och företagsrätt. Dessa är Bert Lehrberg, Håkan Andersson och Jan Bjuvberg. Deras bidrag visar hur även andra ämnen kan ”konstitutionaliseras.” Slutligen har vi även lyckats få med två bidrag från hedersdoktorer vid fakulteten som båda varit yrkesverksamma med frågor som har bäring på reglerna i regeringsformen: Johan Hirschfeldt och Peter Nobel. Varmt tack till er alla för er insats för denna antologi!

Uppsatsernas ämnen är varierande: De fem första behandlar frågor rörande regeringsformens grundläggande värden liksom vissa stadganden i första kapitlet. De fem följande uppsatserna rör frågor om grundläggande rättigheter i andra kapitlet. Därefter kommer en uppsats med utgångspunkt i normgivningsmakten (åttonde kapitlet), en om domstolarnas roll (elfte kapitlet), en om förvaltningen (tolfte kapitlet) och en uppsats om försvaret (femtonde kapitlet).

Det är förstås min förhoppning att Ni som läsare ska finna bidragen intressanta och aktuella. De utgör goda exempel på författarnas respektive forskning och yrkeslivserfarenhet i övrigt. De ger också slutligen Er som läsare en uppfattning om den forskning som bedrivs hos oss vid Juridiska fakulteten i Uppsala.

Uppsala november 2014

Karin Åhman

Innehåll

FREDRIK STERZEL

- 1974 års regeringsform 9
Ett fyrtioårsperspektiv

JOHAN HIRSCHFELDT

- Författningens kärnvärden 33
– symbolik, politik och juridik

PATRIK BREMDAL

- Är RF 1 kap. 2 § bara tomma ord? 57
– Några tankar om målsättningsstadgandet i RF

BERT LEHRBERG

- Värdeöverföringsreglernas anomaliska exklusivitet 69
Om betydelsen av Regeringsformens likhetsprincip inom aktiebolagsrätten

PETER NOBEL

- Vad menas med att Sverige enligt RF 1 kap. 10 § är medlem i EU, men ”bara” samarbetar med FN? 89

VICTORIA ENKVIST

- Religionsfriheten sedd ur en konkav eller konvex lins 97

HÅKAN ANDERSSON

- RF och ersättningsrätten 109
Normaliserande och konkretiserande möten mellan rättsområden

KARIN ÅHMAN	
Ny praxis i Högsta domstolen stärker äganderättens ställning i svensk konstitutionell rätt	139
ANNA-SARA LIND	
Forskningens frihet	151
IAIN CAMERON	
Vad är en begränsning av en rättighet?	165
JAN BJUVBERG	
Är Finansinspektionens föreskriftsmakt grundlagsenlig?	187
OLOF WILSKE	
Domstolarna i regeringsformen 1974–2014 <i>Ger regeringsformen en korrekt bild av domstolarnas konstitutionella ställning?</i>	199
LENA MARCUSSEN	
Förvaltningen i konstitutionen	211
INGER ÖSTERDAHL	
Regeringsformen och det internationaliserade svenska försvaret	225
Om författarna	241

Fredrik Sterzel

1974 års regeringsform

Ett fyrtioårsperspektiv

Att 1809 års regeringsform ersattes med 1974 års var en viktig händelse i svensk rättshistoria, men vad förändringen skulle innebära mera konkret hade man knappast någon klar uppfattning om vare sig i rättslivet eller i det politiska livet. Efter fyrtio år finns det anledning att ställa frågan vad reformen faktiskt har inneburit. Hur såg det konstitutionella läget ut vid startpunkten och hur ser det ut idag? Vilka nyheter beror på RF och vilka beror på andra faktorer? Hur har RF påverkat eller påverkats av förändringarna i den omvärld där den ska fungera? Svaren blir olika om man ser på RF som politiskt redskap eller som rättslig norm.

1 Utgångspunkten

RF avslutade vad jag har kallat det författningslösa halvsekle. Uttrycket innebär naturligtvis en överdrift, men det ger en i huvudsak korrekt bild och ställer det konstitutionella läget i blyxtbelysning. Den gamla regeringsformen spelade sedan länge en mycket ringa roll. Att återopa den i en rättegång kunde uppfattas som uttryck för rättshaveri, och i den offentliga debatten betraktades det som närmast löjligt att hänvisa till den som ett argument¹. I vart fall efter parlamentarismens och demokratins genombrott hade de svenska statsmakterna vant sig vid att agera i stort sett utan stöd eller bindning av grundlag. De riskerade inte heller att domstol

¹ Se närmare min *Författning i utveckling* (2 u. 2009) s. 19 och t.ex. Caroline Taube i *Konstitutionell demokrati* (2004) *Regeringsformen: positiv rätt eller redskap för rättshaverister?*

lade sig i. Mot periodens slut slog dock Högsta domstolen (HD) fast att domstol i princip hade befogenhet att pröva en lags grundlagsenlighet².

Något av en paradox är den praxis med partiella grundlagsändringar som etablerades redan under de första åren efter 1809. Mängder av småändringar hade genomförts. Författningsutredningen (FU) talade om ”hundratals ändringsbeslut”. Dessa var främst av två typer. Ibland tvingade ordalagen fram en ändring. Stod det två, kunde man inte besluta tre utan att ändra texten. I andra fall bedömde man att ett uttryckligt grundlagsstöd var önskvärt. Exempel på det gav den s.k. EEC-paragrafen 1965, föregångare till dagens regler om överlåtelse av befogenheter på EU.

Det konstitutionella systemet fungerade i stort sett bra trots de uppenbara bristerna betraktat från dagens utgångspunkt. Att den åldriga regeringsformen talade om att kungen ägde allena styra riket, att Riksbanken var skyldig att inlösa sedlar med guld etc. saknade betydelse. En slutsats av detta blir att det inte är någon olycka om det inte finns en aktuell skriven konstitution. Detta är viktigt att komma ihåg vid en tillbakablick idag och klargörs för övrigt bl.a. av att Norge 2014 firar tvåhundraårsjubileet av sin grundlag. Även Sverige kunde ha hållit fast vid den gamla ordningen. Det fanns många, både i det politiska livet och inom rättslivet, som gärna ville behålla 1809 års regeringsform. Det be-lyses av remissyttrandena över Grundlagberedningens (GB) förslag. Regeringsrätten (HFD) menade t.ex. att det var bättre att behålla den gamla grundlagen än att genomföra GB:s förslag.

2 Utvecklingen

Förändringarna i det svenska samhället och i omvärlden under de gångna fyrtio åren har varit så stora, att själva den tankevärld där RF utarbetades kan sägas ha ändrats. Författningsfrågan handlades i ett stabilt politiskt läge. Då RF antogs hade mer än fyrtio år gått sedan (S) kom till makten och över ett kvartssekel sedan något annat parti ingick i regeringen. Sättet att tänka och resonera påverkades naturligtvis av detta. Vid en tillbakablick slås man ofta av att ställningstagandena i konstitutionella frågor under den här tiden berodde mera på partiernas ställning som regerings- eller oppositionspartier än på deras ideologiska värderingar. Efter 1974

² Se närmare t.ex. Malmgren–Sundberg–Petrén, Sveriges grundlagar (11 u. 1971) s. 60 f. Slutgiltigt lades principen fast i NJA 1964 s. 471. Den anges i rubriken men inte i själva domen, som avfattats enligt en äldre domsskrivningspraxis.

har det förekommit nio regeringsskiften samt ytterligare en regeringskris och två skiften på statsministerposten som inte ledde till regeringsskiften. I början fanns fem riksdagspartier, i slutet finns åtta. Partierna intog jämte folkrörelserna en central plats i tankevärlden under grundlagsarbetet. Tre av de första rubrikerna i GB:s allmänna motivering talar om partierna som en "hörnsten i vårt statsskick" och "ett bärande element i vår demokrati" och slår fast att "organisationerna fördjupar demokratin". Sedan dess har både partierna och folkrörelserna gått kraftigt tillbaka. Problematiken var ett centralt tema för Demokratiutredningen (SOU 2000:1). Även omvärlden har förändrats dramatiskt, främst genom det kalla krigets slut. Som en konsekvens har Sverige blivit medlem i EU, vars regelsystem har påverkat RF på flera sätt. Att Europakonventionen (EKMR) under resans lopp har inkorporerats som svensk lag är också av stor vikt, låt vara att den även tidigare var bindande för Sverige.

Efter 1974 har fyra kommittéer haft breda uppdrag som berört de grunder som lades fast genom den politiska kompromissen om enkammarreformen: valsättet, riksdagens ledamotsantal och reglerna för parlamentarismen. Varken Grundlagskommittén (SOU 1981:15), Folkstyrelsekommittén (SOU 1986:28), 1999 års författningsutredning (SOU 2001:19) eller Grundlagsutredningen (SOU 2008:125) har dock gjort några egentliga avtryck i dessa huvudfrågor. I det sistnämnda betänkandet sägs att det inte varit möjligt att nå önskvärd politisk enighet om att ändra på ordningen med gemensam valdag. Det framgår inte tydligt om enigheten i övriga frågor sträcker sig längre än till att stå fast vid kompromissen. Den enda reform som har berört någon av huvudfrågorna är att mandatperioden utsträcktes från tre år till fyra fr.o.m. den period som började hösten 1994. Beredningen skedde vid sidan av kommittéväsendet. Det kan alltså noteras att själva de politiska grunderna för RF ännu efter fyrtio år inte är accepterade fullt ut utan bara som en kompromisslösning.

En rad kommittéer har arbetat med olika delar av RF, bl.a. fri- och rättigheter (SOU 1975:75, 1978:34, 1993:40), EU och svensk grundlag (SOU 1993:14), ökat personval (SOU 1993:21) och den kommunala självstyrelsen och grundlagen (SOU 1996:129). Härtill kommer främst en rad betänkanden om budget-, riksbanks- och revisionsreformerna. De kommittéer som behandlat mediefrågor förbigås här, eftersom tryckfrihetsförordningen och yttrandefrihetsgrundlagen stått i fokus, inte RF.

Den konstitutionella förändring som har betytt mest i praktiken är nog EU-anslutningen. Närmast följer reformerna på finansområdet i

bred mening: budget-, riksbanks- och revisionsreformerna. Riksbanken och Riksrevisionen har grundlagsreglerats, medan EU-an slutningen och budgetreformen inte har satt mer än små avtryck i RF. Detta svarar mot svensk tradition. För RF innebär det att finansmakten och kontrollmakten har fått ett ändrat sakinnehåll och att normgivningsmakten inte återspeglas korrekt (8, 9 och 13 kap. RF).

Det har alltsedan 1809 främst varit organisatoriska frågor och procedurfrågor som har tagits upp i grundlagssammanhang. Materiella frågor har sällan reglerats. En viktig iakttagelse är att det vanligen har gällt mindre frågor, medan de riktigt stora har lämnats utanför. EU- och budgetfrågorna är typexempel på det senare liksom parlamentarismens och demokratins genomförande 1917–21. Man kan i detta sammanhang även tänka på förnyelsen av konstitutionsutskottets (KU) granskning. Den har skett helt inom RF:s ram utan att styras av – tvärtom i strid mot – förarbetenas uttalanden om hur granskningen bör inriktas.

3 Dagsläget

Det kan i efterhand synas rätt naturligt att den händelserika perioden efter 1974 har lett fram till en ny grundlagstext, men orsakssambandet är ganska tunt. Utredningsdirektiven bakom 2010 års revision av RF gick ut på en samlad översyn av grundlagen men pekade främst på vikten av att stärka och fördjupa den svenska folkstyrelsen, att öka medborgarnas förtroende för demokratins funktionssätt och att höja valdeltagandet. Kommittén kommer inte att bli ihågkommen för något av detta. De politiska huvudfrågorna ägnades mycket knapphändiga resonemang³. Arbetet kom i stället att inriktas på en systematisk genomgång av hela RF. Bakom det förslag till ny grundlagstext som lades fram stod i varje detalj en enig kommitté, med företrädare för alla de då sju riksdagspartierna.

Den ursprungliga grundlagstexten hade vid remissbehandlingen kritiserats starkt av tunga instanser från rättslivet⁴. I normala fall hade inte en stor lag genomförts efter en så skarp och utförlig kritik från främst HFD, JK, Svea hovrätt och Advokatsamfundet. Denna bakgrund har förmodligen påverkat RF:s något långsamma genomslag i rättslivet. Ingen tvekan råder om att en ordentlig uppräckning behövdes. Sammanfattningsvis

³ Se t.ex. SOU 2008:125 s. 149 f., 171, 176 f., 184 f. och 269 f.

⁴ En mycket kort översikt av yttrandena från de juridiska instanserna finns i SvJT 1974 s. 599 ff., en fullständig remissammanställning i prop. 1973:90 bilaga 3.

kan noteras att 1974 års text omfattade 133 §§ i 13 kapitel, som vid tiden för grundlagsrevisionen hade utökats till 156 §§, och att den nya texten omfattar 194 §§ i 15 kapitel. Antalet paragrafer har alltså ökat med ganska jämnt 50 procent. Reformen kan betecknas som främst lagteknisk, eftersom den medförde få reformer av större format men en lång rad småändringar – huvudinnebörden var att vi fick en väl genomarbetad lagtext. Bara två nyheter hade större saklig betydelse, införandet av en statsministeromröstning efter varje nyval och slopande av lagprövningens begränsning. Möjligen bör man även nämna att den s.k. personvalsspärren sänktes för att vitalisera personvalsinstitutet och att bl.a. tjänster som domare i HD och HFD numera tillsätts efter ansökan. Man kan alltså tala om två eller möjligen fyra reformer i sak på politisk mellannivå – och kanske förvånas över att inte flera bedömdes motiverade.

I det följande ska jag under sex rubriker sammanfatta de huvudsakliga fakta – de flesta välkända – som har betydelse från rättsliga och politiska synpunkter.

4 Politiker och medborgare

Det är naturligt att börja med bestämmelserna om grundläggande fri- och rättigheter, eftersom det är här som den största textmässiga förändringen har skett. RF 2 kap. har utvidgats från fem korta paragrafer till 25, flera mycket utförliga. Det har skett i fyra etapper, 1980, 1983, 1995 och 2011. Ökningen är en konsekvens av att grundlagens perspektiv har vidgats.

Här möter en principfråga om konstitutionens syfte och föremål. En av våra främsta konstitutionella experter och debattörer under efterkrigstiden, Gustaf Petrén, formulerade sig en gång så, att författningen inte ska vara ”ett exercisreglemente för politiker”, utan ”ytterst är det fråga om att reglera förhållandet mellan de enskilda medborgarna och statsmakten”⁵. Den meningen är idag ganska allmänt omfattad, låt vara att man inte bör pressa orden. Naturligtvis är det att gå för långt om man begär att grundlagen ska ”reglera förhållandet” mellan statsmakt och medborgare, men att den ska ha ett medborgarperspektiv är en rimlig åsikt. Ett sådant hade helt saknats i våra äldre grundlagar. Det enda lagrum i 1809 års regeringsform som berörde medborgarna var 16 §. Med ord hämtade ur gamla tiders konungaförsäkringar fastslogs där kungens skyldigheter

⁵ Cit. ur Rättsfondens bok *Våra rättigheter V* (2007) s. 12 f.

att ”rätt och sanning styrka och befordra, vrångvisa och orätt hindra och förbjuda” etc. GB, vars förslag (SOU 1972:15) var måltavla för Petréns kritik, höll sig alltså till gammal svensk tradition.

Det är självklart att det viktigaste för en konstitution är det som ligger i orden ”exercisreglemente för politiker”, att reglera statsorganen. Vad Gustaf Petréns kritik syftade till var främst att man inte borde stanna där, utan att en ny grundlag också borde innehålla bestämmelser om grundläggande fri- och rättigheter. Det ämnet var ännu vid tiden för grundlagsreformen så politiskt kontroversiellt, att GB inte hade med något rättighetskapitel i sitt förslag – onekligen märkligt för ett modernt författningsförslag i en väletablerad demokratisk rättsstat. Men en bred politisk enighet förutsatte vid den tidpunkten att ämnet utelämnades. Bristen orsakade så stark kritik både i remissyttrandena och i den allmänna debatten⁶, att ett mycket knapphändigt kapitel fick åstadkommas genom omredigering⁷ under departementsbehandlingen. Först genom grundlagsändringar senare på 1970-talet tillfördes RF ett verkligt medborgarperspektiv, som blev en realitet genom EKMR:s aktivering under åttiotalet. Numera har vi dessutom EU:s rättighetsstadga.

Det finns i och för sig ingenting som säger att en grundlag måste innehålla bestämmelser om fri- och rättigheter, även om det nog idag uppfattas så i fråga om nyskrivna grundlagar. Det går i princip lika bra att t.ex. bygga på EKMR. Det har varit läget i Norge där dock en komplettering av grundlagen aktualiserades inför tvåhundraårsjubileet. Det kan också konstateras att 2 kap. RF främst innebär vissa skärpningar och tillägg i förhållande till EKMR. Detta är bara en ytlig iakttagelse – betydelsen av rättighetsregler ifrågasatts inte – men den är relevant när det som här gäller att belysa just RF. Det är vidgningen av *grundlagens perspektiv* som är det väsentliga, *inte den materiella substansen*, som är sekundär och väsentligen bestämd av EKMR. I sak innebär en rättighetsförklaring förhoppningsvis – närmast definitionsmässigt – inte någon stor förändring i en gammal rättsstat, något som för övrigt var en viktig del av argumen-

⁶ Kompromisserna om kungens ställning och om fri- och rättigheter orsakade en debatt 1972 som är den enda av partierna oberoende i författningsfrågan som jag kan nämna. Möjligen kan man tänka på Herbert Tingstens bok *Skall kungamakten stärkas?* (1964) men den var dock ett inslag i den allmänna debatten kring FU.

⁷ GB hade tagit in vissa bestämmelser längre fram i förslaget som kunde bilda grundstommen för ett rättighetskapitel. Mot portalparagrafens ord att den svenska folkstyrelsen bl.a. bygger på fri åsiktsbildning svarade naturligt att yttrandefrihet, föreningsfrihet m.m. nämndes i 7 kap. Lagar och lagstiftning (2 §).

teringen för det politiska motståndet. Enskilda ändringar kan däremot naturligtvis innebära att rättsstaten byggs ut enligt moderna värderingar⁸.

Förhållandet mellan 2 kap. RF och EKMR har diskuterats ingående i grundlagsarbetet, senast av Grundlagsutredningen, men utgör ingen stor frågeställning i detta sammanhang.

5 Parlamentarismen

Parlamentarismens och demokratins genombrott medförde den konstitutionella brytning som gör det motiverat att tala om ett författningslöst halvsekel. Grundlagsändringarna blev små av främst politiskt taktiska skäl. Då en ny RF skulle skrivas, blev en huvuduppgift att grundlagsfästa parlamentarismen. Den kunde inte förbigås vid den partiella reformen 1968/70, men man begränsade sig då till att införa det negativa institutet misstroendeförklaring, som skulle säkerställa att ingen regering kan fungera mot riksdagens vilja. Regeringsbildningen togs upp vid den slutliga reformen. Hur har dessa regler fungerat i den förändrade verkligheten?

Parlamentarismen regleras i RF genom tre institut: regeringsbildning, misstroendeförklaring och nyvalsförordnande. Den praktiska betydelsen är dalande i denna ordning. Grundläggande är principen om negativ parlamentarism, dvs. kravet på absolut majoritet, 175 röster, för att ett förslag om statsminister ska förkastas eller ett yrkande om misstroendeförklaring bifallas. Parlamentarismen blir alltså ytterst, kan man säga, en matematisk fråga, som i oklara lägen kan lösas på flera sätt och ger utrymme för åtskilligt taktiskt spel. Under det tidiga skedet kunde man i stället tala om ett slags ”valvindsparlamentarism”. Valsegraren bildade en minoritetsregering som brukade avlösas av en annan under mandatperioden⁹.

Reglerna om regeringsbildning har tillämpats tolv gånger. Två gånger (1986, 1996) har det berott på personbyte på statsministerposten, en

⁸ Typexempel är bestämmelserna om förbud mot diskriminering.

⁹ Branting 1921 och 1924, avlöst 1923 och 1926, Lindman 1928, avlöst 1930, Hansson 1932 som bröt minoritetsparlamentarismen. Regeringsskiftet 2014 går bra in i detta perspektiv genom att en minoritetsregering ersattes av en annan som fått en starkare ställning genom valet. Voteringsreglerna i RF (6:4) medför dock en väsentlig skillnad. (S) har efter 1978 i praxis röstat nej till varje regering där partiet inte ingått. Om allianspartierna hade tillämpat samma praxis skulle Stefan Löfven inte ha blivit godkänd som statsminister, eftersom (SD) röstade nej. Det är tydligt att partierna bör tänka över sin röstningspraxis och tillämpa lika men flexibla principer.

gång (1990) blev det ett formellt regeringsskifte, men den gamla regeringen kom tillbaka med en ny finansminister. Tre gånger har en statsminister utnämnts sedan han förlorat omröstningen i riksdagen, dock med färre än 175 nej-röster (1978, 1979, 1981). Vid varje tillfälle har den naturlige kandidaten utsetts i slutänden¹⁰. De nya grundlagsreglerna har varken gjort till eller från. Det hade gått lika bra att ha kvar ordningen med kungen som formellt agerande. En besvärlig situation hade kunnat inträda efter 2014 års val, men hittillsvarande praxis ger tunt underlag för en diskussion.

En konsekvens av reglerna som förarbetena förbiser (eller förbigår) är att, under de partiförhållanden som rått under hela efterkrigstiden, med en borgerlig sida och en av (S) dominerad, har den som vinner majoritet i ett val en fördel under hela mandatperioden. Även om partierna inte håller ihop, kan de i vart fall stänga ute den andra sidan från regeringsmakten. Det belyses av kriserna 1978, 1981 och 1990. En av (S) ledd regering kunde hindras de två första gångerna, en borgerlig regering den tredje. I andra länder ser man det ofta som naturligt att budet om regeringsbildning först går till oppositionen innan den gamla majoriteten får en ny chans. Den senaste mandatperioden har ytterligare lärt, att ett utomstående parti – läs (SD) – kan få en viktig vågmästarroll om ingendera sidan vinner majoritet.

Reglerna har byggts ut på två sätt. RF ålägger talmannen att föreslå statsminister. I praxis gäller sedan 1978 att talmannen även talar om vilken regering som avses bildad. Det kan anses naturligt men kan i svåra lägen medföra en ytterligare komplikation. Det bör därför noteras att talmannen i en ny problemsituation inte är bunden av någon grundlagsregel utan kan begränsa sig till att föreslå ett namn. En nyhet är vidare att statsministerfrågan ska omprövas efter varje riksdagsval. Bakgrunden är farhågor för att en minoritetsregering ska hänga sig kvar i ett oklart läge. Kritik – och yrkanden om misstroendeförklaring – riktades mot statsministern 1998 och 2002 för att han inte avgick, och lät regeringsfrågan prövas fritt under talmannens ledning, utan satt kvar och på egen hand förhandlade fram koalitionslösningar¹¹.

¹⁰ Även 1978 var namnet (Ullsten) okontroversiellt. Striden gällde regering med eller utan (M).

¹¹ Båda gångerna blev yrkandena överspelade genom att de inte kom upp till prövning förrän regeringsförhandlingarna hade slutförts och resulterat i majoritetsstöd för Göran Persson.

Reglerna om misstroendeförklaring har tillämpats fem gånger och dessutom två gånger haft åsyftad verkan utan att man behövt löpa linan ut. I systemet ligger att ett yrkande normalt kan förutses bli nedröstat. Det ligger ingenting märkligt i det. Oppositionen måste ju yrka bifall till sina förslag i de politiska sakfrågorna fastän den förutser att yrkandena blir nedröstade¹². Man bör även här ställa frågan, om de nya reglerna har tillfört något av värde. En enda gång har de tillämpats så som avsetts, 1980 då oppositionen yrkade misstroendeförklaring mot statsministern och förlorade med den enda röst som var regeringens övertag. Ett exempel på att institutet verkligen har tillfört något ger krisen 1981, då regeringens avgång tvingades fram med hot om misstroendeförklaring. Därmed får anses fastslaget att ett formellt regeringsskifte ska ske vid en partimässig förändring av regeringen som innebär, att den förvandlas från majoritets- till minoritetsregering. Övriga fall har varit inriktade på enskilda statsråd, låt vara att den enskilde i tre fall råkade vara statsministern¹³.

Förarbetena uttalade tvekan om misstroendeförklaring borde kunna riktas mot ett enskilt statsråd och inte bara mot regeringen (via statsministern), men idag anar man att det kan bli i den formen som reglerna får mest betydelse eftersom utsikterna att nå majoritet då är större. Ett typexempel gavs 1988 då justitieministern avgick inför utsikten av en misstroendeförklaring¹⁴. Den ursprungliga motiveringen för institutet – en garanti mot en regering som inte tolereras av riksdagen – har hur som helst ringa betydelse. En bättre garanti skapades genom reglerna om regeringsbildning. Ett allmänt intryck idag är att misstroendeförklaring har hängts in i den konstitutionella garderoben för att högst eventuellt tas fram i speciella lägen.

Än mera gäller detta regeringens befogenhet att besluta extra val. Den har inte begagnats sedan 1958 och inte heller aktualiserats på allvar, fastän det hör till den politiska vokabulären att flagga med den i krislägen. Utsikterna till extra val minskade genom den treåriga mandat-

¹² Saken nämns därför att det flera gånger på senare år har framhållits i den politiska debatten, att institutet misstroendeförklaring är uddlöst av nämnda skäl.

¹³ Utrikesminister Bodström 1985, statsminister Persson 1996 på grund av vissa uttalanden om Kina, 1998 och 2002 i de fall som åsyftas i not 11. Fallet 1980 är det enda där man kan tala om att yrkandet gav uttryck för ett politiskt misstroende mot sittande regering.

¹⁴ Det är vanligt att nämna även utrikesministerns avgång 2006, men det står inte helt klart att det var just utsikten till en misstroendeförklaring som var orsaken.

perioden 1970–94 liksom genom ordningen med gemensam valdag och möjligheten för en majoritet som spruckit att hindra oppositionen från att bilda regering. Möjligen kan man uppfatta situationen efter 2014 års val så, att institutet extra val har fått ökad aktualitet, men sannolikt står sig ännu omdömet att det är fråga om ett yttersta vapen som är bra att ha i en malpåse i den konstitutionella garderoben.

6 Riksdagen, regeringen och förvaltningen

De hittills berörda grundlagsreglerna har karakteriserats av konkretion. De har varit ganska klara och detaljerade. Bilden blir en annan när man ser på reglerna om statsmakterna och förvaltningen. En grundläggande skillnad följer av att RF inte kan utgå från verkligheten. En författning som bygger på folksuveränitet och parlamentarism måste rimligen skjuta riksdagen i förgrunden, oavsett om centrum i statslivet ligger där eller hos regeringen. Ett slags logik kan sägas ligga i att riksdagen regleras betydligt mera ingående än regeringen, men mer väsentligt är att grundlagsreglerna ska garantera arbetsmöjligheterna för partier som inte medverkar i regeringen.

Man måste noga skilja mellan politisk retorik och önskan att stärka riksdagens ställning i praktiken. Varje gång händelserna gett riksdagen ökad betydelse har en debatt uppstått om behovet av att stärka regeringens ställning. Det har gällt både under (S)-tiden och under de borgerliga perioderna. Särskild uppmärksamhet förtjänar Ekonomikommisionen, som förde ingående konstitutionella resonemang i sitt betänkande (SOU 1993:16) Nya villkor för ekonomi och politik. Parlamentarismens princip innebär, framhöll kommissionen, ”att riksstyrelsens tyngdpunkt förskjuts till regeringen”. Riksdagens främsta uppgifter är att utse regering och att utkräva ansvar av denna – var den reella makten i övrigt ligger är en sekundär fråga. Betänkandet fick ett starkt genomslag och markerar i sin syn på parlamentarismen en klar skillnad mot RF:s förarbeten, framför allt mot GB. Det är emellertid ingalunda sagt att riksdagen verkligen har förlorat inflytande. Minskad formell makt kan vägas upp av ökat inflytande i praktiken.

Riksdagen regleras rätt ingående i 4 kap. RF och framför allt i RO, som genom RF förlorade sin status av grundlag. Kap. 7 om regeringsarbetet är ett av de kortaste. Iakttagelsen skärps om man även ser till regleringen på lägre nivå. Mot RO, som stiftas med ett kvalificerat förfarande, står av regeringen själv utfärdade förordningar, i den mån det finns några

formella regler alls. Inga nyheter av betydelse har heller tillkommit under de gångna fyrtio åren, utan 7 kap. hade överhuvudtaget inte ändrats före 2010 års allmänna grundlagsrevision.

Under statsmakterna sorterar förvaltningsapparaten. Den avhandlas i 12 kap. Förvaltningen. Även 14 kap. Kommunerna hör till bilden. Historiskt framträder här de största förändringarna. Grundlagarna före 1809 års regeringsform innehöll långa uppräkningsavsnitt av statliga myndigheter och ofta detaljerade bestämmelser om de enskilda myndigheterna. Detta var motiverat i den tid då grunden lades för det moderna Sverige och de första stegen togs mot dagens förvaltningsorganisation. De nya institutioner som skapades då var ett viktigt och naturligt inslag i grundlagarna. Redan vid tillkomsten av 1809 års regeringsform försvann det mesta av detta, och det sista kunde rensas ut vid RF:s tillkomst. RF talar nu i 12:1 bara om ”JK och andra statliga förvaltningsmyndigheter”, vilka lyder under regeringen, och nämner att det finns ”myndigheter under riksdagen” utan att specificera dem. I stort sett innehåller kapitlet bara två bestämmelser av betydelse, 1 § med orden ”under regeringen lyder” och 2 § som garanterar myndigheterna självständighet i ärenden ”som rör myndighetsutövning mot en enskild eller mot en kommun eller som rör tillämpningen av lag”. Ordalagen är i båda fallen föga klargörande. Vad som förbjuds i 2 § är att ”bestämma hur en förvaltningsmyndighet i ett särskilt fall ska besluta”. Vad som åsyftas är rimligen att politiska påtryckningar ska vara förbjudna, men det sägs alltså inte. En närmare diskussion faller utom ramen här¹⁵.

Bestämmelser om regeringens huvuduppgift enligt 1 kap. 6 §, att styra riket, saknas helt. Detta har varit en viktig fråga under hela efterkrigstiden. Från slutet av 1970-talet kan man tala om ett kärnproblem i förvaltningspolitiken. Efter ett klassiskt betänkande av 1979 års förvaltningsutredning, Politisk styrning – administrativ självständighet (SOU 1983:39)¹⁶, har frågan behandlats i flera kommittébetänkanden (SOU 1985:40, 1997:57, 2008:118, 2009:75). En viktig utveckling har skett

¹⁵ Märk att känsligheten för påtryckningar varierar mellan de tre grundlagsstadganden som värnar om beslutsintegritet och utgår från samma grundkonstruktion: mest känsligt i fråga om domstol (11:3), mindre känsligt i fråga om förvaltningsmyndigheter (12:2) där man nog får acceptera en del som inte är godtagbart i fråga om domstol, minst känsligt i fråga om Riksbanken (9:13), se vid not 19.

¹⁶ Framför allt klargjorde utredningen innebörden av begreppet ministerstyre. Den lade fast principen att det utanför området för 12:2 är vederbörande statsråds både rätt och plikt att styra.

genom att styrningen har ändrat fokus från regler och detaljer till mål och resultat. Bred enighet råder om att regeringarna inte har styrt för mycket utan för litet, regeringen har inte bara rätt utan också plikt att styra. Av denna förnyelse finner man inte ett spår i RF, inte heller någon antydning om den viktiga utvecklingslinjen att en maktförskjutning har skett från riksdag och regering till förvaltningens myndigheter. Man kunde möjligen ha väntat sig någon bestämmelse med syftet att slå vakt om de valda statsmakternas ställning.

Att kommunerna har fått en mera synlig plats i RF kan synas naturligt om man minns den avgörande roll som det s.k. kommunala sambandet spelade för den partiella författningsreformen och alltså spelar genom ordningen med gemensam valdag. Emellertid tappade GB intresset för kommunerna så snart enkammarreformen och det nya valsystemet var i hamn. Vissa förstärkningar fick göras i propositionen för att kommunerna skulle bli mera synliga¹⁷. Att ett särskilt kommunkapitel infördes vid 2010 års revision kan framstå som en logisk slutpunkt. Innehållet måste dock betecknas som magert. Den egentliga substansen är proportionalitetsregeln i 3 §. I förarbetena var man särskilt angelägen att garantera, att regelns tillämpning inte ska kunna bli ett ämne för lagprövning ("bör inte gå utöver"). Det blir helt och hållet riksdagens sak att själv avgöra om den inskränker den kommunala självstyrelsen mer än "vad som är nödvändigt med hänsyn till de ändamål som föranlett" inskränkningen.

7 Finansmakten

Kap. 7, 12 och 14 är tre av de fyra tunnaste i RF. Det fjärde i kvartetten är 9 kap. Finansmakten. Vid tillkomsten av 1809 års regeringsform utgjorde bestämmelserna om finansmakten en huvudsak. Det gällde att med kraft hävda ständernas ställning. Sedan det skett genom grundlagen och en efterföljande dragkamp mellan kungen och ständerna om tillämpningen, som ständerna vunnit, förlorade RF:s bestämmelser snart sin betydelse. Några nya infördes inte när en modern statsbudget bör-

¹⁷ Det tillades i 1:1 att folkstyrelsen förverkligas bl.a. genom kommunal självstyrelse och i 1:5 att kommunerna har beskattningsrätt. Överhuvudtaget var portalparagrafen i GB:s förslag svag. Den byggdes ut dels med en mening som slog fast parlamentariskt statsskick och kommunal självstyrelse, dels en mening som slog fast den grundläggande rättsstatsprincipen att "den offentliga makten utövas under lagarna" (legalitetsprincipen).

jade ta gestalt under andra delen av 1800-talet. I stället växte en samsyn fram om att skrivna regler inte var önskvärda på detta område. Det var "ett fåfängt och farligt företag" att skriva en budgetlag, uttalade en kommitté redan 1910. Det utvecklingsarbete som oavslutligen pågått på detta centrala politikområde har bedrivits helt vid sidan av författningsfrågan. Finansmakten har konstitutionellt blivit både centrum och periferi¹⁸.

De fyrtio åren efter RF:s tillkomst har sett både genomgripande reformer i sak och en omarbetning av 9 kap. Det för finansmakten originella är att det sakliga och det språkliga inte alls har gått hand i hand. RF ger ingen föreställning om den djupgående budgetreform som genomfördes på 1990-talet. Lagtexten i 9 kap. har moderniserats, men den ger ingen antydning om något av de väsentliga elementen i den nya budgetprocessen: regeringens stärkta ställning, utgiftstaken, den nya beslutsproceduren i riksdagen, fullständighets- och bruttoprinciperna etc. Man får gå till RO och framför allt till budgetlagen för att bli informerad vad som gäller.

Vår främsta grundlag har alltså sedan halvtannat århundrade överhuvudtaget inte haft något egentligt inflytande på detta område, och den återspeglar inte ens utvecklingen. Motståndet mot skrivna regler bröts då den första budgetlagen stiftades (1996:1059) men så långt som till reglering i grundlag har man inte sträckt sig. Utvecklingen inom EU har gått parallellt med den svenska under senare år. EU har efterlyst "bindande och permanenta bestämmelser, helst på konstitutionell nivå" i nationell lagstiftning om begränsning av budgetunderskott och statsskuld. Sverige har alltså stannat under grundlagsnivån. Även RO:s bestämmelser om det speciella beslutsförfarandet i riksdagen är bristfälliga. Det ledde till en uppseendeväckande konflikt då budgeten för 2014 skulle fastställas. Talmannen vägrade ställa proposition på ett utskottsyrkande, därför att han fann det strida mot RO, men han röstades ned av KU. Incidenten visar värdet av klara och rediga bestämmelser och riskerna med att undervärdera de rättsliga aspekterna.

Viktiga reformer har genomförts beträffande Riksbanken och statskuldsförvaltningen. Från år 1668 respektive år 1789 var Riksbanken och Riksgäldskontoret riksdagens verk, över vilka regeringen först långt fram i tiden fick ett formaliserat medinflytande. Två reformer har ändrat detta. Riksgäldskontoret, som har hand om den statliga upplåningen, fördes över till regeringssektorn som en vanlig förvaltningsmyndighet år 1989, och Riksbanken fick en självständig ställning som ansvarig för penning-

¹⁸ För detta avsnitt hänvisas till min bok Finansmakten i författningen (2013).

politiken år 1999. Vid båda tillfällena genomfördes ändringar i RF. Den senare reformen får sägas vara djupgående från konstitutionell synpunkt. Det är hittills enda gången som en politisk uppgift har tagits bort från statsmakterna och lagts på ett fristående organ.

RF:s bestämmelse om Riksbankens självständighet blir ofta föremål för olika utläggningar i den ekonomisk-politiska debatten. Som ett slags parallell till föreskrifterna om domstolarnas och förvaltningsmyndigheternas integritet anger RF att ”ingen myndighet får bestämma hur Riksbanken ska besluta i frågor som rör penningpolitik”. Här kan man inte som nyss tala om ett skydd mot påtryckningar. Inför räntebesluten utsätts Riksbanken ofta för en hård press som skulle anses helt oacceptabel om det gällde en domstol i dess dömande verksamhet. I fråga om Riksbanken är läget ett helt annat. När statsministern angreps i KU för vissa uttalanden 2004, uttalade t.ex. riksbankschefen inför utskottet sammanfattningsvis att alla åsiktsyttringar är välkomna men att direktionen inte låter sig påverkas¹⁹.

Finansmakten ger en intressant vinkling på de konstitutionella frågorna. Klart är att reformerna har minskat riksdagens makt rent formellt. Men just på detta område är det motiverat att ställa frågan, om inte dess ställning har stärkts i praktiken. Grovt tillyxat kan man kanske hävda att riksdagen numera uttalar sig med tyngd i de stora övergripande frågorna i stället för att syssla mera rutinmässigt med småsaker²⁰.

8 Normgivning och rättskipning

Om man går tillbaka från 9 kap. RF till 8 kap. finner man en helt annan juridisk miljö. Från finansmaktens i huvudsak betydelselösa bestämmelser kommer man till (relativt) klara, bestämda och detaljerade regler om normgivningen. På detta område ligger de bindande reglerna på grundlagsnivå, medan den lägre nivån inte har mycket att tillföra. Grundlagsutredningens överarbetning av kapitlet medförde i huvudsak en viss förenkling och en ökad tydlighet men knappast några stora sakliga nyheter. Enskildheterna kan förbigås här.

¹⁹ Se KU 2003/04 del 3 s. 194 ff. Han framhöll även att ledande politiker bör tänka på hur deras uttalanden kan uppfattas av de finansiella marknaderna. – Märk att Riksbankens beslut varken innefattar lagtillämpning eller myndighetsutövning mot enskild.

²⁰ Framför allt gäller detta finansutskottets betänkande om regeringens ekonomiska vårproposition och dess s.k. rambetänkande på hösten om utgiftstak och utgiftsramar m.m. samt granskningarna av Riksbankens politik och av statsskuldspolitiken.

Förnyelsen av regelsystemet för normgivningen kan ses ur två perspektiv. Ur ett mera principiellt kan noteras att riksdagen har gjorts till lagstiftande makt, medan 1809 års regeringsform delade den makten mellan kungen/regeringen och ständerna/riksdagen. I praktiken har denna förnyelse haft ringa om ens någon betydelse. Riksdagens verkliga makt över lagstiftningen är mycket begränsad, närmast marginell, liksom för övrigt dess makt över budgeten²¹. I den mån de folkvalda alls har ett inflytande över lagstiftningsprocessen, utövas det främst på initiativ- och utredningsstadierna. Att regeringen formellt inte existerar som lagstiftande makt enligt RF är uttryck för ett illusionsmakeri.

Det andra perspektivet är rent praktiskt. Det alltmer komplicerade samhällets krav ledde med tiden till en rad oklara mellanformer mellan samfällt stiftad lag och rena regeringsförfattningar: bestämmelser som stiftades "efter riksdagens hörande", "med riksdagens samtycke" etc. RF:s tillkomst medförde en angelägen upprepning och förnyelse på detta område. En vinning blev också att RF gav uttryck för att föreskrifter ges på flera nivåer än riksdagens och regeringens. Både de statliga förvaltningsmyndigheterna och kommunerna är viktiga normgivare.

Inom ramen för RF:s regelverk sker fortlöpande förändringar i normgivningen, ofta mycket väsentliga. Tre sådana har dominerat under de gångna fyrtio åren²². Inriktningen på s.k. ramlagar, som började kort före författningsreformen, är den mest publika. Den enorma ökningen av antalet lagändringar är en annan. Den explosionsartade ökningen av regler på förvaltningsnivå är en tredje. Sedan länge pågår ett arbete med att minska antalet kostnadsdrivande regler, med tveksam framgång. Startpunkten för arbetet kan naturligt sättas till kort före RF, till den s.k. begränsningskungörelsen 1972. Ingen av dessa tre nyheter har egentligen med grundlagen att skaffa, men de förtjänar uppmärksamhet i ett konstitutionellt sammanhang. En gemensam nämnare är att de skjuter ned makt från statsmaktsnivån till förvaltningsnivån.

Domstolarnas ställning i det konstitutionella systemet har tilldragit sig stor uppmärksamhet under senare år. Framför allt har frågan om domstolskontroll av lagar och förordningar stått i förgrunden. På detta område kan väsentliga förändringar noteras efter 1974. Enligt 1809 års

²¹ En pregnant framställning av detta ger Daniel Tarschys i (Ds 2002:58) "Huru skall statsverket granskas? Riksdagen som arena för genomlysning och kontroll, särskilt s. 82.

²² Se närmare om de tre frågorna i Festskrift till Anders Agell (1995) s. 605 ff. och Författning i utveckling (2 u. 2009) s. 225 ff. och 261 ff.

regeringsform hade domstolarnas ingen egen konstitutionell ställning. Den talade om "konungens högsta domstol" och gav kungen två röster i domstolen. Den nya RF medförde en frigörelse från kungamakten. Eftersom denna makt dåmera var obetydlig och genom reformen helt eliminerades, var den formella förändringen inte väsentlig. Någon tanke på att domstol skulle kunna överpröva och åsidosätta en samfällt stiftad lag existerade inte 1809. Den gamla regeringsformens förfall gjorde frågeställningen opraktisk, men som redan nämnts slog HD fast att domstol i princip hade befogenhet att pröva en lags förenlighet med grundlag. Den lagprövningsrätt, som sålunda hävdades utan att materialiseras i något konkret avgörande, godtogs i förarbetena till RF. Den fick bestå men den grundlagsfästes inte. En reserverad hållning till domstolarna markerades genom att de sammanfördes med förvaltningen under rubriken Rättskipning och förvaltning. Önskemål om en separation framfördes i en rad remissyttranden över GB:s förslag och tillgodosågs slutligen vid 2010 års reform. Det blev ett 11 kap. Rättskipningen och ett 12 kap. Förvaltningen (och ett 14 kap. Kommunerna). Reformen markerade även på annat sätt domstolarnas särskilda ställning.

Frågan om lagprövning innefattar ett slags maktkamp mellan domstolarna och statsmakterna²³. En stark opinion, främst till vänster i politiken, har motsatt sig att lagar ska kunna prövas och åsidosättas av domstol²⁴. Frågans utveckling belyser vanskligheterna med grundlagsstiftning. Då rätten till lagprövning växte fram i rättslivet utan formellt stöd, hade den ingen annan gräns än den som domstolarna själva – närmast HD – drog upp och någon sådan gräns fanns det inget behov av att precisera under den gamla grundlagen. När en bestämmelse i den nya RF drevs igenom under arbetet med fri- och rättigheter, blev emellertid en spärr nödvändig av politiska skäl. I bred enighet beslöts att bara uppenbara fel skulle få beaktas då det gällde en lag som stiftats av riksdagen eller en förordning som beslutats av regeringen²⁵. Den spärran medförde att lagprövning i stort sett förlorade praktisk betydelse. Det tänkta framsteget blev ett steg

²³ Den debatt som pågår om HD:s "aktivering" för det för långt att ta upp här. Den är dock ett viktigt inslag i bilden. Jag vill bara helt kort anmärka att jag i huvudsak instämmer med Fredrik Wersäll i SvJT 2014 s. 1 ff.

²⁴ Jag bortser här från regeringsförordningar och genomgående från förvaltningsmyndigheternas befogenheter, som är i princip desamma som domstols (12:10).

²⁵ SOU 1978:34 s. 103 ff. Kommittén uppfattade rekvisitet som överensstämmande med gällande rätt, en tvivelaktig uppfattning som främst stöddes på ett departementschefsuttalande, prop. 1975/76:209 s. 93.

tillbaka. Exakt vad det innebar att uppenbarhetsrekvisitet avskaffades 2010 är inte klart. Rättspraxis har ännu inte gett något bestämt svar, även om flera exempel finns på att både HD och HFD har prövat lag mot RF. Man lär dock kunna utgå från att lagprövning kommer att aktiveras. Det är nog ofrånkomligt med tanke på den omfattande debatt som föregick reformen och den betydelse som den tillmättes på alla håll. Grundlagskonform lagtolkning lär dock bli huvudspåret.

Sin största praktiska betydelse har normkontrollen haft, och kommer sannolikt att behålla, på området för föreskrifter av förvaltningsmyndigheter, dvs. där det inte är fråga om lagprövning i formell mening. Det finns redan idag en lång rad avgöranden genom vilka myndighetsföreskrifter har satts åt sidan som stridande mot överordnad norm.

Domstolarna har kunnat flytta fram sin konstitutionella position ganska väsentligt. Detta ligger i linje med den allmänna utvecklingen under senare år, om man ser till stater i vår del av världen. Överhuvudtaget kan RF idag sägas ge en klarare profil än tidigare åt Sverige som *rättsstat*. Själva det begreppet var inte gångbart i den konstitutionella debatten på 1970-talet utan hade en viss formal-konservativ, lätt partipolitisk bismak. Någon stor betydelse i praktiken har dock förändringarna knappast haft hittills. I ett komparativt perspektiv har det aldrig funnits något starkt underlag för att klaga på vårt land som rättsstat. Det har t.ex. inte förekommit tendenser till politisering av domstolarna eller påtryckningar på dem.²⁶

9 Kontrollmakten

Det återstår att se på kontrollmakten, rubriken över 13 kap. RF. Här är främst tre saker att notera. Någon *makt* innefattar bara ett av de fem instituten: Missstroendeförklaring medför skyldighet att avgå om inte extra val beslutas. Regeringens befogenhet enligt RF 3 kap. 11 § att besluta om extra val, dvs. avskeda riksdagen, utgör ett komplement. Detta regelpar är de enda instrumenten för en konstitutionell kontrollmakt i egentlig mening. KU:s granskning är inte förenad med något formellt maktmedel. Detsamma gäller förstås rätten att framställa interpellationer och frågor i kammaren, ett naturligt inslag i ett parlamentariskt system. KU kan i

²⁶ Självfallet finns det anledning till klagomål även på den svenska rättsstaten, men det syns mig väsentligt att ha för ögonen, att Sverige vid internationella jämförelser alltid hamnar någonstans i toppen.

och för sig väcka åtal inför HD mot ett statsråd som grovt åsidosatt sin tjänsteplikt, men den befogenheten är ett yttersta maktmedel som hänger långt inne i den konstitutionella garderoben i en väl tillsluten malpåse. Går man vidare till JO och Riksrevisionen (RR), finner man att de är helt fristående. Riksdagen kan inte påverka dem. Att se dem som instrument för riksdagens kontrollmakt, vilket är en vanlig beskrivning, är därför något långsökt.

En annan iakttagelse är att kontrollen enligt 13 kap. RF har effektiviserats kraftigt sedan 1974. Framför allt gäller detta revisionen och KU:s granskning. JO har inte nämnvärt förändrats, men av stor betydelse är att klagomålen har mer än tredubblats sedan RF:s tillkomst, med åtföljande praktiska problem. Utvecklingen visar att JO har en stark medborgerlig förankring men också att institutionen måste anpassas till dagens krav. En sådan anpassning var huvudinnebörden i revisionsreformen 2003, som var en av de verkligt viktiga konstitutionella händelserna under perioden. Från början hade riksdagen haft ett företrädare på detta område, men under andra världskriget började regeringen bygga upp en organisation som snart tog över ledningen. Först efter mer än ett halvsekel genomdrev riksdagen en ändring och då till priset att dess egen revisionsverksamhet fick upphöra. RR:s integritet har garanterats i RF²⁷.

Det tredje som är att notera på kontrollmaktens område är utvecklingen av KU:s granskning. Dess återuppståndelse i enkammarriksdagen efter mer än ett sekels törnrosasömn är kanske det märkligaste som har inträffat efter RF:s tillkomst. Ingenstans finner man någon antydning till formellt initiativ, vare sig i RF:s förarbeten eller i någon av de många utredningar som förekommit. KU har helt enkelt tagit saken i egna händer och successivt utvecklat granskningen. En ringa början kan noteras från tvåkammarriksdagens sista år, då den föräldrade s.k. dechargegranskningen stramades upp. En försöksverksamhet genomfördes med en avpolitiserad granskning som inriktades på administrativ praxis. Nya grundlagsregler antogs på KU:s initiativ vid enkammarreformen²⁸. I mo-

²⁷ KU, RR och JO behandlas närmare i Författning i utveckling (2 u. 2009) s. 341 ff.

²⁸ KU 1968:20 s. 40 f. KU skrev t.ex. att "en förutsättning för att nya bestämmelser i förevarande ämne skall kunna föreslås är självfallet att allmän enighet råder om vilken funktion och allmän uppläggning utskottets granskning bör ha. Denna förutsättning är enligt utskottets bedömning nu för handen." Jag var vid den här tiden kanslichef i KU och konstaterar att inga som helst politiska förutsättningar fanns vid den tiden för en sådan granskning som numera sker och som jag ser som en stor vinning. Något sådant fanns inte i tankevärlden.

tiveringen slogs fast att granskningen för framtiden borde ha den nya inriktningen, och det upprepades vid RF:s tillkomst. Riksdagen var helt enig. Men redan efter få år ändrade KU inriktning. Tyngdpunkten har kommit att ligga i en politiskt relevant granskning som redovisas i ett omfattande betänkande på våren, ibland även i separata betänkanden om särskilt uppmärksammade händelser. En politiskt neutral, administrativt inriktad granskning finns kvar men redovisas för sig i ett mindre betänkande på hösten. Den nya uppläggningsen är helt godtagen och ger alltså ett unikt exempel på en viktig konstitutionell nyhet som har tillkommit utan vare sig grundlagsändring eller annat initiativ. Utvecklingen har dock inte varit helt utan problem. Ett viktigt sådant gäller att hålla granskningen inom den ram som RF anger. Den ska avse ”statsrådets tjänsteutövning och regeringsärendenas handläggning”. Vid åtminstone ett par tillfällen har granskningen klart överskridit den gränsen och inriktats på enskilda personer, dvs. gått in på JO:s domäner²⁹.

10 Från 1974 till 2014

Den konstitutionella utvecklingen efter 1974 har alltså gått från en svag lagprodukt, som dock bröt det gamla mönstret, till en väl genomarbetad lagprodukt. Vid utgångspunkten var önskan främst att snabbt bli av med författningsfrågan, sedan de stora politiska frågorna blivit lösta³⁰. I slutänden gjordes en omfattande genomarbetning av både lagtexten och konstitutionella frågor över ett brett fält³¹. Utvecklingen däremellan medförde stora förändringar men hade inte särskild anknytning till RF, mera till händelser och initiativ vid sidan av. En skarp kontrast föreligger mellan arbetet åren före 1974 och åren före 2010.

I början av de fyrtio åren fanns det goda skäl att vara försiktig med mera långtgående slutsatser av själva den formella författningsreformen. Betydelsen av att få en ny grundlag var svår att bedöma men lätt att överskatta. Det tar tid att komma bort från en invand ordning med en

²⁹ Här tänker jag på Ebbe Carlsson 1988 och Lars Danielsson 2006.

³⁰ GB var ännu på försommaren 1971 inriktad på en reform först tre år senare, 1976/77, men i juni det året ändrades planeringen och ett slutbetänkande forcerades fram på nio månader för att genomföras redan 1973/74. Arbetstiden skars alltså ned till mindre än fjärdedelen, vilket bidrar till att förklara remisskritiken, se not 4.

³¹ Grundlagsutredningen publicerade en lång rad utredningar, forskningsrapporter m.m. och tog även andra initiativ för att stimulera en allmän debatt. Kontrasten mot 70-talet är skarp.

föråldrad författning och anpassa sig till en ny ordning med en modern, normativ grundlag. Processen påverkas av lagens kvalitet. En svag lagprodukt leder till längre övergångsperiod o.v.v. Den litet långsamma utvecklingen efter 1974 framstår mot denna bakgrund som ganska naturlig.

Vid ett försök att utvärdera RF är det nödvändigt att tänka på att författningslivet även har påverkats av andra rättsliga nyheter som har brutit det gamla mönstret. Särskilt viktiga är de europeiska influenserna och den ändrade synen på finansområdet. Om RF ensam ska stå i fokus, gäller det att skilja ut förändringar som beror på andra faktorer. Vad har *RF själv* inneburit, som politiskt redskap och som rättslig norm? Vad hade blivit annorlunda och vad hade blivit ungefär detsamma om vi hade behållit 1809 års regeringsform?

Från politisk synpunkt fäster man sig främst vid att det parlamentariska systemet har förändrats väsentligt. Regeringsbildningen har försvårats och stabiliteten minskat. Det finns en risk för att kanske tio procent av väljarna blir orepresenterade och att en minoritet bland väljarna blir en majoritet i riksdagen – principvidriga följer av ett proportionellt valsystem³². Formellt kan man dock peka på detta inte hänger samman med RF utan beror på den föregående partiella författningsreformen. Först stöptes det parlamentariska systemet 1968/70 i en form som man kunde nå bred enighet om, därefter stökade man raskt undan den större grundlagsfrågan.

Från rättslig synpunkt framstår fri- och rättighetsfrågornas framväxt som den största förändringen. Åter måste man dock konstatera att utvecklingen inte i första hand beror på RF. Den är främst knuten till EKMR, framför allt till dess kraftiga genomslag på 1980-talet. Utvecklingen hade blivit i stort sett densamma om vi hade behållit 1809 års regeringsform. Detsamma gäller i fråga om EU-anslutningen. Dess verkningar återspeglas inte i RF.

Man kan fråga om RF i sig själv – tillkomsten av en ny grundlag – har haft nämnvärd betydelse ur ett politiskt perspektiv. Det är i första hand reglerna om regeringsbildningen man har att tänka på. Det är svårt att se att de har tillfört något väsentligt positivt. De *kan* medföra komplikatio-

³² Det är tankeväckande att nästan ingen verkar ha reagerat inför denna utsikt, som har varit aktuell inför flera val, inte minst 2014 års. Det förekommer rentav att valstrategi inriktas på att slå ut ett mindre motståndarparti för att vinna riksdagsmajoritet även om motståndarna får väljarmajoritet. En sådan utgång skulle klargöra att RF:s tal om folksuveräniteten som grundläggande princip saknar reellt värde.

ner, men det har inte realiserats i skrivande stund, med frågetecken för regeringskriserna 1978 och 1981³³. De övriga nyheterna i RF har knappast haft större inverkan i det politiska livet. De konstitutionella förändringar som verkligen varit av betydelse har inte kommit till uttryck i RF: budgetreformen, EU etc. Riksbanks- och revisionsreformerna förefaller ha haft liten inverkan på den politiska agendan. Frågorna har ungefär samma betydelse som förut.

En viktig iakttagelse är emellertid att statsmakternas ställning har urholkats. Det går som en röd tråd genom de fyrtio åren. Det har skett genom EU, genom att domstolarna fått en stärkt position, genom maktförskjutning till förvaltningens myndigheter via ramlagar, mindre detaljreglering i budgeten m.m. Direkt med RF sammanhänger främst domstolarnas större roll. I övrigt rör det sig om olika yttre händelser eller tendenser inom RF:s ram som har samverkat. Kommunerna har visserligen fått en starkare konstitutionell ställning, men det är svårt att se att just den reformen har haft praktisk betydelse.

Det är tveksamt om RF är ett särskilt effektivt redskap för att främja politiska målsättningar av typen – för att anknyta till direktiven för Grundlagsutredningen – att fördjupa folkstyrelsen, öka förtroendet för demokratins funktionssätt eller höja valdeltagandet. Möjligheterna att uppnå något av betydelse är begränsade. Grundlagen ägnar sig bäst för att reglera tekniska frågor, främst organisations- och procedurfrågor. Dessa är viktiga nog. De omfattar bl.a. de kontrollfrågor som ofta samlas under beteckningen maktindelning³⁴.

Den begränsade men ändå viktiga roll för utvecklingen, som RF har haft enligt detta resonemang, svarar nog ganska bra mot vad grundlagsstiftarna tänkte sig. De ville ändra riksdagen och valsystemet men önskade i övrigt egentligen status quo – en kodifiering av gällande rättsläge – åtminstone i det stora flertalet sakfrågor. Det framgår av själva lagstiftningsproceduren 1972/73. Att partierna hade kompromissat ihop sig i GB om en lagtext vägrade mycket tyngre än remisskritiken. Att stora och särskilt från rättslig synpunkt tunga frågor lämnades öppna och sköts till

³³ Möjligen också 2014. Jfr not 9. Något som kan diskuteras är om grundlagsreformerna kom i rätt ordning. Om regeringsbildningen hade tagits upp redan vid den partiella reformen, hade kanske resultatet blivit något annorlunda.

³⁴ Ordvalet antyder en attitydskillnad mera än en skillnad i sak. Man kan anse att det behövs en rättskontroll genom domstolarna men att det är främmande att tala om att domstolarna delar makt med de politiska organen.

fortsatt utredning gjorde det också svårare för den nya grundlagen att medföra en verklig förnyelse i rättslivet.

En gräns för RF:s möjligheter att styra utvecklingen följer också av dess konstruktion. Grundlagsstiftarna har haft en stark önskan att bevara handlingsfrihet på de centrala politikområdena, och de har i stort sett lyckats med det. En viktig iakttagelse är att RF:s bestämmelser varierar kraftigt i skärpa och klarhet och att konkretionen ofta står i omvänd proportion till den sakliga betydelsen: ju mindre betydelsefull en fråga är, desto klarare regleras den, och ju viktigare den är i praktiken, desto vagare har regleringen blivit. Grundlagsstiftning är en form av självbindning från politikernas sida. Det blir lätt en kollision mellan deras naturliga önskan om handlingsfrihet och juristernas lika naturliga önskan om att få sista ordet vid tolkningstvister. Hur långt man bör driva önskan om rättslig normativitet är en politisk åsiktsfråga. Demokratin i sig pekar inte på någon bestämd lösning.

Oviljan att ge skarpa regler på de centrala politikområdena står i viss motsättning till RF:s detaljeringsgrad. Grundlagsutredningen noterade att kritik hade riktats mot RF som alltför detaljerad men utökade antalet paragrafer med 25 procent. Man känner igen en iakttagelse från 1809 års regeringsform: utvecklingen inom grundlagens ram är i praktiken viktigare än de formella ändringarna, som ofta kommer i efterhand om de kommer alls.

En intressant fråga är hur utvecklingen kommer att bli i fråga om grundlagsändringar. Alltifrån 1809 har praxis varit att en mängd småändringar genomförs med korta mellanrum. Större ändringar har förekommit vid några få tillfällen och då avsett organisatoriska frågor, främst 1841/44 med departementalreformen, 1866/67 med representationsreformen och 1968/70 med enkammarreformen. Frågan är om denna praxis ska fortsätta efter 2010 års grundlagsrevision eller om vi ska få en ordning med större permanens.

Ett viktigt inslag i vår författningskultur är det krav på bred enighet bakom väsentliga grundlagsändringar, som har vuxit fram i praxis. Det tjugoföråriga arbetet med den nya RF var av stor betydelse. Kravet kan inte formaliseras, eftersom det skulle innebära ett slags vetorätt för minoriteten. Förutsättningar är enighet om principen och vilja till kompromisser. Enda större exemplet på ett avsteg är införandet av kvinnlig tronföljd 1980. Ibland kommer klagorop från den politiska minoriteten som ju

har intresse av vetorätt³⁵. Man kommer inte heller ifrån att om det finns en majoritet och ett starkt politiskt motiv kan kravet på bred enighet väga lätt liksom för övrigt redan träffade breda uppgörelser. Budgetbråket 2013 gav ett typexempel. Samtidigt som det principiella kravet på bred enighet är en styrka för RF, utgör det också ett hinder mot varje någorlunda väsentlig reform av det parlamentariska systemet, oavsett vilka problem som kan uppkomma i framtiden.

Ett personligt omdöme efter en tillbakablick på de fyrtio åren blir att reformarbetet efter 1974 har rört sig i rätt riktning, naturligtvis i form, genom att vi fått en bättre grundlagstext, men också i sak, främst genom att de rättsstatliga momenten i RF har förtydligats, kontrollmakten stärkts och ett större mått av reglering har accepterats på finansmaktens område. Det är önskvärt att detta reformarbete fullföljs. På det rättsliga området bör RF:s regler och värderingar få ett verkligt genomslag i rättspraxis. Dit är det en bit kvar. På ekonomiområdet är det angeläget att värdet av bestämda regler provas seriöst. Det är viktigt att i tid överväga fredskriser i relation till bestämmelserna för normala förhållanden. Det aktualiserar en klassisk avvägning: å ena sidan önskan om handlingsfrihet i oväntade situationer, å andra sidan riskerna med för stor frihet och värdet av vissa fasta punkter³⁶.

Till sist: Hur hade läget varit om vi hade följt Norges exempel och behållit 1809 års grundlag? Jag menar att skillnaden inte hade blivit så stor i sak som man gärna föreställer sig. En del småändringar och kompletteringar hade fått göras av typ EEC-paragrafen 1965. EKMR hade fått tas rakt av, och lagprövningen hade utvecklats vidare hos domstolarna utan stöd i grundlag men hämmad av den föräldrade lagtexten. Politiken hade blivit något enklare att hantera om vi hade sluppit de nya reglerna om regeringsbildning. Den största nackdelen i praktiken hade nog blivit att den angelägna uppordningen av normområdet inte hade kommit till stånd.

³⁵ Ett exempel gavs i frågan om utlandssvenskarnas rösträtt, se 1992/93:KU05, reservation 3 av Thage G. Peterson m.fl.

³⁶ Formella konstitutionella regler värderades upp under 90-talets kris, som ledde till budgetreformen och budgetlagen, och på ett bredare europeiskt plan under eurokrisen. Inte oväntat har tongångarna ändrats sedan den värsta krisen uppfattats som överstånden. I Sverige fick vi budgetbråket 2013. Från EU har vi länge matats med nyhetsrapporter om att undantag från de nya reglerna om budgetunderskott och statsskuld använts som bytesmedel i förhandlingar, bl.a. om EU:s topposter.

Med det här menar jag förstås inte att säga, att vi borde ha haft 1809 års regeringsform kvar. För en sådan ordning hade det krävts ordentliga sakskäl. Sådana finns i Norge men fanns inte i Sverige. Den starka symbolfunktion och medborgerliga förankring, som den norska grundlagen har, saknades alldeles klart i fråga om den gamla svenska regeringsformen. I det läget är det uppenbart att en reform borde komma till stånd, dock gärna med större omsorg och respekt för uppgiften än 1974 års grundlagsstiftare visade. Den nya författningskultur som introducerades med den nya RF svarar uppenbarligen väl mot den internationella utvecklingen.

Johan Hirschfeldt

Författningens kärnvärden

– symbolik, politik och juridik

1 Värdebärande paragraferna i författningen

En grundlag har inte en utan flera funktioner. Fredrik Sejersted har pekat på att grundlagen fungerar på flera olika sätt: rättsligt, politiskt och symboliskt. Funktionerna kan skifta över tid och de kan fylla ut eller stå i ett spänningsförhållande till varandra.¹ De svenska grundlagarnas rättsliga funktion är varierande – mycket stark vad gäller tryckfrihetsförordningen (TF) och yttrandefrihetsgrundlagen (YGL), ursprungligen svag men vart efter starkare i fråga om regeringsformen (RF) och det särskilt efter 2010 års ändringar. Vid tillkomsten av 1974 års RF stod den politiska funktionen i centrum med folksuveräniteten som grundbult och med inriktningen att göra regeringsformen till ett ramverk för det politiska systemet med dess spelregler. Efter det ”författningslösa halvsekle”² var detta högst behövligt. Den funktionen har sedan förändrats något, viktigast genom medlemskapet i EU, som 2010 efter 15 år ansågs moget att särskilt nämnas i grundlagen, 1 kap. 10 § RF.

Grundlagarnas symboliska funktion har varit och är i Sverige generellt sett mycket svag med undantag för TF som är tämligen symboltyngd och har en stark ställning som ett ofta återopat ramverk för fri opinionsbildning. Vårt land präglas inte av författningspatriotism och grundlagarna står inte som en samlad symbol eller ideologisk grundval för medborgarna. En debatt och publikationsverksamhet kring konstitutionella frå-

¹ Fredrik Sejersted, Grunnlovens funksjon i de nordiske land, s. 3. Tryckt föredrag presenterat vid det 40. nordiska juristmötet i Oslo i augusti 2014 som kommer att vara tillgängligt på www.nordiskjuristmote.org.

² Fredrik Sterzel, Författning i utveckling, 2009, s. 18 f.

gor kom dock igång på 1990-talet. Den rörde dock främst de specialintresserade. I anslutning till den förstärkning av den rättsliga funktionen som RF har fått på senare år och med förändringen av Sverige från en enhetskultur till ett mer heterogent samhälle kan man fråga sig om inte behovet nu har ökat av att hos allmänheten söka levandegöra författningens kärnvärden till försvar för den demokratiska rättsstat som Sverige är.

Regeringsformens utformning bygger på tanken att grundlagen bör vara skriven så att den ska kunna läsas och i sina huvuddrag begripas av alla allmänintresserade medborgare. Grundlagen ska ge upplysning om grunderna för hur vårt land styrs och beskriva det grundläggande rättighetsskyddet. På så sätt kan den ha betydelse för förankringen av och acceptansen för vårt demokratiska statsskick.³

Vi ska dock inte göra oss några större illusioner om att tekniska referenser till RF mer i detalj i högtidstal och samhällsdebatt kan göra RF till en symbolbärare. Så ökar inte kännedomen om principerna för den demokratiska rättsstaten. Men statsskickets grunder som de kärnfullt anges i 1 kap. RF kunde gärna i det syftet lyftas fram mera i ljuset. Det skulle kunna bidra till en förstärkt kunskap och förståelse för att det är där som de konstitutionella grundvärdena finns uttryckta.

Jag tänker här inte närmast på de bestämmelser i 1 kap. RF som kort beskriver de olika statsorganen och deras uppgifter utan på följande bestämmelser:

- 1 kap. 1 § RF som anger de statsrättsliga grundvalarna för vår politiska demokrati,
- 1 kap. 2 § RF som anger fundamentala värderingar med bred anslutning inom samhället att ligga till grund för de politiska beslutens innehåll.
- 1 kap. 9 § RF som formulerar grundläggande krav på hur den offentliga makten ska utövas.
- Härtill bör enligt min mening också läggas 1 kap. 1 § och 2 kap. 1 § TF som anger syftet med tryckfriheten och offentlighetsprincipen.

I grundlagskommentarer och läroböcker finns dessa bestämmelser kommenterade och här ska de inte bli föremål för en närmare ytterligare genomgång. Några huvuddrag av regleringen ska dock redovisas, liksom

³ Prop. 2009/10:80 s. 84.

en del rättsfall och yttranden från KU, JO och JK där bestämmelserna åberopats.⁴

2 Portalparagrafen i 1 kap. 1 § RF

2.1 Statsskickets grunder

Bestämmelserna i 1 kap. RF är samlade under rubriken ”Statsskickets grunder”. Portalparagrafen i 1 kap. 1 § lyder:

All offentlig makt i Sverige utgår från folket.

Den svenska folkstyrelsen bygger på fri åsiktsbildning och på allmän och lika rösträtt. Den förverkligas genom ett representativt och parlamentariskt statsskick och genom kommunal självstyrelse.

Den offentliga makten utövas under lagarna.

I portalparagrafen 1 kap. 1 § läggs statsskickets yttersta grund fast. Vårt demokratiska representativa och parlamentariska statsskick vilar på folksuveräniteten som i sin tur bygger på fri åsiktsbildning och på allmän och lika rösträtt. Maktutövningen är lagbunden och bestämmelsen ger, med konstitutionsutskottets ord, uttryck åt principen att Sverige är en rättsstat.⁵

Det är värt att stanna vid den framskjutna ställning som härmed fri åsiktsbildning har i vår konstitution. Det är en avgörande byggsten för förverkligandet av folkstyret. Det är en förutsättning för att rösträtten ska kunna utövas fritt. I bestämmelsen i 2 kap. 21 § RF, som handlar om utrymmet för begränsningar av fri- och rättigheter, betecknas den fria åsiktsbildningen också mycket riktigt ”såsom en av folkstyrelsens grundvalar”. Med begreppet fri åsiktsbildning har vi här också bryggan över till dels bestämmelserna om de s.k. positiva opinionsfriheterna som också de satts främst av de grundläggande fri- och rättigheterna i rättighetskapitlet, 2 kap. 1 § RF, dels de båda grundlagarna TF och YGL. Opinionsfriheterna och tryck- och yttrandefriheten med offentlighetsprincipen är alltså direkt kopplade till författningens portalparagraf och ingår därmed i vår författnings kärnvärden.

⁴ Den fortsatta framställningen är delvis hämtad från textavsnitt som jag tidigare har skrivit och som finns i Eka m.fl., Regeringsformen – med kommentarer, 2012 med löpande uppdateringar av oss författare i databasen LEXINO.

⁵ KU 1973:26 s. 59.

Lagbundenhetens princip eller legalitetsprincipen är här angiven som en utgångspunkt. Den fylls ut genom både 1 kap. 2 § och 1 kap. 9 § RF. Den konstitutionellt grundande uppgiften att skydda den enskildes rätt och rättssäkerhet i förhållande till det allmänna får sedan sitt närmare innehåll i 2 kap. RF om grundläggande fri- och rättigheter. Vidare ligger bestämmelsen som en utgångspunkt för RF-stadganden i 8 kap, om normgivningsmakten, kompetensen att besluta om lagar och andra författningar samt i 11 kap., om rättskipningen och 12 kap, om förvaltningen.

2.2 Vad menas med uttrycket ”principerna för statsskicket”?

Det ligger i sakens natur att regeringsformen måste sätta upp gränser för i vilken mån konstitutionell kompetens får överlätas. Detta gäller också i förhållande till internationella organ. Intressant att notera är då att det i den s.k. överlåtelseparagrafen 10 kap. 6 § RF stadgas att inom ramen för samarbetet i Europeiska unionen kan riksdagen överlåta beslutanderätt som inte rör principerna för statsskicket. Därvid är också förutsättningen att fri- och rättighetsskyddet i regeringsformen och Europakonventionen iakttas.

Vad avses då att skyddas med uttrycket att överlåtelsen inte får röra ”principerna för statsskicket”? För det första får en överlåtelse inte medföra att regeringsformens bestämmelser om statsskickets grunder upphör att vara giltiga. Riksdagens ställning som det främsta statsorganet har här särskilt betonats. En överlåtelse av normgivningskompetens får inte innebära att riksdagens uppgifter urholkas i väsentlig grad. För det andra får överlåtelsen inte omfatta bestämmelser som bär upp grundläggande principer för vårt konstitutionella system. Som ett exempel har konstitutionsutskottet här särskilt pekat på den fria åsiktsbildningens stora betydelse för det svenska statsskicket samt på den allmänna och lika rösträtten. Andra grundläggande konstitutionella principer som utskottet särskilt anger är offentlighetsprincipen, meddelarfriheten, förbudet mot censur, skyddet av uppgiftslämnare, ansvarighetssystemet samt andra viktiga principer i TF och YGL som har stor betydelse för den fria åsiktsbildningen.⁶

⁶ 2001/02:KU18 s. 41.

3 Programstadgandena i 1 kap. 2 § RF

3.1 De sex programstadgandena

Bestämmelserna i 1 kap. 2 § RF brukar kallas för målsättnings- eller programstadganden. De har stark anknytning till Sveriges konventionsstadganden och har funktionen att ålägga det allmänna att positivt verka för att de aktuella målsättningarna förverkligas i så stor utsträckning som möjligt. Den enskilde ska få ett skydd med hjälp av det allmänna. Till sammans med bestämmelserna i 1 kap. 1 och 9 §§ RF bildar denna paragraf en utgångspunkt för regleringen av grundläggande fri- och rättigheter i 2 kap. RF. Bestämmelsen lyder:

Den offentliga makten ska utövas med respekt för alla människors lika värde och för den enskilda människans frihet och värdighet.

Den enskildes personliga, ekonomiska och kulturella välfärd ska vara grundläggande mål för den offentliga verksamheten. Särskilt ska det allmänna trygga rätten till arbete, bostad och utbildning samt verka för social omsorg och trygghet och för goda förutsättningar för hälsa.

Det allmänna ska främja en hållbar utveckling som leder till en god miljö för nuvarande och kommande generationer.

Det allmänna ska verka för att demokratins idéer blir vägledande inom samhällets alla områden samt värna den enskildes privatliv och familjeliv.

Det allmänna ska verka för att alla människor ska kunna uppnå delaktighet och jämlikhet i samhället och för att barns rätt tas till vara. Det allmänna ska motverka diskriminering av människor på grund av kön, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung, språklig eller religiös tillhörighet, funktionshinder, sexuell läggning, ålder eller andra omständigheter som gäller den enskilde som person.

Samiska folkets och etniska, språkliga och religiösa minoriteters möjligheter att behålla och utveckla ett eget kultur- och samfundsliv ska främjas.

Man kan notera att programstadgandena är av olika karaktär.

Det första om alla människors lika värde och den enskildes frihetsfär kan ses som överordnad dem som därefter följer. Grundsatsen om allas lika värde måste förstås också i sammanhang med likhetsprincipen i 1 kap. 9 § RF och skyddet mot olika former av diskriminering i 2 kap. RF. Också skyddet för den enskildes frihetssfär utvecklas vidare i paragrafen och i 2 kap. RF.

Det andra är ett programstadgande om social välfärd som brukar omnämnas som stadgandet om de sociala rättigheterna som kommer till uttryck som mål för den samhälleliga verksamheten på området.⁷

Det tredje handlar om god miljö. Till det anknäver miljöbalkens målsättningsparagraf (1 kap. 1 § MB). Hållbarhet och solidaritet med kommande generationer är här viktiga ledord.

Det fjärde handlar om demokrati och den enskildes skydd. Att verka för demokrati handlar om att det är en central uppgift för samhällets organ att befästa och utvidga demokratin i alla sammanhang och på alla nivåer i samhället. Det är demokratin och dess idéer i materiell mening som här avses medan demokratins beslutsformer har behandlats i 1 kap. 1 § RF. Begreppet demokrati förekommer i RF endast här och i bestämmelsen i 2 kap. 21 § RF om utrymmet för begränsningar av fri- och rättigheter. Grundsatsen om den enskildes rätt till en fredad sektor kompletteras med rättsligt bindande regler i 2 kap. 6 § RF.

Det femte handlar om delaktighet och jämlikhet och riktar sig mot olika former av diskriminering. Här anges särskilt att barns rätt ska tas till vara. Här uttrycks grundläggande värderingar såsom alla människors rätt till inflytande i frågor som rör dem själva och människors rätt till ett jämlikt bemötande som individer.

Det sjätte gäller skyddet för samiska folket och nationella minoriteter. Bestämmelsen stärktes genom 2010 års ändringar genom att det samiska folket särskilt nämns och uttrycket ”bör främjas” ersatts med ”ska främjas”.

3.2 Programstadgandenas betydelse

Vad har nu dessa programstadganden för betydelse? Det ansågs inte att de kunde ges en rättsligt bindande karaktär. I förarbetena till 1974 års regeringsform anförde det föredragande statsrådet att det är

[...] naturligt att vid en reform av vår författning också *samhällsverksamhetens inriktning i vissa särskilt viktiga hänseenden* kommer till uttryck. Jag anser sålunda att i grundlagen bör föras in vad som kan kallas för en programförklaring för den samhälleliga verksamheten. En sådan förklaring kan visserligen inte ges rättsligt bindande karaktär. Detta hindrar emellertid inte

⁷ Anna-Sara Lind, Sociala rättigheter i förändring – En konstitutionellrättslig studie, 2009, s. 24 ff.

att den kan få betydelse för samhällsutvecklingen genom att ställa upp mål för statsmakternas handlande.⁸

Fri- och rättighetsutredningen anslöt sig senare till denna utgångspunkt och anförde att

[...] det inte är möjligt att skriva in några sociala rättigheter i RF såsom rättsregler, eftersom sådana rättsregler inte kan få annat innehåll än att de i praktiken kommer att vara uttryck för samhällets strävan att bereda den enskilde utbildning, arbete, bostad osv. Enligt utredningens mening bör denna samhällets strävan formuleras som ett *målsättningsstadgande*.⁹

Paragrafen ger alltså uttryck för vissa särskilt viktiga mål eller riktlinjer för den samhälleliga verksamheten. Den riktar sig till alla som utövar offentlig makt, dvs. både normgivande organ och rättstillämpande myndigheter. Fri- och rättighetsutredningen har uttalat att frågan i vad mån det allmänna lever upp till stadgandet kan bli föremål för enbart politisk och inte rättslig kontroll.¹⁰

Stadgandet har mot denna bakgrund getts betydelse vid den granskning av regeringen som riksdagen genom konstitutionsutskottet utför. Så har utskottet åberopat stadgandet i paragrafens femte stycke i ett ärende som rörde det politiska ansvaret för att män och kvinnor likabehandlas inom arbetsskadeförsäkringen.¹¹

Stadgandet ger dock alltså inte upphov till några rättigheter för den enskilde på samma sätt som t.ex. reglerna om de grundläggande fri- och rättigheterna i 2 kap. RF och har som sagts inte ansetts juridiskt bindande.

3.3 Programstadgandena i rättstillämpningen

Mot denna bakgrund är det naturligt att den närmare innebörden av stadgandet inte blivit föremål för egentliga klarlägganden genom rättspraxis. Men viktigt nog, stadgandet eller dess innehåll åberopas ändå ibland som stöd för ställningstaganden och bedömningar i rättstillämpningen. Detta kan illustreras med Högsta domstolens uttalanden i två rättsfall.

⁸ Prop. 1973:90 s. 194 f.

⁹ SOU 1975:75 s. 164.

¹⁰ SOU 1975:75 s. 184.

¹¹ 2012/13:KU20 s. 153.

NJA 2012 s. 464. I ett mål om ersättning för ideell skada vid frihetsberövande anförde domstolen att social ställning saknar betydelse för hur man bör se på värdet av den enskildes frihet och att det ur det rättighetsperspektiv som i allt högre grad har kommit att präglade synen på rättsordningen, bl.a. inom skadeståndsrätten, är den givna utgångspunkten att allas frihet värderas lika.

Högsta domstolens dom den 17 april 2014 (T 602-13) gäller ett mål angående överflyttning av vårdnad om barn. Där hänvisade domstolen i sina domskäl till bestämmelsen i 1 kap. 2 § femte stycket RF om barns rätt.

Det förekommer också att bestämmelsen åberopas av JO och JK i deras rättsliga tillsynsverksamhet.

I JK 1981 s. 82 riktade JK kritik mot hur skolmyndigheterna hanterat en enkätundersökning på området för invandrarforskning. JK ansåg att de frågor som ställts med hänsyn till grunderna för bestämmelserna i bl.a. 1 kap. 2 § RF om den enskilda människans värdighet överhuvudtaget inte borde ha ställts till skolelever i berörd ålder, dvs. under 15 år.

JO 2009/10 s. 398 handlar om användning av ”smygfilmer” som utredningsunderlag för beslut i ett färdtjänstärende. Filmerna hade tagits av en privatperson och getts in till en kommun och där använts i ärendet. Som en av utgångspunkterna för prövningen av ärendet åberopade JO kravet i paragrafen på respekt för den enskilda människans värdighet och att det allmänna ska värna den enskildes privatliv och verka för detta. JO anförde att det betydde att exempelvis en kommun i sin myndighetsutövande verksamhet hade att verka i denna riktning och värna om den enskildes privatliv. JO fortsatte: ”Bestämmelsen torde få ges bl.a. den betydelsen att om olika, annars likvärdiga åtgärder står till buds bör den väljas som är minst ägnad att inkräkta på skyddet för den enskildes privatliv.” Jfr JO 2011/12 s. 511 där samma principiella uttalande gjordes i samband med kritik mot en länsstyrelse och en djurskyddshandläggare, som i samband med en kontroll olovligen berett sig tillträde till en bostad.

I JO:s beslut 2009-02-25 (6377-2008) uttalade JO kritik mot en rådman för att han inte tillät teckenspråktolkning för åhörare vid en huvudförhandling. JO åberopade bestämmelsen i 1 kap. 2 § och vikten av att motverka diskriminering av människor på grund av bl.a. funktionshinder.

I JK:s beslut 2013-02-22 (7353-12-30) behandlade JK en anmälan med anledning av att polisen låtit en tidningsreporter och en fotograf följa med en polispatrull i arbete. I sin delvis kritiska bedömning av ärendet erinrade JK inledningsvis om bestämmelsen i stadgandets fjärde stycke om att det allmänna ska värna den enskildes privatliv – en bestämmelse som enligt JK bekräftar den självklara inställningen att myndigheterna ska beakta den

enskildes intresse av integritet så långt det är möjligt med hänsyn till andra skyldigheter som myndigheterna har.

Redovisningen av de här fallen visar att målsättningsstadgandet alltefter tiden har gått har fått en viss materiell betydelse i rättstillämpningen. De värden som där anges har nämligen fått betydelse – och skjutits fram som argument – i samband med olika rättsliga överväganden där frågor såsom om likabehandling, lämplighet och proportionalitet aktualiserats. Man kan säga att det här är fråga om en central rambestämmelse av grundlagskaraktär som också de rättstillämpande organen måste beakta i sin verksamhet.

Under senare år har balansen mellan politik och juridik förskjutits mot alltmer förrättsligande. Grundlagen har fått en ökad betydelse som ett rättsligt instrument, som domstolarna gör till föremål för rättslig tolkning. Vidare har det i rättstillämpningen i högre grad förts in nya principiella rättsliga överväganden, som t.ex. beträffande proportionalitetsprincipen. Därigenom får också rambestämmelsen numera en egentlig rättslig betydelse även om den vid tillkomsten inte ansågs rättsligt bindande.

4 Objektivitetsprincipen i 1 kap. 9 § RF

Bestämmelsen lyder:

Domstolar samt förvaltningsmyndigheter och andra som fullgör offentliga förvaltningsuppgifter ska i sin verksamhet beakta allas likhet inför lagen samt iakttä saklighet och opartiskhet.

4.1 Om bestämmelsens innebörd

Bestämmelsen i 1 kap. 9 § RF kan i förstone även den framstå som ett allmänt program- eller målsättningsstadgande. Den bör emellertid, liksom principen om lagbundenhet i 1 kap. 1 §, kunna ses som en central i konstitutionen kodifierad rättsprincip om normmässighet och objektivitet som därmed också ska användas i rättstillämpningen hos domstolar och förvaltningsmyndigheter.

Bestämmelsen omfattar inte riksdagen och regeringen i fråga om deras normgivning men riktar sig, förutom till domstolar och förvaltningsmyndigheter, även till regeringen när den uppträder som högsta myndighet i förvaltningsorganisationen. Regeringen fullgör ju då offentliga

förvaltningsuppgifter. Andra offentligrättsliga organ har givetvis också sådana uppgifter. Men det 2010 införda uttrycket ”andra som fullgör offentliga förvaltningsuppgifter” omfattar också privaträttsliga subjekt när de fullgör förvaltningsuppgifter som har överlämnats till dem, se 12 kap. 4 § RF. Som exempel kan nämnas friskolor och Sveriges advokatsamfunds disciplinnämnd.

Kravet på saklighet och opartiskhet kan sammanfattas under ett gemensamt begrepp: objektivitetsprincipen. Här ges uttryck för kravet att myndigheterna ska iakttä saklighet och opartiskhet samt handla fritt från godtycke och inte särbehandla någon utan laga stöd. Närmare vägledning ges inte i förarbetena till regeringsformen i fråga om innebörden av objektivitetsprincipen. Principen har sammanfattningsvis ansetts innebära att avgörandena måste grundas enbart på hänsyn som enligt gällande författningar får beaktas. Beslutande organ får alltså inte låta sig vägledas av andra intressen än dem som de ska tillgodose och inte ta hänsyn till ovidkommande omständigheter. Godtycke är förbjudet och det resultat som nås måste kunna stödjas på överväganden som i varje fall är objektivt riktiga.¹²

Objektivitetsprincipen har vidare sagts ha betydelse på det sättet att den tar vid efter legalitetsprincipen när fritt skön eller lämplighetsbedömningar ska ske i rättskipning eller förvaltning. Medan kravet på saklighet kan sägas gälla beslutsfattandet som sådant, handlar opartiskhetskravet i huvudsak om beslutsprocessen och hur denna uppfattas. Principen har ansetts kunna aktualiseras vid fel eller brister såsom faktafel, hänsyn till politiska åsikter och andra ovidkommande hänsyn, bristande rutiner vid ärendehandläggning, illojal maktutövning, brister i uppträdande och vid uttalanden.¹³

Även om objektivitetsprincipen till sin utformning är abstrakt och generell måste den beaktas vid de olika bedömningar och avvägningar som görs i rättskipning och i förvaltningsverksamhet och då både vid myndighetsutövning och vid s.k. faktiskt handlande. Objektivitetsprincipen kan därmed ses som en egentlig, om än ofta komplementär, rättsregel som i vissa situationer ska tillämpas direkt eller indirekt och som kan åberopas hos och av domstolar och förvaltningsorgan. Om inte kraven i 1 kap.

¹² Lotta Lerwall, JO och 1 kap. 9 § regeringsformen, i JO – Lagarnas väktare, 2009, s. 233.

¹³ Thomas Bull, Objektivitetsprincipen, i Offentligrättsliga principer, red. Lena Marcusson, 2 uppl., 2012, s. 97 ff.

9 § iakttas vid myndighetsutövning kan det ytterst grunda ansvar för tjänstefel enligt 20 kap. 1 § brottsbalken eller skadeståndsansvar för staten enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen. Principen har ansetts tillämplig i mål om resning och rättsprövning. Den kan också aktualiseras i samband med kommunalrättslig laglighetsprövning, där ju också den s.k. likställighetsprincipen är tillämplig, men även i t.ex. kommunala tjänstetillsättnings- och upphandlingsärenden.

Det bör observeras att likhetsprincipen innebär ett krav på lika-behandling inför lagen, inte i lagen. I rättskipning och förvaltning ska det inte göras någon skillnad mellan individerna utöver vad som kan följa av gällande rättsregler. Likabehandlingskravet i bestämmelsen rör alltså rättstillämpning och förvaltning men inte normgivning. Särbehandlande lagstiftning på olika områden är nämligen ett ofrånkomligt inslag i rättsordningen, t.ex. på de ekonomiska och sociala områdena.¹⁴

Likhetsprincipen går tillbaka på grundsatsen om alla människors lika värde. Likhetsprincipen kan, allmänt sett, sägas ingå i kravet på saklighet och opartiskhet men har ändå ansetts böra framgå direkt i bestämmelsen.¹⁵ Den frågan kan ställas om likhetsprincipen har något utrymme utanför objektivitetsprincipen. Det har emellertid hävdats att likhetsprincipen är något vidare och att den inrymmer ett krav på konsekvens i beslutfattandet i fall där en myndighet har fri prövningsrätt och därför kan välja på olika alternativ utan att dessa strider mot objektivitetsprincipen.¹⁶

4.2 Objektivitetsprincipen och likhetsprincipen i rättstillämpningen

Konstitutionsutskottets granskning av regeringen

Bestämmelsen är tillämplig i ärenden där regeringen fullgör förvaltningsuppgifter. Objektivitetskravet gäller emellertid inte bara vid handläggningen av ärenden och juridiska bedömningar kring dessa, utan även vid faktiskt handlande och ren service visavi medborgarna. Därmed kan bestämmelsen också bli aktuell att återropa och tillämpa vid konstitutionsutskottets granskning av statsrådets tjänsteutövning och regeringsärendenas handläggning enligt 13 kap. 1 § RF.

¹⁴ Prop. 1975/76:209 s. 97 ff.

¹⁵ Prop. 1975/76:209 s. 98 och 138 och KU 1975/76:56 s. 21.

¹⁶ Tom Madell, *Det allmänna som avtalspart*, 1998, s. 144.

Som exempel på fall där paragrafens tillämpning aktualiserats kan nämnas 1993/94:KU30 s. 139, 2008/09:KU20 s. 149 och 2009/10:KU20 s. 58 som samtliga gäller regeringsbeslut om generaldirektörers arbetsrättsliga förhållanden samt 2007/08:KU20 s. 206, som gäller ett statsråds beredning av ett utredningsuppdrag med ett felaktigt uttalande om den utredningsman som tidigare haft uppdraget. En samlad redogörelse om saklighetskravet i regeringsformen finns i 2007/08:KU6 s. 14 ff. Likhetsprincipen återopades av konstitutionsutskottet i ett granskningsärende, 2012/13:KU20 s. 219, som grund för att företrädare för massmedia – liksom andra enskilda – som begär ut allmänna handlingar hos ett departement ska behandlas lika.

Rättsfall

Från rättspraxis kan följande fall nämnas.

NJA 1987 s. 459 Högsta domstolen ansåg i ett mål det felaktigt att låta den omständigheten att en gärningsman var offentlig tjänsteman inverka på straffmätningen när brottet inte hade haft något samband med hans ställning. Denna särbehandling ansågs uppenbart strida mot bestämmelsen i 1 kap. 9 § om allas likhet inför lagen och därmed innebära en uppenbart lagstridig rättstillämpning som gav grund för resning.

RÅ 81 2:25 En kommunstyrelse bedömdes ha agerat i strid mot objektivitetsprincipen genom ett beslut om ekonomiska sanktioner mot ett företag och om undantag från upphandlingsordningen. Högsta förvaltningsdomstolen ansåg handlandet utgöra ett klart och medvetet avsteg från saklighets- och opartiskhetsprincipen. Beslutet ansågs falla utanför den kommunala kompetensen.

RÅ 1996 ref. 28 Vid rättsprövning i mål om tillstånd till nybyggnad av fritidshus ansågs ett regeringsbeslut strida mot kravet på saklighet. Som brott mot saklighetskravet ansågs här att beslutet baserats på faktafel och underlåtenhet att beakta vissa fakta.

HFD 2011 ref. 10 Ett regeringsbeslut angående statsbidrag till trossamfund upphävdes vid rättsprövning under återopande av bl.a. 1 kap. 9 § på grund av att skälen för avslag inte redovisats i regeringens beslut.

AD 1984 nr 79 och AD 1986 nr 28 Påstått brott mot kravet på saklighet och opartiskhet har inte ansetts kunna omedelbart läggas till grund för civilrättsliga anspråk. Jfr också om Arbetsdomstolens restriktiva syn på bestämmelsens betydelse AD 1985 nr 129.

JO- och JK-uttalanden

Objektivitetsprincipen får sin närmare belysning inte minst i Riksdagens ombudsmäns (JO) och Justitiekanslerns (JK) tillsynsverksamhet. Här ska ett flertal exempel ges på ärenden där JO och JK i sina uttalanden åberopat bestämmelsen i 1 kap. 9 § RF.

JO 1990/91 s. 347 och 1992/93 s. 539 med kritik mot en fakultativ kommunal nämnd som vid fördelning av marknadsplatser avvikit från objektivitetsprincipen.

JO 1992/93 s. 481 med kritik mot en kommun för bristande objektivitet i en miljökatolog.

JO 1998/99 s. 534 om ett biblioteks vägran att låna ut böcker.

JO 1999/00 s. 366 om en byggnadsnämnd som lät ett privat företag bekosta ett extra nämndsmantråde. JO uttalade allvarlig kritik och be-
tecknade detta som ett flagrant avsteg från objektivitetsprincipen.

JO 2006/07 s. 362 där det konstaterades att en länsstyrelseföreskrift om fridlysning av Storsjödjuret saknat rättslig verkan.

JO 2010/11 s. 31 f. med en översikt över flera JO-beslut som rör kravet på opartiskhet och saklighet, jfr JO 2012/13 s. 490.

JO 2010/11 s. 284 med kritik mot en valnämnd som i en röstlokal inte tillhandahållit alla valsedlar på likformigt sätt.

JO 2010/11 s. 616 (4935-2009) om kravet på saklighet och opartiskhet i myndighetsinformation till allmänheten på exempelvis en webbplats. Se även JO 2013-11-21 (5875-2012) resp. JO 2013-11-21 (6153-2012) om detta krav vid inlägg på polisens Facebookkonto resp. Twitterkonto. Se även JO 2011/12 s. 605 om myndighetsinformation i form av kampanjfilm och utställning.

JO 2011/12 s. 594 med kritik mot en kommunal idrotts- och föreningsnämnd; uttalanden om rätten att vistas i myndigheters lokaler, möjligheten att där ställa upp fotograferings- och intervjuförbud m.m.

JO 2012/13 s. 41 med allvarlig kritik mot en rådman för att ha brutit mot kravet på saklighet och opartiskhet genom utformningen av en dom och genom att ställa irrelevanta frågor under huvudförhandlingen i målet.

JO 2012/13 s. 419 angående en skolas agerande mot ett politiskt flygblad i strid med objektivitetsprincipen.

JO 2012/13 s. 428 med kritik mot en kommun för beslut i anställningsärenden innan ansökningsstiden gått ut.

JO 2012/13 s. 464 med kritik mot en kommun för att i samband med ett anställningsförfarande ha brutit mot bl.a. kravet på saklighet.

JO 2012/13 s. 485 angående användningen av en kommuns webbplats i strid med kravet på opartiskhet.

JO 2013/14 s. 208 (232-2012) med kritik mot en polismyndighet och en anställd där, som i strid med kravet på opartiskhet sökt sätta press på en av parterna i en tvist. Se även JO 2013/14 s. 211 (279-2012) om bristande opartiskhet vid en polisiär utredningsåtgärd i ett annat fall.

JO 2013/14 s. 546 (2459-2011) med kritik mot en rektor för agerande i strid med objektivitetsprincipen i samband med avslag på ett politiskt ungdomsförbunds ansökan om att få ordna ett bokbord vid ett gymnasium inför ett politiskt val.

JO 2013-10-11 (4427-2011) med allvarlig kritik mot en landshövding för att ha motiverat ett beslut i ett strandskyddsärende på ett sätt som stått i strid med kravet på saklighet.

JO 2014-02-11 (641-2013) med allvarlig kritik mot en tjänsteman vid Skatteverket för bemötande av en person. JO anför att kravet på korrekt bemötande framgår av bestämmelsen om saklighet och kritiserar tjänstemannens skrivsätt.

JO 2014-03-20 (746-2013) med allvarlig kritik mot kommunala tjänstemän för att inte ha iakttagit saklighet och opartiskhet vid handläggningen av ett ärende om bygglov.

JK 1993 s. 44 om jävs- och bisysslefrågor vid en av Statens livsmedelsverk tänkt förändring inom besiktningsveterinärorganisationen.

JK 1994 s. 89 med kritik mot polismyndighet som i den brottsbekämpande verksamheten lämnat vilseledande information till massmedia (desinformation).

JK 1995 s. 26 angående kravet på saklighet i remissyttranden (s. 43 f.).

JK:s beslut 2010-12-27 (1854-10-22) i ett initiativärende med anledning av att företrädare för ett politiskt parti har avvisats från en skola.

5 Ändamålsparagraferna i 1 kap. 1 § och 2 kap. 1 § TF

Ändamålsparagraferna i TF kan också ses som konstitutionella portalparagrafer. Här finns ett retoriskt anslag och texten kan ses som en högtidligt och elegant utformad ingress som vill fånga mer än den rena juridiska sakprosan. Bestämmelserna kan sägas uttrycka TF:s etos.¹⁷ De går tillbaka på texten i 1810 års TF och har i en senare orolig tid, på 1930-

¹⁷ Johan Hirschfeldt, Två portalstadganden i tryckfrihetsförordningen – hur skapades de?, Festskrift till Hans Ragnemalm, 2005, s. 159.

talet, sagts vara den lagliga grundvalen till hela den moderna tankefriheten i vårt land.¹⁸

I 1 kap. 1 § TF definieras först det rättsliga begreppet tryckfrihet med bl.a. censurförbudet. Därefter anges tryckfrihetens och offentlighetsprincipens syfte att det ”till säkerställande av ett fritt meningsutbyte och en allsidig upplysning” ska stå var och en ”fritt att ... yttra sina tankar och åsikter, offentliggöra allmänna handlingar samt meddela uppgifter och underrättelser i vad ämne som helst” – allt under iakttagande av bestämmelserna i TF.

I 2 kap. 1 § TF anges med ett direkt anknytande uttryckssätt att offentlighetsprincipens innebörd är ”till främjande av ett fritt meningsutbyte och en allsidig upplysning”.

Här utvecklas alltså centrala delar av den i 1 kap. 1 § RF angivna principen om fri åsiktsbildning.

6 Mål- och programstadganden på lägre nivå

De tre bestämmelserna 1, 2 och 9 §§ i RF:s inledningskapitel och 1 kap. 1 § TF ger alltså uttryck för författningens grundvärden som sedan närmare utvecklas i främst rättighetskapitlet, 2 kap. RF. De bildar därmed också en ram för vissa andra målsättningsstadganden som finns i svensk lagstiftning, fast då på lägre nivå.

Jag ska här förteckna några sådana lagrum och i anslutning därtill peka på förarbetsuttalanden m.m.

6.1 Kommunalagen (1991:900)

1 kap. 1 §

Sverige är indelat i kommuner och landsting.

Dessa sköter på demokratins och den kommunala självstyrelsens grund de angelägenheter som anges i denna lag eller i särskilda föreskrifter.

Av förarbetena framgår att det ansetts finnas anledning att i kommunalagen markera demokratins värde för den kommunala praktiken även om regeringsformen stadgar att demokrati är grunden för all offentlig makt. Demokratins anges som den viktigaste värdegrunden för kommunal självstyrelse och grundidén bakom den kommunala självstyrelsen är en sty-

¹⁸ Birger Beckman, Svensk folkfrihet genom tiderna, 1937, s. 430.

relse av folket, genom folket och för folket. Slutsatsen blev att kommunallagens inledningsparagraf ska få en egen motsvarighet till stadgandet i regeringsformens inledningsparagraf.¹⁹

6.2 Radio- och tv-lagen (2010:696)

5 kap. 1 §

En leverantör av medietjänster som tillhandahåller tv-sändning, beställ-tv eller sökbar text-tv ska se till att programverksamheten som helhet präglas av det demokratiska statsskickets grundidéer och principen om alla människors lika värde och den enskilda människans frihet och värdighet.

En motsvarande bestämmelse finns i 14 kap. 1 § samma lag i fråga om innehållet i ljudradiosändningar.

Bestämmelsen kallas i dagligt tal demokratibestämmelsen. Denna bestämmelse har tolkats som en skyldighet för programföretagen att vara partiska till förmån för de grundläggande demokratiska värdena. Stadgandet har inte varit avsett att hindra programföretagen från att skildra odemokratiska förhållanden och företeelser eller från att återge odemokratiska meningsyttringar i radio och tv. Bestämmelsen har emellertid ansetts innebära en skyldighet för programföretagen att markera ett avståndstagande från eller att bemöta antidemokratiska uttalanden. I förarbetena betonas vidare att det är kärnan av folkstyrelsens principer som stadgandet ska gälla och avser med ”det demokratiska statsskickets grundidéer” beteckningen på en statsform som bygger på fri åsiktsbildning, allmän och lika rösträtt samt fria och hemliga val. Med uttrycket ”alla människors lika värde och den enskilda människans frihet och värdighet” avses de sidor av demokratibegreppet som anknyter till bl.a. förhållandet mellan människor och nämner därvid fördömande av rasism, våld och brutalitet samt hävdande av jämställdhet mellan män och kvinnor.²⁰ Bestämmelsen anses även innebära en skyldighet att markera ett avståndstagande från eller att bemöta antidemokratiska uttalanden och att verka för att rasfördomar bekämpas.

Demokratibestämmelsen har införts dels för att lagstiftaren ansett att det fanns ett inhemskt behov, dels för att det s.k. tv-direktivet krävt det. Lagstiftaren har konsekvent ansett att demokratibestämmelsen tillsam-

¹⁹ Prop. 2001/02:80 s. 73.

²⁰ Prop. 1977/78:91 s. 230 och prop. 1995/96:160 s. 91 ff. och 171.

mans med reglerna om hets mot folkgrupp tillgodoser de allmänna krav som ställs i tv-direktivet på att sändningar inte får innehålla något som uppammar hat grundat på ras, kön, religion eller nationalitet.

Det kan nämnas att innebörden av kravet på saklighet här får en belysning även genom Granskningsnämnden för radio och tv som bedömer om radio- och tv-program som har sänts följer reglerna. Nämnden granskar programmen efter anmälningar från tittare och lyssnare eller på initiativ av Myndigheten för radio och tv. Jag går inte närmare in på detta här.

6.3 Bibliotekslagen (2013:801)

I bibliotekslagen anges lagens ändamål:

2 §

Biblioteken i det allmänna biblioteksväsendet ska verka för det demokratiska samhällets utveckling genom att bidra till kunskapsförmedling och fri åsiktsbildning.

Biblioteken i det allmänna biblioteksväsendet ska främja litteraturens ställning och intresset för bildning, upplysning, utbildning och forskning samt kulturell verksamhet i övrigt. Biblioteksverksamhet ska finnas tillgänglig för alla.

Bibliotekens bidrag till det demokratiska samhällets utveckling behandlas i förarbetena sammanfattningsvis enligt följande.

Biblioteken i det allmänna biblioteksväsendet förmedlar kunskap och ger förutsättningar för ett offentligt samtal där enskilda fritt kan behandla gemensamma angelägenheter och utbyta åsikter. Biblioteken spelar också en viktig roll som vägledare i sökandet efter information och olika konstnärliga uttryck, såsom litteratur, musik och film. Bibliotekens roll som förmedlande och vägledande instans är av särskild betydelse för grupper som saknar ekonomiska eller andra möjligheter att själva införskaffa eller hitta efterfrågade medier.

Dessa grundläggande ändamål uttrycks i bestämmelsen. Här innefattas idén om att demokratin befästs och fördjupas genom att individer får ökad kunskap och goda förutsättningar för fritt åsiktsutbyte och diskussion om gemensamma angelägenheter. Att biblioteken ska verka för det demokratiska samhällets utveckling uttrycker en målsättning om allas delaktighet i samhällslivet som främjas genom de medel som nämns, dvs. kunskapsförmedling och fri åsiktsbildning.

Att biblioteken ska bidra till fri åsiktsbildning understryker betydelsen av att de intar en neutral hållning i förhållande till den information som tillhandahålls och även i övrig verksamhet understödjer ett fritt meningsutbyte. Bestämmelsen innebär att biblioteksverksamheten ska präglas av öppenhet för olika perspektiv och stå fri från censur eller andra hindrande åtgärder. Yttrandefriheten är den grund som den fria åsiktsbildningen vilar på.²¹

Frågan om ett folkbibliotek ägt vägra låna ut vissa böcker till en person med hänsyn till dennes syfte med lånet har behandlats av JO i ett ärende, där JO tar upp saken mot bakgrund av RF:s stadganden om informationsfriheten och objektivitetsprincipen. JO anförde avslutningsvis:²²

Handlingarna i ärendet visar, som framgått, att biblioteket tillmötesgått C Vs begäran om ett boklån först sedan personalen förvässat sig om att han hade ett seriöst syfte med sin begäran. Det framstår som uppenbart att detta syfte fastställts med beaktande av C Vs politiska eller religiösa inställning och att denne, om han i artikeln eller eljest redovisat en enligt personalens mening felaktig uppfattning, inte skulle ha fått sin framställning tillgodosedd. Mot bakgrund av vad som ovan anförts om tillämpningen av principerna om objektivitet och likabehandling på biblioteksverksamhet kan en sådan sortering av dem som önskar låna böcker inte godtas.

6.4 Högskolelagen (2005:1208)

1 kap. 5 §

Högskolorna skall i sin verksamhet främja en hållbar utveckling som innebär att nuvarande och kommande generationer tillförsäkras en hälsosam och god miljö, ekonomisk och social välfärd och rättvisa.

I högskolornas verksamhet skall jämställdhet mellan kvinnor och män alltid iakttas och främjas.

Högskolorna bör vidare i sin verksamhet främja förståelsen för andra länder och för internationella förhållanden.

Högskolorna skall också aktivt främja och bredda rekryteringen till högskolan.

Här bör endast noteras att det i förarbetena uttryckligen anges att det första stycket i paragrafen är avsett att på högskoleområdet konkretisera det

²¹ Prop. 2012/13:147 s. 12.

²² JO 1998/99 s. 534.

allmänna målsättningsstadgande som för hela det allmännas verksamhet finns i 1 kap. 2 § RF.²³

6.5 Skollagen (2010:800)

Syftet med utbildningen inom skolväsendet

4 §

Utbildningen inom skolväsendet syftar till att barn och elever ska inhämta och utveckla kunskaper och värden. Den ska främja alla barns och elevers utveckling och lärande samt en livslång lust att lära. Utbildningen ska också förmedla och förankra respekt för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande demokratiska värderingar som det svenska samhället vilar på.

I utbildningen ska hänsyn tas till barns och elevers olika behov. Barn och elever ska ges stöd och stimulans så att de utvecklas så långt som möjligt. En strävan ska vara att uppväga skillnader i barnens och elevernas förutsättningar att tillgodogöra sig utbildningen.

Utbildningen syftar också till att i samarbete med hemmen främja barns och elevers allsidiga personliga utveckling till aktiva, kreativa, kompetenta och ansvarskännande individer och medborgare.

Utformningen av utbildningen

5 §

Utbildningen ska utformas i överensstämmelse med grundläggande demokratiska värderingar och de mänskliga rättigheterna som människolivets okränkbarhet, individens frihet och integritet, alla människors lika värde, jämställdhet samt solidaritet mellan människor.

Var och en som verkar inom utbildningen ska främja de mänskliga rättigheterna och aktivt motverka alla former av kränkande behandling.

Utbildningen ska vila på vetenskaplig grund och beprövad erfarenhet.

I paragrafen anges enligt förarbetena syftet med utbildningen, som är av betydelse både för den enskilda individens utveckling och för samhällsutvecklingen. Formuleringarna är allmänt hållna och utgör i första hand en grundval för tolkningen av andra mer konkret utformade bestämmelser. I utbildningen ska hänsyn tas till barns och elevers olika behov. Med värden avses förskolans och skolans värdegrund som ska utgå från grundläggande demokratiska värderingar och de mänskliga rättigheterna. Det närmare innehållet i dessa rättigheter uttrycks i flera internationella konventioner som Sverige anslutit sig till. Bestämmelser om utbildning-

²³ Prop. 2005/06:1 utgiftsområde 16 s. 137.

ens syfte finns bl.a. i artikel 29 i FN:s konvention om barnets rättigheter (barnkonventionen) samt i artikel 13 i FN:s konvention om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter. Att utbildningen ska förmedla och förankra respekt för de mänskliga rättigheterna och grundläggande demokratiska värderingar innebär att det måste finnas kunskap hos såväl förskollärare, lärare och annan personal som hos barn och elever om vad dessa värderingar och rättigheter innebär och hur de kan förverkligas.

I portalparagrafen görs mot denna bakgrund ett tillägg om de mänskliga rättigheterna och ett förtydligande om att utbildningen ska förmedla och förankra respekt för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande demokratiska värderingar som det svenska samhället vilar på.

Att förmedla och förankra de mänskliga rättigheterna och grundläggande demokratiska värderingar innebär att det måste finnas kunskap om vad dessa värderingar och rättigheter innebär och hur de kan förverkligas.

Sverige har internationella förpliktelser när det gäller de mänskliga rättigheterna som bör vara vägledande för och genomsyra hela skolväsendet. I första hand ligger ansvaret för att de mänskliga rättigheterna respekteras och tillgodoses på varje stats regering men även de statliga och kommunala förvaltningarna har ett ansvar. Detta innebär att den svenska skollagstiftningen och verksamheten inom skolväsendet ska överensstämma med Sveriges förpliktelser enligt dessa överenskommelser. Tillägget om de mänskliga rättigheterna som nämns i bestämmelsen betonar detta.²⁴

Det är värt att anmärka att det i förarbetena till 2010 års skollag inte görs någon direkt anknytning till de värdegrundsbestämmelser i RF som här behandlats. Dock gjordes det i förarbetena till tidigare skollag i ett liknande men inte så utvecklat sammanhang en hänvisning till 1 kap. 2 § RF med dess betonande av att det allmänna ska verka för att demokratins idéer blir vägledande inom samhällets alla områden.²⁵

Det kan här nämnas att frågor kring skolans värdegrund har uppmärksamats av JO och JK i ett antal ärende som gällt politiska partiers information i skolan och där frågor om objektivitetsprincipen i 1 kap. 9 § RF uppmärksamats.²⁶

²⁴ Prop. 2009/10:165 s. 220 f.

²⁵ Prop. 1990/91:18 s. 30

²⁶ För en översikt över sådana beslut, se Dir. 2014:117 Politisk information i skolan.

6.6 Socialtjänstlagen (2001:453)

1 kap. 1 §

Samhällets socialtjänst skall på demokratins och solidaritetens grund främja människornas

- ekonomiska och sociala trygghet,
- jämlikhet i levnadsvillkor,
- aktiva deltagande i samhällslivet.

Socialtjänsten skall under hänsynstagande till människans ansvar för sin och andras sociala situation inriktas på att frigöra och utveckla enskildas och grupperns egna resurser.

Verksamheten skall bygga på respekt för människornas självbestämmanderätt och integritet.

Socialtjänstlagen har betecknats som en målinriktad ramlag. Bestämmelsen i portalparagrafen har sagts i påtaglig mån bygga på den begrepps-bildning som återfinns i 1 kap. 2 § RF.²⁷

I propositionen till den tidigare socialtjänstlagen diskuteras anknytningen till grundlagen. I anslutning till den angivna uppgiften att främja jämlikhet i levnadsvillkor bemöter föredragande statsrådet remissynpunkten att de övergripande målen för denna lags område liksom för många andra samhällsverksamheter inte skulle ha sin plats i en enskild författning utan i grundlagen. Han anför vidare:²⁸

Socialutredningen säger i denna fråga att sociala mål som överensstämmer med regeringsformens principer bör vägleda inte bara socialtjänsten utan all samhällsverksamhet. Jag delar socialutredningens mening. Socialtjänsten är en av de många verksamheter som skall sträva efter att uppfylla de sociala målen. Det har stor betydelse att dessa riktlinjer läggs fast i den lag som skall reglera omdaningen av den traditionella socialvården till en socialtjänst.

6.7 Hälso- och sjukvårdslagen (1982:763)

2 §

Målet för hälso- och sjukvården är en god hälsa och en vård på lika villkor för hela befolkningen.

²⁷ Lars Clevesköld i Karnov 2013/14 s. 5100.

²⁸ Prop. 1979/80:1 s. 139.

Värden skall ges med respekt för alla människors lika värde och för den enskilda människans värdighet. Den som har det största behovet av hälso- och sjukvård skall ges företräde till vården.

Bestämmelsen i paragrafens andra stycke infördes 1997 (SFS 1997:142) i samband med ny lagstiftning om prioriteringar inom hälso- och sjukvården. Det föreslogs då att första stycket skulle kompletteras på så sätt att de grundläggande etiska principerna, människovärdesprincipen och behovs-solidaritetsprincipen återspeglas i lagen. Regeringen anslöt sig till denna bedömning.²⁹

6.8 En kommentar

I den underliggande lagstiftningen finns alltså målbestämmelser som i viss mån behandlar samma principer och värden som i RF. Dessa bestämmelser utformas med struktur och uttrycksätt som är avpassade direkt för det avgränsade behovet. Det görs därvid inte kopplingar till grundlagens normer och värderingar på något konsekvent sätt. Ibland blir formuleringarna vaga och ibland finns inga kopplingar alls uttryckta, som i fråga om den nya skollagen. Där saknas referenser till regeringsformen och den fria åsiktsbildningen inte bara i lagtexten utan också i förarbetena till målparagrafen.

Lagstiftaren har alltså inte tagit tillfället i akt att i dessa lämpliga sammanhang hålla fram och tydligt erinra om att det finns en överordnad gemensam konstitutionell värdegrund. I stället blir resultatet en risk för missuppfattningar och oklarheter kring centrala målformuleringar. Så möjligheten att i olika sammanhang sedan levdagöra grundlagen som värdebärare för vårt samhälle går förlorad.

Här har dock tagits ett lovvärt initiativ. För att stödja att de offentliga tjänstemännen i sitt arbete vägleds av en gemensam värdegrund har på senare år ett arbete inletts med att söka formulera en värdegrund för den offentliga tjänsten och ett utvecklingsarbete inom ramen för Värdegrundsdelegationen.³⁰

²⁹ Prop. 1996/97:60 s. 13.

³⁰ Se Den gemensamma värdegrunden för de statsanställda, Krus, 2009 och www.vardegrundsdelegationen.se.

Ett önskemål bör vara att sådana här underliggande målbestämmelser i lagtextform eller genom förarbetsuttalanden kunde knytas tydligt till den konstitutionella värdegrunden i RF 1 kap.

7 Författningens kärnvärden och den goda medborgaren

Den här genomgången visar på en möjlighet att gå vidare. Jag har velat peka på en kärna av bestämmelser i våra grundlagar som tillsammans anger övergripande principer och värden. De uttrycker spelregler för politiken, mål och värden för samhällsutvecklingen, ramar för offentlig maktutövning och skydd för den fria åsiktsbildningen. Här finns också en anknytning till våra konventionsåtaganden i fråga om mänskliga rättigheter. Jag menar att man här kan tala om värdegrunden för den svenska demokratiska rättsstaten eller om de svenska konstitutionella kärnvärdena.

Här har visats att det under senare år blivit vanligare att 1 kap. 2 § och 1 kap. 9 § RF uttryckligen åberopas som ett led vid domstolsprövning och särskilt i JO:s och JK:s verksamhet. Detta är en mycket positiv utveckling. En liknande "aktivering" av regeringsformen har nyligen skett genom Högsta domstolens välkända avgörande om skadestånd för överträdelse av det grundlagsfästa skyddet för medborgarskap.³¹

Ska den konstitutionella värdegrunden kunna levandegöras och konkretiseras så är det nödvändigt att värden och principer som finns i dessa bestämmelser i RF uttryckligen åberopas så att författningens kärnvärden tydligt hålls fram så ofta det är relevant att göra det.

1634 års regeringsform har setts som en sorts Statskalender i paragrafform och 1974 års RF har till och med liknats vid en kommunal ordningsstadga. Ser man historiskt har vår författningsutveckling präglats mer av stegvisa förändringar i fredstid än i många andra länder där konstitutionen fötts med nationen. Författningspatriotism i Sverige är mot den bakgrunden nog tänkbar endast i beredskapstider. Vi jurister ser mer än andra att regeringsformens betydelse som ett rättsligt instrument med vissa angivna kärnvärden stärks alltmer. Den kunskapen och den

³¹ Högsta domstolens avgörande den 23 april 2014 (mål nr T 5516-12).

bakomliggande konstitutionella utvecklingen blir allt viktigare att i olika former föra ut i samhället.³²

³² Johan Hirschfeldt, Grundlagens normer och den goda medborgarens värderingar, i På jakt efter den svenska normen, BRÅ PM 1998:1, 1998 och Johan Hirschfeldt, recension av Sveriges konstitutionella urkunder med Nils Stjernquists inledning Land skall med lag byggas – Sveriges författningshistoria, SvJT 2001, s. 727.

Är RF 1 kap. 2 § bara tomma ord?

– Några tankar om målsättningsstadgandet i RF

1 Inledning

Varför finns det ett målsättningsstadgande i RF 1 kap. 2 § om tanken är att det inte ska vara rättsligt bindande. Vilken funktion fyller det egentligen? I denna text kommer dessa två frågor att diskuteras med syftet att försöka utröna om stadgandet endast är tomma ord eller om det även kan ha en rättslig betydelse.

Regeringsformens första kapitel sätter upp ramarna för det svenska statsskicket genom att slå fast grunderna för organisationen och de värden som ska styra riket. I RF 1 kap. 2 §, som är i fokus i denna text, stadgas bland annat de sociala rättigheterna och grunden för diskrimineringsskyddet i Sverige. Enligt förarbetena ger den ”uttryck för vissa särskilt viktiga mål för samhällsverksamheten”.¹ Det sägs vidare, något motsägelsefullt, att regleringen inte är rättsligt bindande men att den kan användas som tolkningsdata för tillämpningen av andra lagrum.²

Frågan är vad detta innebär. I denna text kommer jag att kritiskt diskutera motiven bakom stadgandet och tankarna om dess tillämpning. Tanken är att analysera vad förarbetenas uttalanden egentligen innebär. Texten gör inget anspråk på att vara uttömmande i ämnet utan ska snarare ses som inledning och underlag till en fortsatt diskussion om synen på RF 1 kap. 2 § och vilket syfte ett målsättningsstadgande kan och bör ha.

¹ Prop. 2009/10:80 s. 188.

² Prop. 2001/02:72 s. 24.

Inledningsvis kommer en kortfattad diskussion kring tanken bakom RF 1 kap. 2 § och de oklarheter som stadgandet och dess motiv för med sig. Därefter följer en presentation av de olika delarna av regleringen för att ge en fördjupning i vad som avses med regleringen. Jag kommer sedan att föra en diskussion kring frågan om kontrollen av regleringen efterlevs följt av en diskussion om möjliga tillämpningsområden för stadgandet. I den delen kommer frågan om positiv faderskapstalan användas som ett exempel på hur regleringen skulle kunna komma till användning. Texten avslutas med några sammanfattande och avrundande kommentarer.

2 Vad är tanken bakom stadgandet?

Enligt förarbetena ska RF 1 kap. 2 § ses som ett målsättningsstadgande och är därför inte rättsligt bindande. Tanken är istället att det ska fungera som anvisningar till det allmänna att verka i en viss riktning.³ Med andra ord kan ingen åberopa regeln i en domstol utan istället är det lagstiftaren som ska ha den i åtanke när den lagstiftar.

”Det är inte fråga om en rättsligt bindande regel utan om ett program- och målsättningsstadgande som ger uttryck för vissa särskilt viktiga principer för samhällsverksamhetens inriktning. Stadgandets främsta funktion är att ålägga det allmänna att positivt verka för att de ifrågavarande målsättningarna i största möjliga utsträckning förverkligas.”⁴

För att göra skillnad mellan målsättningsstadganden och rättsligt bindande regler talar förarbetena om ”ska-regler” och ”bör-regler”. Målsättningsstadganden är då ”bör-regler” och därmed inte rättsligt bindande.⁵ Det är istället fråga om grundläggande värderingar som är avsedda att vara styrande för all offentlig verksamhet.⁶

Så långt framstår hela resonemanget som tydligt och klart. Regleringen är inte rättsligt bindande utan endast ett sätt att styra staten i sitt agerande och normgivande. Frågan blir då hur det säkerställs att lagstiftaren och andra aktörer inom staten låter sig styras av dessa målsättningar. Eftersom det inte kan bli fråga om någon rättslig kontroll är stadgandets

³ Prop. 1975/76:209 s. 128 f. och s. 136 f. Se även SOU 2008:125 s. 454 och prop. 2009/10:80 s. 188.

⁴ Prop 2001/02:72 s. 15.

⁵ Se SOU 1975:75 s. 184.

⁶ Nyman, O, *Regeringsformens målsättningsstadganden*, FT 1984 s. 289–303, s. 289.

efterlevnad istället tänkt att bli föremål för politisk kontroll.⁷ Frågan är dock vem som ska utöva denna kontroll och hur den ska gå till?

En annan följd av att stadgandet inte är rättsligt bindande är att den enskilde inte kan erhålla någon rättighet med stöd av det. I förarbetena skrivs det dock att stadgandet kan få rättslig betydelse som ”tolkningsdata” vid tillämpning av andra regler.⁸ Vad innebär det? Kan regleringen vara styrande för hur andra rättsregler ska tolkas? Skulle då en enskild kunna åberopa en rättsregel och tillsammans med RF 1 kap. 2 § argumentera för en viss tolkning? Innebär inte det att regeln trots allt är rättsligt bindande även om den inte är direkt åberopbar?

Det går konstatera att dess status inte är helt tydlig. Uttalanden i förarbetena skapar en osäkerhet kring hur stadgandet ska användas och av vem. Tydligt är att lagstiftaren har ansett att de värden som framkommer är viktiga och ska styra den ”samhälleliga verksamheten” men det är oklart hur de ska göra det och vem som ska övervaka dess efterlevnad.

3 En närmare presentation av stadgandet

För att kunna diskutera tillämpningen av RF 1 kap. 2 § kan det vara bra att bekanta sig med stadgandet som idag består av sex stycken. Det infördes i RF i samband med grundlagsreformen 1976⁹ och har ändrats vid två tillfällen vilka kommer att redogöras för nedan. Genomgången av stadgandet görs stycke för stycke för att betona de olika beståndsdelarna av regleringen. Först kommer styckets lydelse och därefter en kortare kommentar till det.

Den offentliga makten ska utövas med respekt för alla människors lika värde och för den enskilda människans frihet och värdighet.

Det första stycket skiljer sig från de övriga genom att mer allmänt slå fast att det offentliga maktutövandet ska respektera alla människors lika värde, frihet och värdighet. Det ses som en inledning till resten av paragrafen och som överordnad det som följer.¹⁰ Målsättningen i stycket full-

⁷ SOU 1975:75 s. 184 och prop. 2001/02:72 s. 15 f. Se även Lind, A-S, *Sociala rättigheter i förändring – En konstitutionellrättslig studie*, Uppsala universitet, 2009, s. 438 f.

⁸ Prop. 2001/02:72 s. 16.

⁹ Prop. 1975/76:209.

¹⁰ Se t.ex. Eka, A, Hirschfeldt, J, Jermsten, H & Svahn Starrsjö, K, *Regeringsformen – med kommentar*, Karnov Group, 2012, s. 27.

följs sedan i RF 1 kap. 9 § och skyddet mot diskriminering i RF 2 kap. 12–13 §§.

Sett till utformningen av stycket är likheten med RF 1 kap. 9 § slående och innehållsmässigt överlappar de även varandra. Stycket behandlar i likhet med 9 § hur det allmänna ska agera. Med det menar jag att det är en reglering som fastslår *hur* rätten ska utövas snarare än *vad* rätten ska innehålla vilket är vad övriga stycken i 2 § i huvudsak reglerar.¹¹

Den enskildes personliga, ekonomiska och kulturella välfärd ska vara grundläggande mål för den offentliga verksamheten. Särskilt ska det allmänna trygga rätten till arbete, bostad och utbildning samt verka för social omsorg och trygghet och för goda förutsättningar för hälsa.

Det andra stycket behandlar de sociala rättigheterna. De karaktäriseras av att de ger ett skydd med hjälp av det allmänna till skillnad från de ”klassiska” rättigheterna som handlar om att ge den enskilde skydd mot det allmänna.¹² Med andra ord, när de ”klassiska” rättigheterna ålägger staten att avstå från ett visst handlande ger de sociala rättigheterna staten en förpliktelse att agera.¹³ Det innebär att de sociala rättigheterna ålägger staten kostnader och nivån på rättigheten blir då beroende av de finansiella möjligheterna för staten att agera.

Det konstateras i förarbetena att de sociala rättigheterna har en central plats i det moderna välfärdssamhället och att de blivit ”det övergripande målet för den politiska verksamheten”.¹⁴ Det ansågs därför ”naturligt” att dessa kom till uttryck i grundlagen.¹⁵ På grund av att de sociala rättigheterna är beroende av att staten agerar och att detta som sagt kräver resurser ansåg lagstiftaren inte att det var lämpligt att göra dem rättsligt bindande. Istället valdes en lösning där de sociala rättigheterna kom till uttryck i RF som mål för ”den samhälleliga verksamheten”.¹⁶

Detta har även lett till att de sociala rättigheterna är mycket sparsamt reglerade i RF. Det är egentligen bara målsättningen avseende rätten till utbildning som mer konkret kommer till uttryck i RF, närmare bestämt i RF 2 kap. 18 §.

¹¹ Jfr Nyman s. 289.

¹² SOU 1975:75 s. 163.

¹³ A.st.

¹⁴ Prop. 1975/76:209 s. 128. Se även Lind, s. 24 f.

¹⁵ Prop. 1975/76:209 s. 128.

¹⁶ A.st.

Det allmänna ska främja en hållbar utveckling som leder till en god miljö för nuvarande och kommande generationer.

År 2002 kompletterades stadgandet med ett nytt tredje stycke som knyter an till de mål som ställs upp i Miljöbalken 1 kap. 1 § st. 1.¹⁷ Det ansågs angeläget att i grundlagen betona solidariteten med kommande generationer och styra in samhället på en mer långsiktigt hållbar bana.¹⁸

Det allmänna ska verka för att demokratins idéer blir vägledande inom samhällets alla områden samt värna den enskildes privatliv och familjeliv.

I stadgandets fjärde stycke konstateras att det allmänna ska verka för att demokratins idéer ska vara vägledande inom samhällets alla områden. Noterbart är att begreppet demokrati uttryckligen nämns endast i detta stycke och i RF 2 kap. 21 §. Tanken bakom denna första del av stycket är att betona att demokratibegreppet inte bara avser själva styrelseskicket utan är gällande i all verksamhet på alla nivåer.¹⁹

När det gäller skyddet för den enskildes privat- och familjeliv konstaterades det i förarbetena att det är viktigt att skyddet för detta kommer till uttryck i grundlagen då ”grundsatsen om den enskildes rätt till en fredad sektor är av [...] väsentlig betydelse i en demokratisk stat”.²⁰ I skyddet ingår till exempel rätten att ingå äktenskap.²¹

Den enskildes privatliv skyddas rättsligt genom reglerna om skydd mot åsiktsregistrering i RF 2 kap. 2–3 §§ och skyddet för den kroppsliga och personliga integriteten i RF 2 kap. 6 §. Däremot har inte familjelivet något närmare skydd i RF. Det skyddas dock av artikel 8 i EKMR. Eftersom skyddet för familjelivet är ett exempel på en rättighet som inte återfinns någon annanstans i RF kommer jag att använda denna som exempel nedan i diskussionen om möjlig tillämpning av stadgandet.

Det allmänna ska verka för att alla människor ska kunna uppnå delaktighet och jämlikhet i samhället och för att barns rätt tas till vara. Det allmänna ska motverka diskriminering av människor på grund av kön, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung, språklig eller religiös tillhörighet, funktionshinder, sexuell läggning, ålder eller andra omständigheter som gäller den enskilde som person.

¹⁷ Prop. 2001/02:72.

¹⁸ Prop. 2001/02:72 s. 23.

¹⁹ Prop. 1975/76:209 s. 138. Se även SOU 1975:75 s. 93.

²⁰ Prop. 1975/76:209 s. 131.

²¹ SOU 1975:75 s. 183.

Det femte stycket innehöll från början endast att det allmänna skulle tillförsäkra män och kvinnor lika villkor. År 2002 byggdes stycket ut med att det allmänna även skulle verka för delaktighet och skydd för utsatta grupper.²² I stycket föreskrivs att det allmänna ska motverka diskriminering på grund av ett antal uppräknade omständigheter. Den avslutande ”andra omständigheter” betonar att uppräknningen inte är uttömmande.²³ Skyddet mot diskriminering har sitt rättsligt utkrävbara skydd i RF 2 kap. 12–13 §§.

I samband med grundlagsrevisionen 2010 kompletterades stycket med det allmännas ansvar att ta tillvara på barns rätt. Tanken var dels att betona det allmännas ansvar, dels att markera Sveriges förpliktelser enligt FN:s Barnkonvention.²⁴

Samiska folkets och etniska, språkliga och religiösa minoriteters möjligheter att behålla och utveckla ett eget kultur- och samfundsliv ska främjas.

Det sjätte och avslutande stycket i fick sin nuvarande lydelse i samband med grundlagsrevisionen 2010. Genom förändringen betonades samernas särställning som urbefolkning genom att de, till skillnad från tidigare, omnämndes särskilt i stadgandet.²⁵ Samernas särställning kommer även till uttryck i RF 2 kap. 17 § st. 2 där samernas rätt till renskötsel särskilt lyfts fram.

Stadgandet ger mer generellt ett skydd för de nationella minoriteternas kultur- och samfundsliv. I samband med förändringen 2010 stärktes även skyddet genom att utformningen ändrades från ”bör främjas” till den nuvarande lydelsen ”ska främjas”. En starkt bidragande orsak till denna förändring var att stadgandet skulle spegla Sveriges förpliktelser enligt Europarådets ramkonvention om skydd för nationella minoriteter och den europeiska stadgan om landsdels- eller minoritetsspråk.²⁶

²² Prop. 2001/02:72.

²³ Prop. 2001/02:72 s. 49.

²⁴ Prop. 2009/10:80 s. 188.

²⁵ Prop. 2009/10:80 s. 189.

²⁶ A.st.

4 Kontrollen av stadgandets efterlevnad

Det konstateras som sagt i förarbetena att stadgandet inte är rättsligt bindande utan att dess efterlevnad istället ska vara föremål för politisk kontroll. Regleringen talar om det "allmänna" vilket innebär att regeln ska genomsyra hela den offentliga verksamheten. Det innebär även att en eventuell kontroll måste ske på olika nivåer.

Som jag visat ovan är lagstiftaren en av dem som ska påverkas av regeln genom en skyldighet att via lagstiftning uppfylla de mål som stadgandet ställer upp. Därmed behövs en kontroll av själva lagstiftandet och hur det förhåller sig till målsättningsstadgandet. Den svenska lagstiftningsprocessen innehåller flera moment av kontroll där frågan om ett lagförslag är förenligt med RF 1 kap. 2 § eller inte kan tas upp. Här spelar inte minst Lagrådet en viktig roll men även beredande utskott kan och bör ta upp denna fråga. Det är även viktigt att utredningen som föregår lagstiftningen förhåller sig till stadgandet, vilket inte är ovanligt.²⁷

Så långt är det ganska oformulerat, men vad händer om ingen lagstiftning initieras? En del av syftet med målsättningsstadgandet är att det ska uppmana lagstiftaren till att skapa regler som gör att de värden och mål som regleras också uppnås. Vem har att övervaka att så sker? I avsaknad av en naturlig instans för detta faller ett tungt ansvar på riksdagsledamöterna och då kanske framförallt på oppositionen. Möjligen skulle KU kunna ta upp det inom ramen för sin granskning av regeringen i enlighet med RF 13 kap. 1 §, antingen ad hoc eller genom anmälan från riksdagsledamot.

När det gäller verkställandet av den offentliga verksamheten har både JO och JK en övervakande roll och båda kan på ett naturligt sätt inkludera stadgandet i sin granskande verksamhet. Det finns flera exempel på när så har skett, exempelvis i fråga om övervakning från det allmänna.²⁸

Sammanfattningsvis i denna del kan sägas att det är oklart vem som ska övervaka efterlevnaden av regleringen framförallt i fråga om lagstiftning. I tillämpningssituationen är det naturligt att JO och JK är de instanser som har ansvar för kontrollen även om den då blir just rättslig och inte politisk. Om JO och JK använder RF 1 kap. 2 § som tolkningsdata är hoppet inte långt till att domstolarna ska göra detsamma även om

²⁷ Se t.ex. SOU 2014:59, *Bostadsförsörjning och riksintressen*, s. 82.

²⁸ Se t.ex. JO 2009/10 s. 398. För fler exempel på när JO och JK har använt sig av RF 1:2 i sin granskning se Eka m.fl. s. 26 f.

förarbetena varit tydliga med att den inte kan vara föremål för rättslig kontroll.

5 Tillämpning av stadgandet

En annan fråga är hur uttalandet om att RF 1 kap. 2 § kan användas som tolkningsdata vid tillämpningen av andra rättsregler ska tolkas. Innebär det att en enskild kan åberopa det som stöd för sin tolkning av en annan rättsregel? Denna fråga får inget klart svar i förarbetena.²⁹

Den första reflektionen, som även gjorts ovan, är att första stycket i regleringen skiljer sig från de övriga. RF 1 kap. 2 § st. 2–6 kan i huvudsak klassificeras som ”vad-regler”. Med det menar jag att de specificerar innehållet i rätten. Det ger anvisningar till lagstiftaren om *vad* rätten ska innehålla. RF 1 kap. 2 § st. 1 däremot har, som sagts ovan, istället karaktären av en ”hur-regel”. Med det menar jag att det är en reglering som fastslår *hur* rätten ska utövas. Det ska dock tilläggas att även övriga delar av stadgandet har inslag av ”hur-regel” men det är inte lika särpräglat som i det första stycket.³⁰

Dessa två regeltyper, ”vad-” och ”hur-regel”, har olika förutsättningar att tillämpas rättsligt. Hur-regeln ger anvisningar inte primärt till lagstiftaren utan istället till rättstillämparen. Det går att jämföra med utformningen av RF 1 kap. 9 § som också vänder sig till rättstillämparen. Det borde därför vara möjligt att även ge RF 1 kap. 2 § st. 1 normativ kraft och i rättsliga sammanhang nyttja den på samma sätt som RF 1 kap. 9 §. Detta är dock en tolkning som står i direkt strid med förarbetena.

En intressant fråga är just vilken roll stadgandet spelar i tolkningen av annan lag och i förlängningen även i en lagprövningssituation. Det är som sagt tydligt att lagstiftaren inte vill att regleringen ska vara rättsligt bindande men samtidigt konstateras att stadgandet ”kan få betydelse som tolkningsdata för hur ett annat lagrum skall tillämpas”.³¹ Vad detta innebär utvecklas som sagt inte närmare.

För att belysa oklarheten i tolkningen tänkte jag illustrera med ett exempel. Som jag visat har flera av styckena i RF 1 kap. 2 § kommit till uttryck i andra delar av RF, exempelvis RF 1 kap. 9 § och diskrimi-

²⁹ Även Lind noterar förarbetenas tystnad avseende frågan om vilken konkret betydelse RF 1 kap. 2 § kan få. Se Lind s. 76.

³⁰ Jfr Nyman s. 289.

³¹ Se t.ex. prop. 2001/02:72 s. 24.

neringsskyddet i RF 2 kap. 12–13 §§. Något som däremot inte har fått något uttryckligt stöd är skyddet för familjelivet. Det skyddas visserligen av artikel 8 EKMR men den artikeln har ingen motsvarighet i RF:s rättighetsskapitel. Frågan är om skyddet för familjeliv i RF 1 kap. 2 § skulle kunna användas som tolkningsdata exempelvis i diskussionen om positiv faderskapstalan.³²

För att kort sammanfatta den diskussionen kan sägas att om ett barn A föds inom äktenskapet mellan kvinna B och man C registreras C automatiskt som barnets far. Om en person utanför äktenskapet, man D, anser sig vara far till barnet har han inga möjligheter att föra en faderskapstalan. Det är endast barnet efter att hen blivit myndig och kvinna B, som för talan i egenskap av barnets mor, som har möjlighet att initiera en faderskapstalan.

Denna situation har prövats i Europadomstolen under artikel 8 EKMR med en utgång som går att tolka som att de svenska reglerna kan vara i strid med EKMR.³³ Problemet i svensk rätt är att det inte går att få till en domstolsprövning då det inte finns någon talerätt för en person i man D:s situation. Frågan är då hur en svensk domstol skulle agera om en person väckte talan och menade att han genom EKMR och RF 1 kap. 2 § har rätt att föra en talan om faderskap. Det skulle då eventuellt gå att hävda att de svenska talerätsreglerna strider mot RF 1 kap. 2 § och dess uttalade mål om att det allmänna ska värna om den enskildes familjeliv.

Detta är bara ett exempel på en situation som skulle kunna uppstå. Det skulle vara möjligt att välja andra delar av målsättningsstadgandet för att exemplifiera. Exempelvis skulle frågan om det allmänna främjar en hållbar utveckling kunna bli en del av en process mot en kommun gällande ett PBL-ärende. Även frågor om barnets bästa skulle kunna bli en del av en rättsprocess. Med andra ord är det möjligt att använda alla delar av regleringen som tolkningsdata i en rättslig prövning av en annan rättsregel.

Det är uppenbart att det finns en bred uppslutning bakom regleringen i riksdagen och att det är en tydlig signal till lagstiftaren. Vore det då inte rimligt att domstolen tog hänsyn till detta i tolkningen av annan lag,

³² Se t.ex. Bull, T, *Diskriminering och dekonstruktion: om positiv faderskapstalan*. Tidskrift för Rettsvitenskap 2000, s. 702–711. Se även Singer, A, *Mannens talerätt vid fastställande av faderskap*, SvJT 1992 s. 549–582.

³³ Rozanski v. Poland, Jfr dock Nylund v. Finland som kommer till en annan slutsats. Den avgörande skillnaden mellan fallen var frågan om den sökande hade skapat en relation till barnet eller ej.

även i de fall domstolen kan konstatera att en svensk lag står i strid med målsättningen i RF 1 kap. 2 §? I den situationen borde domstolen få åsidosätta lagen i enlighet med RF 11 kap. 14 §.³⁴ Det skulle även innebära att kontrollen över om stadgandet efterlevs skulle bli reell.

Ett sätt att sätta detta i perspektiv är att jämföra med hur EU-domstolen använder sig av preambeln till ett direktiv vid tolkning av EU-rätten. I preambeln slås ofta syftet med direktivet fast och EU-domstolen använder sig sedan av detta när direktivets artiklar ska tolkas.³⁵ Ett exempel på detta är mål C-236/09 som rörde frågan om diskriminerande försäkringsvillkor. Vid tidpunkten för domstolens avgörande hade inte EU:s stadga trätt ikraft och var därför inte rättsligt bindande. Frågan var om domstolen ändå skulle använda stadgan för att underkänna delar av direktivet. I domen skriver domstolen (§ 17)

”I artiklarna 21 och 23 i stadgan föreskrivs dels att all diskriminering på grund av kön är förbjuden, dels att jämställdhet mellan kvinnor och män ska säkerställas på alla områden. Eftersom det i skäl 4 i direktiv 2004/113 uttryckligen hänvisas till dessa artiklar ska giltigheten av artikel 5.2 i direktivet bedömas med beaktande av bestämmelserna i stadgan.”

I preambeln till direktivet hänvisades med andra ord till stadgan och domstolen konstaterade då att eftersom ”lagstiftaren” hänvisat till stadgan måste den menat att den skulle användas som ”tolkningsdata”. Med det sagt tillämpades stadgan och delar av direktivet underkändes.

På samma sätt borde RF 1 kap. 2 § kunna användas som ett uttryck för lagstiftarens vilja och inriktning. Att stadgandet helt enkelt används som tolkningsdata vid tillämpningen av andra lagrum på samma sätt som jag beskrivit ovan gällande frågan om faderskap. Även om detta skulle innebära en rättslig kontroll av stadgandet ligger det i linje med förarbetenas uttalande om att det ska användas som tolkningsdata vid tillämpningen av andra rättsregler. Det är rimligt att stadgandet även får genomslag i praktiken med tanke på dess framskjutna position i RF.

³⁴ Jfr Wenander, H, *En princip om internationell öppenhet – 1 kap.10 § regeringsformen och socialförsäkringsrätten*, FT 2011 s. 537–561, som också menar att stadgandena i RF 1 kap. bör kunna läggas till grund för ett avgörande enligt RF 11:14. Se a.a. s. 551 om detta.

³⁵ Se t.ex. Lenaerts, K & Gutiérrez-Fons, J A, *To Say What The Law of the EU Is: Methods of Interpretation and the European Court of Justice*, EUI Working Papers AEL 2013/9, s. 7.

6 Avslutande kommentarer

Jag har ovan diskuterat möjligheten att ge RF 1 kap. 2 § större utrymme än vad den har. Idag sker kontrollen av om stadgandet efterlevs på förarbetsnivå, framförallt genom utredningsarbetet, och genom JO och JK:s granskning. Jag menar att regleringen borde få ta större plats i lagstiftningsprocessen och att KU i sin årliga granskning av regeringens arbete med jämna mellanrum borde undersöka om regeringen lever upp till de krav som ställs i stadgandet.

När det gäller tillämpningen av målsättningsstadgandet menar jag att förarbetena lämnar utrymme för att ge stadgandet en större betydelse än det hittills fått. Genom att använda det vid tolkningen av andra rättsregler kan de målsättningar som finns där få större genomslag. Det skulle också ligga i linje med den vikt som förarbetena menar att målsättningar har för samhället. Det skulle även ge RF ett större genomslag och därmed öka dess auktoritet.

Det går att diskutera om målsättningsstadganden är önskvärda eller inte, vilket i mångt och mycket är en diskussion kring vad grundlagen står för och vad som ska regleras i den.³⁶ När det gäller målsättningsstadganden slår de å ena sidan fast viktiga värden och mål som samhället strävar efter. Det sätter press på lagstiftaren att välja en viss riktning och att skapa de rättigheter som slås fast. Å andra sidan riskerar de att undergräva grundlagens auktoritet genom att slå fast rättigheter som sedan inte är utkrävbara. Grundlagen ger då sken av att ge garantier som inte finns.³⁷ Risken är att den enskilde medborgaren tappar respekten för grundlagen när den så att säga endast består av tomma ord.

Jag menar att det är viktigt att målsättningsstadgandet inte bara blir tomma ord. I samma stund som grundlagstiftaren väljer att skriva in någonting i grundlagen blir det rättsligt bindande.³⁸ Även om stadgandet som sådant inte är direkt åberopbart får det betydelse i tolkningen av andra rättsregler. Stadgandet sätter riktningen och den bör domstolar och andra rättstillämpare följa i tolkningen av andra rättsregler.

³⁶ Se t.ex. Nyman, O, *Regeringsformens målsättningsstadganden*, FT 1984 s. 289–303.

³⁷ Nyman s. 295.

³⁸ Se även Warnling-Nerep, W, Lagerqvist Veloz Roca, A & Reichel, J, *Statsrättens grunder*, Norstedts Juridik, 2011, s. 43 f. där det konstateras att lagar alltid är bindande då de uttrycker lagstiftarens vilja. Det går därför, enligt författarna, inte att säga att en lagregel inte är rättsligt bindande. Däremot, menar författarna, kan det vara olika svårt för den enskilde att åberopa rättsregeln. Se även Wenander s. 549 ff.

Så, RF 1 kap. 2 § är inte bara tomma ord så länge vi själva inte väljer att låta dem vara det.

Peter Nobel

Vad menas med att Sverige enligt RF 1 kap. 10 § är medlem i EU, men ”bara” samarbetar med FN?

1974 års RF firar inte sitt 40-årsjubileum i oförändrat skick. Bland andra ändringar, som gäller från år 2011, fick dess 1 kap. en helt ny 10 §, som lyder:

”Sverige är medlem i Europeiska unionen. Sverige deltar även inom ramen för Förenta nationerna och Europarådet samt i andra sammanhang i internationellt samarbete.”

Detta tillägg till vår grundlag är inte skrivet som en handlingsregel utan ett konstaterande av närmast upplysande karaktär. Det har inte heller väckt någon större uppmärksamhet utom i några kretsar som t.ex. Svenska FN-förbundet där man blivit förvånad och ställt sig frågan vad meningen är eftersom Sverige inte bara ska samarbeta med utan var och är medlem i FN – liksom i Europarådet – och detta sedan långt före inträdet i EU.

Riksdagen antog detta och andra tillägg och ändringar i RF utan debatt och avvikande meningar. Även den politiskt och juridiskt högt kvalificerade Grundlagsutredningen, som hade föreslagit dem var helt enig. Ingen avvikande mening har redovisats i dess betänkande.¹

¹ En reformerad grundlag, del 1 och 2, SOU 2008:125.

1 Hur man tänkt

RF har tidigare inte innehållit några bestämmelser om Sveriges medlemskap i internationella organisationer. 10 kapitlets tidigare rubrik, som var: "Förhållandet till andra stater" lyder nu "Internationella förhållanden". I det kapitlet har – förutom språkliga – ändringar gjorts främst med hänsyn till Romstadgan för den internationella brottmålsdomstolen och Sveriges anslutning till den samt till beslutanderätt inom EU-samarbetet – §§ 4, 6 och 10, men man finner inte där något om medlemskap. Sveriges medlemskap i EU anses nämligen numera vara av sådan betydelse, att det ska anges redan i 1 kap. om statsskickets grunder.

Detta och andra överväganden redovisades av Grundlagsutredningen.² Den konstaterade, att medlemskapet i EU är det internationella samarbete som har störst direkt påverkan på det svenska samhället. Grundläggande bestämmelser meddelas inte längre av regering eller riksdag utan av EU-organ. Den avgörande tolkningen av dessa bestämmelser görs av EU-domstolen och inte av Högsta Domstolen eller Högsta Förvaltningsdomstolen. Med hänvisning till grundtanken, att RF bör spegla de faktiska politiska förhållandena i landet bör därför Sveriges medlemskap i EU enligt utredningen anges redan i RF:s 1 kap. om statsskickets grunder. Så tillkom den första meningen i denna nya grundlagsparagraf. Därmed är medlemskapet i EU och allt vad därmed följer en del av Sveriges konstitution. Utredningen berör möjligheten att Sverige skulle vilja utträda ur EU men menar, att det i så fall skulle komma att ske stegvis och efter grundliga överväganden även innefattande grundlagsändringar med allt vad som krävs för sådana.

Grundlagsutredningen fann det vidare vara en brist i RF, att Sveriges viktiga samarbete med andra nationer direkt och inom ramen för internationella organisationer inte berördes där. Frågan ansågs vara av sådan betydelse, att även detta samarbete bör erkännas i RF:s 1 kap. om statsskickets grunder. Samarbetet inom ramen för FN och Europarådet skulle lyftas fram såsom varande av särskild vikt. Så tillkom den andra meningen i denna nya paragraf.

Syftet har alltså inte varit att förringa utan framhäva betydelsen av Sveriges medverkan i FN och Europarådet och att reflektera verkligheten, att konstatera hur det faktiskt förhåller sig i en bestämmelse med närmast

² Ibid. s. 497–8.

upplysande funktion.³ I andra frågor är ambitionsnivån högre och syftar till förändring. Konstitutionsutskottet och andra riksdagsutskott ska stärkas och aktiveras. Uppenbarhetsrekvisitet för att en grundlagsbestämelse skulle få företräde togs bort. Lagrådets roll stärktes och skyddet mot diskriminering utvidgades, m.m.

Ändå är det märkligt, att Sveriges medlemskap i FN och Europarådet, som är betydligt äldre än inträdet i EU, i grundlagen reducerats till samarbete. I den mån detta ska spegla verkligheten, så rör det sig mer om att reflektera det praktiska svenska rättslivet än principiellt gällande internationell rätt. Sverige är ju folkrättsligt bundet av såväl Europarådets som FN:s stadgar och alla de traktater, som vi ratificerat inom ramen för dem och förpliktigats att respektera. Vad som skiljer ut Europarådsrätten och FN-traktaterna från den EU-rättsliga regelmassan är deras påfallande inriktning på mänskliga rättigheter, MR. Trots att Sverige hör till de länder där kränkningar av MR sällan förekommer har vårt land visat en tveksam och avvaktande hållning gentemot internationella överenskommelser på det området.

Formuleringarna i RF 1 kap. 10 § speglar detta. Det är lätt att belysa Sveriges kallsinniga hållning till internationella MR-traktater. Här följer några inte oviktiga exempel.

2 Om Europarådet

Det år 1948 bildade Europarådet lade raskt fram förslag till ett regionalt instrument för förverkligande av FN:s allmängiltiga deklaration om de mänskliga rättigheterna av samma år.⁴ Det blev den Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna, som Sverige ratificerade 1952. Det var dock långt ifrån någon självklarhet. Det är väl känt att det inom såväl det politiska som juridiska etablissemangen i Sverige fanns ett länge bestående motstånd.⁵ Det dröjde också till 1966 innan Sverige underkastade sig Europadomstolens kompetens. Det dröjde ytterligare några år innan man – främst inom advokat kåren – upptäckte möjligheten att genom talan inför denna domstol i

³ Jfr Bull–Sterzel: Regeringsformen – en kommentar, s. 60.

⁴ "Allmängiltig deklaration" synes mig vara en mer adekvat översättning av "universal declaration" än det officiella "allmän deklaration".

⁵ Jag har egna minnen från tjänstgöringen som DO under sent 1980-tal av negativa attityder hos högt uppsatta jurister gentemot traktaträtt inom MR-området.

Strasbourg angripa svenska domar och myndighetsbeslut, men omkring 1980 kom ett genombrott. Fallen Skoogström och McGoff framtvängde en skärpning av reglerna om anhållande i brottmål och andra mål där talan fördes mot svenska myndighetsbeslut ledde till införandet av den s.k. rättsprövningslagen. Antalet för Sverige besvärande domar började bli en belastning för regeringen – och för Sverige. Slutresultatet blev det väl kända, att Europakonventionen 1994 inkorporerades och blev en del av svensk rätt görande det möjligt att med full verkan åberopa konventionens bestämmelser inför svenska domstolar och myndigheter. Härmed övervanns motståndet hos de politiker och jurister som menat, att konventionstexterna var svårtillgängliga och svåröverskådliga, att de skilde sig från svensk lagstiftningsteknik, var svåra att tolka m.m.

Invändningar av detta slag är välkända också från svensk kritik av andra konventionstexter.

Att Europakonventionen efter mycket om och men blivit en del av svensk rätt beror uteslutande på att Sverige varit underkastat Europadomstolens jurisdiktion.

3 Om FN

Något sådant maktmedel som Europadomstolen står inte till FN:s förfogande. FN blir, som det ofta sagts, inte bättre än sina medlemmar och om man bortser från det specifika problemet med säkerhetsrådets sammansättning och mandat, så beror mycket på den enskilda medlemsstatens goda vilja. Sverige har här spelat en viktig och i stort sett positiv roll, men det finns påtagliga brister, när det gäller just förhållandet till FN:s MR-konventioner.

Till skillnad från vad fallet var när det gällde Europakonventionen kan man dock inte skymta någon större svensk tvekan, när det gällt att ratificera de viktigaste av nästan alla dessa traktater nu uppgående till ett tiotal.⁶ Men inte någon av dem har inkorporerats med svensk rätt. När de utan föregående större debatt ratificerats har man fallit tillbaka på den s.k. transformeringsläran innebärande, att man skulle göra de ändringar i svensk lag som ansågs erforderliga för att uppfylla de konventionsförpliktelser, som man genom ratificeringen folkrättsligt förbundit sig till.

⁶ The Core International Human Rights Treaties, UN 2014. Av de där upptagna har Sverige av någon anledning inte ratificerat 1990 års ”International Convention on the Protection of the Rights of all Migrant Workers and Members of their Families”.

Sådana ändringar och tillägg till inhemsk lag har gjorts synnerligen sparsamt och som nu skall exemplifieras långt från vad som krävts.

För FN tog det långt längre tid än för Europarådet att sätta kött på benen när det gällde förverkligandet av den allmängiltiga deklarationen från 1948. Det kalla kriget förlamade internationellt samarbete. Men det praktiskt taget universella avståndstagandet från den dåvarande sydafrikanska regimens apartheidpolitik beredde vägen för en nystart av arbetet för MR.

4 Konvention mot rasdiskriminering

Först ut var nämligen FNs konvention mot rasdiskriminering 1965.⁷ Den blev i mångt och mycket stilbildande för kommande konventioner framförallt genom tillsättandet av en kommitté av oberoende experter som, i dialog med fördragsslutande stater, skall övervaka hur konventionen efterlevs och genom påpekanden och kritik försöka åstadkomma förbättringar. Kommitténs omständiga namn är "Committee for the Eradication of all forms of Racial Discrimination" för enkelhetens skull förkortat till CERD. Sverige ratificerade konventionen 1971. Därefter följde, förkunnade en av världens ledande experter på arbete mot diskriminering, Michael Banton, på en konferens i Stockholm år 2000 "twenty-nine years of prevarications". Nu när jag skriver detta vill jag precisera det till "fyrtysex år av svenska undanflykter". Det är nämligen i stort sett på samma punkter, som CERD under hela denna tid kritiserat Sverige. En har gällt bristen på effektiva åtgärder mot diskriminering på arbetsmarknaden, en annan Sveriges vägran att i enlighet med konventionens krav förbjuda och kriminalisera rasistiska organisationer.⁸ Det sistnämnda är särskilt anmärkningsvärt eftersom kriminaliseringskravet i konventionstexten är otvetydigt och vår RF sedan 1974 öppnar för en sådan i 2 kap. 24 § st. 2:

"Föreningsfriheten får begränsas endast när det gäller sammanslutningar vilkas verksamhet är av militär eller liknande natur eller innebär förföljelse av en folkgrupp på grund av etniskt ursprung, hudfärg eller annat liknande förhållande."

⁷ GA res. 2106 A (XX).

⁸ Kjell Öberg: FNs rasdiskrimineringskonvention, Wallenberginstitutets rapport No. 8, 1990 och CERD:s rapport till Generalförsamlingen 2014 (GA/69/18) s. 85–93.

Argument som brukar anföras mot en sådan kriminalisering såsom att den skulle bli ineffektiv, att den skulle driva rasisterna under jorden, att det är bättre att bemöta dem i offentlig debatt m.m. sådant förefaller lättviktiga gentemot konventionens klara krav. Man kan också fråga sig vad rasisternas offentliga demonstrationer med åtföljande oroligheter, skador och kostnader för polisbevakning m.m. kostar det svenska samhället. Även i övrigt har CERD genom åren levererat en omfattande och konstruktiv kritik, som det inte finns utrymme för här. Nämnas skall dock det återkommande och allt skarpare påtalet av svenska försummelser när det gäller att i fungerande lagstiftning omsätta det samiska urfolkets i RF tydligt grundlagsfästa rättigheter. Just i samband med frågan om samernas rättigheter har CERD också genom åren yrkat på att Sverige ska ansluta sig till ILO:s konvention 169 år 1989 om urfolkens rätt⁹, varpå de svenska delegationerna lika trögt under drygt tjugo år svarat, att detta strax skall ske, men att först måste vissa frågor om markrättigheter utredas. Utredningarna har också varit många men någon ratificering av ILO konventionen har inte blivit av. Nu kan den frågan möjligen bli överspelad av arbetet på en nordisk samekonvention, men det är inte säkert och den svenska förhållningen av detta ärende är likväl typiskt och dessutom ironisk eftersom en svensk delegation var mycket aktiv och konstruktiv vid utarbetandet av förslaget till denna ILO-konvention.

En belysande incident må återges. Vid något av de många replikskiftena mellan en svensk delegation och CERD sade en delegat något om att en viss konventionsförpliktelse var främmande för det svenska rättssystemet och skulle förändra detta, varpå en temperamentsfull ledamot av CERD ropade, att det var just detta som var meningen, konventionen ska påverka och förändra de inhemska rättssystemen och hur skulle det vara om t.ex. någon i ett land där tortyr praktiserades mot en viss etnisk grupp invände att detta hörde till deras rättssystem?

5 Andra MR-konventioner

År 1966 antogs konventionerna om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter samt den om medborgerliga och politiska rättigheter.¹⁰ I den förstnämnda finns en art. 12 d, där konventionsstaterna förbinder sig att ”skapa villkor, som tillförsäkrar envar läkar- och sjukhusvård i händelse

⁹ ILO (C169).

¹⁰ GA res. 2200 A (XXI).

av sjukdom”. Denna folkrättsliga förpliktelse kan inte sägas ha spelat något större roll i den mångåriga svenska debatten om hälso- och sjukvård för ”papperslösa”, ”apatiska barn”, ”illegala” och vad de nu kan ha kallats, men som samtliga borde ha setts och behandlats som ”envar” under svensk jurisdiktion vad gäller rätten till vård.

FN-konventionen mot tortyr antogs 1984.¹¹ En översikt över avgöranden i enskilda ärenden av FNs kommitté mot tortyr mellan åren 1993–2007 visar, att Sverige under perioden kritiserats fyra gånger och liksom Schweiz och Tunisien haft flest fällningar.¹² Ett fall gällde den på många sätt lagstridiga utvisningen den 18 december 2001 av två egyptier med ett av USA:s underrättelsetjänst använt plan till Egypten. Även i de övriga fallen var det fråga om utvisning till länder där vederbörande riskerat att bli torterad. Fler sådana fall har även därefter påtalats. Kommittén har också flera gånger uppmanat Sverige att uttryckligen kriminalisera tortyr, vilket inte skett varför man alltjämt i media då och då får höra och läsa den klumpiga formuleringen ”misshandel i tortyrliknande former”.

1989 års barnkonvention är en av de mest omfattande och detaljerade av FN-konventionerna.¹³ Utan tvekan fattas mycket innan Sverige kan sägas uppfylla de flesta av konventionens krav. Det räcker med att som exempel hänvisa till art. 12:

”1. Konventionsstaterna skall tillförsäkra det barn, som är i stånd att bilda egna åsikter rätten att fritt uttrycka dessa i alla frågor som rör barnet, varvid barnets åsikter skall tillmätas betydelse i förhållande till barnets ålder och mognad.

2. För detta ändamål skall barnet särskilt beredas möjlighet att höras, antingen direkt eller genom företrädare eller genom lämpligt organ och på ett sätt som är förenligt med den nationella lagstiftningens procedurregler, i alla domstols- och administrativa förfaranden som rör barnet.”

Det går inte ofta till så i t.ex. vårdnadstvister eller i på kommunal nivå handlagda barnavårdsärenden. Sedan 2011 innehåller RF 1 kap. 2 § 5 st. ett nytt memento om att barns rätt ska tas till vara och grundlagsutredningen hänvisar till att Sverige anslutit sig till barnkonventionen och hur ratificeringen föregicks av bedömningen, att svensk rätt var väl förenlig med konventionens krav och att några ändringar av svensk lag därför inte

¹¹ GA res. 44/25 20.11.1989.

¹² Selected Decisions of the Committee against Torture, HR/CAT/PUB/1.

¹³ GA res. 39/46 10.12.1984.

behövdes.¹⁴ Men många – och det torde vara flertalet av dem som är mer direkt engagerade i frågor om barns rätt – delar inte den uppfattningen. Därför är kravet på verklig inkorporering av barnkonventionen i svensk rätt föremål för återkommande riksdagsmotioner. Konstitutionsutskottet har hittills avstyrkt dessa med motiveringar såsom, att barnkonventionen innehåller vagt formulerade artiklar, som är svåra att tolka för domstolar och myndigheter och främmande för det svenska rättssystemet. Barnkonventionen bör därför enligt KU inte inkorporeras, utan genom transformering omarbetas till svensk lag. Det går som bekant trögt med den saken. Intressant är argumentationen emot en inkorporering. Här inställer sig en undran. Är det verkligen riksdagsledamöterna från olika partier i KU, som funnit barnkonventionen svårtolkad för domstolarna och främmande för svensk rätt? Ligger det inte närmare till hands, att det är juristerna i KU:s kansli, i partikanslierna och i förekommande fall hos olika remissinstanser, som står för motståndet, ett motstånd, som – har man sett – sedan länge varit rotat i den svenska juristkåren?

6 Till sist

För några år sedan gjorde arbetsmarknadsdepartementet en intressant ”Sammanställning av synpunkter m.m. som internationella övervakningsorgan framfört avseende situationen för de mänskliga rättigheterna i Sverige” i en lunta på 123 A4-sidor.¹⁵ Vid läsningen framkommer, att det huvudsakligen varit formalistiska och juridiskt tekniska synpunkter och inte politiska som från svensk sida framförts för att bemöta den internationella kritiken av brister, när det gäller uppfyllandet av våra förpliktelser till följd av internationella överenskommelser inom MR.

Det är ju inte så, att RF bara reflekterar status quo. Ovannämnda grundlagsbestämmelser om samers och barns rätt är exempel på uppmaningar att eftersträva deras rätt just därför att det faktiskt behövs. När det gäller den andra meningen i den nya RF 1 kap. 10 § har man nöjt sig med ett passivt konstaterande av samarbete med FN och Europarådet, men förbigått vårt viktiga medlemskap i dem. Med tanke på vikten av att stärka arbetet för mänskliga rättigheter i Sverige och i världen där det gäller att föregå med gott exempel, kan jag inte se, att det var så lyckat.

¹⁴ SOU 2008:125, s. 452–453.

¹⁵ PM 2011-05-20, dnr A 2011/2469//Disk.

Victoria Enkvist

Religionsfriheten sedd ur en konkav eller konvex lins

1 Inledning

I år fyller regeringsformen 40 år. Under dessa 40 år har en del förändringar skett i grundlagen men bestämmelsen om religionsfrihet har sett likadan ut sedan dess tillkomst 1974. Ur ett historiskt och formellt perspektiv har religionsfriheten i regeringsformen en särställning bland opinionsfriheterna. Den är till exempel en av de äldsta rättigheterna i Sveriges konstitutionella historia, även om rättigheten inte alltid har haft samma utformning som i den nuvarande konstitutionen.¹ Det är också den enda av de sex opinionsfriheterna i den nuvarande regeringsformen (RF) som är absolut, det vill säga, det är den enda opinionsfriheten som enligt RF 2 kap. 20 § inte går att begränsa.² Religionsfriheten är med andra ord unik bland opinionsfriheterna ur såväl ett formellt som ett historiskt hänseende, vilket är en anledning till att den är intressant att undersöka. Texten nedan bygger i vissa delar på min avhandling som jag försvarade i november 2013.

En fråga som är värd att ställa avseende religionsfriheten är om den formella och teoretiska juridiken stämmer överrens med hur friheten i fråga tillämpas i praktiken och vad friheten egentligen betyder? Eller, frågan är snarare om juridiken – som instrument för att skydda friheten – är användbar på vad en religiös praktik faktiskt innebär? Är det ett problem om friheten praktiseras på ett sätt, och juridiken inte är i samklang med utövandet? För att kunna besvara dessa frågor – om det överhuvudtaget

¹ Se bland annat regeringsformen från 1974 och 1809 års regeringsform. Det var dock först i 1974 års regeringsform som bestämmelsen blev absolut.

² Det framgår av RF 2 kap. 20 § e contrario.

går att besvara dem – krävs att bestämmelsens ordalydelse studeras närmare. Regleringen utgör grunden för den kommande diskussionen:

”Var och en är gentemot det allmänna tillförsäkrad religionsfrihet: frihet att ensam eller tillsammans med andra utöva sin religion.”

Att språket ger uttryck för berättarens inställning är ofrånkomligt. Det är därför viktigt att vara medveten om att språket och valet av ord styr vårt tänkande och vår argumentation. Lagstiftarens roll är att skapa normer och det gör den på olika sätt. Vilka glasögon som lagstiftaren har på sig påverkar hur verkligheten beskrivs och hur normerna som sätter ramarna för lagstiftningen utformas. En relevant fråga är därför om lagstiftaren – skaparen till religionsfriheten i 1974 års RF och tillämparen³ av samma bestämmelse – år 2014 har samma linser avseende religionsfriheten?

2 Olika tolkningsgrepp

Det kan tyckas banalt, men rättskällehierarkin och olika tolkningsmetoder bör nämnas i detta sammanhang. Ordalydelse-tolkning, det vill säga lagens bokstav är det som gäller framför de andra tolkningsmetoderna. Om det är en tydlig regel blir behovet av att konsultera andra rättskällor mindre. Men hur ser då en tydlig och klar bestämmelse ut? Kan inte alla ord tolkas på olika sätt? I fallet med religionsfriheten kan det vid en första anblick på bestämmelsen ifråga tyckas att ordalydelsen är tydlig. *Envar* har en *rätt* att *utöva* sin *religion*. Glasklart. Eller? Vid närmare eftertanke finns det ett antal obesvarade frågor. Vad kan ordet *religion* anses omfatta och vad betyder *utöva* i det här sammanhanget?

Ordalydelsen i 2 kap. 1 § p. 6 ger intryck av en omfattande fri- och rättighet men bestämmelsen har, i de få fall den har tillämpats, tvärtom givits ett snävt betydelse- och tillämpningsområde, bland annat med stöd av förarbeten och doktrin.⁴

Det bör inledningsvis klargöras att eventuella otydligheter i ordalydelsen inte bör ses som en främmande fågel i svensk lagstiftning. Alla rättsliga bestämmelser *kan* tolkas. En stor del av det juridiska hantverket består ju just av att ge ord en eller flera betydelser med hjälp av olika rättskällor och

³ Domstolen men även lagstiftaren i lagstiftningsprocesser där religionsfriheten berörs såsom exempelvis omskärelselagen och djurskyddslagen.

⁴ Se bland annat NJA 2005 s. 805 (Åke Green-målet). Se även Enkvist, V, Religionsfrihetens rättsliga ramar, Uppsala, Iustus Förlag, 2013, s. 97 ff.

tolkningsverktyg.⁵ Tolkningssmöjligheter som inte är bundna vid enbart den skrivna texten utan vid källor som är mer föränderliga såsom praxis och doktrin möjliggör en dynamisk och samhällsnära rättstillämpning.⁶

Vad säger då praxis om religionsfriheten i regeringsformen? Ett av de mest aktuella målen där religionsfriheten i regeringsformen var i fokus är NJA 2005 s. 805, mer känt som Green-målet. I målet uttalade HD att religionsfriheten i regeringsformen har ett snävt betydelse- och tillämpningsområde.

Ytterligare en rättskälla att beakta är förarbetena till rättighetskapitlet där det uttalas att de moment i religionsfrihetslagstiftningen som inte har inslag från andra opinionsfriheter inte borde kunna begränsas men att religionsfriheten inte hindrar de regler ”som eljest finns för mänskligt handlande och mänsklig underlåtenhet”.⁷ Det framgår inte vad som avses med detta uttalande men det framstår dock tydligt att lagstiftaren ansåg att religion inte skulle kunna användas som ursäktandegrund.

Vad händer när ordalydelsen tycks säga en sak och andra rättskällor ger motsatt budskap? När det gäller religionsfriheten har såväl lagstiftare som rättstillämpare använt sig av den tolkning av rättigheten som finns i praxis och förarbeten och doktrin, vilket innebär att bestämmelsen har fått en mycket snäv innebörd. Religionsfriheten i regeringsformen innebär i princip bara en rätt att inneha en religion, inte en rätt att utöva sin religion.

3 Tolkning av grundlag – en speciell tolkningsoperation?

Religionsfriheten regleras i regeringsformen. Avseende lagtolkning har det i olika sammanhang hävdats att det gäller särskilda regler för grundlagstolkning på grund av dessa reglers rättsliga valör och behovet av kon-

⁵ Samuelsson, J, Tolkning och utfyllning – Undersökningar kring ett förmögenhetsrätts-teoretiskt tema, Uppsala, Iustus Förlag, 2008, s. 455 samt Tolkningsslärens gåta, Uppsala, Iustus Förlag, 2011, s. 86 ff. Se även Bull, T, Mötes- och demonstrationsfriheten – en statsrättslig studie av mötes- och demonstrationsfrihetens innehåll och gränser i Sverige, Tyskland och USA, Uppsala, Iustus Förlag, 1997, s. 297.

⁶ EKMR brukar beskrivas som ett levande instrument på grund av att tolkningen av regler sker genom praxis. Tolkningen som sådan benämns som dynamisk. Se Letsas, G, A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights, Oxford, Oxford university Press, 2007, s. 65 ff.

⁷ Prop. 1975/76:209 s. 48.

tinuitet i konstitutionen.⁸ I såväl lagtext som doktrin har det hävdats att ordalydelsetolkning bör värderas ännu högre vid grundlagstolkning än vid ”vanlig” lagtolkning.⁹ Det finns dock anledning att fråga sig om det verkligen är nödvändigt att göra denna åtskillnad mellan ”vanlig lag” och grundlag bland annat på grund av att det är samma tolkningsgrepp som används vid båda formerna av lagtolkning.¹⁰ Ordalydelsetolkning väger tyngst av alla tolkningsmetoder även vid ”vanlig” lagtolkning. Det är dessutom samma bakomliggande syfte för båda former av tolkning, det vill säga att klargöra innehållet i regeln ifråga.¹¹

Som utgångspunkt för en vidare diskussion om tolkningen av, i det här fallet religionsfriheten i regeringsformen, bör det återigen framhållas

⁸ Bull behandlar denna fråga i Mötes- och demonstrationsfriheten – en statsrättslig studie av mötes- och demonstrationsfrihetens innehåll och gränser i Sverige, Tyskland och USA, Uppsala, Iustus Förlag, 1997, s. 239. Se även Fahlbeck, E, Jägerskiöld, S och Sundberg, G H, Medborgarrätt, Stockholm, Institutet för offentlig och internationell rätt, 1947, s. 137 ff. För en fördjupad diskussion om grundlagstolkning se Nergelius, J, Om grundlagstolkning, grundlagsvänlig lagtolkning och åsidosättande av grundlagsstridig lag, SvJT 1996, s. 848. Se Bengtsson, B, Grundlagen och fastighetsrätten, Stockholm, Nerenius & Santérus, 1996, s. 95 f. och En problematisk grundlagsändring, SvJT, 1994, s. 920 f. och Replik till frågan om 2 kap. 18 § andra stycket regeringsformen, SvJT, 1996, s. 898. Se även Vängby, S, Till frågan om 2 kap. 18 § andra stycket regeringsformen, SvJT, 1996, s. 896 och Michanek, G, Markägare – med rätt att döda, Miljörättslig Tidskrift, 1995, s. 166 f. Se också Bull, T, Riksdagen som grundlagstolkare, Smith, E (red.), SNS Förlag, 2002, s. 157 f. och Sterzel, F, Författning i utveckling – tjugo studier kring Sveriges författning, Iustus Förlag, 2009, s. 100 och Lind, A-S, Sociala rättigheter i förändring – en konstitutionellrättslig studie, Uppsala universitet, 2009, s. 106 f.

Frågan är vilken form av grundlagsregler som avses, något som torde ha avgörande betydelse för vilka tolkningsgrepp som är tillämplbara.

⁹ I 1719 och 1720 års regeringsformer samt i § 83 i 1809 års regeringsform stadgades att grundlagarna skulle tolkas efter ordalydelser. För en fördjupad kommentar om bestämmelsens innebörd se Westerberg, O, § 84, Stockholm, Alf Bonniers Boktryckeri, 1953, s. 16 ff. Bull behandlar denna fråga i Mötes- och demonstrationsfriheten – en statsrättslig studie av mötes- och demonstrationsfrihetens innehåll och gränser i Sverige, Tyskland och USA, Uppsala, Iustus Förlag, 1997, s. 239. Se även Fahlbeck, E, Jägerskiöld, S och Sundberg, G H, Medborgarrätt, Stockholm, Institutet för offentlig och internationell rätt, 1947, s. 137 ff.

¹⁰ För en kommentar se Enkvist, V, Religionsfrihetens rättsliga ramar, Uppsala, Iustus Förlag, 2013, s. 32.

¹¹ I detta sammanhang är det också viktigt att klargöra vilken form av grundlagstolkning som avses, grundlagstolkning i och av Lagrådet, grundlagstolkning i och av konstitutionsutskottet eller grundlagstolkning i och av domstol. Hur stor skillnaden är mellan dessa institutioners grundlagstolkning är svårt att säga men det är sannolikt att det finns en skillnad då reglerna som styr de olika institutionernas tolkning skiljer sig åt.

att det inte är nödvändigt med klart avgränsade och tydliga definitioner av begrepp i lagregler. Det kan tvärtom ställa till med problem.¹² Hur begreppen *religion* och *utöva* förstås i RF 2 kap. 1 § p. 6 är emellertid avgörande för vilka företeelser som får ett, i det här fallet, absolut konstitutionellt skydd. Frågan om vad religion och utöva är *och* betyder, eller kategoriseras som, är viktig då alla företeelser som faller inom frihetens skyddsområde har ett absolut skydd. Det absoluta skyddet gäller såtillvida att företeelsen ifråga inte kan ses som ett utflöde¹³ av en av de andra opinionsfriheterna i rättighetskapitlet. I dessa fall gäller reglerna för den fri- och rättigheten.¹⁴

Vilka glasögon lagstiftaren har på sig när religionsfrihetsregleringen i regeringsformen ska tillämpas är därför av vikt. Rättskällorna och tolkningsverktygen är inte objektiva utan präglas sannolikt av en förförståelse som bör beaktas. Det framgår bland annat av hur religionsfriheten i regeringsformen har förståtts och inte minst av hur ordet utöva har tolkats i praxis och doktrin. Utöva har, i doktrin, fått en snäv innebörd och betyder enligt dessa rättskällor i princip inte mer än ”att sitta på sin kammar och be”.¹⁵ Tolkningen av religion och religionsutövande har i dessa rättskällor präglats, i mitt tycke, av majoritetssamhällets syn, i Sveriges fall ett evangeliskt-lutherskt perspektiv.

I förarbetena till religionsfrihetsbestämmelsen uttrycks att allt som faller inom betydelse- och tillämpningsområdet för religionsfriheten får ett absolut skydd såtillvida att det inte kan ses som ett utflöde från någon annan rättighet. Vad betyder då det?

Regleringen kan som sagt tolkas på olika sätt men om man, när man ska bedöma om en företeelse faller inom religionsfrihetens betydelse- och tillämpningsområde, utgår från ordalydelsen vid tolkningen bör den första fråga som man ställer sig vara om företeelsen som ska prövas är av religiös karaktär. Ett exempel är slakt av obedövade djur. Är kosher- och halalsslakt av religiös karaktär? Vid ett nekande svar på den frågan hamnar vi utanför bestämmelsen om religionsfrihet. Vid ett jakande svar på den

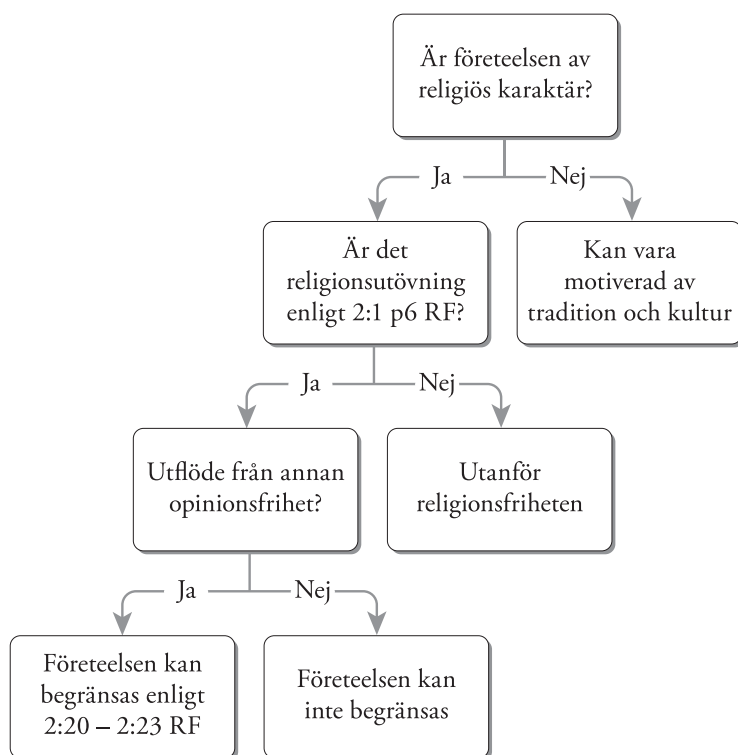
¹² Om begrepp definieras för snävt finns risk för exkludering. Se exempelvis Furseth, I och Repstad, P, *Religionssociologi*, Malmö, Liber, 2005, s. 13 f. om olika definitioner av religionsbegreppet.

¹³ Det är oklart vad som avses med utflöde men i det här sammanhanget kan det tolkas som att företeelsen ifråga hamnar ”under” någon av de andra opinionsfriheternas skydd.

¹⁴ Prop. 1975/76:209 s. 115.

¹⁵ Strömberg, H, *Hädiska tankar om religionsfrihet*, Rättsfonden, Våra rättigheter V – Rättighetsperspektiv – Till minne av Gustaf Petré, Visby, 2007, s. 45.

frågan blir nästa fråga att besvara om dessa former av slakt kan ses som religionsutövning enligt bestämmelsen i regeringsformen. För att svara på den frågan måste vi gå till förarbeten och doktrin. Enligt dessa rättskällor skyddas de stora religionerna såsom islam och judendom av RF 2 kap. 1 § p. 6. Medför det att slakt av obedövade djur ska ses som en form av religiös utövning som skyddas av bestämmelsen? Eftersom religionerna som sådana skyddas av bestämmelsen torde även den form av utövande som religionen föreskriver kunna anses falla inom skyddsområdet. Kan kosher- och halalslakt ses som ett utflöde från en annan opinionsfrihet? Det är tveksamt. Om den inte kan ses som ett utflöde från någon annan opinionsfrihet innebär det att företeelsen i fråga omfattas av det absoluta skyddet i RF 2 kap. 1 § p. 6. Se bilden nedan:



Figur 1. Visar på en möjlig metod vid tolkning och tillämpning av RF 2 kap. 1 § p. 6. Figuren är hämtad från Enkvist, V, Religionsfrihetens rättsliga ramar.

Om rättigheten ses på det ovan beskrivna sättet finns det en kärna, om än liten, som har ett absolut skydd. Denna beskrivning är mer förenlig med hur rättigheten har fungerat ur ett praktiskt perspektiv.¹⁶ Lagstiftaren har visat sig vara ovillig att skydda olika former av religiöst *utövande*.¹⁷

Som synes i den första rutan i bilden blir kategoriseringar mellan religion, kultur och tradition avgörande för om rättigheten ifråga aktualiseras. För att överhuvudtaget ”komma in” i religionsfrihetslagstiftningen måste företeelsen anses vara religiöst motiverad. Begreppen tradition och kultur finns inte nämnda i regleringen. Att språket är betydelsefullt när dessa kategoriseringar utförs kan ses i olika sammanhang, bland annat i förarbetena till omskärelselagen och till djurskyddslagen. Paragrafens ordalydelse föreskriver en rätt att utöva sin religion och med ett samlat tolkningsgrepp kan paragrafens betydelse- och tillämpningsområde bli omfattande mot bakgrund av regleringens absoluta utformning.¹⁸ Ett sätt för lagstiftaren att undkomma denna problematik är att definiera olika former av utövande som tradition eller kultur istället för religion.¹⁹

4 Demokrati och minoritetsskydd

Användandet av språket och lagstiftarens förståelse för religion och religionsutövning är som vi konstaterat avgörande för bedömningen av om olika företeelser får ett grundlagsskydd. Finns det något problem med det ur ett demokratiskt hänseende? Det är måhända inget problem men det finns några punkter som tål att synas i sömmarna lite extra vad gäller denna frihet som inte sällan beskrivs som fundamental i ett demokratiskt samhälle.²⁰

En viktig beståndsdel i en fungerande demokrati är att offentliga beslut som till exempel lagstiftning har majoritetens, i vart fall, indirekta stöd. En annan delkomponent i en demokrati är ett fungerande minoritetsskydd.²¹ I det skyddet är det sannolikt att det ingår ett skydd för

¹⁶ Se exempelvis hur lagstiftaren har resonerat kring omskärelse, och slakt av obedövade djur i djurskyddslagen.

¹⁷ Se bland annat förbudet mot slakt av obedövade djur. Jfr dock omskärelselagen.

¹⁸ Strömberg, H, Hädiska tankar om religionsfriheten, Rättsfonden, Våra rättigheter V – Rättighetsperspektiv – Till minne av Gustaf Petrén, Visby, 2007, s. 84.

¹⁹ Se diskussionen i Enkvist, V, Religionsfrihetens rättsliga ramar, Uppsala, Iustus Förlag, 2013, kapitel 5 och 6.

²⁰ Se SOU 1975:75 och prop. 1975/76:209.

²¹ SOU 1990:44 s. 15.

minoritetsgruppers rätt att vara det som gör gruppen till det den *är*. Frågan är dock i vilken utsträckning minoritetsgrupper ska få behålla sina särdrag och till vilket pris.

När religionsfriheten som rättighet aktualiseras i olika sammanhang handlar det ofta om att minoritetsgruppens intressen hamnar i konflikt med majoritetens intressen. Exempel på det är bland annat diskussionen om skolavslutningar i kyrkan. I den diskussionen väger traditionsargumentet, det vill säga majoritetens tradition, väldigt tungt i förhållande till minoritetens tradition och även religion. Å ena sidan talar demokratiargumentet för att om en majoritet av befolkningen vill att landet ska präglas av en viss kultur bör det vara så för att beslutet ska vara fast förankrat i den demokratiska processen. Å andra sidan talar samma demokratiargument för att tillvarata minoritetsgruppers behov.²²

Finns det då någon tydlig koppling mellan religionsfrihet och demokrati? Det är oklart vad religionsfriheten egentligen innebär. Tolkningar av rättigheten har förändrats över tid, bland annat beroende av den samhälleliga kontexten men det synes som om det alltid har varit företrädare för majoritetsgruppen som har haft tolkningsföreträde vad gäller bestämmelsens innebörd. Idag kräver minoritetsföreträdare erkännande och att hänsyn ska tas till deras livssyn. Demokratiargumentet kan, beroende på hur det förstås användas både för och emot religionsfriheten.²³

Eftersom tolkningen av religions- och utövarbegreppen i regeringsformen är avgörande för omfattningen av bestämmelsen, i synnerhet då det inte finns några begränsningsmöjligheter om en företeelse anses falla innanför skyddet, bör frågan ställas *hur* och med *vilka verktyg* som definierandet av dessa begrepp sker, på vetenskaplig basis, genom smak och tycke, på grund av tradition eller med hjälp av andra bedömningsgrunder.

Särskilt viktigt är det med tanke på att det ytterst blir en fråga om legitimitet och förutsebarhet för enskilda individer. I motiven till fri- och rättigheterna i regeringsformen står det att rättigheterna ska rikta sig till individerna, att det är viktigt att enskilda individer kan förstå vilka grundlagsskyddade rättigheter den enskilde har. Förståelsen av friheterna baserar sig bland annat på ordalydelsen i bestämmelserna. Att rättsliga begrepp inte alltid betyder detsamma rättsligt som allmänspråkligt är ingenting nytt, men det är förenat med vissa svårigheter för en enskild

²² Enkvist, V, Religionsfrihetens rättsliga ramar, Uppsala, Iustus Förlag, 2013, s. 248 f.

²³ A.a. s. 248 f.

individ att förstå att begreppet utöva i religionsfrihetsrättslig mening inte betyder *utöva* utan att bestämmelsen ska förstås ur ett evangeliskt-lutherskt perspektiv och att utöva därför inte betyder mer än att sitta på sin kammare och be.²⁴

Med den tolkningen riskerar friheten ifråga att endast skydda dem som tillhör den kristet lutherska tron, vilket är majoritetsreligionen i Sverige. Den kristet lutherska tron är en inriktning av kristendomen där tron i sig är det viktiga, medan andra grenar av kristendomen och andra religioner som exempelvis katolicismen, islam och judendomen ställer krav på olika former av handlande för sina efterföljande. Exempel på sådana krav är mathållning, klädsel och i vissa fall kroppsliga ingrepp av olika slag.

När det gäller skyddet för religionsfriheten och hur den ska förstås mynnar det ut i en intresseavvägning mellan två viktiga beståndsdelar av det demokratiska systemet nämligen majoritetsprincipen och minoritetsskyddet. En del av minoritetsskyddet har ansetts innebära en rätt för olika grupper att definiera sig själva.²⁵

Religionsfriheten är, som alla friheter, av särskild vikt för individer som tillhör minoritetsgrupper. Som rättigheten har tolkats i förarbeten och doktrin innebär den emellertid inget skydd för individer tillhörande en annan tro att *utöva* sin religion. Däremot får alla genom bestämmelsen en rätt att *inneha* en tro.

5 Avslutande kommentar

Inledningsvis konstaterades att tolkningen av begreppen religion och utöva är viktig när det gäller religionsfrihetsregleringen i RF, i huvudsak på grund av regleringens absoluta utformning. Om bestämmelsen hade varit relativ, hade definitionen av dessa begrepp inte varit lika avgörande.

Utfallet i den rättsliga kategoriseringen är därmed avhängigt den eller de som konstruerar rätten. Därför finns det anledning att reflektera över invanda uppfattningar som religion, tradition och kultur.²⁶ Definitioner

²⁴ Strömberg, H, Hädiska tankar om religion, Rättsfonden, Våra rättigheter V – Rättighetsperspektiv – Till minne av Gustaf Petrén, Visby, 2007, s. 45.

²⁵ Europadomstolen har uttalat detta i bland annat målet Hasan och Chaush mot Bulgarien, 2000.

²⁶ Singer, A, Familjerätten – en kulturyttring? i Singer, A, Jänterä, M och Schlytter, A (red.), Familj Religion Rätt – en antologi om kulturella spänningar i familjen – med Sverige och Turkiet som exempel, Uppsala, Iustus Förlag, 2010, s. 243. Se även Anders-

och kategoriseringar av människor och människors beteenden blir tillsammans med det språk som används avgörande för hur de värderas.

Kategoriseringen mellan tradition, kultur och religion kan ifrågasättas och även kritiseras för att vara etnocentriska i viss mån. Det är tveksamt om det överhuvudtaget går att skilja mellan dessa begrepp och hur denna distinktion i så fall ska göras. Hur det görs beror sannolikt på vem som äger frågan. Religionsfrihetsfrågorna har i Sverige till viss del kommit att handla om vad som är svenskt och vad som utgör normen och vad som inte är svenskt, liksom vilket förhållningssätt de som utgör normen ska inta till dem som hamnar utanför. Här finns det anledning att fråga sig hur "det andra" det utanför normen beskrivs och varför. Den som beskriver det eller de andra kan genom språket visa om den vill inta distans eller närhet till det beskrivna.²⁷

När det gäller förekomsten av vi och de-uppdelningen i det offentliga trycket, oavsett om indelningen är medveten eller ej, har den troligtvis haft betydelse för både utformning av religionsfrihetslagstiftning och de lagstiftningar som berörs av densamma.²⁸

Frågan är dock om religionsfriheten i sin nuvarande utformning mer är en läpparnas bekännelse än en konkret frihet, i vart fall avseende rätten att utöva sin religion. Som visats är det den absoluta utformningen som är problematisk. Redan år 1975 uttalade konstitutionsutskottet att utan stöd av en aktiv och vaksam demokratisk opinion kan aldrig rättighets-skyddet få tillräcklig styrka och fasthet samt att det är viktigt att det råder en stark och odelad övertygelse om fri- och rättigheternas betydelse hos dem som fattar de offentliga besluten.²⁹

En lösning på tolknings- och tillämpningsproblemen i RF 2 kap. 1 § p. 6 är att ändra från en absolut rättighet till en relativ rättighet. Det är, tvärtemot vad det kan verka, ett sätt att stärka rättigheten i praktiken. Förutsättningarna för begränsningarna blir tydligare, då de finns nedtecknade i RF 2 kap. 21 §. I nuläget begränsas friheten i fråga genom att olika företeelser kategoriseras som tradition och kultur. Dessutom skulle en relativ religionsfrihet korrespondera bättre med såväl religionsfriheten i artikel 9 i EKMR och artikel 10 i EU:s rättighetsstadga som båda är

son, D och Sander, Å, *Det mångreligiösa Sverige* s. 10, och Enkvist, V, *Religionsfrihetens rättsliga ramar*, Uppsala, Iustus Förlag, 2013, s. 244.

²⁷ Boréus, K, *Diskriminering med ord*, Umeå, Boréa Förlag, 2005, s. 23.

²⁸ Se omskärelselagen och djurskyddslagen.

²⁹ KU 1975/76:56 s. 7.

relativa. Med en relativ utformning minimeras definitionsproblematiken. Tillämparen kan vara generös i sina bedömningar om vad som *är* religion och religionsutövande då det finns en möjlighet att begränsa företeelsen i fråga. Begränsningsmöjligheterna är dock underkastade de förutsättningar som finns angivna för de relativa rättigheterna.

Håkan Andersson

RF och ersättningsrätten

Normaliserande och konkretiserande möten
mellan rättsområden

1 Inledning – normal diskursutveckling eller sensationellt paradigmskifte

En mängd förhållningssätt till rätten och dess bedrivande är tänkbara; ja rentutav önskade, från en pluralistisk utgångspunkt, för att diskursens deltagare ska få så många möjliga tolkningsansatser som möjligt. En sådan *bredd i diskussionsutrymmet* är tjänlig för att de juridiska frågorna – och svaren (eller snarare responserna) – ska kunna modifieras, övervägas och ständigt föranleda nya konkreta resonemang. När fall med nyhetsvärde dyker upp, kan således varierande receptionsramar iakttas. En linje kan vara att generalisera ett allmänt och gärna stort nyhetsbudskap (kanske till och med hävda ett paradigmskifte), medan en annan linje kan söka specificera och särskilja hur nya fragment sätts in i, och påverkar, den rådande diskursen (varvid nyanseringar och en stegvis evolution framlyfts, snarare än revolution etc). Alternativen kan liknas vid att ställa sig mitt i solskenet för att undvika skuggornas alla schatteringar (men istället riskera att bli bränd och uttorkad), eller att uppsöka nattens eftertänksamma dunkel för att kyligt bearbeta dagsskörden.

Som rättsvetenskapare med en diskursavläsande metodinriktning, har just jag mer en dragning åt det senare alternativet. Det förra alternativet kan föredras av den som aktivt vill verka för en viss linje – för då favoriseras alltid enklare och rakare budskap. När det gäller det allmännas ska-

deståndsansvar kan noteras, att en dylik *rättsaktivistisk stil* idag förekommer, exempelvis med avseende på användningen av Europakonventionen (EKRM) och Regeringsformen (RF).¹ En allmänt formulerad tes med bred tillämpning på många fall kan på ett framgångsrikt sätt användas vid processer och debatter, just genom att detaljrekvisit, konkretiseringar och vägandet av motstående rättsliga hänsyn inte behöver skymma blicken. Och det är gott så, i sitt sammanhang; dvs för partsombud och rättspolitiska vägröjare för en ny ordning är det fullt legitimt med en generaliserad och förenklad bild av en rättsfråga eller ett rättsområde. Exempelvis är en enkel slogan av typen ”RF (eller EKMR) ger alltid rätt till skadestånd vid överträdelse” – dessutom gärna ”med höga ideella ersättningsbelopp” – klart mer retoriskt gångbar än det balanserande och problematiserande budskapet ”RF (eller EKMR) kan ingå som komponent i en större rättslig avvägningsoperation som för vissa, genom rättslig kvalificering påvisade, överträdelser och vissa följder kan föranleda skadestånd av varierande storlek”.

För den *allsidiga rättsliga diskussionen* är den senare specificerande och problematiserande hållningen – dvs den rättsvetenskapliga linjen – trots allt (åtminstone enligt mitt synsätt) att föredra; givetvis kan man därvidlag inte nöja sig med den ovan exemplifierade tanken, att olika fall får olika lösningar – utan arbetet måste också (börja) gå vidare med konkretiseringar av olikheterna. Därför favoriserar jag, att även inom området för dessa regler, principer, argument och avvägningar av de företeelser som brukar benämnas ”rättigheter” fortsätta penetrera de många detaljfrågornas odling, framför att se en helt ny stor berättelse ta form.²

Det är väldigt lätt – men därmed rättsvetenskapligt osofistikerat – att betrakta varje tillkommande nyansering av ett rättsområde som något enormt omvälvande, varvid man väljer att kritiskt förkasta eller lovpri-

¹ Se vidare om detta fenomen, H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten (Uppsala 2013) s 552, 618, 653 f och 746 ff; Schultz, Skadeståndsrätten i de mänskliga rättigheternas tjänst (JT 2007–08) s 142; Strömmer, Betydelsen av mobiliserande strukturer för fri- och rättigheter (Våra rättigheter V, Minnesskrift Petrén, Stockholm 2007) s 208 ff; Wilhelmsson, Senmodern ansvarsrätt (Helsingfors 2001) s 134 ff och 186 ff.

² Man kan jämföra två idealtypiska motsatser i förhållandet till rättighetsfenomenet, nämligen ett bejakande av en rättsystematisk rättighetsrevolution eller en återhållsam linje med förordande av undersökningar av innehållet och konsekvenserna. För det förra betraktelsesättet, se Schultz, Nya argumentationslinjer i förmögenhetsrätten – rättighetsargument (SvJT 2011) s 989 ff; för det senare, se Bengtsson, Vad skulle ett utvidgat rättighetsansvar innebära? (JP 2013) s 137 ff.

sande bejaka den generaliserande tolkningen av fenomenet. Det blir den okunniges, respektive nybörjarens,³ privilegium att därvidlag förkunna, att ett *paradigmskifte* inträffat och att man nu kan fastställa den nya allmänna principen etc, som på ett enhetligt sätt ska vägleda vid all problemlösning.⁴

Nedan kommer den *metodiska diskursavläsningen* att demonstreras just med avseende på differentieringen av frågeställningen om RF:s plats inom ersättningsrätten. Våren 2014 avgjorde Högsta domstolen två mål – NJA 2014 s 323 om medborgarskapsförlust och NJA 2014 s 332 om rådighetsinkränkning – där RF förekom som positivt stöd för ersättningsutdömande. Detta var en nyhet, eftersom RF tidigare inte använts i sådana sammanhang. Frågan blir då vilken gestaltning av denna nyhet som kan ge mest produktivt stöd för framtida fall. Enligt ovan kan en aktivistisk reformatorisk (eller revolutionerande) retorik söka en så bred applicering som möjligt, varvid generaliseringen av ”överträdelse av RF” skulle kunna öppna för ersättningskrav i åtskilliga fall;⁵ dvs ju snävare frågeställning och ju färre avvägande rekvisit att överväga, desto större täckningsområde. Nedan ska istället den rättsvetenskapliga analysen inriktas på den differentierande väven av olikartade argument, som kan producera en större mångfald av (därmed) just olikartade lösningar – både positiva och negativa – och på så sätt ge upphov till fortsatta diskussioner och utvecklingar; dvs ju fler parametrar för de rättsliga resonemangen, desto mindre täckningsområde för en allmän tes.

Men därigenom ges också desto större potential, att utstaka de *specifiserande fallsituationernas specifika argument* och legitimeringsstruktur. Det handlar inte om sista ordet i fråga om RF:s betydelse inom ersättningsrätten; tvärtom är syftet att öppna för en fortsatt variationsrik diskussion.

³ Och såsom universitetslärare har man förvisso en enorm – kärleksfull och ömsint – tolerans gentemot vår underbara kader av 20-åringar, som i sällspord lycka skådar sin egen lyskraft och alla de förborgade sanningar som därigenom kommer i dagen. Så fantastiskt det måste kännas, att vara den utvalda som äntligen uppfinner hjulet – åter, åter och återigen.

⁴ Jfr H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten s 56, angående att om man odlar idealet med eftertänksam diskursavläsning, blir man gärna skeptisk vid tal om att paradigmskiften plötsligt inträffat, eftersom det vid närmare analys oftast snarare handlar om ytfenomen – ”eller upphovsmannens egen rättspolitiska önskan om en förändring ... som omsätts i ett psykotiskt imperativ, att det åstundade redan inträffat”.

⁵ Jfr Bengtsson, Skadestånd vid brott mot regeringsformen? (SvJT 2011) s 625, om risken för ökad benägenhet att framställa ”tivelaktiga krav på grund av påstådda rättighetskränkningar”.

Meningen med det seriösa rättsvetenskapliga samtalet är alltid att det ska fortsätta – inte avstanna eller avslutas genom en stor (tom) allmängiltighet. Från min rättsvetenskapliga horisont menar jag, att denna differentierande inriktning också ger det praktiska rättslivet bästa möjliga vägledning och uppslag, för att i mångfalden av varierande sakomständigheter söka (och finna) ständigt nya och nyanserade argument som preciserar och driver rätten framåt; det är svårt att tro på den falska ”förenkling” som blott består i att man bygger modeller utifrån de (från början redan färdiga och vedertagna) minsta gemensamma nämnarna i ett större komplex – det finns nämligen inget så praktiskt som en god teori (och en välutvecklad metod).

Artikeln har följande *disposition*. Efter denna (1) metodiska inledning, berörs i korthet de (2) möten som vi alltför ofta kan iakttä i ersättningsrättens gränsområden. Därefter närläses, enligt metoden ovan, de två HD-fallen från 2014 om (3) medborgarskapsförlust och (4) rådhetsinskränkning. Slutligen analyseras fallen och deras (5) potential för framtida utveckling utifrån några argumentativa parametrar, som kan framletas ur fallen och deras möten med den ersättningsrättsliga miljön.

2 Möten – ersättningsrättens intåg på konstitutionens område respektive konstitutionaliseringen av ersättningsrätten

Det är en ofta påpekad företeelse, att gränsen mellan civilrätt och offentlig rätt alltmer luckras upp.⁶ Beroende på från vilket håll man iakttar fenomenet, kan man tematisera hur konstitutionella spörsmål påverkar diskussionen av civila relationer eller hur civila anspråk kan göras gällande inom området för det offentliga ramverket. Något ställningstagande till prioritetsfrågan behöver knappast göras – det räcker att iakttä *interaktionen* och därmed studera de *konkreta verkningarna*. Det är nämligen

⁶ Se vidare H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten s 339 ff; dens, Myndighetsansvarets föränderliga kontextualisering (Festskrift Marcusson, Uppsala 2013) s 1 ff, om diskursmiljöns omvandling i mötet mellan dessa två rättsområden. Se även Madell, Det allmänna som avtalspart (Stockholm 1998) s 41 ff; Marcusson, Offentlig förvaltning utanför myndighetsområdet (Uppsala 1989) s 49 ff. Jfr Wilhelmsson, Senmodern ansvarsrätt s 55 ff, 58 ff och 164 ff, om konsekvenserna av marknadsorienteringen inom det offentliga.

knappast så, att den ena av dessa poler går in och dikterar villkoren för den andra, utan det handlar mer om att inventera gångbara resonemang i en vidare ram. Från den juridiska argumentationens perspektiv, handlar det därmed inte om några revolutionerande omdaningar; istället ser man, att det inom den stora mångfalden av påverkande faktorer går att urskilja ännu en komponent.⁷

Förlagsvis kan man ta ersättningsrätten som exempel på nu berört fenomen (och med ordvalet "ersättningsrätt" betonas här det vidare fältet av skadeståndsrätt, försäkringsrätt, socialförsäkring och andra ersättningsordningar – varvid de senare kan inbegripa expropriationsersättning och liknande former av ersättning vid offentliga ingrepp).⁸ Jurister som länge varit verksamma inom detta område, är medvetna om att argument för och emot en viss talan kan sökas på en mängd nivåer, och att man aldrig entydigt kan definiera den enda enkla utslagsgivande grundnormen. Intresset riktas istället mot det mångfacetterade spelet av – stundtals motstridiga – ändamålssynpunkter och principer, som måste konkretiseras ned till det enskilda fallets faktueella förutsättningar. Det är uppenbart, att man i en dylik *pluralistisk rättskällekontext* även – för vissa konkreta fallomständigheter – kan nyttja källmaterial från den offentliga rättens område. Som ett enkelt typfall kan nämnas, att culpavärderingen avseende en myndighets agerande påverkas av de föränderliga förvaltningsrättsliga kraven på service, hanteringsrutiner och överhuvudtaget "god förvaltning" (det sist citerade begreppet framgår till och med av EU:s rättighetsstadga, och kan därmed – om man så vill – formuleras som en mänsklig rättighet).⁹ Ytterligare exempel är konkretionen av de krav på skyddade positioner för enskilda som ges av EKMR, utifrån de konventionsartiklar som benämns just mänskliga fri- och rättigheter. Den

⁷ Angående att den "diversifierade" rätten bättre (än den "enhetliga") beskriver ett historiskt normalläge, se vidare Sunnqvist, Konstitutionellt kritiskt dömande (Stockholm 2014) s 60 ff och 1040 ff.

⁸ Se om denna breda ämnesbestämning, M Carlsson, Arbetsskada (Stockholm 2008) s 30 ff, 44 ff och 84 ff; Hellner, Ersättningsrätt (Svensk rätt i omvandling, Stockholm 1976) s 169 ff; Roos, Ersättningsrätt och ersättningsystem (Stockholm 1990) s 15 ff, 21 ff, 57 ff och 235 ff.

⁹ Se vidare Marcusson, Den goda förvaltningen – en mänsklig rättighet i välfärdsstaten? (NAT 2012) s 97 ff, för en givande diskussion av begreppet och dess status. Se vidare Reichel, God förvaltning i EU och Sverige (Stockholm 2006) s 259 ff, 265 ff, 288 ff, 339 ff, 455 ff och 490 ff, för en ingående behandling av principen om god förvaltning samt olika kriterier och bedömningsmekanismer.

standard som genom alla dessa källfragment kan framletas för en specifik tillämpningssituation, påverkar den ersättningsrättsliga argumentationen – på samma sätt som en mängd andra rättsligt relevanta faktorer kring såväl den skadevällande som skadelidande sidan i en tvist.¹⁰

När de offentligrättsliga, konstitutionella och MR-rättsliga influenserna – liksom alla andra påverkande rättskällefragment – väl sätts in i specifika rättsliga (just nu ersättningsrättsliga) resonemang kring praktiska tillämpningsfrågor, ser man tydligare den konkretiserande interaktionen med övriga juridiska källor och argumentationsstrukturer. Och det är just i sådana konkreta möten som man bäst kan uppskatta det positiva värdet av dessa ”nya” influenser – inte i de abstrakta referenserna till några förment styrande rättigheter högt uppe i den fina rättsliga himmelen med de stora fina orden. När dessa varierande källställen sålunda nyttjas i praktiska fall, blir man alltmer påtagligt varse de många *finmaskiga avvägningarna* och *differentierade frågeställningarna*, vilka ständigt måste hanteras på ett (som sagt) konkret och situationsavpassat sätt. På så vis får dagens entydigt vita ljus falla in genom nattens prisma, varigenom hela färgskalan framträder – och avslöjar att det upplysta vita bara var en enkel summering.¹¹

Kortfattat kan man säga, att i den *konkreta analysen* av konkreta rättsproblem blir alla dessa konkreta källfragment – vare sig de kallas argument, principer, regler, rättigheter eller rättvisekoncept – just vanlig (och framförallt konkret) juridik. Alltså vanlig, hederlig, riktig (återigen konkret) juridik – istället för naturrättsliga fantasier, banala praktikförenklingar, abstrakta begreppsbestämningar eller hårklyvande strider om påvens skägg (bestående i det eller det rättvisekonceptet etc). Och det är gott nog så, för det är först när de allmänna lärosatserna faktiskt blir påtagliga och användbara som de betyder något. Då ser man hur detta möte mellan ersättningsrätt och konstitutionell rätt stegvis utstakar ett allt tydligare nätverk, utan att därmed utgöra någon revolutionerande verksamhet (en vis man myntade uttrycket, att all god juridisk utveckling handlar om evolution, aldrig revolution).

¹⁰ Se vidare H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten s 544 ff.

¹¹ Notera vad som ovan, avsnitt 1, anfördes om ”falskt praktiska” och entydiga modeller, som egentligen bara är den ointressanta minsta gemensamma nämnaren – när väl alla specifikt påverkande faktorer bortsuddats. Utifrån diskursens perspektiv, avseende förutsättningarna för att samtalet ska kunna vidareutvecklas pluralistiskt, är denna entydighetspraktikabilitet blott det vita brus som förkunnar att diskursens deltagare inte befinner sig på samma våglängd.

Som exempel på denna interaktion kan tas två domar från Högsta domstolen, varvid RF kom att ingå som element i det ersättningsrättsliga resonemanget. Det ena målet (*NJA 2014 s 323*) gav beskedet, att överträdelse av RF:s skydd för medborgarskap kunde föranleda skadeståndskrav avseende ideell ersättning utan särskilt lagstöd; domen visar hur en skadeståndsrättslig ansvarsgrund kan etableras i en specifik situation, då en allvarlig överträdelse av konstitutionen gett påtagliga verkningar för den enskilde avseende grundläggande förutsättningar för demokratins utövande. Det andra målet (*NJA 2014 s 332*) är inte lika nyskapande, i det att ingen ansvarsgrund etableras (och målet handlar inte heller om skadestånd, utan om ersättning vid offentliga ingrepp); budskapet är istället att RF:s krav på ersättningsreglering vid markanvändningsinskränkning innebär, att vid bristande reglering får motsvarande proportionalitetsbedömning göras i det enskilda fallet.

3 Medborgarskapsförlust och 2:7 RF (*NJA 2014 s 323*)

3.1 Bakgrund – medborgarskap som en grundförutsättning för deltagande i demokratin

I all korthet handlar målet om den unge mannen X, som oriktigt blev fråntagen sitt svenska medborgarskap. Han hade fötts inom äktenskap där mannen var svensk, varför han redan från födseln erhöll svenskt medborgarskap. Då en tingsrätt långt senare i ett civilmål förklarade, att mannen inte var far till X, kom skattemyndigheten att registrera honom som medborgare i Storbritannien (där modern var medborgare). Efter överklagande upphävde (dåvarande) Regeringsrätten detta beslut; men under *fyra och ett halvt år* var X således *fråntagen sitt svenska medborgarskap*. Denna tidsperiod inföll då X var i 18–22-årsåldern, och han framhöll att han under denna tid betagits möjligheten, att göra militärtjänst och att välja polisyrket; vidare hade han inte kunnat rösta i ett riksdagsval och en folkomröstning.

Enligt 2:7 RF gäller att ”ingen svensk medborgare som är eller har varit bosatt i riket får fråntas sitt medborgarskap”.¹² Vissa av fri- och rättighe-

¹² Om det bakomliggande skyddssyftet, att hindra att obekväma personer tystas genom att utvisas, se vidare Bull/Sterzel, Regeringsformen – en kommentar (Stockholm 2010)

terna i andra kapitlet RF kan, jämlikt 2:20, begränsas genom lag; dit hör dock inte medborgarskapskyddet i 2:7 – denna rätt klassificeras därmed såsom ”absolut”.¹³ HD betonar denna absoluta karaktär hos medborgarskapsrätten; vidare sätts medborgarskapet in i RF-kontexten såsom grunden för folkstyret. Man kan därvidlag notera, att HD tematiserar demokratins maktaspekter utifrån två olika stötriktningar. Dels anförs att medborgarskapet utgör ”den grundläggande förutsättningen” för att delta i val till riksdagen och därmed möjligheten att ”påverka hur den offentliga makten ska utövas” av de folkvalda.¹⁴ Dels sätts medborgarskapet in som ”förutsättning för sådana offentliga anställningar” som utgör de mest påtagliga delarna av ”statens maktutövning”, såsom polis- och domaryrkerna.¹⁵ Den första aspekten kan analyseras såsom möjligheterna att påverka makten, medan den andra avser möjligheterna att själv utöva makt; båda dessa maktens riktningar – påverkan uppåt och utövande nedåt – kopplas således till medborgarskapet.

Genom denna dubbelriktade maktbeskrivning, gestaltar således HD vikten av medborgarskapet och dess nära koppling till grundförutsättningarna för demokratin.^{16, 17} Efter denna inramning inom konstitutio-

s 79; Eka/Hirschfeldt/Jermsten/Svahn Starrsjö, Regeringsformen – med kommentarer (Stockholm 2012) s 86 f; Holmberg/Stjernquist/Isberg/Eliason/Regner, Grundlagarna (3 uppl, Stockholm 2012) s 118. Jfr även prop 2009/10:80 s 149 f och 250, om betydelsen av den ökade acceptansen för dubbelt medborgarskap.

¹³ Se vidare Bull/Sterzel, Regeringsformen – en kommentar s 97 ff; Eka m fl, Regeringsformen – med kommentarer s 53 f och 145 ff, om de absoluta respektive begränsningsbara rättigheterna.

¹⁴ Notera att i denna artikel är alla kursiverade ställen med omgivande citationstecken direkta citat från de två HD-domarna (medan övriga kursiveringar anger huvudord för framställningens disposition).

¹⁵ Även om antalet lagstadgade krav på svenskt medborgarskap för vissa befattningar minskat, finns fortfarande ett antal sådana tjänster. Se vidare Eka m fl, Regeringsformen – med kommentarer s 230, 457 ff och 489 ff; Holmberg m fl, Grundlagarna s 194 ff.

¹⁶ En av de allra mest grundläggande principerna för RF är folksuveräniteten, och den utövas ytterst via den allmänna och lika rösträtten, vilken i sin tur tillkommer svensk medborgare (vid val till riksdagen); därmed aktualiseras flera centrala bestämmelser samtidigt, nämligen 1:1, 2:7 och 3:4. Se vidare om dessa principer och deras samspel, Bull/Sterzel, Regeringsformen – en kommentar s 20 f, 48 ff, 79 och 118; Holmberg m fl, Grundlagarna s 50 ff och 232 ff.

¹⁷ Det kan även nämnas att det, enligt 2:25 RF, avseende andra än svenska medborgare kan göras särskilda begränsningar i vissa rättigheter. Se vidare Eka m fl, Regeringsformen – med kommentarer s 163 ff.

nens kärnfråga,¹⁸ kan HD fortsätta resonemanget och därvid ha med sig argumentativt stöd för att värdera överträdelsens och verkningarnas allvar¹⁹ – dvs värderingen av skadevållarens och skadelidandes sida. Avseende överträdelsen anføres, att den i det aktuella fallet *”bryter mot den grundläggande skyldigheten”* i det rättsliga förhållande som medborgarskapet utgör; och beträffande verkningarna anføres, att överträdelsen har *”skadeverkningar som inte låter sig värderas efter en allmän måttstock”*.

Därefter inskjuts en passus om adressaten för den i målet tillämpliga grundlagsbestämmelsen.²⁰ Även om denna regel *”i första hand riktar sig till lagstiftaren och myndigheter”*, utgör överträdelsen ett sådant avsteg från statsskickets grunder, att den *”även bör kunna åberopas av den enskilde”* som grund för skadeståndsskyldighet för staten. Av de citerade meningarna, ser man den bakomliggande prioriteringen. Starkast stöd för en talan finns om regeln direkt kan åberopas för rättstillämpning i ett enskilt fall, medan det krävs ytterligare kvalificeringar om den är ett direktiv för normgivning (som sedan – givetvis – kommer att tillämpas i enskilda fall). I just detta mål får man alltså intolka, att denna kvalificering består i de ovan berörda förhållandena kring demokratikopplingen och därav allvaret i överträdelsen och verkningarna.

3.2 Etablerandet av ansvarsgrunden

Efter att ha åskådliggjort medborgarskapet som en grundläggande förutsättning för demokratiskt deltagande – och genom att därmed ha visat att överträdelsen och verkningarna är allvarliga i sådana fall – når så HD till själva skadestandsfrågan. Eftersom talan avsåg ideellt skadestånd, noteras först den givna utgångspunkten i svensk rätt, nämligen att särskilt lagstöd krävs för utdömande av ideell ersättning;²¹ vidare konstateras, att det saknas bestämmelser som ger en enskild rätt till sådan ersättning vid överträdelse av medborgarskapsregeln i 2:7 RF. Därpå kommer, i en kort mening, den motivering som vänder på huvudregeln i detta fall om bestämmelsen i 2:7. *”En överträdelse av den bestämmelsen är emellertid av sådant slag att övervägande skäl talar för att ideellt skadestånd ska kunna*

¹⁸ Se vidare nedan, avsnitt 5, om parameter (1) avseende RF-bestämmelsens kvalitet.

¹⁹ Se vidare nedan, avsnitt 5, om parameter (3) avseende RF-överträdelsens och verkningarnas allvar.

²⁰ Se vidare nedan, avsnitt 5, om parameter (2) avseende RF-bestämmelsens adressat.

²¹ Se vidare H Andersson, Ekonomisk-ideell skada (Festskrift Nygaard, Bergen 2002) s 7 ff; Radetzki, Skadeståndsberäkning vid sakskada (2 uppl, Stockholm 2012) s 33 ff.

dömas ut av domstol.” Om man blott på grundval av denna motivering skulle formulera prejudikatvärdet och vägledningen för framtida rättstillämpning ... skulle man få problem. Slutsatsen i sig är ju klart undermotiverad, men för att förstå dess innebörd måste man läsa ihop dessa summerande och allmänna ord med – de mer konkreta – ändamålsskäl och prövningspunkter som tidigare presenterats i domen.

Till att börja med måste observeras, att domskälen inte generellt befattar sig med ”överträdelse av RF”; vi kan inte från denna dom sluta oss till att överträdelser av alla bestämmelser i RF – inte ens alla bestämmelser i RF kapitel 2 – kan föranleda utdömande av ideellt skadestånd i domstol.²² Med ”den bestämmelsen” (dvs i bestämd form) avses i domen medborgarskapsregeln i 2:7 RF; även av referatrubriken kan utläsas, att målet handlar om ersättningsskyldighet för ”*avregistrering av svenskt medborgarskap*” (och inom parentes i rubriken anges ”*jfr 1 kap. 1 § och 2 kap. 7 § regeringsformen*”). Det är just medborgarskapsskyddet som står i fokus, varför den anvisade ”jämförelsen” med 1:1 och 2:7 RF inte gärna kan tolkas som en total öppning för diverse RF-anknutna ersättningsanspråk. Nu kan givetvis domen inte heller, motsatsvis, tas till stöd för att bara 2:7 (men inga andra RF-bestämmelser) kan föranleda skadeståndskrav. Den framtida utvecklingen får visa vilka av RF:s regler – och vilka arter av överträdelser och skadeverkningar – som kan få samma skadeståndsrättsliga behandling.²³ Vad som nu betonats är således, att man för denna framtida utveckling blir tvungen att fortsätta konkretisera de kvalificeringar som kan motivera skadestånd; man kan således inte nöja sig med en blank referens till att ”överträdelse av RF” principiellt skulle ge sådan rättsföljd.²⁴

Om man enbart hade den citerade domskrivningen som tolkningsunderlag vid bedömning av framtida fall, skulle man vidare angående överträdelsens natur inte bli särskilt vägledt av beskedet, att denna ska vara ”*av sådant slag*” att skadestånd ska kunna utdömas. Inte heller vid utrönandet av skälen för skadestånd, kan man nöja sig med att i det nya

²² Jfr även Bengtsson, Högsta domstolen fortsätter omvandlingen av skadeståndsrätten (SvJT 2014) s 434 och 437 f, om det påfallande i att HD inte diskuterar möjligheten av en allmän grundsats, utan att man velat gå försiktigt fram.

²³ Jfr Crafoord, Regeringsformens fri- och rättighetsskydd och skadestånd (SvJT 2009) s 1063 och 1067 f, som utöver argumentation i det specifika ärendet med medborgarskapsförlust (där Crafoord var ombud för mannen X), även diskuterar den övergripande frågan om rätt till skadestånd vid kränkningar av rättigheterna (dvs i pluralis) i RF.

²⁴ Se vidare nedan, avsnitt 5, om parameter (1) avseende RF-bestämmelsens kvalitet.

fallet söka ”*övertvägande skäl*” för ideellt skadestånd. Givetvis vore det rent rättshaveristiskt nonsens, att i ett nytt fall – med referens till detta prejudikat – rakt ut i luften hävda en ”generell princip om skadestånd vid RF-överträdelser”, som därefter suppleras med att just detta nya fall dessutom är av ”sådant slag”, att ersättningsansvar kan motiveras av ”övertvägande skäl”. För att verkligen tolka och söka en framtida tillämpning, måste man fylla ut dessa summerande uttryck med konkreta avvägningar, utifrån de tidigare i domen angivna utgångspunkterna (samt utifrån den totala kontexten av de aktuella rättsområdena). Därvidlag kan exempelvis det enskilda fallets seriositet och nära koppling till konstitutionens grundförutsättningar bli användbara – och konkretionsvärldiga – teman vid formulerandet av en talan.

Genom denna (ovan citerade) summerande skrivning – tolkningsvis kopplad till de nämnda omständigheterna avseende demokrati, överträdelser, verkningar, regelns direkta och indirekta adressat etc – är ansvaret etablerat. Förvisso kunde HD ha varit än tydligare i att ange grunden. Exempelvis kunde man ha nämnt, att man ju redan avseende *EKMR* skapat en sådan ansvarsgrund (avseende ideell ersättning) för överträdelser som kan vara mindre allvarliga än förlusten av denna absoluta rätt till medborgarskap;²⁵ dvs man kunde a fortiori ha anført, att avseende denna starkare demokratikoppling talar *den redan inslagna vägen* för en fortsättning etc. Ett justitieråd anförde principiella betänkligheter mot att dylika diskrepanser ska föreligga – och ansåg därmed att ”synnerligen goda skäl” talar för ersättning – men framhöll att det bör ankomma på lagstiftaren, att vidta åtgärder för att åtgärda saken, emedan det inte finns ”någon allmän skadeståndsrättslig princip eller någon folkrättslig förpliktelse som utgör stöd för ett utvidgat rättighetsansvar”; i det sammanhanget skulle lagstiftaren vidare behöva ”ta ställning till de frågor av principiell natur som uppkommer”.

De dubier som här åskådliggörs bör verkligen mana till eftertanke (på grund av både synpunkternas tyngd i sig och att denna domare – JustR Calissendorff – enligt min erfarenhet inte nyttjar sina särskrivningar för diverse privata uppvisningar, utan just för att markera välbetänkta förnufts-skäl med god förankring i källorna och den rättsliga systematiken).

²⁵ Se vidare om denna praxisutveckling och de principer den ger uttryck för, H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten s 550 ff, 567 ff, 580 ff och 739 ff, med där angivna referenser. Se även Cameron, Skadestånd och Europakonventionen för de mänskliga rättigheterna (SvJT 2006) s 553 ff.

Problemet med ett prejudikat för just medborgarskapsskyddet är ju, att man kan förvänta en *flodvåg av kravtestningar* avseende olika regler i RF. Måhända hade därför en lagstiftningsutredning – eller åtminstone en betydligt mer underbyggd domsmotivering – kunnat ge en klarare bild av vilka bestämmelser och rättigheter i RF som kan komma ifråga för skadeståndsmål.²⁶ Under sådana förhållanden hade man kunnat utstaka ett säkrare område, med tydligare kvalificeringar av exempelvis de ovan berörda överträdelse- och verkningarnas natur.

Nåväl, nu hade förvisso det aktuella målet en särpräglad förbindelse till centrala rättsstatsförutsättningar för den enskilde, varför utgången är både *försvarlig och lämplig*. Men eftersom HD verkligen inte – om man närläser de fallspecifika motiveringarna bakom den allmänna satsen – öppnat för något *carte blanche* avseende ”RF-skadeståndsrätt”, får man vara beredd på att – i väntan på denna angelägna utredning och lagstiftning – i flera framtida fall fortsätta precisera och avgränsa tillämpningsområdet.

3.3 Etablerandet av ersättningsbestämningen

Sedan ansvarsgrunden lagts (enligt ovan), gick HD över till frågan om ersättningsbestämningen. Nu kan man förvisso aldrig definiera och mäta (beräkna) en *ideell skada*, utan spörsmålet handlar alltid om hur man argumentativt söker en lämplig *ideell ersättning* – trots att man alltså egentligen inte vet (exakt) vad det är man ersätter.²⁷ Denna ambivalens inom det ideella området får man leva med; medvetenheten skärper emellertid blicken för vilka jämförelser (med andra ideella ersättningsbestämningar) man kan göra och vilka preciserande distinktioner som bör vara avgörande i det konkreta fallet (respektive typfallet).

Generellt kan noteras, att ideell ersättningsbestämning ofta har en dubbel inriktning på omständigheter och argument, vilka kan placeras – och därmed konkretiseras – på de två parternas respektive sidor. På samma sätt som ovan berördes avseende ansvarsgrunden, kan därmed rättsliga tematiseringar göras av överträdelsen (*skadevållarperspektiv*) och verkningarna

²⁶ Jfr i samma riktning, Bengtsson, Högsta domstolen fortsätter omvandlingen av skadeståndsrätten s 432 och 438 f; se vidare dens, Skadestånd vid brott mot regeringsformen? s 607 ff och 626 ff, för en översikt av de (många) frågor och komplikationer som skulle behöva övervägas vid en lagstiftningsreform.

²⁷ Se vidare H Andersson, Ekonomisk-ideell skada s 8 ff; dens, Skyddsändamål och adekvans (Uppsala 1993) s 297 f.

(*skadelidandeperspektiv*).²⁸ Någon ensidig, punitiv inriktning på skadevå-laren kan således inte rättfärdigas inom svensk skadeståndsrätt – men inte heller en fri gestaltning av varje enskild skadelidandes personliga känslor och preferenser. En viss objektivisering av utgångspunkterna måste därför genomföras. Om alltför många individuella faktorer tas med i dessa ersättningsbestämningar, riskerar man en ostrukturerad praxis – och tangerar dessutom det (enligt ovan) omöjliga dilemmat, att ”beräkna” vad varje ”ideell skada” består i och vad den är ”värd” för summa.

Med avseende på jämförelseoperationen anför HD, att man till detta RF-fall inte direkt kan överföra normerna för ersättningsbestämning avseende kränkningersättning, diskrimineringersättning eller ersättning vid EKMR-överträdelse. Denna initialt markerade särställning är intressant, eftersom HD i tidigare praxis framhåvt, att kränkningersättning enligt 2:3 SkL och ideell EKMR-ersättning har motsvarande syfte och funktion²⁹ – men att däremot diskrimineringersättningens preventiva funktion inte möjliggör en jämförelse i EKMR-mål.³⁰ Att inte göra samma likställande av denna RF-ersättning för medborgarskapsförlust, måste därför ses som en medveten markering av en *unik ersättningsordning*, som ska *utvecklas oberoende* av de redan standardiserade mallarna. Praxis om kränkningar som ersätts vid brott (2:3 SkL), diskriminering och EKMR-överträdelse kan alltså inte direkt appliceras – åtminstone inte de (alltmer) stabiliserade tabellverk som kommit att tillämpas för olika situationer. Antagligen har HD velat undvika framtida läsningar vid summor som etablerats för exempelvis långsam process (dvs årsbe-lopp), frihetsberövande, privatlivskränkning etc vid EKMR-överträdelse – bland annat därför att dessa summor delvis är baserade på europarättsliga källor.

Däremot gör man en koppling till grunderna för – men inte de specifika summorna avseende – ideell ersättningsbestämning överhuvud-taget. Liksom vid alla former av ideell ersättning, bör även i detta fall utgångspunkten vara ”*en på etiska och sociala värderingar baserad sköns-*

²⁸ Se om denna metodiska dualism vid analys av skadeståndsrättens många utslagsgivande komponenter, H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten s 31 ff; dens Gränsproblem i skadeståndsrätten (Uppsala 2013) s 135 ff; dens, Skyddsändamål och adekvans s 233 ff.

²⁹ Detta står även i samklang med utredningen om EKMR-skadestånd; se SOU 2010:87 s 403 ff.

³⁰ Se vidare H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten s 697 ff och 716 ff, om EKMR och skadeståndsnivåerna.

mässig bedömning av den skada som typiskt sett kan anses ha uppkommit". Motsvarande formuleringar brukar användas även vid utläggningar kring kränkningsersättning och personskadeersättnings ideella poster (exempelvis sveda och värk),³¹ varför man förstår att det anförda inte är en specifik riktlinje för det nu aktuella RF-fallet (vilket åter visar, att de jämförelser man vill undvika blott är sådana som avser de redan etablerade tabellverken).

Mer konkreta besked avseende fallet ger HD, då man anknyter till de ovan berörda temana avseende överträdelsens och verkningarnas natur. Det anføres nämligen, att man vid den skönmässiga bedömningen bör beakta *"de syften som motiverar att ersättning ska utgå"* samt även *"överträdelsens varaktighet"*. Den första skrivningen syftar uppenbarligen på de konkreta skäl som överhuvudtaget medgav en ansvarsgrund – dvs enligt ovan överträdelsen av en för demokratin central förutsättning. Här ligger såväl skadevällar- som skadelidandeaspekter; ju allvarigare åsidosättanden av rättsstatsprinciper som förekommit, desto värre utsatt är den enskilde och desto värre har staten agerat. Den andra aspekten tillskjuter en tidskomponent, som direkt anknyter till verkningarna för den skadelidande – dvs hur lång tid han eller hon har fått utstå det si och så allvarliga ingreppet i RF-rättigheten. När HD sedan överför dessa riktlinjer på det enskilda fallet, konstaterar man att det rörde sig om en överträdelse *"under lång tid"* av en *"grundläggande rättighet"*. Skadeståndet bestämdes till 100 000 kr.

Utöver dessa omständigheter och argument på en tämligen allmän nivå, hade den skadelidande X anført de för honom specifikt besvärande verkningarna, att han inte kunnat rösta i ett riksdagsval och en folkomröstning samt att han betagits möjligheten, att göra militärtjänst och välja polisyrket. De två förlorade möjligheterna att delta i val handlar inte om just denna individs personliga förhållanden, utan dessa verkningar kan ses som de *typiska konsekvenserna* – utifrån demokratisynvinkel – av ett fråntaget medborgarskap. Någon personlig och subjektiv värdering behöver således inte appliceras; HD:s ovan berörda objektiva ersättningsbestämning, utifrån ansvarsmotiv och överträdelsens varaktighet, kan tillämpas i X:s fall på samma sätt som för vem som helst som under samma tidsperiod förlorat medborgarskapet.

³¹ Se vidare Bengtsson/Strömbäck, Skadeståndslagen (5 uppl, Stockholm 2014) s 226 ff; Friberg, Kränkningsersättning (Uppsala 2010) s 362 ff och 372 ff, om dessa principer.

De andra två åberopade förhållandena – angående militärtjänst och hävdad önskemål om polisutbildning – har emellertid en *personlig prägel*, som ger uttryck för just X:s egna värderingar och önskemål. Om sådant skulle läggas till grund för ersättningsbestämningen, skulle vi få oändliga svårigheter att åstadkomma en genomförbar process; man skulle då behöva utröna vilka preferenser och planer var och en kan ha haft. Exempelvis torde det vara så, att många skulle uppleva den anförda situationen såsom att de ”slapp” göra lumpen – istället för att de ”betogs möjligheten” att få göra militärtjänst. Personligen uppfattade jag inte – som teoretiker och humanist – denna ”skyldighet” som en ”rättighet”, utan som ett fullständigt förstört och förlorat år i livet. Redan första dagen på flygflottiljen (som visserligen låg på den i sig trivsamma Frösön, alldeles i närheten av Peterson-Bergers Sommarhagen) när vi i en folkvagnsbuss förevisades området kröp en olustig – och senare desperat – förnimmelse av överklig vanmakt in under huden; just då fanjunkaren (som dessutom uppenbarligen var en vidrig katthatare – han hade redan hunnit förtälja hur han med glädje klämt ihjäl grannens siames när den passerat husporten) stolt svepte ut med armen och utbrast ”Se här, detta är Sveriges vackrast belägna F4”, förstod jag med isande klarhet att jag hamnat på ett dårhus. Nåväl, tänker den irriterade läsaren, jag är inte road av den där pacifistiska professorns privata upplevelser – varför drar han upp så ointressanta och irrelevanta saker? Jo, just för att demonstrera denna invändning, att sådana personliga bevekelsegrunder inte går att värdera utanför individens egen horisont – och att de således bör lämnas därhän såsom irrelevanta vid juridiska bedömningar.

Och genom att HD uppställer de ovan angivna objektiva ramarna – samtidigt som man med tystnad förbigår X:s åberopade militära och polisiära planer – får vi det klara beskedet, att den ideella ersättningen i dessa situationer inte ska kalkyleras utifrån alla individers (per definition) individuella rättighetsupplevelser. Istället får *objektiva typfall* utvecklas. Då HD dessutom markerar en distans till hur summorna fastställs vid kränkning, diskriminering och EKMR-överträdelser, ser man än tydligare, att denna nya ansvarsgrund vid RF-överträdelser ska följa sin egen unika väg även vid ersättningsbestämningen.

4 Rådighetsinskränkning och 2:15 RF (NJA 2014 s 332)

4.1 Bakgrunden – rådighetsinskränkning vid fiskereglering

Det andra målet är inte lika banbrytande, i det att ingen ny skadeståndsgrund etableras; fallet kan mer ses som en pendang till det förra fallet, genom att HD visar hur RF kan användas som stöd för en utfyllande ersättningsreglering, i situationer då lagstiftningen ifråga inte ger någon ledning om – den enligt 2:15 RF nödvändiga – ersättningen vid offentliga ingrepp.³² Det aktuella fallet är kulmen på en hel *serie HD-domar kring fisket i Torne älv*; detta senaste fall behandlar frågan om den grundlagsskyddade rätten till ersättning för den, vars markanvändning inskränks på ett avsevärt försvarande sätt. Fallet kan därmed placeras inom den vidare ämnesbeskrivningen ”ersättningsrätt”, emedan det berör den expropriationsliknande ersättningen som, enligt 2:15 RF, ska utgå vid dylika rådighetsinskränkningar.

De tidigare fallen handlade däremot specifikt om skadeståndsrätten, nämligen *myndighetsansvaret i 3:2 SkL* (NJA 2000 s 637, NJA 2001 s 210 och NJA 2010 s 8).³³ Grunden var därvidlag en år 1987 icke behörigt stiftad lag, som till en finsk-svensk kommission delegerade rätten att reglera fisket i gränsvägnarna; det principiella beskedet blev att 3:2 kunde föranleda ansvar, då regeringen istället för riksdagen utfärdat förordningen. Problem uppkom emellertid avseende påvisandet av skada för yrkesfiskarna; inom ramen för en skadeståndstalan, kunde man i det hypotetiska skedet inte bara eliminera det formellt felaktiga beslutet, utan måste substituera det med ett annat – och därmed blev det för svårt för fiskarna, att visa att ett formellt korrekt förfarande skulle ha lett till andra, och mer förmånliga, materiella fiskeregler (särskilt som begränsningen av fisket byggde på en redan given bindande överenskommelse mellan Sverige och Finland).

Det nu aktuella 2014 års mål följer upp ärendet, genom att behandla den lagstiftning som på ett (denna gång) korrekt sätt begränsade fisket i Torne älv; förordningen utfärdades 1997 och innefattade i allt väsentligt

³² Se vidare Mörk/Hermansson, Enskildas rättsskydd vid lagstiftarens försummelse – om estoppel-argument i svensk rätt (SvJT 2008) s 252 ff, som några år före domen förordade denna lösning just för denna RF-bestämmelse med dess krav på lagstiftning, emedan staten inte till sitt fredande ska få åberopa sin egen försummelse.

³³ Se vidare om dessa fall, H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten s 420 ff.

samma fiskeregler – med syfte att skydda den vilda laxen – som redan förordningen från 1987 föreskrev. Istället för ”skadestånd” vid felaktigt beslutad fiskereglering enligt 3:2 SkL, gällde nu talan ”ersättning” för ekonomisk förlust, emedan 1997 års *förordning* ansågs utgöra en sådan *rådighetsinskränkning* som, enligt 2:15 RF, ska ge rätt till ersättning enligt grunder som ska anges i lag.³⁴ Målet dömdes efter dåvarande 2:18 RF, som numera motsvaras av 2:15, varför jag nedan – i mitt skrivande för framtiden – refererar till 2:15, trots att HD i domen anger 2:18; den enda avgörande skillnaden är att 2:15 explicit (i 3 st) utskriver den ersättningsbegränsning som, enligt lag, kan gälla vid rådighetsinskränkningar på grund av miljöskyddsskäl etc.³⁵

I denna framställning om de ersättningsrättsliga konsekvenserna, ska inte de fastighets-, miljö- och konstitutionellrättsliga detaljerna närmare penetreras. Som ett klagörande nämns dock, att den aktuella fiskerätten baserades på dessa yrkesfiskares markinnehav invid Torne älv, varför begränsningen av laxfisket kan ses just som en *markanvändningsinskränkning*;³⁶ kopplingen till RF är således äganderätten till fastigheterna invid älven – och därmed kan regleringen i (nuvarande) 2:15 RF om ”egendomsskydd” aktualiseras.^{37, 38}

Vid expropriation och liknande egendomsavståenden är rätten till ersättning kategorisk, medan ersättningen vid rådighetsinskränkningar är

³⁴ Se vidare SOU 2013:59 s 40 ff, för en exemplifiering av olika rådighetsinskränkningar som kan, respektive inte kan, föranleda ersättningskrav. Se även Eka m fl, Regeringsformen – med kommentarer s 122 f.

³⁵ Jfr Bengtsson, Högsta domstolen fortsätter omvandlingen av skadeståndsrätten s 436 f, om att HD:s riktlinjer i detta fall knappast kan följas fullt ut avseende fall som inträffat efter denna ändring 2010. Se vidare SOU 2013:59 s 61 ff, 73 ff och 119 ff, för en utredning om ersättningsprinciper och olika typfall av rådighetsinskränkningar, varvid budet även för framtiden är att en konkret intresseavvägning måste göras i det enskilda fallet.

³⁶ Se vidare SOU 2013:59 s 43 ff, för gränsdragningsfrågor avseende anknytningen till mark och byggnad.

³⁷ För en äldre men grundläggande behandling av RF-regleringen, se Bengtsson, Ersättning vid offentliga ingrepp I (Stockholm 1986) s 76 ff, 86 ff, 100 ff och 202 ff. Se vidare om att äganderätten är den rättighet som skapat mest politisk oenighet, med avseende på skyddet och dess gränser, Bull/Sterzel, Regeringsformen – en kommentar s 89; Eka m fl, Regeringsformen – med kommentarer s 112 ff.

³⁸ Som bekant är äganderätten även skyddad genom artikel 1 i första tilläggsprotokollet till EKMR. Se vidare Åhman, Egendomsskyddet (Uppsala 2000) s 198 ff, 306 ff, 331 ff och 375 ff, om EKMR och olika ingrepp i äganderätten, nyttjanderegleringar, allmänintresset samt proportionalitetsbedömningar vid tillämpning av detta skydd. Jfr Eka m fl, Regeringsformen – med kommentarer s 117 ff, om förhållandet mellan EKMR och RF.

beroende av hur kvalificerat ingrepp i användningen det rör sig om samt hur betydande skadan är.³⁹ Inskränkningar som grundas på *hälsoskydds-, miljöskydds- eller säkerhetsskäl* ger vanligen ingen rätt till ersättning (en erinran om detta finns, som sagt, numera i 2:15 3 st). Den fastighetsägare som genom sin markanvändning åstadkommer dylika risker, får således normalt finna sig i, att de allmänna intressena av att motverka risker överväger det privata intresset förenat med dylika riskskapanden.⁴⁰ Därför får ägaren tåla inskränkningen utan ersättning; dvs det är inte en del av den skyddade äganderätten, att få använda sin egendom till att skapa skaderisker för andra.

I det aktuella fallet var onekligen fiskeregleringen motiverad av miljöhänsyn – skyddet för laxstammen – varför undantagsläget med ersättning fick penetreras. Därvid kan (nedan) belysas, hur denna *kvalificering av villkoren för ersättningskyldighet* i undantagsfallen formuleras i termer av en ”motsvarande proportionalitetsbedömning” som i de fall vilka reglerats i enlighet med kraven i 2:15 RF.

4.2 RF:s ersättningsrättsliga roll som tolkningsunderlag och allmän rättsgrundsats

HD inleder med att diskutera adressatfrågan för 2:15 RF; med min terminologi kan man eftersöka bestämmelsens ”normgivningsrelevans” respektive dess ”rättstillämpningsrelevans”, varvid tyngst argument för ersättning erhålls om regeln direkt kan läggas till grund för tillämpning i enskilda fall.⁴¹ HD gör bedömningen, att skrivningen i (nuvarande) 2:15 om att ersättning ska ”*vara tillförsäkrad*”, innebär att bestämmelsen ”*i första hand riktar sig till lagstiftaren*” – medan den således inte är avfattad för att direkt kunna tillämpas som en regel om ersättning i det enskilda fallet. Som berörts angående det första fallet, innebär ett dylikt negativt svar inte nödvändigtvis ett slutgiltigt ställningstagande; istället

³⁹ Se vidare om proportionalitetsprincipen och balanseringen av intressen i dessa fall, Bull/Sterzel, Regeringsformen – en kommentar s 90 f; Holmberg m fl, Grundlagarna s 156 ff. Se även SOU 2013:59 s 49 ff och 62 ff. Se vidare Bengtsson, Ersättning vid offentliga ingrepp I s 147 ff, 155 ff och 188 ff, om olika regleringar av ersättningsbestämningen.

⁴⁰ Se vidare Bengtsson, Ersättning vid offentliga ingrepp II (Stockholm 1991) s 132 ff och 304 ff, om olika risker och förhållanden som den skadelidande själv får bära vid ingrepp.

⁴¹ Se vidare nedan, avsnitt 5, om parameter (2) avseende RF-bestämmelsens adressat.

får man se de olika normativa temana som parametrar att avväga mot varandra.

Om således 2:15 RF principiellt kan ses såsom riktad till lagstiftaren, kan dock ett argumentativt närmande till rättstillämpningssituationen möjliggöras; man kan nämligen se grundlagsbestämmelsen som en riktlinje vid tillämpning av vanliga regler. HD anknuter till en sådan tankegång, och anger att 2:15 (dvs dåvarande 2:18) ger "*anvisningar för tolkning av oklara lagregler*". HD uttalar till och med, att bestämmelsen får anses "*ge uttryck för en allmän rättsgrundsats om rätt till ersättning vid rådhetsinskränkning i vissa fall*". Huruvida det verkligen uttrycks något annat, och starkare, med ordvalet "allmän rättsgrundsats" – jämfört med "grundlagsskyddad rätt" – kan man säkert semantiskt och semiotiskt fundera över (dessutom kan den petige undra, hur "allmän" en rättsgrundsats är som ska tillämpas i "vissa" fall). Det viktiga budskapet är emellertid, att RF-bestämmelsen – trots dess normgivaradressat – kan komma till användning som tolkningsredskap i enskilda tillämpningssituationer.

När det gäller rådhetsinskränkningar som motiveras av hälsoskydds-, miljöskydds- eller säkerhetsskäl är, som ovan nämnts, huvudregeln att ersättning inte ges.⁴² Man kan, med andra ord, inte direkt applicera någon rättsgrundsats om en motsatt huvudregel – men heller inte ett undantagslöst nekande svar på ersättningsfrågan. I lagstiftningen om dylika markanvändningsbegränsningar ges stundom ersättning för vissa kvalificerade situationer. HD anknuter till dessa fall, och anger att det gemensamma draget för de lagar som ändå ger ersättning, är att avvägningen mellan det skyddade allmänna intresset och ingreppets effekter för den enskilde medför, att det inte är rimligt att denne ensam ska bära kostnaderna.⁴³ Det är i denna kontext HD:s betonande av RF-bestämmelsen som tolkningsanvisning får betydelse. HD anger nämligen, att om den lagstiftning som möjliggör rådhetsinskränkningen "*inte kan anses ge någon ledning i ersättningsfrågan*", ligger det nära till hands, att "*motsvarande proportionalitetsbedömning*" istället får göras i det enskilda fallet.

Därvidlag preciserar HD de allmänna uttrycken för avvägningen – nämligen "*arten av de allmänna intressen*" som ska skyddas respektive "*ingreppets effekter*" för den enskilde.⁴⁴ Dessa allmänna riktlinjer kan såle-

⁴² Prop 2009/10:80 s 168 f; SOU 2013:59 s 55 ff.

⁴³ Detta är en värdering som berörs i förarbetena; se vidare prop 2009/10:80 s 169.

⁴⁴ Se vidare nedan, avsnitt 5, om parameter (1) avseende RF-bestämmelsens kvalitet och parameter (3) avseende RF-överträdelsens och verkningarnas allvar.

des konkretiseras. Om det allmänna intresset består av nu aktuella miljö- och säkerhetsmotiverade hänsyn, kan ingreppet kvalificeras – och således föranleda ersättning – i situationer då inskränkningen beror på ”*omständigheter som ligger utanför den enskildes kontroll*” och som ”*drabbar den enskilde särskilt hårt*”.⁴⁵ Dessutom tillägger HD, att man på vanligt sätt ska pröva RF-rekvisitet om att inskränkningen måste ha medfört ett ”*avsevärt försvårande*” eller en ”*betydande skada*”.

4.3 Den konkreta tillämpningen utifrån tolkningsunderlag och allmän rättsgrundsats

Så långt i domen, har HD ringat in (nuvarande) 2:15 RF såsom tolkningsunderlag vid oklara lagregler om de rådighetsinskränkningar som 2:15 avser; vidare har man med hjälp av dylik tolkning – uttryckt som en allmän rättsgrundsats – angett att då lagen inte ger ledning, ska motsvarande proportionalitetsbedömning göras som i de lagreglerade fallen. Man har därefter preciserat, att vid inskränkningar betingade av miljöskäl etc, ska denna avvägning inkludera hänsynstagande till hur hårt den enskilde drabbas och huruvida inskränkningen beror på omständigheter utanför dennes kontroll. Därefter går HD över till en *konkret bedömning* – och precisering – av dessa *riktningsangivelser* i det aktuella fallet.

De allmänna intressen – i form av miljöskäl – som låg bakom restriktionerna syftade, enligt HD, närmast till att ”*bevara miljön, inte till att avvärja risker mot denna*”. Distinktionen kan synas subtil, men om man återkopplar till HD:s tidigare beskrivning av proportionalitetsbedömningen, tillförs ett förklaringsvärde. Avvägningen behandlar ju, huruvida det allmänna eller den enskilde bör bära kostnaderna av åtgärden; vid allmänt miljöbevarande syften kan starkare skäl anföras för att det allmänna får bekosta ingreppet, medan en förfogandeinskränkning som direkt har som mål att stoppa en viss individs riskskapande, har en närmare argumentativ anknytning till den senares riskområde – varför den enskilde också kan få stå den ekonomiska förlusten av att det allmänna ”avvärjer” dennes skapade risker. Exempelvis kan man tänka sig en inskränkning av markanvändningen, bestående i att ägaren förhindras göra utsläpp av orenat avloppsvatten i älven; ett sådant ingrepp bör inte föranleda ersättning med allmänna medel, utan den enskilde får själv bekosta rening för att leva upp till miljökraven.

⁴⁵ Dessa formuleringar känns igen från prop 2009/10:80 s 169 f.

Därmed kan man säga, att det allmänna intresset kvalificerats. I avvägningen ska därefter den enskilda markägarens intressen värderas. HD anför i det avseendet, att fisket "*bedrivits sedan lång tid*" utan några omfattande begränsningar; de berörda parterna hade i praktiken mer eller mindre blivit "*beroende av fisket för sin försörjning*" samt inrättat sina liv därefter.⁴⁶ Vidare fanns ingen möjlighet att "*förutse*" ett nu aktuellt fiskeförbud när fastigheterna förvärvades.

Med hänsyn till dessa komponenter konstaterades, att fiskerestriktionerna utgjorde en så "*väsentlig begränsning*" i den uppbyggda verksamheten, att det ansågs råda ett "*klart missförhållande*" mellan det allmännas fördel och belastningen för den enskilde. Vid denna intresseavvägning framstod det därmed inte som rimligt, att rådighetsinskränkningar skulle kunna göras utan ersättning för de orsakade förlusterna. Därmed kunde denna fastställsetalan resultera i slutsatsen, att staten blev ersättningskyldig gentemot yrkesfiskarna för den ekonomiska förlust som kan ha uppkommit till följd av de fiskeförbud som infördes genom 1997 års förordning.

Som en krumelur i marginalen – för (esoteriska) finmakare – kan ytterligare nämnas, att staten sökt undkomma ersättningsskyldigheten, genom att hänvisa till att läget 1997 inte försämrades jämfört med hur det redan var på grund av 1987 års rådighetsinskränkningar; men eftersom 1987 års förordning var grundlagsstridig, kunde staten inte "*freda sig mot ersättningsskyldighet genom att åberopa sin egen försummelse*".⁴⁷

⁴⁶ Jfr H Andersson, Trepartsrelationer i skadeståndsrätten (Uppsala 1997) s 233 ff, för liknande kvalificeringar av tredje mans intresse vid skador på fastighet.

⁴⁷ Som tillägg till HD:s referens, kan anföras NJA 1953 s 42, som i sin komplexitet är något av ett favoritfall hos denne författare. Se vidare H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten s 589 f; dens, Skyddsändamål och adekvans 393 ff.

5 Konstitutionaliseringens behov av konkretion – tre parametrar för en differentierande diskurs

5.1 Parametrar för avläsning av diskursens mångfald

Huruvida konstitutionen trängt in på ersättningsrättens område eller ersättningsrätten trängt in på det konstitutionella området, behöver vi inte tvista om. Det är inte intressant, att fastställa om dagen eller natten är det egentliga och ursprungliga tillståndet, eftersom båda behövs för att bilda ett dygn – och visa att jorden snurrar. Det står klart, att en interaktion förekommer; och man kan se detta som ett utslag av den *rättsliga argumentationens pluralisering*. Argument, principer, regler och alla andra rättskällefragment kan idag hämtas från många olika nivåer – samt vinklar och vrår – inom rättens domän. Utifrån en sådan pluralistisk bild av inbördes påverkan – interferenser – ligger det inget märkligt eller (negativt) felaktigt respektive (positivt) revolutionerande i att mötet mellan offentlig rätt och civilrätt stundom kan ge som resultat, att nya ersättningsvägar öppnas och att konstitutionella bestämmelser – däribland RF⁴⁸ – kan vara med och influera de rättsliga bedömningarna inom ersättningsrätten. EKMR:s inlemmande som en av många influenser, vad gäller skadeståndsrättslig diskurs, är ett gott exempel.

Det manande budskapet bör dock vara, att vid uttolkningar av det framtida tillämpningsområdet för dylika nygestaltningar, söka de *konkreta och preciserade argumenten och sakförhållandena* ... istället för att i abstrakta generaliseringar uttrycka förändringsfaktorn i sig. Med några av denne författares egna favorituttryck, sysslar man därvidlag med "närläsningar" av diskursen, på jakt efter de "distinktioner" och "differentieringar" som – istället för generella abstraktioner eller praktiska förenklingar – just kan konkretisera, precisera, nyanserna och bidra till den rättsliga argumentationens utveckling för en mängd specifika de-

⁴⁸ Jfr Taube, Regeringsformen: positiv rätt eller redskap för rättshaverister? (Smith/Petersson, red, Konstitutionell demokrati, Stockholm 2004) s 48 ff, 66 ff och 68, om den ökade användningen av RF i partsargumentation, varvid domstolens bemötande är avhängigt hur väl argumentationen presenterar det konstitutionella problemet. Se vidare Sunnqvist, Konstitutionellt kritiskt dömande s 1049 ff och 1061 ff, om domarattityder och krav på domarna vid nyttjande av konstitutionen.

taljfrågor (och därmed – men samtidigt först därmed – även bidra till helhetssynen).⁴⁹

Endast två rättsfall om RF och ersättningsrätten ger givetvis inte tillräckligt underlag för särdeles många riktlinjer, men utifrån helhetsskon-texten med rättsområdenas möten kan några tolkningsdata lyftas fram från de nu berörda HD-domarna. Dessa teman kan vara avgörande för varierande – dvs såväl positiva som negativa – lösningar av olika i framtiden uppkommande fallsituationer. Man kan därmed tala om ett antal *parametrar för diskussionen*, varmed avses att man istället för exakta rekvisit (baserade på entydigheten hos den minsta gemensamma nämnaren), noterar temakretsar för olika avvägningar av argumenten för respektive emot ersättning. Metoden för parametrarnas användning handlar om att synliggöra hur olika framtida falllösningar kan legitimeras utifrån samspellet av avgörande moment.⁵⁰ En första modell – baserad på den ovan gjorda analysen av de två HD-domarna – kan nöja sig med tre parametrar (men man får vara öppen för att nya fall kan frambringa parameter fyra och fem etc).

Med hjälp av de nedan skisserade temana – dvs parametrarna (1)-(2)-(3) – kan man i det enskilda fallet söka utslagsgivande omständigheter som talar för respektive emot skadestånd; och som sagt får man vara beredd på, att i dunklet efterhand få korn på parameter (4) och (5) etc. Rekvisiten bör inte ses som kumulativa krav – dvs krav på att man når klart besked ja-nej på alla punkter – utan får snarare betraktas som *konkre-tionsmöjliga avvägningar*. Som ovan betonats, kan man nämligen tänka sig situationer där svaga argument för (eller till och med argument mot) skadestånd på en parameter, kan kompenseras av starka pro-argument på en annan parameter. Och återigen som sagt, all juridisk argumentation handlar om avvägningar – aldrig om enkla antingen-eller-svar på enhetliga och för alla fall utslagsgivande frågor.

Den första parametern avser (1) *RF-bestämmelsens kvalitet*; genom denna motivkrets kan för framtiden allt säkrare besked förväntas, angående de ovan berörda frågorna kring vilken tyngd en viss bestämmelse har med avseende på dess inverkan på ersättningsspörsmålen. Därefter tematiseras frågan om (2) *RF-bestämmelsens adressat*, varvid argumenta-

⁴⁹ Vid intresse, se om denna metodansats, H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten s 33 ff, 42 ff och 56 ff.

⁵⁰ Vid intresse, se om denna metodansats, H Andersson, Gränsproblem i skadeståndsrätten s 407 ff.

tionsvärdet för respektive emot ersättning kretsar kring huruvida bestämmelsen – mer eller mindre – riktar sig till lagstiftaren eller till rättstillämpningen. Slutligen kan man från närläsningen av de två domarna gestalta en parameter för (3) *RF-överträdelsens och verkningarnas allvar*, varvid partsdualismen kan fokusera på såväl skadevällarens (statens) som skadelidandes (den enskildes) perspektiv på gravhet och betydelse.

5.2 Tre diskussionsteman utifrån parametrarna

En första fråga att ta ställning till, gäller (1) *RF-bestämmelsens kvalitet*. Av HD:s försiktigt inringande dom avseende just medborgarskapsregeln i 2:7 RF, kan man (som nämnts) inte dra någon allmän slutsats, att alla RF-överträdelser kan utgöra grund för ersättningsanspråk;⁵¹ men lika lite kan man göra ett motsatsslut, avseende att enbart 2:7 kan ge denna rättsföljd. En avgränsande distinktion att pröva i framtida fall blir därmed, vilken *konstitutionell tyngd* en viss bestämmelse kan bidra med inom den ersättningsrättsliga argumentationen.⁵² I medborgarskapsfallet var onekligen den överträdde bestämmelsen av avgörande betydelse för genomförande av det demokratiska statsskick, som RF är ägnad att vara en garant för. Bestämmelser med dylika centrala författningsändamål kan alltså ses som goda kandidater. Till denna konstitutionella aspekt bör också läggas, att bestämmelsen ska avse individuella förhållanden; var och en (av de nio miljoner medborgarna) kan inte väcka ideell skadeståndstalan, grundad på diverse regler kring riksdagens och regeringens demokratiutövning.

Överhuvudtaget torde regeringsformens *kapitel 2* – om ”grundläggande fri- och rättigheter” – ligga närmast till hands (även om bestämmelserna mest handlar om begränsning av de positioner som benämns rättigheter⁵³). Det finns även i andra kapitel (exempelvis *kapitel 1* om ”statsskickets grunder”, *kapitel 11* om ”rättskipningen” eller *kapitel 12* om ”förvaltningen”) bestämmelser om allas lika värde, likhet inför lagen,

⁵¹ Se för samma uppfattning, Bengtsson/Strömbäck, Skadeståndslagen s 118 f.

⁵² Jfr Bengtsson, Högsta domstolen fortsätter omvandlingen av skadeståndsrätten s 437 f, om problemet att gradera de olika rättigheterna, varvid politiska värderingar riskerar att spela med.

⁵³ Se vidare Bull/Sterzel, Regeringsformen – en kommentar s 62 f, om olika länders traditioner avseende rättighetsreglering; vad som kan sägas till förmån för den svenska linjen, är att denna uttryckliga reglering av begränsningar tillhandahåller enskilda en ”ärligare bild” av det skydd som grundlagen verkligen ger.

delaktighet och jämlikhet, rättstvister mellan enskilda, myndighetsutövning etc – men dessa bestämmelser saknar i allmänhet den konkretion, som bör vara en förutsättning för att en enskild ska kunna bygga en framgångsrik skadeståndstalan på dem.⁵⁴ Dessutom kan man ofta finna de berörda spörsmålets konkretisering i annan lagstiftning, varför krav lättare kan genomföras med stöd av en specifik grund. Men som tungan på vågen är det möjligt, att även bestämmelser i dessa kapitel kan påverka den ersättningsrättsliga argumentationen.

Också med avseende på bestämmelserna i kapitel 2, kan man behöva resonera kring hur pass *centralt och konkret* ett visst stadgande är.⁵⁵ Vissa bestämmelser innehåller blott en allmänt beskriven rätt, som sedan ska regleras i lag; därmed blir det svårt att precisera vari just RF-överträdelsen skulle bestå. Men om den i RF anbefallna lagstiftningen har brister, kan man åtminstone med hjälp av RF bygga upp en grund för den utfyllnad som krävs – ett förfarande som förslagsvis kan kallas ”konstitutionskonform tolkning”. Exempelvis visar rådhetsfallet, att egendomsskyddet i 2:15 RF kan tillskapa en rättsgrundsats om ersättningsrätt samt därvidlag utfylla bristande reglering med en proportionalitetsbedömning.

Rättspositionerna enligt kapitel 2 är vidare uppdelade i *absoluta respektive inskränkbara rättigheter*. Detta uppmärksammades av HD i det nu aktuella medborgarskapsfallet, vilket då blev ett starkt pro-argument – nämligen genom att rätten enligt 2:7 är i denna mening ”absolut”. Återigen måste dock motsatsslut undvikas, avseende att inskränkbara rättigheter inte någonsin skulle kunna grunda skadeståndskrav. Däremot innebär dualismen absolut-inskränkbara en argumentations- och konkretionsbörda för käreandeparten i de senare fallen. Det går inte att blott allmänt hävda exempelvis ”yttrandefrihet”, ”mötes- och demonstrationsfrihet”, ”religionsfrihet” etc (2:1 RF); istället krävs i det enskilda fallet, att regleringen, ingreppet och dess kontext granskas.⁵⁶ Man kan helt

⁵⁴ Se även Bengtsson, Skadestånd vid brott mot regeringsformen? s 620, om risken för en uppsjö av krav grundade på allmänt hållna invändningar mot domstolars och myndigheters bedömningar.

⁵⁵ Se vidare Bengtsson, Skadestånd vid brott mot regeringsformen? s 613 ff, för en inventering av mer eller mindre problematiska fall vid skadeståndsreglering av de olika rättigheterna (flera av dessa situationer täcks dessutom redan av 3:2 SkL eller speciallagstiftning, vilket bör uppmärksammas vid framtida utveckling); jfr även dens, Vad skulle ett utvidgat rättighetsansvar innebära? s 140 ff.

⁵⁶ Såsom exemplifieringar av preciseringskravet med avseende på en rättighets innehåll och begränsningar, se Bull, Mötes- och demonstrationsfriheten (Uppsala 1997) s 342 ff

enkelt inte nöja sig med en formell RF-referens, då man är missnöjd med de enskilda materiella reglerna (utanför RF) respektive tillämpningarna. Exempelvis är åberopandet av ”näringsfrihet” (2:17 RF) inte en trumf som, i sig, ger framgång för alla som förlorat möjligheten att bedriva viss verksamhet.⁵⁷ I dylika fall av reglerade avvägningar (här avseende allmänna och privata intressen) inom ramen för en inskränkingsbar rätt, torde den enskilde ofta få svårt att visa, att det aktuella hindret är av ”sådant slag” att ”övervägande skäl” – dvs HD:s rekvisit enligt ovan – talar för att domstol ska kunna utdöma ideellt skadestånd.⁵⁸

Med avseende på rådighetsfallet kan sägas, att ett *krav i RF på just ersättningsrätt* är en tydlig markering. Förvisso måste noteras, att den absoluta rätten endast föreligger vid expropriation och andra tvungna avståenden av egendom. Vid rådighetsinskränkningar syns redan i 2:15 RF avvägningar och kvalificeringar, som måste prövas i det enskilda fallet; dessutom markeras ytterligare sådana restriktioner, avseende ersättningskraven i 3 st, för det fall miljöskyddshänsyn etc dikterat begränsningen av markanvändningen. Och eftersom denna RF-bestämmelse är den enda som omtalar ersättningsrätt vid ingrepp, torde det vara svårt att generalisera budskapet i domen till andra rättigheter i RF.⁵⁹

En annan tematik som man kan ta med sig från dessa HD-domar är (2) *RF-bestämmelsens adressat*. Frågeställningen berör huruvida bestämmelsen riktas till lagstiftaren och myndigheter, eller om den även bör kunna åberopas av den enskilde.⁶⁰ För att precisera spørsmålet kan man

och 459 ff; Enkvist, Religionsfrihetens rättsliga ramar (Uppsala 2013) s 84 ff, 159 ff, 185 ff, 214 ff och 247 ff.

⁵⁷ Jfr Bull/Sterzel, Regeringsformen – en kommentar s 92, om svårigheten att finna en hård kärna för denna rättighet. Se vidare Eka m fl, Regeringsformen – med kommentarer s 128 ff; Holmberg m fl, Grundlagarna s 161 f, om likhetsprincipen och kravet på att regleringarna på området ska vara generella för att möjliggöra fri konkurrens.

⁵⁸ Jfr även Bengtsson, Skadestånd vid brott mot regeringsformen? s 619.

⁵⁹ Se Bengtsson, Högsta domstolen fortsätter omvandlingen av skadeståndsrätten s 438, om denna bestämmelses särställning i detta hänseende; jfr även dens, Skadestånd vid brott mot regeringsformen? s 608 f.

⁶⁰ Se Holmberg m fl, Grundlagarna s 77 ff, om diskussionen kring grundlagen som spelregler respektive garantier för enskilda. Jfr Bull/Sterzel, Regeringsformen – en kommentar s 38, om att en modern grundlag inte bara är ett ”exercisreglemente för politiker”, utan också har till uppgift att reglera förhållandet mellan medborgarna och samhället.

också förslagsvis formulera det såsom RF-regelns *normgivningsrelevans* respektive *rättstillämpningsrelevans* i enskilda fall. Konkretionskravet innebär att argumentationen – för att öka chanserna till framgång – bör söka omständigheter som talar för direkt relevans i en enskild rättstillämpningssituation.⁶¹

Den aktuella, absoluta rätten till bibehållet *medborgarskap* är alltså ett typfall av en så pass konkretiserad RF-bestämmelse, att enskilda – inte bara myndigheter (såsom lagstiftaren) – kan bygga en rättsligt motiverad handlingsförväntan därpå. Däremot överväger normgivningsrelevansen vad gäller exempelvis den skyddade *upphovsrätten* i 2:16 RF; denna bestämmelse anger endast, att vissa upphovsmän ”äger rätt till sina verk enligt bestämmelser som meddelas i lag”.⁶² Den som har invändningar mot hur denna reglering genomförts, torde näppeligen ha en tillräckligt konkretiserad grund i RF – blott genom RF:s angivande av ”upphovsrätt” och krav på ”lag” – för att motivera en skadeståndstalan mot staten.

Också i rådighetsfallet aktualiserades adressat-tematiken. Även om RF-bestämmelsen 2:15 i första hand riktas till lagstiftaren, kan man se att det uttryckliga kravet på ersättningsreglering även bör kunna påverka enskilda tillämpningssituationer. I detta fall nyttjades RF som en *supplerande källa i ett enskilt fall* för att – i brist på den krävda regleringen – skapa en norm med en proportionalitetsavvägning, som motsvarar andra regleringar som gjorts till uppfyllande av kravet i 2:15 RF.

Ytterligare en riktningsangivelse för den framtida argumentationen i konkreta fall handlar om (3) *RF-överträdelsens och verkningarnas allvar*. Denna tematik har ovan – tillsammans med de övriga temana – behandlats som ett spørsmål om avvägning av det *enskilda fallets tyngdpunkt*. Om man utifrån en bred inramning ser på verkningarna – istället för den juridiskt begränsande termen ”rättsverkningar” – kan det extensivare synsättet på de samlade effekterna för den enskilde betonas.⁶³

⁶¹ Skillnaden mellan underlåten lagstiftning av riksdagen och en felaktig tillämpning av en myndighet, visar sig dessutom i att det ofta är enklare att använda 3:2 SkL i de senare fallen. Jfr Bengtsson, Skadestånd vid brott mot regeringsformen? s 613 f.

⁶² Jfr Bull/Sterzel, Regeringsformen – en kommentar s 92, som karakteriserar detta grundlagsskydd som ”tämligen innehållslöst”.

⁶³ Jfr om en dylik ”effektlära” för en annan frågeställning inom den offentliga rätten, Bramstäng, Förvaltningsrättens begreppsbildning och grundläggande principer i konkret

Angående överträdelsens allvar, bör detta tema inte ställa krav på någon särskilt ”uppenbar” felaktighet; emedan det så kallade *uppenbarhetskravet vid lagprövning numera borttagits*, synes det inkonsekvent att tillämpa det vid en argumentation där RF används som stöd för ersättningskrav. Förvisso bidrar den samlade argumentationen kring nu berörda frågeställningar till en viss nivå på felaktigheterna, men på samma sätt som vid lagprövning får man i det enskilda fallet avväga vilka materiella respektive formella fel som det är angeläget att ingripa mot. Därvidlag har RF:s fri- och rättigheter större betydelse än exempelvis statsorganens funktionsuppdelning.⁶⁴

Enkelt (snarast simpelt) uttryckt är det förstås bäst för den skadeståndskrävande, om denna kan uppbåda grava överträdelser och typiskt sett ingripande verkningar, samtidigt som RF-bestämmelsen ifråga – som dessutom är av central, demokratiskyddande natur etc – tydligt utpekar, att den ska påverka enskilda tillämpningssituationer. Men eftersom dylika enkla situationer inte torde vara så vanliga, synes de två *temakretsarna överträdelseverkan* snarare som *praktiskt applicerbara argumentationslinjer* – vilka i det enskilda fallet kan användas i en avvägning, för att kompensera svagare argumentationsstöd för endera av dessa komponenter. Exempelvis kan en förvisso inte så grov överträdelse eventuellt kompenseras av, att verkningarna blev särdeles ingripande; förslagsvis kan också lindrigare verkningar uppvägas av, att överträdelsen i sig utgjorde ett påfallande konstitutionellt brott mot centrala rättsstatsfundament. Likaså torde den redan berörda frågan om adressat för normgivning-rättstillämpning kunna påverkas av, hur svåra skadeverkningarna blivit för den enskilde;⁶⁵ exempelvis kan man i medborgarskapsfallet se att 2:7 RF förvisso främst riktas till det allmänna, men eftersom överträdelsen gällde en central demokratiprincip och fick påtagliga verkningar, kunde bestämmelsen även användas som stöd för en skadeståndstalan i ett enskilt fall.

belysning (Lund 1993) s 71 ff och 132. Jfr liknande tematiseringar avseende de ”verkningar” som kan föranleda överklagbarhet inom förvaltningsrätten, Ragnemalm, Förvaltningsprocessrättens grunder (9 uppl, Stockholm 2012) s 158 ff.

⁶⁴ Se om dessa frågor inom ramen för 11:14 RF, prop 2009/10:80 s 145 ff; Bull, Fundamentala fragment (Uppsala 2013) s 131 ff och 136 ff; Bull/Sterzel, Regeringsformen – en kommentar s 271 ff. Se vidare Åhman, Normprövning (Stockholm 2011) s 71 ff och 193 ff, om utvecklingen i praxis före RF-ändringen 2011. Se även Sunnqvist, Konstitutionellt kritiskt dömande s 742 ff, 750 ff, 832 ff och 895 ff, för en bred historisk inramning.

⁶⁵ Se strax ovan om parameter (2).

Dualismen överträdelse-verkan är dessutom en lämplig diskussionspunkt just vid ideella ersättningar, eftersom dessa ofta har en ambivalent argumentativ tillhörighet till både *skadevällar- och skadelidandesidan*.⁶⁶ Den dualistiska tanken kan således ytterligare förstärka den ovan anförda pluralistiska närläsningen, avseende vad källorna kan ge för distinktioner och differentieringar. I medborgarskapsfallet värderades de typiska demokratiaspekterna kring verkningarna, medan de privata planerna för dylika dispositioner inte påverkade domskrivningen. I rådighetsfallet – med dess tillskapade proportionalitetsavvägning – kan man se denna tematik som en fråga om intressevärdering kring ingreppet. Det allmänna intresset av ingreppet, får således vägas mot hur pass allvarliga konsekvenserna blir för den enskilde; den avgörande frågeställningen blir, huruvida det allmänna eller den enskilde bör bära verkningarna och deras ekonomiska effekter.

5.3 Avslutning – startpunkt för framtida utveckling

Som inledningsvis konstaterades, kan det ses som ett led i en pluralistisk rättskälleanvändning, att även *RF bidrar med argumentativa komponenter* för resonemang inom ersättningsrätten. Rättens möten sker både i det starka dagsljuset och i det kreativa månskenet, där dagssländorna dissekeras för att man eftertänksamt ska kunna utröna fragmenten som framtidens utveckling kan bygga vidare på. Medborgarskapsfallet är ett tydligare nytillskott, i det att en ersättningsskyldighet konstruerades fram, genom stöd av en RF-bestämmelse som inte i sig innefattade någon sådan ersättningsaspekt. I rådighetsfallet avsåg däremot RF-bestämmelsen just ett krav på att ersättningsreglering ska göras, varför RF mer kunde införas som ett tolkningsunderlag för den bristfälliga (dvs uteblivna) regleringen av ersättningsfrågan i en rådighetsinskränkande lagstiftning.

Med denna metodologiska inramning i en bred rättskälleanvändning – samt med de påvisade distinktionerna och differentieringarna – har en första *ram för kvalificeringar* lagts. Dessa båda fall är således mycket viktiga, men egentligen inte särskilt revolutionerande – utan snarare klargörande vad gäller det redan pågående konstruktiva bruket av rättskällor på olika nivåer. Domarna signalerar att man kan *vidareutveckla rätten*, men inget av fallen ger ett frikort för yviga återopanden – av alla möjliga RF-bestämmelser i alla möjliga sammanhang – som skulle tillskapa

⁶⁶ Se vidare Friberg, Kränkningersättning s 665 ff, 669 ff, 754 ff och 805 ff.

nya ersättningsgrunder. Den framtida rättsutvecklingen har däremot fått goda impulser, för att allt tydligare genomföra de preciseringar och nyanseringar som krävs då både positiva och negativa ersättningsfall ska motiveras.

Den övergripande frågan handlar således om att finna såväl grund som gräns – och ersättningsbestämning – för det allmännas skadeståndsansvar och andra ersättningsskyldigheter. Istället för den goda rättsaktvistens (och den inte så populära rättshaveristens) visionära dröm om ett enda giltigt ”svar” – såsom ”alla RF-överträdelser ger alltid rätt till ersättning för alla skador som alla känner sig ha lidit” – är det således viktigt, att fokusera på de *många frågorna* och deras alltmer differentierade *väv av utslagsgivande hållpunkter* för de rättsliga resonemangen. Eller som dikta- ren säger, sök inte svaret i himmelen när frågorna ligger besådda i jorden.

För att nå ett slut kan summeras, att åtminstone denne författare finner att en ersättningsmöjlighet med stöd av RF är en lämplig och följdriktig utveckling. Ovan har dessutom noterats, att interaktionen mellan offentlig (inklusive konstitutionell) rätt och civilrätt (särskilt ersättningsrätt) ständigt innebär kreativa influenser. Utifrån ett helhetsperspektiv på de inverkande rättskällefragmenten, är det därför varken förvånande eller revolutionerande, att RF kan ingå som komponent i den ersättningsrättsliga diskursen. Öppningen för att explicit införa RF i denna kontext var redan skapad, genom erkännandet av en *pluralistisk rättskällehantering* – utan någon viss given monistisk grundnorm och ändamålssynpunkt för hela ersättningsrätten. Därvidlag genomförs (och kommer att genomföras) nyanseringar, *kombinatoriska argumentationsnyttjanden* samt således *konkretion* och åter konkretion av vad diskursen kan frambringa. För den framtida utvecklingen blir därmed det riktigt intressanta, frågan hur nya nyanseringar och konkretiseringar ska kunna föra vidare förutsättningar – men också gränserna – för RF som komponent inom en mängd ersättningsrättsliga frågor.

Framtiden synes således ge *förhoppningar om många nya möten* inom en bred konception av ersättningsrätten. Och möten innebär alltid prövningar, ömsesidiga nyanseringar och justeringar samt därmed helt enkelt en ambition att samtalet ska leva vidare – så länge jorden får fortsätta rotera runt sin egen axel och uppleva den livgivande solen och den tankeväckande natten.

Karin Åhman

Ny praxis i Högsta domstolen stärker äganderättens ställning i svensk konstitutionell rätt

1 Inledning

I en dom avkunnad av Högsta domstolen (HD) den 23 april i år avslutades en serie av olika prövningar i domstol rörande regleringen av fisket i Torne älv.¹ Den är intressant för den som ägnat mycket tid åt frågan om äganderättens ställning i det svenska konstitutionella systemet: (1) Den är en av få svenska domar genom vilken denna rättighet i regeringsformen ges stärkt ställning ur ett mer principiellt perspektiv. (2) Den ger svar på hur den tidigare regleringen i RF 2 kap. 15 § (då 18 §) om ersättningsrätt vid vissa rådighetsbegränsningar ska tolkas och tillämpas. (3) Den ger slutligen besked om att ersättningsrätt kan utgå direkt med stadgandet i regeringsformen som grund.²

Domstolen – om än inte uttryckligen – underkände tillämpningen av en förordning om fiskeförbud eftersom den saknade rätt till ersättning för det ingrepp i fiskerätten som kunde anses krävas av dåvarande RF 2 kap. 18 § som var tillämplig vid tidpunkten för förbudet (som bl.a. enligt HD ger uttryck för en allmän rättsgrundsats att vissa rådighetsbegränsningar ska ersättas). Av denna anledning fastställdes att ersättning skulle utgå direkt på grund av nämnda stadgande. För att komma fram till denna slutsats använde sig domstolen av en proportionalitetsbedöm-

¹ NJA 2014 s. 332.

² Domen gavs samtidigt som en annan dom rörande skadestånd på grund av grundlagsstridigt indraget medborgarskap, se NJA 2014 s. 323.

ning med inspiration från Europakonventionens motsvarande äganderättsskydd som återfinns i artikel 1 första tilläggsprotokollet.

Nedan kommer jag att återge domen i väsentliga delar samt analysera dess betydelse för både äganderättsskyddet och skyddet allmänt av grundläggande rättigheter i regeringsformen.³ Jag inleder med en kortare beskrivning av äganderättsregleringen i grundlagen samt ger en återblick över tidigare prejudikat som finns med avseende på skyddet för äganderätten i RF med början av 1990-talet och framåt.

2 Grundlagsregleringen av äganderätten

Nuvarande RF 2 kap. 15 § ger två slags skydd för ägandet. Dels ges ett skydd att inte tvingas avhändas (expropriation eller annat sådant förfogande) sin egendom om det inte finns ett angeläget allmänt intresse och mot full ersättning för förlusten. Dels ger stadgandet ett skydd för vissa regleringar avseende mark eller byggnad: De måste uppfylla kravet på ett angeläget allmänt intresse. Viss reglering tillförsäkras också ersättning. Om pågående markanvändning inom berörd del av fastigheten avsevärt försvåras eller att skada uppkommer som är betydande i förhållande till värdet på denna del av fastigheten ska ersättning ges.

Ersättningsreglerna ska bestämmas i lagform.

Dock. Det anges tre undantag från ersättningsrätten vid rådighetsbegränsningar. Regler som tar tillvara hälsoskydd, miljöskydd eller säkerhet garanteras ingen ersättningsrätt i grundlagen. Detta medför dock inte per automatik att sådana regler kan innehålla en rätt till ersättning, men de är inte grundlagsskyddade.⁴

Slutligen finns allemansrätten angiven i samma stadgande. Den får grundlagsförankring genom lydelsen att alla ska ha tillgång till naturen enligt allemansrätten oberoende av vad som föreskrivits ovan. Stadgandet har ingen egen materiell innebörd utan allemansrättens innehåll framgår motsatsvis av vissa straffstadganden.⁵

³ Domen har redan kommenterats ur skadeståndsrättsligt perspektiv av Håkan Andersson, på www.infotorgjuridik.se i Konstitutionaliseringen av ersättningsrätten (II) – ersättningsprinciper vid rådighetsinskränkningar (2:15 RF) och Bertil Bengtsson, i Högsta domstolen fortsätter omvandlingen av skadeståndsrätten, i SvJT, 2014 s. 431.

⁴ Se närmare i SOU 2013:59, Ersättning vid rådighetsinskränkningar – vilka fall omfattas av 2 kap. 15 § tredje stycket regeringsformen och när ska ersättning lämnas? I denna utredning presenteras vissa slutsatser och överväganden.

⁵ HFD:s dom den 30 november 2012, mål nr 6966-11.

Regleringen i 2 kap. 15 § har varit föremål för flera förändringar. Och alltsedan dess första lydelse i 1974 års RF har rättigheten successivt stärkts. Inledningsvis i dåvarande 8 kap. 1 § angavs enbart ett visst skydd mot expropriationer eller annat sådant förfogande genom att enskilda tillförsäkrades ersättning enligt grunder som bestämdes i lag.⁶ Ersättningsrätten var föremål för debatt under de följande två decennierna men innebörden kom inte att förändras trots att regleringens ordalydelse genomgick viss förändring.⁷ År 1995 i samband med EU-inträdet stärktes skyddet väsentligt.⁸ Det infördes ett krav på angeläget allmänt intresse för att egendom skulle kunna tas i anspråk överhuvudtaget, främst i syfte att närma sig Europakonventionen. Tidigare angavs kravet på allmänt intresse. Detta krav skulle också gälla för genomförandet av vissa rådighetsbegränsningar rörande fast egendom som också infördes genom denna reform. Likaså tillkom en grundlagsskyddad ersättningsrätt för (återigen) vissa rådighetsbegränsningar avseende fast egendom. Kvalifikationskravet för ersättning sattes högt men likväl kunde flera former av begränsningar falla under denna rätt.

I samband med detta uppkom emellertid en diskussion huruvida vissa befintliga föreskrifter var att anses som grundlagsenliga eller inte eftersom de saknade sådan ersättningsrätt.⁹ Av förarbetena framgick i vart fall att regeringen inte heller fortsättningsvis avsåg att ersättning skulle utgå för vissa begränsningar såsom strandskyddsförordnande eller förordnande om naturvårdsområde.¹⁰ Frågan kom bl.a. att handla om grundlagstolkning och vilken betydelse som förarbetena skulle ha för denna ersättningsrätts omfattning. Från miljöhåll fanns farhågor om att angelägna regleringar av bl.a. miljön skulle komma att bli alltför kostsamma. Miljöbalksutredningen anslöt sig också till uppfattningen att tolkningen skulle ske i enlighet med de otvetydiga förarbetsuttalandena.¹¹

År 1995 tillkom också allemansrättsregleringen i stadgandet, vilket i motsats till ovan, inte stärkte skyddet för äganderätten.

⁶ Prop. 1973:90 s. 237 f.

⁷ Se bl.a. prop. 1975/76:209 och prop. 1978/79:195.

⁸ SOU 1993:40 del A och prop. 1993/94:117 s. 7.

⁹ Se t.ex. Bertil Bengtsson, i En problematisk grundlagsändring i SvJT 1994 s. 920 ff. och Staffan Vängby, i Till frågan om 2 kap. 18 § andra stycket regeringsformen i SvJT 1996 s. 892 ff.

¹⁰ Prop. 1993/94:117 s. 17.

¹¹ SOU 1996:103, del 1 s. 623 f.

1999 års författningsutredning som bl.a. hade till uppgift att lämna ett förslag på ny lydelse med anledning av tolkningsproblemen som uppstått, enades inte om något förslag.¹²

Vid grundlagsrevisionen 2010 stärktes äganderättsskyddet ytterligare genom att det infördes en rätt till full ersättning vid expropriationer istället för som tidigare att ersättning skulle utges för förlusten.¹³ Likaså (som del av den politiska kompromissen) begränsades ersättningsrätten uttryckligen för vissa rådighetsbegränsningar; de som sker på grund av hälsoskydd, miljöskydd och skydd för säkerhet skulle regleras särskilt i vanlig lag. De rättsliga problem som fanns – och som HD:s dom som här behandlas rörde – med anledning av förändringen 1995 var därmed korrigerade av lagstiftaren.

3 Äganderätten enligt regeringsformen i svensk rättspraxis

Trots den successiva grundlagsförstärkningen av äganderätten som skett alltsedan 1974 är det få fall som behandlats i domstol rörande rättighetens omfattning och närmare innebörd. Fram till 1990-talet förekom i princip ingen sådan praxis vilket är i linje med hur det såg ut för rättighetsskyddet i stort på domstolarna.¹⁴ Den praxis som fanns var försiktigt hållen och få underkännanden ägde rum. Fram till 2011 fanns också det så kallade uppenbarhetsrekvisitet kvar i RF 11 kap. 14 § vilket är en av förklaringarna till att rättighetsskyddet allmänt inte hade så stor betydelse i rättspraxis. Likaså hade inte europarätten gjort sitt inträde i svenskt rättsliv vilket förändrade prövningarna i domstol. Nedan ger jag några exempel på rättsfall där regeringsformens äganderätsreglering återopats. Det finns flera mål – men inte många – i vilka också Europakonventionens äganderättsskydd behandlas. Dessa förbigås i denna framställning.

Ett mål från 1992 rörde det fria handredskapsfisket som infördes på 1980-talet i vissa vatten.¹⁵ Frågan gällde bl.a. om det var i strid med grundlagsstadgandet – som vid den tiden enbart uttryckte en rätt till

¹² SOU 2001:19 s. 111.

¹³ SOU 2008:125.

¹⁴ Se t.ex. Åhman, K, Normprövning – Domstols kontroll av svensk lags förenlighet med Regeringsformen och europarätten 2000–2010, Norstedts Juridik, 2011 s. 44–64.

¹⁵ NJA 1992 s. 337.

ersättning vid expropriation eller annat sådant förfogande – att vissa som fick vidkännas begränsningar i sin fiskerätt blev utan sådan rätt. HD menade att det var osäkert om regeln ens var tillämplig på dessa förhållanden eftersom ingen överföring av äganderätt skedde och det i vart fall därför omöjligt kunde vara fråga om någon uppenbar stridighet med grundlag. Frågan som ställdes i målet var dock om lagstiftningen skulle åsidosättas jämligt RF 11 kap. 14 § vilket sålunda besvarades nekande.

I två mål från Regeringsrätten 1996 erkändes proportionalitetsprincipen och dess betydelse för äganderätten, men RF 2 kap. 18 § gavs inget större inflytande i målen.¹⁶

I det så omskrivna Barsebäck-målet från 1999 bedömdes avvecklingen av kärnkraften utifrån bl.a. samma stadgande.¹⁷ Detta mål var det första under RF 1974 där rättigheten ur mer principiell innebörd kom att prövas av en av de högsta domstolarna. Regeringsrätten prövade i ett mål om rättsprövning om det fanns ett angeläget allmänt intresse att påbörja avvecklingen av kärnkraften, vilket befanns vara fallet med hänsyn till riksdagens beslut som ett led i omställningen av energipolitiken. Likaså prövades om ersättningsreglerna höll måttet enligt grundlagen, vilket också befanns vara fallet, trots att målet i sig inte rörde sig om ersättningsomfattning eller dylikt eftersom den frågan skulle avgöras senare.

I ett mål från 2007 rörde det sig återigen om ersättningsrätt men för upplåtelse av ledningsrätt för så kallade optokablar inom utrymme för befintliga kraftledningar.¹⁸ I 13 § ledningsrättslagen (1973:1144) hänvisades till expropriationslagens (1972:719) ersättningsregler. HD tolkade lagstiftningen grundlagskonformt:

Målet gällde om det intrång som var ifråga kunde anses påverka fastighetens marknadsvärde och att därmed ersättning enligt expropriationslagen skulle utgå. Enligt HD tillförsäkrade RF 2 kap. 18 § ersättning för varje förlust ”om än inte alltid fullt ut – även om den är helt obetydlig.” Domstolen gick igenom expropriationslagens ersättningsprinciper mot bakgrund av RF vilka bl.a. föreskrev ersättning för intrång om marknadsvärdet på fastigheten hade minskat. Domstolen slog fast att ersättning skulle utgå för ekonomisk skada, trots att det inte gick att se om marknadsvärdet hade sjunkit: ”Emellertid får de tidigare citerade motivuttalandena om påverkan på marknadsvärdet vid små intrång läsas i belysning av den grundlagsfästa

¹⁶ RÅ 1996 ref. 44 och 56.

¹⁷ RÅ 1999 ref. 76.

¹⁸ NJA 2007 s. 695.

rätt till ersättning som numera kommer till uttryck i 2 kap. 18 § andra stycket första meningen RF. Det står då klart att ersättning för intrång skall utgå även vid en sådan mindre skada där en skillnad i marknadsvärdet före och efter intrånget inte kan fastställas men en ekonomisk skada, om än obetydlig, kan konstateras. Bestämmelsen om ersättning i 4 kap. 1 § expropriationslagen vid expropriation av en del av en fastighet får därmed anses nå upp till grundlagens krav.” Enligt en tolkning av HD i målet från april (para. 17) i år, konstaterade HD 2007 ”att om en lagbestämmelse inte når upp till den nivå som grundlagen kan anses kräva, det har ansetts att ingreppet medförde en ersättningskyldighet till det belopp som grundlagsregeln får anses minst kräva...”

I ett mål från 2013¹⁹ som rörde beslut om markanvisning enligt mineralagen (1991:45) behandlades bl.a. osäkerhetsfaktorer rörande fastighetsägarens förfogandemöjligheter i framtiden i samband med ett sådant beslut trots att det fanns en rätt till ersättning enligt lagen. Detta eftersom koncessionshavarens mineralutvinning också skulle prövas enligt MB:s regler och att det därmed kunde uppstå viss diskrepans mellan de olika besluten vad avser t.ex. tiden för olika tillstånd som skulle meddelas. Stred denna osäkerhet mot skyddet för äganderätten?

Här fann HD att det inte förelåg någon konflikt med äganderättsskyddet. Någon utförligare materiell prövning gjordes dock inte. Frågan prövades istället mot Europakonventionens äganderättsskydd och relevant praxis varvid även detta skydd ansågs upprätthållas och domstolen fastställde därför beslutet om mineralanvisning.

Slutligen omnämndes allmänt skyddet för äganderätten som ett av samhällets grundläggande intressen i ett oväntat sammanhang nämligen vid utvisning på grund av brott i ett nyligen avkunnat mål:²⁰

”Straffbestämmelserna om stöld syftar till att värna respekten för äganderätten. Utan tvekan är det ett grundläggande samhällsintresse att äganderätten skyddas. Brott som innefattar ett angrepp mot äganderätten kan alltså ligga till grund för beslut om utvisning även av EES-medborgare.”

Citatet ger ingen absolut vägledning i om domstolen syftade på den konstitutionella regleringen och de syften som allmänt bärs upp av ett sådant

¹⁹ NJA 2013 s. 300.

²⁰ Högsta domstolens dom 2014-06-03, mål B 1310-14, punkten 23.

skydd, eller om den särskilt menade enskilds ägande ur ett civilrättsligt perspektiv. Citatet ger – enligt min uppfattning – visst fog för att domstolen hade det vidare konstitutionella perspektivet för ögonen.

4 Domen

Bakgrund och parternas talan: HD:s dom rörde frågan om staten skulle förklaras vara ersättningsskyldig direkt på grund av utformningen av RF 2 kap. 18 § eftersom förordningen (FIFS 1997:12) om fisket inom Torne älvs fiskeområde saknade en sådan ersättningsrätt.

I tidigare fall (som domstolen redovisade) slogs inledningsvis fast att de (förra) regler som beslutats av Gränsälvskommisionen inte kunde tillämpas eftersom de inte meddelats i enlighet med RF:s krav (NJA 1996 s. 370), att 3 kap. 7 § skadeståndslagen inte utgjorde hinder mot att pröva en talan om fel och försummelse vid myndighetsutövning (NJA 2000 s. 637), att staten var skyldig att betala ersättning för den skada som i rättsfallet aktuella fiskare kunde ha lidit till följd av regeringens (i NJA 1996 s. 370) grundlagsstridiga bemyndigande och slutligen att ersättning i fallet inte kunde utgå i enlighet med skadeståndsrättsliga principer (NJA 2010 s. 8).

Klagandena anförde att staten var skyldig att ersätta dem för deras respektive inkomstförlust som tillämpningen av 1997 års förordning hade förorsakat dem. De menade att den vid tiden gällande regleringen i RF om ersättning för vissa rådighetsbegränsningar gav dem denna rätt.

Staten genom JK invände att enskilda inte kunde grunda någon direkt ersättningsrätt på RF 2 kap. 18 § och att begränsningarna i vart fall gjorts av hänsyn till hälso- och miljöskydd varför någon ersättningsrätt materiellt sett inte förelåg. Någon pågående markanvändning hade inte heller avsevärt försvårats eller det hade inte uppstått någon tillräckligt betydande skada.

Domskälen: HD inledde med att gå igenom äganderättsregleringen i regeringsformen och dess historik som var av relevans i målet. Därefter konstaterade den att det fanns en – i svensk rätt – rättsgrundsats om ersättning vid rådighetsinskränkningar. Slutligen gjorde den sin bedömning i fallet.

När det gäller äganderättsregleringen beskrev HD lagstiftningsärendet när ersättningsrätten utvidgades 1995 till att omfatta vissa rådighetsinskränkningar och det som angavs i förarbetena (prop. 1993/94:117 s. 17 f.) vid tillfället. Likaså redovisades delar av den diskussion om hur

den nya lydelsen skulle tolkas. Bland annat angavs att det hävdades att 18 § enligt sin ordalydelse innebar en rätt till ersättning oavsett anledningen till att det allmänna inskränkte användningen av mark eller byggnad. Regeringen menade tvärt emot att någon bokstavstolkning inte skulle råda utan att ändamålssynpunkter skulle ges möjligheter att inverka vid lagtolkningen.²¹ I samband med författningsutredningen – fortsatte HD – kunde man inte komma fram till någon gemensam lydelse i syfte att tydliggöra och precisera ersättningsreglerna.

Härefter konstaterade HD att ersättningsregeln i första hand vände sig till lagstiftaren ("vara tillförsäkrad"). Den konstaterade också att regeln fått en utformning som inte stämde överens med lagstiftarens syften och att syftet varit att ett antal förbehåll skulle gälla avseende ersättningsrätten vid rådighetsinskränkningar. Ersättningsregeln skulle fungera dels som underlag för tolkning av oklara regler, dels också som ett uttryck för en allmän rättsgrundsats om ersättning i vissa fall.

Innehållet i rättsgrundsatsen var enligt HD å den ena sidan att det vid ingrepp som syftade till hälsoskydd, miljöskydd eller säkerhetsskäl inte skulle utgå ersättning. Å den andra sidan skulle ersättning ändå utgå i dessa fall om ingreppet var nödvändigt för att uppnå det önskade resultatet och att det vid en avvägning fick anses rimligt att den enskilde inte ensam skulle bära kostnaderna.²² Om ingen vägledning gavs om ersättning fick en proportionalitetsbedömning i det enskilda fallet göras varvid domstolen hänvisade till Europakonventionens skydd. Vid en sådan kunde t.ex. hänsyn till den enskildes intressen beaktas inom ramen för kvalifikationskravet på ersättning i 18 §: Berodde begränsningen på omständigheter utanför dennes kontroll och drabbades denne särskilt hårt, var frågor man enligt domstolen borde ställa sig.

Härefter fann HD i sin bedömning av fallet framför sig att förordningen i det skick den gällde för klagandena förbjöd viss typ av fiske och att regleringen hade sett lite olika ut under åren. Syftet var att skydda den vilda laxen. Eftersom det inte angavs någon ersättningsrätt fick "frågan" avgöras utifrån den allmänna rättsgrundsatsen om rätt till ersättning vid rådighetsinskränkningar i vissa fall. I domens punkt 23–24 anges de avgörande faktorerna som domstolen fäste vikt vid för en ersättningsrätt:

- (1) Syftet var inte att avvärja risker mot miljön utan att *bevara* miljön.
- (2) Fiske hade bedrivits under mycket *lång tid* i det aktuella området

²¹ Prop. 1997/98:45 Del 1 s. 563 f.

²² Jämför SOU 2013:59.

utan några begränsningar. (3) Klagandena var *beroende av fisket för sin försörjning* och hade inrättat sina liv därefter. (4) De hade här till *inte kunnat förutse* fiskeförbudet en gång i tiden när fastigheterna förvärvades. Proportionalitetsbedömningen uttrycktes enligt följande: ”Fiskerestriktionerna utgjorde en så väsentlig begränsning i den verksamhet som klagandena hade byggt upp med användning av sina enskilda mark- och vattenområden att det måste anses råda ett klart missförhållande mellan det allmännas fördel av rådighetsinskränkningen och den belastning som denna medförde för klagandena.” Det framstod därför inte ”som rimligt att inskränkningen av klagandenas rådighet till sina områden ska kunna göras utan att någon ersättning utgår för den förlust som restriktionerna har orsakat dem.” Ersättning skulle därför utgå direkt på grund av 18 §.

5 Vilken betydelse har domen för äganderättskyddet och för skyddet av grundläggande rättigheter i regeringsformen?

Några iakttagelser kan göras med anledning av domen. Några av dem angav jag inledningsvis.

(1) Den är välkommen eftersom den ger svar på hur ersättningsrätten i den tidigare regleringen ska tolkas och tillämpas.²³ Vilken innebörd ska denna rättsgrundsats ha (att ersättning ska utgå dock med vissa väsentliga undantag)? Här bekräftar domstolen den utredning som år 2013 behandlade ersättningar vid rådighetsinskränkningar.²⁴ Den synes t.ex. använda de grundläggande principer för ersättningsrätt som anges i denna utredning.

(2) Den ger också tydligt besked om att ersättningsrätt kan utgå direkt med regeringsformen som grund. Detta besked är i och för sig inte så dramatiskt med tanke på hur europarätten har ”tvingat” svenska domstolar att tolka om svensk rätt.

(3) Slutligen stärker domstolen på ett mer principiellt plan skyddet för denna rättighet. Inte så mycket på grund av sina formuleringar som på grund av domens effekt: Har lagstiftaren bedömt att ingen ersättning ska utgå kan domstolen underkänna denna bedömning och fylla ut den reglering som saknar sådan ersättningsrätt. Principiellt stärks också skyddet

²³ Jämför Bengtsson, fotnot 3.

²⁴ SOU 2013:59.

eftersom domstolen klargör vilka principer som ska ligga till grund för en ersättningsrätt. Bland annat betonas kravet på proportionalitet liksom rättssäkerhet (fisket hade pågått under lång tid utan begränsningar, de hade inrättat sina liv efter fisket och hade inte kunnat förutse begränsningarna). Innebörden av allt detta påminner om den sedan länge etablerade europarättsliga principen om att enskildas legitima förväntningar åtnjuter skydd mot oproportionerliga ingrepp. Avsaknad av ersättning är en sådan faktor som kan medföra att ingreppet blir oproportionerligt.

(4) HD svarar däremot *inte* direkt på den intressanta fråga som var så omdebatterad i samband med grundlagsrevisionen 1995: Hur ska grundlagen tolkas när lagstiftaren genom förarbetena ger uttryck för en uppfattning om en viss tolkning som inte direkt kommer till uttryck i grundlagstexten? Domstolen skrev att regeln gav anvisningar för tolkning av oklara lagregler (avseende ersättning) och att den gav uttryck för en allmän rättsgrundsats om ersättning i vissa fall. Med ett elegant hopp (över denna mina) formuleras sedan istället en ny regel – oavsett lydelsen i 18 § och oavsett förarbetena – som tydligt bygger på konventionsrättsliga resonemang och som ger uttryck för en sund kompromiss i den tidigare heta debatten om lydelsens innebörd.

(5) Anmärkningsvärt nog anges det inte heller något i domen om lagprövning överhuvudtaget och att domstolen underkänner tillämpningen av en förordning såsom grundlagstridig eftersom den saknar ersättningsrätt. Istället får man uppfattningen att den tolkar fram (grundlagskonformt) hur ersättningsrätten i fallet ska se ut och att det snarast rör sig om skadeståndsjuridik (vilket det *också* i och för sig handlar om). Den oinvidge skulle kunna missta sig på domens betydelse ur ett mer principiellt och konstitutionellt perspektiv: *Den är en av få svenska domar genom vilken skyddet för äganderätten i RF 2 kap. 15 § får en materiell och stärkt betydelse!*

(6) Det nämns inget heller om att det i *lagen* (som gav delegationsrätten) borde ha angetts en ersättningsrätt allt enligt vad som anges i regeringsformen (både då och nu). Frågan om ersättning har ansetts så betydelsefull att den ska framgå av lagen i formell mening, och inte av en förordning.

Slutligen, innebär domen något mer allmänt för skyddet av grundläggande rättigheter? Samma dag som domen kom avkunnades också en dom rörande en grundlagsstridig avregistrering av medborgarskap.²⁵ HD

²⁵ NJA 2014 s. 323.

angav där i ganska korta ordalag att skadestånd för denna olagliga avregistrering, som *de facto* medförde förlust av medborgarskapet, skulle utgå. Trots avsaknad av lagstöd. Även genom detta mål förstärktes rättighets-skyddet materiellt. Båda målen ger uttryck för domstolens rättsskapande verksamhet – man vägrar inte bara tillämpning utan fyller ut lagen med det innehåll som saknas – allt i enlighet med vad som angavs i förarbetena i samband med grundlagsrevisionen 2010 då uppenbarhetsrekvisitet togs bort. Det finns med andra ord en tydlig trend – som också kan ses tillsammans med Manga-målet – att ta lagstiftaren på orden. En annan trend som också är märkbar genom dessa mål är att HD alltmer hämtar inspiration från konventionsrätten. Allt i syfte – som man får förstå – att ta över rollen som de grundläggande rättigheternas väktare.

Forskningens frihet

1 Inledning

Genom 2010 års revidering av regeringsformen infördes ett särskilt stadgande i RF 2 kap. i syfte att värna forskningens frihet.² I nu gällande lydelse av regeringsformen anges i RF 2 kap 18 § 2 st. att ”forskningens frihet är skyddad i bestämmelser som meddelas i lag”. I samband med att forskningens frihet fördes in som ett grundlagsstadgande i regeringsformen antogs också ett särskilt stadgande i RF 2 kap. 25 § 9 p. Där står att läsa att i fråga om forskningens frihet får utländska medborgare särbehandlas endast om det är särskilt angett i lag.³

I uppsatsen diskuteras de skäl som anges i förarbetena till den nya grundlagsbestämmelsen och satt i relation till utvecklingen på forskningsområdet i EU. Angående denna kan noteras att nya artiklar har tagits in i EU-fördraget, EU:s egen stadga om grundläggande rättigheter har antagits samtidigt som antalet riktlinjer av mindre bindande slag – ur ett juridiskt perspektiv – ökat markant. Den enskilde forskaren befinner sig i en mer komplex juridisk verklighet än vad som någon gång tidigare varit fallet.

¹ Författaren är knuten till BBMRI.se, vars forskning finansieras av Vetenskapsrådet. Finansören har inte haft någon påverkan på innehållet i eller utformningen av artikeln.

² Prop. 2009/10:80 En reformerad grundlag, s. 191 ff.; SOU 2008:125 En reformerad grundlag, s. 458 ff.; bet. 2009/10:KU19, rskr. 2009/10:304, bet. 2010/11:KU4, rskr. 2010/11:21.

³ Prop. 2009/10:80 s. 193.

2 Självständighet, autonomi och ideal – svenska utgångspunkter

I förarbetena till grundlagsstadgandet lyfts fram att forskningens frihet består av två delar, den individuella akademiska friheten, dvs. den enskilde forskarens ställning, och den institutionella autonomin.⁴ Den institutionella autonomin, universitetens och högskolornas självständighet, har vid flera tillfällen förklarats vara ett skydd för den fria forskningen.⁵ Men forskningens frihet definieras också som den enskilde forskarens rätt och reella möjlighet att välja inriktning på sin forskning, formulera sina frågeställningar, avgöra vilka metoder som ska användas för att besvara frågorna, genomföra sina projekt och sedan formulera och offentliggöra sina resultat.⁶ Ett yttersta värn för forskningens frihet återfinns också i de stadganden som gäller vissa grundläggande rättigheter. Tryckfriheten, yttrandefriheten, informationsfriheten, åsiktsfriheten såsom de kommer till uttryck i tryckfrihetsförordningen, yttrandefrihetsgrundlagen och regeringsformen bidrog vid tidpunkten för grundlagsrevideringen och bidrar fortsatt till att skydda forskningens frihet som utgör en del av nämnda rättigheter.⁷ Det kommer också till uttryck i hur möjligheter till begränsningar av rättigheter. I regeringsformen framkommer att vetenskapliga angelägenheter skall beaktas vid begränsningar av yttrandefriheten och informationsfriheten (RF 2 kap. 23–24 §§). Det anförda innebär att den vetenskapliga friheten inte var skyddad som en särskild rättighet i grundlag utan snarare som en del av yttrandefriheten och informationsfriheten. Materiella bestämmelser som direkt tar sikte på att skydda forskningens frihet fanns och finns i vanlig lag.

Regeringen betonade vid den senaste revideringen av regeringsformen särskilt att forskningens frihet är av stor betydelse för ett demokratiskt samhälle, inte minst för möjligheterna till opinionsbildning, och hänvi-

⁴ Se även Marcusson, L, Akademiskt ledarskap i nordiskt ljus, Undring og erkjennelse. Festskrift til Jan Fridthjof Bernt, Bergen, Fagbogforlaget, 2013, s. 389.

⁵ SOU 2008:125 s. 458 med hänvisning till SOU 1997:57 I medborgarnas tjänst – en samlad förvaltningspolitik för staten, s. 58 f.

⁶ Marcusson, L, Den akademiska friheten och lagen, Festskrift till Fredrik Sterzel, Uppsala, Iustus Förlag, 1999, s. 14; Marcusson, L, Rättslig reglering för självständiga universitet, Festskrift till Johan Hirschfeldt. Uppsala, Iustus Förlag, 2008, s. 235–244; Marcusson, L, Akademiskt ledarskap i nordiskt ljus, Undring og erkjennelse. Festskrift til Jan Fridthjof Bernt, Bergen, Fagbogforlaget, 2013, s. 389–402.

⁷ Bull, T & Sterzel, F, Regeringsformen – en kommentar, SNS förlag, 2010, s. 94.

sade till att riksdagen har slagit fast att staten har ett särskilt ansvar för att garantera denna frihet.⁸ I högskolelagen (1992:1434) stadgas i 1 kap. 6 § att forskningsproblem får väljas fritt, att forskningsmetoder får utvecklas fritt och att forskningsresultat får publiceras fritt. I förarbetena till bestämmelsen angavs att principen om forskningens frihet var så avgörande för forskningens villkor att den liksom tidigare borde ges karaktären av lag (prop. 1992/93:1 s. 33). Högskolelagen är tillämplig på universitet och högskolor under statligt, kommunalt eller landstingskommunalt huvudmannaskap (1 kap. 1 § högskolelagen). I 5 kap. 6 § högskolelagen anges att regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer får meddela ytterligare föreskrifter angående högskolan, vilket högskoleförordningen (1993:100) är ett resultat av.

Såväl regeringen som grundlagsutredning ansåg att det var mindre lämpligt att i grundlag ange hur skyddet för forskningens frihet ska vara utformat. Istället föreslogs att det skulle vara riksdagens uppgift att i lag bestämma innehållet i detta skydd, vilket också blev resultatet i RF 2 kap. 18 § 2 st. Den innebär att riksdagen inte kan upphäva bestämmelsen i 1 kap. 6 § högskolelagen utan att ersätta den med en annan lagbestämmelse som erbjuder skydd för forskningens frihet.⁹

Den andra delen av forskningens frihet, den institutionella autonomi (högskolornas självständighet) berördes till viss del av såväl Grundlagsutredningen som av regeringen. Grundlagsutredningen menade att ett sätt att förstärka universitetens och högskolornas självständighet kunde vara att i regeringsformen ställa upp ett krav på att föreskrifter på detta område ska meddelas i lag. Utredningen anförde att förslaget fokuserade på bestämmelser om grunderna för universitetens och högskolornas organisation samt om deras befogenheter i övrigt och om deras åligganden. På så sätt kunde universitetens och högskolornas självständighet stärkas gentemot regeringen vilket i sin tur skulle leda till ett kraftfullare skydd för forskningens frihet och en tydligare markering av att det grundläggande demokratiska inflytandet säkerställs.¹⁰

⁸ Prop. 2009/10:80 s. 191 f., med hänvisning till prop. 1998/99:94, bet. 1999/2000:UbU3, rskr. 1999/2000:9.

⁹ Genom att normgivningen ska ha karaktär av lag finns inte utrymme för regeringen att meddela föreskrifter på detta område bortsett från rena verkställighetsföreskrifter.

¹⁰ SOU 2008:125 s. 460 f. Utredningen ansåg också att just denna fråga, hur högskolor och universitet skall regleras, borde tas upp i anslutning till Autonomiutredningens arbete, ibid. Se också Riksrevisionens rapport Att styra självständiga lärosäten (RiR 2012:4) och regeringens skrivelse i anledning därav, Rskr. 2011/12:170.

Regeringen understryker också i förarbetena att forskningens frihet samtidigt innebär att ett stort ansvar läggs på forskarna. Forskarna måste själva verka för kvalitet i forskningen och för att resultaten kommer samhället till godo. De har också, menar regeringen, ett ansvar för att upprätthålla av samhället godtagbara etiska principer för val av forskningsobjekt, metoder och användning av resultaten.¹¹ Högskolan har likaså ett stort ansvar för att principer om forskningens frihet respekteras. Men regeringen föreslår således inte en särskilt stark institutionell eller innehållsmässig reglering av forskningens frihet. Följden av det blir då också att resurstilldelning och villkor som ställs av t.ex. forskningsfinansiärer, uppdragsgivare och samarbetspartner kan ange ramar för forskningen.¹²

Det finns således en ovilja att materiellt och substantiellt reglera forskningens frihet, vilket kan utgöra ett hot mot förverkligandet av friheten då friheten blir lätt att påverka och styra. Dessutom riktar sig regleringen främst till lagstiftaren, vars möjligheter att styra förverkligandet av friheten är begränsade. De lagar som är antagna i syfte att förverkliga och garantera forskningens frihet måste leva upp till de minimikrav som uppställs i regeringsformen, t.ex. 1 kap. 2 § och 2 kap. 23 §.

3 Reglering av forskning i internationell rätt

Den nya regleringen i RF 2 kap. motiverades delvis av att andra länders grundlagar innehåller ett motsvarande frihetsstadgande.¹³ I den internationella rätten, bortom EU-rätten, finns en stor mängd dokument som på olika sätt har koppling till den folkrättsliga status som forskningens frihet kan sägas ha. Det är fråga om både ”hard” och ”soft law”. Redan i FN:s allmänna förklaring från år 1948 anges i artikel 27 en rätt ”to share scientific advancements and benefits”. I artikel 15.3 FN:s konvention om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter (IKESKR) följer en skyl-

¹¹ Prop. 2009/10:80 s. 192.

¹² Prop. 2009/10:80 s. 192. Den föreslagna bestämmelsen innebar inte heller att det ställs krav på att all forskningsverksamhet som bedrivs i statlig, kommunal, landstingskommunal eller enskild regi måste omfattas av lagstiftning om skydd för forskningens frihet. Sedan stadgandet trätt i kraft, har också den s.k. autonomireformen förverkligats, prop. 2009/10:147 En akademi i tiden – ökad frihet för universitet och högskolor. För en kommentar se Marcusson, L, Akademiskt ledarskap i nordiskt ljus, Undring og erkjennelse, Festskrift til Jan Fridthjof Bernt, Bergen, Fagbogforlaget, 2013, s. 395.

¹³ Särskilt nämns 16 § i Finlands grundlag och artikel 5.3 i Tysklands grundlag, se SOU 2008:125 s. 459 f.

dighet för staterna att respektera ”the freedom indispensable for scientific research and creative activity”. Denna kompletteras av artiklarna 15.1 b), c) och 15.2.¹⁴ Vi kan utläsa av artikeln att konventionsstaterna åtagit sig att vidta åtgärder för utveckla och sprida vetenskap, även i internationellt samarbete.

I Europarådets Biomedicinkonvention behandlas de rättigheter som är särskilt viktiga att respektera inom ramen för medicin och biomedicin – för hälso- och sjukvård såväl som för forskning.¹⁵ Till denna konvention har ett tilläggsprotokoll med förklaringar fogats.¹⁶ Konventionen innehåller artiklar som syftar till att garantera att behandling ges och forskning bedrivs på ett sådant sätt att ett informerat samtycke är förhanden (artiklarna 5–9) och att personlig integritet och rätten till information säkerställs (artikel 10). Europarådets parlamentariska församling har anfört att den akademiska friheten för forskare och andra samt den institutionella autonomin behöver anpassas för att möta dagens förhållanden men att dessa principer också bör bli återbekräftade och garanterade i lag, företrädesvis i grundlag.¹⁷

På området för biomedicinsk forskning finns dessutom en enorm mängd dokument av *soft law*-karaktär som främst rör bioetiska frågor. Det är Världshälsoorganisationen (WHO) och Europarådet som varit de

¹⁴ General Comment No. 17, The right of everyone to benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he or she is the author (article 15, paragraph 1 (c), of the Covenant), E/C.12/GC/17, 12 januari 2006.

¹⁵ Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, CETS 164, 1997. Se särskilt artiklarna 5 och 6.

¹⁶ Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, concerning Biomedical Research, Strasbourg, CETS 195, 2005. Se också de tillhörande förklaringarna från Council of Europe Committee of Ministers, Explanatory Report to the Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine. Se också Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine concerning Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin, CETS 186, 2002, Additional Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine, on the Prohibition of Cloning Human Beings, CETS 168, 1998, samt 2008 års Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine concerning Genetic Testing for Health Purposes, CETS 203 (ännu ej i kraft).

¹⁷ Academic freedom and university autonomy. Recommendation 1762 [2006] from the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, vilket framförs i SOU 2008:125 på s. 459 f.

mest aktiva organisationerna på området. WHO har till exempel tagit fram 'Guidelines for obtaining informed consent for the procurement and use of human tissues, cells and fluids in research'. Men även olika sorters intresseorganisationer har bidragit till den omfattande mängd av regler som idag är verklighet för forskarna i biomedicin. Exempel på betydelsefulla dokument som till exempel World Medical Association har arbetat fram är Helsingforsdeklarationen "Ethical Principles for Medical Research Involving Human Subjects"¹⁸. Världshälsoorganisationen har tillsammans med Council for International Organizations of Medical Science (CIOMS) tagit fram olika riktlinjer och rekommendationer såsom 2002 års International Ethical Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects och International Ethical Guidelines for Epidemiological Studies från år 2008.¹⁹

Många av de regler som är av soft law karaktär kan kopplas till mänskliga rättigheter, dvs. hard law. Kravet på informerat samtycke, såsom det framkommer, i t.ex. avsnitt 4.B the OECD Guidelines for Human Biobanks and Genetic Research, har ju ytterst var och en rätt till personlig integritet och rätt till mänsklig värdighet som motsvarande bindande rättighet. I FN:s internationella konvention om medborgerliga och politiska rättigheter är också klart och tydligt formulerat att medicinska eller vetenskapliga experiment är förbjudna utan den enskildes uttryckliga samtycke.²⁰ Detta förbud är så pass viktigt att det också uttryckligen inte medges någon möjlighet för konventionsstaterna att göra undantag från det, inte ens i nödsituationer.²¹

För den som deltar i forskning och för den som forskar finns förstås en mängd andra regler att respektera och som garanterar individuella rät-

¹⁸ Se också WMA Declaration on the Rights of the Patient, 1981, WMA Statement on Patient Advocacy and Confidentiality, 2003, WMA Declaration on Ethical Consideration Regarding Health Databases, 2002, WMA Statement Concerning The Relationship Between Physicians and Commercial Enterprises, 2004 and WMA Statement on Genetics and Medicine, 2005, för mer information se www.wma.net.

¹⁹ För en genomgång och beskrivning av de riktlinjedokument som har särskild betydelse för forskning som relateras till biobanker, se Reichel, J, BBMRI-ERIC – an analysis of a multi-level institutional structure in the EU and beyond, i: Lind, A-S & Reichel, J, (red.) Administrative Law beyond the State – Nordic Perspectives, Liber, 2013, s. 85–121.

²⁰ General comment No. 20: Article 7 (Prohibition of torture, or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment), 1992, p. 7. Beslutsförmögna lyfts fram som en särskilt utsatt grupp i det sammanhanget.

²¹ Artikel 4 (2) IKMPR. Se General Comment No. 29: Article 4: Derogations during a state of emergency.

tigheter. För svenskt vidkommande är särskilt europeiska konventionen till skydd för de mänskliga fri- och rättigheterna samt Europarådets reviderade sociala stadga av betydelse. De innehåller bindande regler vilka Sverige åtagit sig att förverkliga. Vad gäller skyddet för mänsklig värdighet, personlig integritet och hälsa är således dessa dokument centrala. Det är dock anmärkningsvärt att det finns en sådan mängd regler av soft law-karaktär på det forskningsetiska området, när det till syvende och sist handlar om hur känsliga situationer där mänskliga rättigheter ska hanteras. Det kanske är så att forskningen ofta i sig, per se, är så känslig att det är politiskt svårt för lagstiftare att bestämma bindande regler som skall reglera den. Samtidigt består forskarsamhället av en mängd olika aktörer och en betydande makt återfinns hos de olika etiska kommittéer som dels fattar beslut rörande enskilda projekt, dels skapar riktlinjer och rekommendationer för forskarsamhället såväl enskilt som tillsammans med andra.²² Splittringen gör sannolikt att en genomtänkt reglering kan bli ytterst svår att förverkliga.

Forskningen ses i folkrätten som en viktig del av rätten till utbildning, i formen av akademisk frihet.²³ Den akademiska friheten inbegriper, enligt Förenta nationernas MR-kommitté, det akademiska kollektivets och dess enskilda medlemmars rätt att utföra, utveckla och förmedla kunskap och idéer genom forskning, undervisning, studier, diskussion, dokumentation, skapande och författarskap. Även den individuella rättigheten att fritt få uttrycka åsikter om sin högskoleinstitution eller det system man arbetar inom ingår i den akademiska friheten. Men även skyldigheter inkluderas i åtnjutandet av den akademiska friheten. Andras akademiska frihet måste respekteras i syfte att garantera ett rättvist samtal där olika åsikter får komma fram och att behandla alla på ett icke-diskriminerande sätt.²⁴

För att skydda den akademiska friheten menar samma kommitté att högskolorna måste vara självständiga. Autonomi definieras därvidlag som det självstyre som är nödvändigt för effektivt beslutsfattande i de institutioner som har hand om den högre utbildningen avseende deras akademiska arbete, standards och styrning. Det understryks dock att självstyret måste vara förenligt med offentligrättsliga regler och ansvarsutkrävande,

²² Se till exempel artikel 9 Council of Europe Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, concerning Biomedical Research.

²³ General Comment No. 13: The right to education (art. 13), 1999, E/C.12/1999/10.

²⁴ General Comment No. 13: The right to education (art. 13), 1999, p. 39.

särskilt om den högre utbildningen bekostas med allmänna medel. Därför måste alltid den institutionella autonomin vägas mot öppenhet och kontroll. Det understryks därför att de institutionella regler som styr dessa institutioner bör vara så öppna och inkluderande som möjligt.²⁵

4 Stort och fritt? Forskningens frihet i ljuset av EU-rättens utveckling

Regleringen i EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna lyfts fram i förarbetena till vårt nya grundlagsstadgande.²⁶ I artikel 13 EU-stadgan anges att ”konsten och den vetenskapliga forskningen ska vara fria. Den akademiska friheten ska respekteras.” Av förklaringarna till stadgan kan vi utläsa att rättigheten främst skall härledas från tanke- och yttrande-friheten såsom anges i artikel 10 EKMR.²⁷ Det är alltså fråga om ett erkännande av hur viktig och betydelsefull forskning är, men inte en särskilt kraftfull rättighet för den enskilde forskaren. Den skall utövas med respekt för artikel 1 (att människans värdighet är okränkbar och måste respekteras och skyddas) och får underkastas de begränsningar som tillåts i artikel 10 EKMR.²⁸ Men även andra artiklar i stadgan är så klart relevanta för forskningens bedrivande och verksamhet. I artikel 3 stadgas var och ens rätt till integritet inom ramen för medicin och biologi och deltagande i forskning skall grundas på informerat samtycke. Genom artikel 8 har också ett explicit skydd för personuppgifter införts, i linje med den nya artikeln 16 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF).

En annan fråga är dock i vilken utsträckning EU har befogenhet på forskningens område. Av befogenhetskatalogen i artikel 4 FEUF, artikel 4.3 FEUF, följer att unionens befogenhet på området forskning är ytterst begränsad och att den lilla kompetens EU har inte skall hindra medlemsstaterna från att få utöva sin egen kompetens. EU har, enligt samma artikel, befogenhet att besluta om och genomföra program. Det framgår

²⁵ General Comment No. 13: The right to education (art. 13), 1999, p. 40.

²⁶ SOU 2008:125 s. 460.

²⁷ Vetenskapliga yttranden i form av akademisk frihet har ett förhållandevis starkt skydd enligt artikel 10, se Europadomstolens domar *Lombardi Vallauri v. Italy* (nr 39128/05, 20 October 2010) och *Cox v. Turkey* (no. 2933/03, 20 May 2010). Se också *Bladet Tromsø* och *Stensaas v. Norway* (nr 21980/93, 20 May 1999).

²⁸ Se förklaringarna till EU:s stadga, (2007/C 303/02), 14 december 2007.

också klart att den befogenhet EU har på området inte hindrar att medlemsstaterna utövar sin befogenhet. Andan i artikel 4.3 FEUF går också igen i artikel 179 FEUF, där det stadgas att EU har som mål att stärka unionens vetenskapliga och tekniska grund genom att åstadkomma ett europeiskt forskningsområde med fri rörlighet för forskare, vetenskapliga rön och teknik och att underlätta alla forskningsinsatser som anses nödvändiga enligt andra kapitel i fördragen. Detta skall ske genom att unionen vidtar aktiviteter som kompletterar de verksamheter som redan finns i medlemsstaterna (artiklarna 180–181 FEUF). Vad som är intressant i detta sammanhang är att EU kan bilda gemensamma företag eller andra organisationer som krävs för att effektivt genomföra unionens program för forskning och teknisk utveckling, ytterst med rättslig grund i artikel 187 FEUF. Så har nu skett genom den utveckling som förordningen som etablerar en ERIC (European research infrastructure consortium) inneburit.²⁹

Dessa konsortia är egna internationella organisationer som efter ansökan av minst tre medlemsstater beslutas av kommissionen.³⁰ Genom organisationen kan medlemsstater gemensamt finansiera och genomföra forskning som skulle ha varit svår att förverkliga för en ensam medlemsstat.³¹

Även om EU:s kompetens är begränsad så kan vi alltså se hur EU väljer att skapa och lagstifta om institutionella strukturer, utifrån de begränsade

²⁹ Rådets förordning 723/2009 av den 25 juni 2009 om gemenskapens rättsliga ram för ett konsortium för europeisk forskningsinfrastruktur (ERIC-konsortium).

³⁰ ERIC behandlas i följande artiklar: Reichel, J, *BBMRI-ERIC – an analysis of a multi-level institutional structure in the EU and beyond*, i: Lind, A-S & Reichel J, (red.) *Administrative Law beyond the State – Nordic Perspectives*, Liber, 2013; Reichel, J, Lind, A-S, Hansson, MG & Litton, J-E, *ERIC – A new governance tool for Biobanking*, *European Journal of Human Genetics* advance online publication 5 February 2014; doi: 10.1038/ejhg.2014.6; Lind, A-S & Reichel, J, *Administrating Data Protection – or the Fort Knox of the European Composite Administration? Critical Quarterly for Legislation and Law*, Nr 1, s. 44–57, 2014; Lind, A-S & Reichel, J, *Regulating Cross Border Biobanking through an "ERIC"?*, *biobank SWEDEN*, mars 2013; Lind, A-S & Reichel, J, *Regulating Cross Border Biobanking*, *biobank SWEDEN*, oktober 2012.

³¹ Exempel på nu existerande ERIC är Common Language Resources and Technology Infrastructure (CLARIN ERIC) and the Survey of Health, Ageing and Retirement in Europe (SHARE ERIC), Biobanking and Biomolecular Research Infrastructure (BBMRI ERIC) och slutligen Digital research infrastructure for the Arts and Humanities (DARIAH ERIC). Mer information och en fullständig förteckning av de mer än 40 projekten finns på http://ec.europa.eu/research/infrastructures/index_en.cfm?pg=eric.

möjligheter som fördragen medger.³² Trots den begränsade kompetensen på det forskningspolitiska området, så finns en mängd åtgärder av soft law karaktär som tar sikte på organiserandet av forskning till unionens fromma.

Forskning spelar också en viktig roll i EU:s strategi för att skapa tillväxt i Europa.³³ Genom forskning och uppfinningar skall en starkare och mer hållbar tillväxt skapas. För det har EU vidtagit ett antal åtgärder för att underlätta forskning; EU-myndigheter, program och instrument skall på olika sätt underlätta forskning. Ett av dem är European Strategy Forum on Research Infrastructures, EFRSI, som skall bidra till att skapa en strategisk forskningspolitik för forskningsinfrastrukturer i Europa.³⁴ Genom olika "roadmaps" beskriver och identifierar ESFRI forskningsbehoven och utmaningarna i närtid för forskningsinfrastrukturer i Europa. I ESFRI finns de nationella kompetenta myndigheterna på forskningspolitikens område representerade. De tar också del i och intryck av de behov som identifieras på EU-nivå och dessa påverkar utvecklingen i de olika medlemsstaterna. I Vetenskapsrådets guide till infrastrukturer (motsvarigheten till ESFRI:s fast på nationell nivå) för år 2012 anges också mycket riktigt att ESFRI:s dokument är en viktig grund.³⁵ Ett av de allra första projekten som ingick i den förberedande fasen i ESFRI:s arbete och som finansierades av EU-kommissionen var Biomolecular Resources Research Infrastructure (BBMRI.eu) som syftar till att utifrån mänskliga biologiska prover studera medicinska data i syfte att kunna utföra biomedicinsk forskning utifrån hur genetiska och miljömässiga faktorer samspelar.³⁶ BBMRI.eu har idag mer än 50 medlemmar, och biobanker från mer än 30 länder är delaktiga i projektet. Svenska Vetenskapsrådet finansierar den svenska delen av projektet, BBMRI.se, och

³² Persson, V, Administrative law cooperation tools – the EGTC example, i: Lind A-S & Reichel J, (red.) Administrative Law beyond the State – Nordic Perspectives, Liber, 2013, s. 75–83 samt Reichel, J, BBMRI-ERIC – an analysis of a multi-level institutional structure in the EU and beyond, i: Lind, A-S & Reichel, J, (red.) Administrative Law beyond the State – Nordic Perspectives, Liber, 2013, s. 85 ff.

³³ Communication from the Commission, Europe 2020 A strategy for smart, sustainable and inclusive growth COM(2010) 2020 final.

³⁴ Se Beijer, M., Soft law i EU – Dess roll inom området för bioetik i EU och BBMRI, Förvaltningsrättslig tidskrift 2012, s. 135–148.

³⁵ Vetenskapsrådets guide till infrastrukturen 2012. Frågan behandlas utförligt av Reichel, J, a.a. s. 92 f.

³⁶ Se BBMRI.eu.

är därmed involverad i att både ta fram nya riktlinjer på det regionala europeiska planet och att styra forskningsinriktningen nationellt på det aktuella området.

BBMRI-ERIC etablerades i november 2013 och är tänkt att fungera som en plattform inom ramen för vilken långvariga samarbeten mellan medlemsstaterna och deras forskare kan skapas. På så sätt kan gemensamma tekniska, juridiska, etiska standarder och kriterier tas fram som bottnar i de behov forskarna har. Som plattform tjänar en ERIC också syftet att öppna upp för dialog mellan politiker, lagstiftare och forskare. Den öppnar dock inte upp för ett nytt bindande regelverk.

Även om EU-rätten inte innehåller någon direkt reglering av forskningsetiska spørsmål så har den bindande EU-rätten även på det området trots allt en inverkan. Dataskyddsdirektivet är därvidlag oerhört betydelsefullt.³⁷ Direktivet skall garantera ett högt integritetsskydd för individer samtidigt som det skall skydda den fria rörligheten av personuppgifter mellan medlemsstaterna. Därmed blir det relevant för stora delar av den medicinska forskningen, man kan svårligen föra prover över gränserna utan att också föra med personlig (känslig) data. Men de forskare som håller på med biobanker och epidemiologisk forskning har (med rätta) kommit att oroa sig för ny lagstiftning inom EU, närmare bestämt den allmänna personuppgiftsförordning som är tänkt att ersätta nu gällande dataskyddsdirektiv (95/46/EG).³⁸ Det bästa kanske inte är striktare regler, utan mer enhetliga som också går att tillämpa över nationsgränserna.

³⁷ Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data. Ett annat exempel är biopatentdirektivet. Även det sjunde ramprogrammet påverkar indirekt, då det slår fast att all forskning som bedrivs inom ramen för det skall göras i enlighet med grundläggande etiska principer. Se Decision 1982/2006 concerning the Seventh Framework Program of the European Community for research, technological development and demonstration activities ((2007–2013) [2006] OJ L412/1).

³⁸ Commission proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation), COM (2012)11 final. Se också rapportören Albrechts förslag till förändringar i European Parliament Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, Draft report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individual with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation) (COM(2012)0011 – C7-0025/2012 – 2012/0011(COD)).

Som vi har kunnat se är forskningens juridik ofta löst sammanfogad av regler av olika hierarkiska värde och av olika slag, ofta i form av soft law. Avsaknad av ursprung, politisk vilja, bristande lagstiftningskompetens och ett praktiskt behov att få till snabba lösningar har antagligen lett till mer soft law på detta område än på andra. Det kan trots – eller på grund av – detta vara svårt att få stora, internationella och komplexa forskningsprojekt att passa in i det juridiska regelverket. Den enskilde forskarens frihet och rätt att forska och söka kunskap kan krocka med andras grundläggande rättigheter, högre stående normer eller hamna i korselden mellan den nationella och europeiska rätten. Detta blir extra tydligt i fråga om autonomi och personlig integritet inom ramen för biobanksforskning. Det är t.ex. mycket svårt för en person som vill ge samtycke till att delta i biobanksforskning att till fullo ge ett informerat samtycke. Biobanksforskningen syftar, oftast, till att finna framtida kunskap på ännu icke bestämda områden utifrån provsamlingar som man ännu inte ställt några frågor till.³⁹ Om den juridiska innebörden av informerat samtycke ställer alltför höga krav kan inte sådan forskning utföras och frågan är om inte det är en förlust som överväger de ev. integritetsvinster som görs.

5 Stort och rätt? – avslutande ord

Nya tider medför nya behov. Det är kanske symptomatiskt att det i en tid av ökad juridisk pluralism och fragmentisering uppstår nya grundlagsstadganden och det är ju i sig en intressant reflektion att göra i ett sammanhang där vi blickar tillbaka på fyra decennier med den ”nya” regeringsformen. Konstitutionaliseringen av forskningens frihet inbegriper individuella grundläggande rättigheter, demokratiska och institutionella aspekter, etiska överväganden samt moraliskt och juridiskt ansvar.

De rättsliga regler som de facto formar vad som kan anses innefattas i den svenska grundlagsstadgade ”forskningens frihet” är många och av olika slag. Det internationella forskningssamarbetet regleras genom soft law-regler ofta bestämda av andra än demokratiskt tillsatta beslutsfattare, där beslutsprocesserna inte per automatik är öppna och möjliga

Europaparlamentet behandlade frågan i första behandlingen den 12 mars 2014 och ännu har inte resultatet från Rådets första läsning kommunicerats.

³⁹ Det var precis det som hände i fråga om projektet LifeGene, där Datainspektionen beslutade att stoppa forskningsprojektet då provinsamlingen inte kunde tillåtas fortgå. Datainspektionen, beslut 16 december 2011, dnr 766-2011.

att påverka eller kontrollera. Det betyder också att möjligheten att via domstol få kontrollera eller få rättelse ter sig mycket små, för såväl forskarna, forskargrupperna och de som deltar i forskningen. Med tanke på att dessa grupperingar är tillsatta bortom den demokratiska arenan idag har ett stort reellt ansvar förverkligandet av grundläggande rättigheter som knyts till den grundlagsreglerade forskningsfrihet är det intressant att notera att nya strukturer av forskningsförvaltningskaraktär växer fram. Därmed är det inte de vanliga lagstiftarna som sätter ramarna för rättigheternas materiella innehåll. En önskan hos våra politiker att låta forskningens frihet vara just fri kan i det långa loppet leda till en ofri forskning, institutionellt, materiellt och demokratiskt då gränsdragningarna görs av etiska kommittéer, expertmyndigheter eller enskilda höga expertröster. De begränsade möjligheterna att överklaga och få tillgång till domstolsprövning av de beslut som tas försvårar bilden ännu mer. Att dessa aktörers – bortom de juridiska strukturerna – uppgift skulle vara att slutligen fälla avgörandet eller göra riskbedömningar i fråga om personuppgiftshantering kan te sig främmande, men ändå en realitet.⁴⁰

Vi kan idag se att det finns en förvaltning av forskningens frihet som ligger bortom såväl den nationella rätten och till viss del den bindande, ”hårda” europarätten. Ramarna för forskningens frihet sätts därmed delvis av andra och nya beslutsfattare än de vi är vana vid. Dessa utvärderar, finansierar, reglerar och påverkar delar av forskningen. Vårt nya grundlagsstadgande bör ses i ljuset av det som lyfts fram i denna artikel. De olika regelverken, lösa eller starka, regionala eller globala, samspelar idag på ett fascinerande sätt. De får också betydelse och styrka, direkt i den nationella rätten, via den utveckling som EU-rätten står för.⁴¹ Vi får därmed anledning att återknyta till de förarbetsuttalanden som diskuterades i de inledande avsnitten i denna artikel. Regeringen anförde: ”En styrning av forskningen till att enbart ta fram eller enbart redovisa önskvärda resultat skulle strida mot forskningens själva grundidé och även vara främmande för ett öppet demokratiskt samhälle. (...) Omvänt är det genom att ge utrymme för fritt tänkande och fritt sökande efter kunskap som forsk-

⁴⁰ Se Reichel, J, *The Need for a Legitimate Regulatory Regime in Bioethics: A Global and European Perspective*, Missouri Law Review, Spring Edition, 2013.

⁴¹ Lind, A-S, *Folkkrätten i den svenska konstitutionen*, i: Österdahl, I & Stern, R, (red.) *Folkkrätten i svensk rätt*, Liber förlag, 2012, s. 147–164; Lind, A-S, *Sociala rättigheter i förändring – en konstitutionellrättslig studie*, 2009, s. 453 ff.

ningen kan bidra till samhällets utveckling.”⁴² Är det kanske så att forskningens frihet i grundlagen inte bör vara allt för fri?

⁴² Prop. 2009/10:80 s. 192.

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.

Jan Bjuvberg

Är Finansinspektionens föreskriftsmakt grundlagsenlig?

1 Inledning

I år är det 40 år sedan vår nuvarande regeringsform antogs. Under år 2004 initierades en grundlagsreform och Grundlagsutredningens arbete inleddes.¹ Enligt direktiven till utredningen var dess främsta uppgift att göra en samlad översyn av regeringsformen, med särskild inriktning på att stärka och fördjupa den svenska folkstyrelsen, öka medborgarnas förtroende för demokratins funktionssätt och höja valdeltagandet.² Denna uppsats behandlar fördelningen av normgivningsmakt, som regleras i 8 kap. RF. Avseende reglerna däri är enligt min uppfattning den viktigaste förändringen att systematiken för bestämmandet av det område inom vilket det är möjligt för riksdagen delvis har fått en ny systematik. I den ursprungliga versionen av RF fanns en uttrycklig uppräkningslista av de områden inom vilka delegation var möjlig. I den reviderade versionen räknas i stället de områden upp inom vilka delegation inte är möjligt. Jag kommer kort att återkomma till vilka konsekvenser jag anser att det får för möjligheten att delegera normgivningsmakt generellt och även

¹ Arbetet resulterade i SOU 2008:125. Ytterligare en del av reformen är Integritetsskyddskommittén betänkande SOU 2008:3.

² Det har skett ett flertal förändringar av 8 kap. RF utöver reformen under senare delen av 2000-talet. Min bedömning är dock att dessa inte har lett till annat än smärre förändringar av fördelningen av normgivningsmakt, se t.ex. Prop. 2009/10:80 s. 217. Avseende 8 kap. RF anges det i förarbetena att det är fråga om en modernisering av regleringen av normgivningsmakten. Av den anledningen använder jag ordet modernisering, när jag diskuterar förändringarna i nämnda kapitel.

specifikt för den del av detta område jag avser att behandla i uppsatsen, se nedan i avsnitt 3.

Som redan framgått avser jag att i denna framställning behandla några frågor om den nyss nämnda möjligheten att delegera normgivningsmakt, d.v.s. möjligheten att delegera rätten att besluta om *föreskrifter*. En föreskrift är en rättsregel som har tillkommit i enlighet med reglerna i 8 kap. RF. En sådan rättsregel kännetecknas av att den är bindande för enskilda och myndigheter samt generellt utformad.³ Den främsta uppgiften i 8 kap. RF är att fördela normgivningsmakten mellan riksdag och regering.⁴ Huvudprincipen är att det är riksdagen som ger ut föreskrifter i form av lag. Regeringen har dock en viss restkompetens direkt, genom bestämmelsen i 8 kap. 7 § RF. Utöver detta kan regeringen, kommuner och förvaltningsmyndigheter under riksdagen och regeringen tillerkännas normgivningsmakt genom s.k. delegation och subdelegation. Det är denna möjlighet som är föremål för framställningen, framförallt möjligheten att subdelegera normgivningsmakt till förvaltningsmyndigheter.

För att få ett grepp om delegeringsreglerna måste de läsas i ljuset av övriga regler om uppdelning av normgivningsmakt. Ett exempel på det är att 8 kap. 7 § RF stadgar att regeringen får meddela föreskrifter *som inte enligt grundlag ska meddelas av riksdagen*. Detta ska läsas tillsammans med bestämmelsen i 8 kap. 11 § RF som möjliggör för regeringen att bemyndiga en myndighet under regeringen eller någon av riksdagens myndigheter att meddela föreskrifter enligt 8 kap. 7 § RF, d.v.s. inom samma ramar som regeringens egen normgivningskompetens.

Bakgrunden till denna uppsats är ett uttalande i SOU 2009:46 om försenad årsredovisning och bokföringsbrott m.m. Uttalandet gällde en tekniskt komplicerad fråga och lösningen som förordades i uttalandet var att Finansinspektionen (FI) skulle ges ”vidare ramar” avseende fastställandet av vissa grunder för värdering av pensionsutfästelser enligt tryggandelagen.⁵ Motsvarande fråga, d.v.s. värderingen av pensionsutfästelser aktualiseras även inom redovisningsrätten, eftersom sådana utfästelser också ska åsättas ett värde i ett företags balansräkning. Uttalandet att ge FI vidare ramar avseende värderingen enligt tryggandelagen fick mig att

³ Prop. 1973:90 s. 203.

⁴ Det finns bestämmelser utanför 8 kap. RF som reglerar vissa frågor om normgivningsmakt, se t.ex. RF 11:6 3 st., som stadgar att bestämmelser om grunderna för förfarandet vid utnämningen av ordinarie domare meddelas i lag. Bestämmelserna utanför 8 kap. RF är emellertid inte av någon betydelse för denna framställning och behandlas därför inte.

⁵ SOU 2009:46 s. 121. Lag (1967:531) om tryggnad av pensionsutfästelse m.m.

fundera på vilka möjligheterna att delegera normgivningsmakt på redovisningsområdet är, med särskild inriktning på redovisning i finansiell sektor.

I 1 kap. 5–6 §§ ÅRKL⁶ respektive i 1 kap. 4–5 §§ ÅRFL⁷ återfinns vad som rubriceras som normgivningsbemyndiganden.⁸ Dessa ger regeringen eller, efter regeringens bemyndigande, FI bl.a. rätt att meddela närmare föreskrifter om löpande bokföring, årsbokslut, årsredovisning, koncernredovisning och delårsrapporter för kreditinstitut, värdepappersbolag och försäkringsföretag. Regeringen har bemyndigat FI att meddela närmare föreskrifter om bl.a. kreditinstituts, värdepappersbolags och försäkringsbolags löpande bokföring, årsbokslut, årsredovisning och koncernredovisning i 4 § p. 1 ÅRKFF.⁹ Frågan som ska behandlas i denna framställning är om dessa normgivningsbemyndiganden är förenliga med reglerna om normgivningsmakt på redovisningsområdet.

Utöver normgivningsmaktens fördelning behandlar jag ytterligare några frågor kortfattat. Gemensamt för dem är att de har en koppling till FI:s utgivning av *allmänna råd*. Inom ramen för detta ger jag min syn på hur en författning som grundats på ett grundlagsstridigt normgivningsbemyndigande bör behandlas av myndigheter och domstolar, frågan om förekomsten av allmänna råd kan ses som ett kringgående av förbudet att delegera normgivningsmakt på vissa områden och slutligen frågan om rättskällevärdet av ett allmänt råd. I denna del har jag valt att hålla mig mycket kortfattad i denna framställning, eftersom jag har behandlat dessa frågor tidigare.¹⁰

⁶ Lag (1995:1559) om årsredovisning i kreditinstitut och värdepappersbolag.

⁷ Lag (1995:1560) om årsredovisning i försäkringsföretag.

⁸ Någon motsvarande regel finns inte i bokföringslagen (SFS 1999:1078, BFL) eller i årsredovisningslagen (1995:1554, ÅRL). Bestämmelsen i 8 kap. 1 § BFL, som anger att Bokföringsnämnden (BFN) samt Finansinspektionen (FI) ansvarar för utvecklingen av god redovisningssed är inte en delegationsregel och ger alltså inte BFN och FI någon möjlighet att utfärda bindande föreskrifter enligt 8 kap. RF.

⁹ Förordning (1995:1600) om årsredovisning i kreditinstitut, värdepappersbolag och försäkringsföretag.

¹⁰ Bjuvberg, Jan, *Soft Law in the Swedish Accounting Law system*, i *Scandinavian studies in law* 2013 s. 45 ff. (cit. *Scandinavian Studies*).

2 Något om reglerna om delegation i 8 kap. RF

Normgivningsrätten brukar delas upp i *det primära området*, som omfattar det område inom vilket riksdagen lagstiftar, och *regeringens primärområde*, som omfattar det område inom vilket regeringen kan meddela föreskrifter utan bemyndigande i lag. Det primära området brukar delas upp i två delar, dels *det obligatoriska området* och dels *det delegerbara området*. Inom det obligatoriska området finns det inte någon möjlighet för riksdagen att delegera normgivningsmakten, medan detta är möjligt avseende det delegerbara området, se framförallt 8 kap. 2–5 §§ RF. Om riksdagen bemyndigar regeringen att meddela föreskrifter i ett visst ämne kan riksdagen enligt 8 kap. 10 § RF också medge att regeringen bemyndigar bl.a. en förvaltningsmyndighet att meddela föreskrifter i ämnet. Inom ramen för sitt primärområde får också regeringen delegera normgivningsmakt till bl.a. en förvaltningsmyndighet, se 8 kap. 11 § RF. De ovan nämnda reglerna i ÅRKL och ÅRFL innehåller en delegation till regeringen eller efter regeringens bemyndigande FI rätt att meddela närmare föreskrifter om bl.a. löpande bokföring, årsbokslut och årsredovisning.

Av framförallt 8 kap. 3 § framgår det inom vilken del av det primära området som riksdagen kan delegera normgivningsmakt till regeringen. Där anges att riksdagen kan delegera normgivningsmakt till regeringen avseende förhållandet mellan enskilda och det allmänna under förutsättning att föreskrifterna gäller skyldigheter för enskilda eller i övrigt avser ingrepp i enskildas personliga eller ekonomiska förhållanden och grunderna för kommunernas organisation och verksamhetsformer och för den kommunala beskattningen samt kommunernas befogenheter i övrigt och deras åligganden. Rätten att delegera förutsätter dock att det inte är fråga om annan rättsverkan av brott än böter, skatt (utom tull på införsel av varor), konkurs eller utsökning. Av detta, läst tillsammans med bestämmelsen i 8 kap. 2 § RF, kan konstateras att föreskrifter om bl.a. enskildas personliga ställning och deras personliga och ekonomiska förhållanden inbördes enbart får meddelas genom lag, d.v.s. normgivningsmakt kan inte delegeras på detta område, medan normgivningsmakt får delegeras till regeringen avseende förhållandet mellan enskilda och det allmänna under vissa förutsättningar. Den skiljelinje som dras upp av det nyss nämnda är skiljelinjen mellan vad som brukar betecknas privat- eller civilrätt respektive offentlig rätt. Innebörden av det är bl.a. att det inte är möjligt att delegera normgivningsmakt till regeringen på

privaträttens område. En följd av detta är att det inte heller är möjligt att delegera normgivningsmakt på privaträttens område till myndigheter under riksdag och regering, se framförallt 8 kap. 10 § RF.

Det är just denna uppdelning i privat- och offentlig rätt som är i blickfånget när det gäller möjligheten att delegera normgivningsmakt på det redovisningsrättsliga området och särskilt frågan om redovisningsrätten ska klassificeras som privat- eller offentligrättslig. I nästföljande avsnitt behandlas gränsdragningen mellan privat- och offentlig rätt närmare. Det ska framhållas att frågan om en regel eller norm är privat- eller offentligrättslig inte är den enda som måste besvaras för att avgöra omfattningen av det delegerbara området, eftersom det inte är möjligt att delegera normgivningsmakt inom hela det offentligrättsliga området. Det är t.ex. inte möjligt att delegera normgivningsmakt på skatterättens område. Frågan om vilka delar av offentligrätten som inte omfattas av rätten att delegera normgivningsmakt behandlas dock inte i denna framställning. När jag nedan diskuterar gränsdragningen mellan privat- och offentlig rätt är det enbart den förstnämnda uppdelningen som avses.

3 Gränsdragningen mellan privat- och offentlig rätt

Gränsdragningen mellan privat- och offentlig rätt behandlas endast kortfattat i förarbetena till RF. Det som framgår är att delegation endast kan ske inom ramen för den offentliga rätten.¹¹ Av betydelse för denna framställning är att det även framgår att näringsrätten hör till den offentliga rätten.¹²

Avgörande för gränsdragningen mellan privat- och offentlig rätt är primärt vad som kan kategoriseras som *enskild* och vad som hör till *det allmänna*, se framförallt 8 kap. 2–3 §§ RF. Skälet till det är att – som redan konstaterats ovan – det inte är möjligt att delegera normgivning avseende enskildas personliga ställning och deras personliga och ekonomiska förhållanden inbördes men att det under vissa förhållanden är möjligt beträffande normgivning avseende förhållandet mellan enskilda och det allmänna.

¹¹ Prop. 1973:90 s. 311 och Norberg, Claes, *Reglering och beskattning av banker*, Iustus Förlag 1991, s. 125 (cit. Norberg).

¹² SOU 1972:15 s. 161, prop. 1973:90 s. 310 ff., särskilt s. 311 och Norberg s. 124.

Med enskild avses normalt sett både fysiska och juridiska personer.¹³ Även statliga organ är juridiska personer och i den utsträckning som de ingår avtal m.m. som är av civilrättslig karaktär och som liknar de som ingår av "vanliga enskilda" bör även dessa kunna betraktas som enskilda i den mening som avses i 8 kap. 2 § RF.¹⁴ I normalfallet är det dock privata rättssubjekt, fysiska och juridiska, som avses med uttrycket enskild. Statliga subjekt kan äga t.ex. aktiebolag och handelsbolag. Att dessa har ett statligt subjekt som ägare innebär inte att deras karaktär av enskilt subjekt förtas.¹⁵

Till föreskrifter om enskildas personliga ställning räknas regler om enskildas rättskapacitet och rättsliga handlingsförmåga och även regler om bildande och upplösning av juridiska personer. Med föreskrifter som reglerar enskildas inbördes förhållanden avses regler som direkt kan åbe-ropas i tvister och andra rättsförhållanden mellan enskilda.¹⁶ För att en regel ska vara hänförlig till det sistnämnda området är det inte tillräckligt att den innehåller ett åliggande för en enskild som direkt är till nytta för andra enskilda. En bestämmelse som t.ex. direkt tar sikte på förhållandet mellan ett företag och dess kunder ska hänföras kategorin, men inte en regel som t.ex. tar sikte på vissa avtalsvillkor, givet att den har offentlig-rättslig karaktär och att avvikelser från regeln är sanktionerade, jfr RÅ 1980 2:69.¹⁷ Ett exempel på en sådan bestämmelse av offentligrättslig karaktär skulle kunna vara att det, baserat på en lagregel, anges i en förordning att luftgevär eller fyrverkerier inte får säljas till omyndiga.

Av förarbetena till RF framgår det att innebörden av reglerna i 8 kap. RF var att delegation enbart var möjlig inom ramen för offentligrätten.¹⁸ Innan RF moderniserades 2010¹⁹ angavs det i den då gällande 8 kap. 7 § vissa områden inom vilka riksdagen genom lag fick delegera normgivningsmakt till regeringen. Bland dessa områden nämndes *näringsverk-*

¹³ Se t.ex. SOU 1996:157 s. 137.

¹⁴ Strömberg, Håkan, Normgivningsmakten enligt 1974 års regeringsform, Juristförlaget i Lund, 1999 s. 69 och 174 (cit. Strömberg). Av RF 12:4 följer att en förvaltningsuppgift kan överlämnas åt kommuner, andra juridiska personer och enskilda individer. Dessa hamnar i någon mening i motsatt situation i förhållande till ett statligt organ som t.ex. ingår ett privaträttsligt avtal.

¹⁵ Strömberg s. 69.

¹⁶ Strömberg s. 71.

¹⁷ Se även Strömberg s. 71 f.

¹⁸ Prop. 1973:90 s. 311 Se även Norberg s. 124–125.

¹⁹ SFS 2010:1408 och prop. 2009/10:80.

samhet.²⁰ Reglering av näringsverksamhet hör till det primära området, men det fanns alltså en uttrycklig möjlighet att delegera normgivningsmakt på detta område. Vad som utgör näringsverksamhet preciserades inte i förarbetena, mer än att det angavs att köprätten inte hör till offentlighetsrätten. Det går inte att dra några långtgående slutsatser av detta uttalande, men tillsammans med uttalandet om att delegation endast är möjlig på offentlighetsrättens område kan slutsatsen dras att delegation av normgivningsmakt avseende näringsverksamhet endast är tillåten om det gäller normer av offentlighetsrättslig karaktär. Detta framgick också tydligt av systematiken innan moderniseringen av RF. Sett i ljuset av RÅ 1980 2:69 torde rätten att delegera närmast gälla begränsningar av offentlighetsrättslig karaktär, t.ex. olika former av tillståndskrav för exempelvis näringsverksamhet inom den finansiella sektorn.

I den moderniserade RF har uppräkningsområdena utmönstrats och i stället anges inom vilka områden som delegation *inte är tillåten*, se 8 kap. 3–5 §§ RF. I förarbetena till moderniseringen anges det vidare att förändringen av reglerna om delegation till regeringen inte är avsedda att medföra någon minskning av betydelse av utrymmet för delegering.²¹ Enligt min uppfattning har den ändrade systematiken inte lett till någon minskning av utrymmet överhuvudtaget, utan snarare utvidgat det. Beträffande möjligheten att delegera normgivning avseende näringsverksamhet är min bedömning att någon förändring inte har skett.²²

4 Redovisningsrätten – privat- eller offentlig rätt?²³

Avseende frågan om redovisningsrätten är privat- eller offentlighetsrättslig har det anförts att klassificeringen av den är problematisk, eftersom det är svårt att avgöra om en redovisningsrättslig regel kan åberopas av ett enskilt subjekt i en tvist med ett annat enskilt subjekt.²⁴

²⁰ Anledningen till att jag tar upp just näringsverksamhet är att redovisningsrätten i stor utsträckning träffar sådan verksamhet.

²¹ Prop. 2009/10:80 s. 222.

²² Scandinavian Studies 2013 s. 55.

²³ Detta avsnitt är till stora delar baserat på min uppsats i Scandinavian Studies och på min artikel "Bokföringsskyldighet för fasta driftställen" i SvSkT 2013 s. 563 ff.

²⁴ Norberg s. 139.

I förarbetena till 1976 års numera upphävda bokföringslag (GBFL) angavs att *bokföringslagstiftningen* är civilrättslig.²⁵ Detta ska ses i ljuset av att GBFL inte bara reglerade bokföringsfrågor utan också värderingsfrågor m.m. Avseende ÅRKL och ÅRFL angavs det i förarbetena till BFL att de i huvudsak är offentligrättsliga och att detta innebär att det finns utrymme för delegation av normgivningsmakt inom ramen för tillämpningsområdet för dem.²⁶ Något liknande uttryckligt ställningstagande gjordes inte för andra företag än företag på det finansiella området. Norberg har uttalat att regler rörande löpande bokföring och arkivering möjligen kan anses vara offentligrättsliga i den mening som avses i 8 kap. RF och att detta är en följd av att dessa regler sällan eller aldrig åberopas mellan enskilda subjekt.²⁷ Norbergs uppfattning avseende värderingsregler och regler om finansiella rapporter är emellertid att de är av privaträttslig karaktär.²⁸

En metod för att klassificera en rättsregel som privat- eller offentlig-rättslig är att analysera syftet med bestämmelsen. Kortfattat är det grundläggande syftet med redovisningsrätten att verka som borgenärsskydd, att ge ägare och andra en möjlighet att kontrollera företagets ekonomi och drift, att förse kapitalmarknaden med ekonomisk information, att förse anställda med information samt att utgöra underlag för beskattningen i inkomstslaget näringsverksamhet.²⁹ Ytterligare en funktion är att räkenskapsmaterialet ska fungera som kontrollverktyg för Skatteverket, t.ex. vid en revision. Det är tydligt att en analys av syften och funktioner med redovisningsrätten inte ger någon klar indikation om redovisningsrätten är privat- eller offentligrättslig. Skälet för det är att redovisningsrättens primära syften och funktioner är både av privat- och offentligrättslig karaktär. Norberg summerar detta med att de blandade syftena och funktionerna innebär att redovisningsrätten inte kan klassificeras i sin helhet som privat- eller offentlig rätt och att detta måste påverka den generella klassificeringen av redovisningsrätten.³⁰ Jag delar Norbergs uppfattning att redovisningsrätten är svår att klassificera. Det saknas dessutom ledning i klassificeringsfrågan i förarbetena till RF. Faktum är att redovisningsrätten inte nämns överhuvudtaget däri. En kvalificerad gissning är

²⁵ Prop. 1975:194 s. 134.

²⁶ Prop. 1998/99:130 s. 184.

²⁷ Norberg s. 140 f.

²⁸ Norberg s. 141.

²⁹ Prop. 1995/96:10 s. 174 ff. och Norberg s. 133.

³⁰ Norberg s. 139 ff.

därför att lagstiftaren inte hade redovisningsrätten i första rummet när RF kom till.

Strömberg har lanserat en modell för hur gränsdragningen mellan privat- och offentlig rätt kan göras. Den bygger i princip på att en regel som enbart kan åberopas av eller mot en representant för det allmänna är offentligrättslig. Kan regeln däremot åberopas i en tvist mellan enskilda är den enligt hans modell privaträttslig.³¹ När det gäller redovisningsrättsliga värderingsregler i ÅRL, ÅRKL och ÅRFL och även konsolideringsregler i dessa lagar är det min uppfattning att de kan åberopas i tvister mellan enskilda, t.ex. i samband med tvister rörande investeringsbeslut etc. och det är enligt min uppfattning relativt okontroversiellt att hävda att dessa regler är privaträttsliga.³² Detta gäller enligt min mening både företag i den finansiella sektorn och andra företag. Uttalandet i förarbetena till BFL som nämnts ovan är alltså enligt min uppfattning felaktigt, vid en tillämpning av Strömbergs modell för gränsdragning mellan privat- och offentlig rätt.

Andra redovisningsrättsliga regler, t.ex. om bokföringsskyldighet och arkivering i BFL kan, som Norberg påpekar i sin doktorsavhandling, möjligen anses vara offentligrättsliga. Detta motiverar han med att de sällan eller aldrig åberopas i tvister mellan enskilda.³³ Dessa regler är dessutom utformade som direktiv från det allmänna till enskilda subjekt. Enligt min uppfattning är det emellertid inte omöjligt att de kan åberopas i en tvist mellan enskilda. Att en regel de facto inte har åberopats i någon sådan tvist innebär ju inte att detta aldrig kan ske. Ett exempel när t.ex. en bestämmelse som reglerar vilka företag som är bokföringsskyldiga (2 kap. BFL) skulle kunna åberopas i en tvist mellan enskilda är när ett företag överläts och säljaren garanterar att bokföringsskyldigheten har följts.³⁴ Strömberg har emellertid anfört att det är naturligt att RF tar sikte på de mest centrala och viktiga reglerna i ett regelkomplex.³⁵ Jag uppfattar det som att han med detta avser att om t.ex. redovisningsrättens kärna är privaträttslig får det konsekvensen att hela systemet ska betraktas som privaträtt. Norberg har anfört att det möjligen kan hävdas att kärnan i den redovisningsrättsliga lagstiftningen är privaträttslig och att det kan få

³¹ Strömberg s. 174.

³² Se Norberg s. 141 för samma uppfattning.

³³ Norberg s. 140 f.

³⁴ Se vidare Bjuvberg i SvSkT s. 572 f.

³⁵ Strömberg s. 175.

betydelse för bedömningen av klassificeringen av det redovisningsrättsliga regelverket i förhållande till RF. Hans slutsats rörande detta är att det är oklart i vilken utsträckning denna bedömning bör tillmätas relevans och att detta är djupt otillfredsställande.³⁶ Jag delar Norbergs uppfattning, men anser att en lag eller ett rättsområde kan innehålla både privat- och offentligrättsliga regler och att klassificeringen alltså inte bör göras för en hel lag eller ett helt rättsområde, utan för varje enskild lagregel eller kanske till och med för varje enskild norm i en rättsregel.

Av det ovan anförda blir konsekvensen att bemyndigandena i ÅRKL och ÅRFL inte är förenliga med RF i den utsträckning som bestämmelserna i dessa lagar är privaträttsliga. I dessa delar bör bemyndigandena enbart ses som bemyndiganden att ge ut verkställighetsföreskrifter.³⁷ Eventuella förordningar utgivna av regeringen eller FI som reglerar privaträttsliga frågor är enligt min uppfattning *inte bindande* utan kan jämföras med allmänna råd och rekommendationer.³⁸ Med detta menar jag att de inte ska läggas till grund för beslut och domar på den grunden att de har bindande verkan enligt 8 kap. RF. De kan däremot ses som ett uttryck för – i det här fallet – FI:s syn på gällande rätt. En myndighet eller en domstol kan alltså enligt min uppfattning inte lägga dessa normer till grund för beslut eller dom, utan det är de bakomliggande rättsreglerna i ÅRKL och ÅRFL som ska tillämpas. Att de normer från FI som jag jämför med allmänna råd har givits ut i formen av bindande föreskrifter är naturligtvis inte lämpligt, utan bör åtgärdas.³⁹

FI ger utöver förordningar också ut allmänna råd. Dessa är inte utgivna i enlighet med 8 kap. RF och därför inte bindande för adressaterna. Utgivandet av sådana kompletterande normer på redovisningsområdet i form av allmänna råd är i princip sanktionerat i lag, eftersom det i 8 kap. 1 § BFL stadgas att finansinspektionen ansvarar för utvecklandet av god

³⁶ Norberg s. 140, särskilt not 70.

³⁷ Norberg s. 149 ff. Ang. möjligheten att ge ut verkställighetsföreskrifter se Scandinavian Studies s. 51 ff. och där angivna källor.

³⁸ Se vidare Scandinavian Studies s. 59 ff.

³⁹ Ytterligare en synpunkt på FI:s normgivning är att det i enskilda författningar finns inslag av både bindande föreskrifter och allmänna råd. En fördel med det är att det allmänna rådet kan placeras i anslutning till den bindande föreskrift det behandlar, medan en nackdel med denna teknik är att de allmänna råden kan uppfattas som bindande. Ett exempel på en sådan författning återfinns i FI:s författningssamling FFFS 2014:5 Finansinspektionens *föreskrifter och allmänna råd* [min kursivering] om informationssäkerhet, it-verksamhet och insättningssystem.

redovisningssed i sådana företag som omfattas av ÅRKL och ÅRFL. De allmänna råden kan omfatta både privat- och offentligrättsliga frågor. Detta kan vid en första anblick uppfattas som ett sätt att kringgå förbudet att delegera normgivningsmakt i privaträttsliga frågor. Min uppfattning är emellertid att förfarandet *inte är något kringgående*.⁴⁰ Däremot är det min uppfattning att det bör klargöras i 8 kap. RF att det är tillåtet att kombinera en ramlag (t.ex. ÅRL, ÅRKL och ÅRFL) med en rättslig standard och kompletterande inte bindande normgivning.

På redovisningsområdet generellt ges dessa allmänna råd en stark ställning som rättskälla och följs normalt av adressaterna som om det varit fråga om bindande normer. Jag har tidigare givit uttryck för att det föreligger en stark presumtion för att dessa allmänna råd ger uttryck för god redovisningssed.⁴¹ Som nyss nämnts är de emellertid inte bindande för dem och det är fullt möjligt att göra avsteg från dem och tillämpa andra metoder för redovisningen av en viss post än de som framgår av ett allmänt råd. Detta förutsätter att upplysning om detta lämnas i årsredovisningen i enlighet med reglerna om notupplysningar (se 2 kap. 3 § andra stycket och 5 kap. 2 § ÅRL⁴²). Därtill förutsätter ett sådant förfarande också att den tillämpade metoden är förenlig med god redovisningssed. En sådan avvikelse från ett allmänt råd kan bli föremål för en process, t.ex. med Skatteverket som motpart, rörande frågan om metoden är förenlig med god redovisningssed. Enligt min uppfattning är det den part som påstår att den från det allmänna rådet avvikande metoden är förenlig med god redovisningssed som bär bevisbördan för det. Detta är en följd av den ovan nämnda presumtionen. I sammanhanget är det viktigt att påpeka att i de fall en domstol inhämtar ett yttrande från t.ex. BFN i en process läggs nära nog alltid detta yttrande till grund för avgörandet, åtminstone i skatteprocesser. Det betyder att den som avviker från ett allmänt råd bör säkerställa bevisning om att den valda metoden är förenlig med god redovisningssed.

⁴⁰ Se vidare Scandinavian Studies s. 57 ff. och Hultqvist, Anders i Svensk Skattetidning 2009 s. 265.

⁴¹ Bjuvberg, Jan, Redovisningens betydelse för beskattningen, Mercurius förlag 2006, s. 131 f. Se även Thorell, Per, ÅRL. Årsredovisningslagen. Lagkommentar, Iustus 1996 s. 66.

⁴² Regeln är även tillämplig för företag som faller inom ramen för tillämpningsområdena för ÅRKL och ÅRFL, se 5 kap. 1 § i respektive lag.

5 Avslutande sammanfattning

I denna uppsats har jag behandlat ett antal frågor som rör eller är näraliggande frågan om fördelning av normgivningsmakt enligt 8 kap. RF. Samtliga frågor är kopplade till det faktum att FI har tillerkänts normgivningsmakt på redovisningsområdet i ÅRKL och ÅRFL samt till att FI förutom föreskrifter även ger ut allmänna råd som rör redovisning i den finansiella sektorn. Som bekant bygger reglerna i 8 kap. RF på en indelning av rätten i privat- och offentlig rätt. Avseende privaträtten saknas det möjlighet för riksdagen att delegera normgivningsmakt. All normgivning på privaträttens område ska alltså ske genom lag beslutad av riksdagen. För att avgöra om det är möjligt att delegera normgivningsmakt på redovisningsområdet är det därför centralt att avgöra om redovisningsrätten ska hänföras till privat- eller offentligrätten. Detta har emellertid visat sig problematiskt, särskilt eftersom syftena bakom redovisningsrätten både är av privat- och offentligrättslig karaktär. Enligt min uppfattning måste därför denna bedömning göras för varje enskild lagregel var för sig. I den utsträckning ett normgivningsbemyndigande omfattar privaträttsliga frågor strider det mot 8 kap. RF och bör endast uppfattas som en rätt för regeringen och i detta fall FI att ge ut verkställighetsföreskrifter. I den utsträckning FI (eller regeringen) har givit ut normer *i form av* bindande föreskrifter på privaträttens område är det min uppfattning att dessa inte kan läggas till grund för ett beslut eller en dom.

Utöver att ge ut vad som betecknas som föreskrifter ger FI även ut allmänna råd. På redovisningsområdet anses sådan kompletterande normgivning ha en stark ställning som i det närmaste uppfattas som bindande av adressaterna. Någon bindande verkan har de dock inte och de bör inte heller anses ge uttryck för den enda tillämpliga metoden för att lösa ett redovisningsproblem. Trots den starka ställningen som tillerkänns den kompletterande normgivningen på redovisningsområdet är det min uppfattning att möjligheten för FI att ge ut allmänna råd *inte* innebär något kringgående av förbudet att delegera normgivningsmakt på privaträttens område. Grunden för det är att de allmänna råden inte är bindande.

Olof Wilske

Domstolarna i regeringsformen 1974–2014

Ger regeringsformen en korrekt bild av
domstolarnas konstitutionella ställning?

Frågan om domstolarnas konstitutionella ställning i Sverige har tröskats i åtskilliga utredningar, debattartiklar och lagstiftningsärenden under regeringsformens fyrtioåriga existens.¹ Finns det något att tillägga i frågan om domstolarnas plats i regeringsformen?

Två saker kan vi vara tämligen säkra på. Den ena är att den reglering av domstolarnas roll som sjösattes i och med 1974 års regeringsform var kontroversiell redan innan den fanns på plats. Remissinstanserna uttryckte sig på bred front i förvånande kritiska ordalag.

Den andra är att historien om domstolarnas konstitutionella ställning i stor utsträckning är en historia om vad som sker utanför regeringsformen. Detta kan förefalla paradoxalt, men hänger ihop med den ganska magra regleringen av domstolsväsendet i RF, även efter 2010 års reformer. En stor del av reglerna kring domstolarnas verksamhet återfinns i vanlig lagstiftning eller förordning, och till detta kommer föreskrifter från Domstolsverket och andra dokument som har ett stort inflytande över domstolarnas praktiska roll i samhället. En utgångspunkt härvidlag är synsättet att ”författningen” eller ”konstitutionen”, alltså den konstitu-

¹ För översikter rekommenderas exempelvis J Hirschfeldt, *Domstolar och domare i Sverige – ett utvecklingsperspektiv på domstolar och domare från mitten av förra seklet till idag*, i Svea Hovrätt 400 år, Norstedts Juridik 2014, och M Sunnqvist, *Konstitutionellt kritiskt dömande. Förändringen av svenska domares attityder under två seklar*, Jure förlag 2014, s. 624 ff., som även tar upp komparativa aspekter med fokus på normprövningsfrågor.

tionella normmassan, är större än enbart de rättsliga dokument som har konstitutionell status, främst de fyra grundlagarna.

Tanken med den här artikeln är att översiktligt analysera hur domstolarnas roll har kommit till uttryck i regeringsformen sedan dess tillkomst, men också att resonera kring vad som lämnas utanför grundlagen. Ger regeringsformen en rättvisande bild av domstolarnas konstitutionella roll, så som ambitionen ofta anses vara i Sverige? Har regeringsformen någon verkligt normativ funktion avseende domstolarna? Eller utgör domstolarna något annat eller mera än det som regeringsformen anger?

1 Debatten om domstolarna vid regeringsformens tillkomst

Domstolarnas plats i 1974 års regeringsform var omdiskuterad på sina håll under åren som föregick dess tillkomst, även om de stora konstitutionella debattfrågorna under denna tid var helt andra. Det var också en tid av reformer inom domstolsväsendet, alldeles bortsett från grundlagsregleringen.

Sedan gammalt har distinktionen mellan rättskipning och förvaltning varit vag i Sverige. Den dömande makten har alltid haft ett nära band till den verkställande, dit förvaltningen vanligen räknas. Den omständigheten att rättskipning och förvaltning i 1974 års regeringsform från början behandlades i samma kapitel, det elfte, är alltså i och för sig inget att förvånas över. Åtskilliga hyllmeter har också ägnats den svenska förvaltningsmodellens olika aspekter, bland annat förvaltningsmyndigheternas delvis självständiga ställning avseende rättstillämpning gentemot enskilda. Den ska alltså inte vidare diskuteras här, men den är viktig att ha i åtanke när man diskuterar domstolar och rättskipning i Sverige. Regeringsformens elfte kapitel och dess sammanförande av rättskipning och förvaltning var också en omständighet som ofta väckte debatt i rättsvetenskapliga och andra kretsar till dess att de båda skildes åt 2011. Kanske var det rentav så att den formella likheten mellan rättskipning och förvaltning som elfte kapitlet gav uttryck för väckte mer diskussion än de egentliga teoretiska och faktiska skillnaderna mellan de båda verksamheterna, men det är en annan historia.

Vad som kanske är mindre känt är att grundlagberedningen (GLB), alltså den senare av de två stora grundlagsutredningar som genomfördes

under decennierna efter andra världskriget,² förordade en mer ingående grundlagsreglering av domstolarna än vad som senare blev fallet. GLB hade tänkt sig att 1 kap. 8 § regeringsformen skulle indelas i två olika stycken, vari det första skulle anges att domstolarna avgör rättstvister, tillämpar strafflag och i övrigt prövar rättsfrågor i enlighet med vad som närmare skulle föreskrivas på annat håll i RF, medan det andra stycket skulle innehålla en föreskrift om att statliga och kommunala förvaltningsmyndigheter *verkställer* de beslutande organens föreskrifter. Beredningen framhöll att det visserligen var en flytande gräns mellan domstolarnas och förvaltningsmyndigheternas verksamhetsområden, men att det låg en viktig principiell skillnad i den principiella lydnadsplikt som gällde för förvaltningsmyndigheter men inte för domstolar.

Förslaget avfärdades av justitieminister Lennart Geijer med att det varken var möjligt eller meningsfullt att göra en distinktion mellan domstolar och förvaltningsmyndigheter i regeringsformens inledningskapitel,³ något som väl illustrerar den tämligen styvmoderliga attityd som från politiskt håll visades dessa båda centrala statliga verksamhetsområden. Egendomligt nog verkade man i regeringen inte heller ha tagit till sig den kritik som riktades mot GLB under remissbehandlingen av dess förslag, kritik som gick ut på att åtskillnaden mellan rättskipning och förvaltning borde markeras *tydligare* än beredningen hade föreslagit.⁴ Två regeringsråd yttrade exempelvis att GLB:s ”allmänna brist på intresse för systematiska frågor och dess inriktning på praktiskt politiska kompromisser” utgjorde ett problem i sammanhanget; visserligen var sambandet mellan rättskipning och förvaltning urgammalt i Sverige, men en viktig målsättning under rättsstatsepoken hade varit att skilja dem åt.⁵ Svea hovrätt saknade å sin sida en närmare diskussion kring domstolarnas ställning och funktioner i en ny författning, inte minst mot bakgrund av de grundläggande konstitutionella värderingar som skulle bära upp densamma, och överhuvudtaget hade frågorna om rättskipning och för-

² Den första hette författningsutredningen, arbetade under åren 1954–63 och lade fram ett första förslag till regeringsform i SOU 1963:16–19. Den andra var alltså grundlagberedningen, som var verksam 1966–72 och lade fram sitt slutbetänkande i SOU 1972:15.

³ Prop. 1973:90 s. 232 f.

⁴ För en mer detaljerad genomgång av diskussionen, se O Stållvik, *Domarrollen – rättsregler, yrkeskultur och ideal*, Jure förlag 2009, s. 107–127.

⁵ Prop. 1973:90, bilaga 3, s. 166.

valtning behandlats påfallande ytligt, enligt hovrätten.⁶ Regeringsrätten menade att domstolarnas ställning borde ha definierats klarare och domstolarna uttryckligen getts ansvaret för rättsordningens upprätthållande.⁷ Även en majoritet av Högsta domstolens ledamöter anförde att domstolarnas verksamhet kunde skiljas från förvaltningens.⁸

Inte bara åtskillnaden mellan rättskipning och förvaltning var omdiskuterad. Även domstolväsendets organisation var föremål för debatt under remissförfarandet. Flera tunga remissinstanser önskade exempelvis ett grundlagsstadgande om att i princip alla domare skulle vara ordinarie.⁹ Detta avfärdades av såväl justitieministern som KU med organisatoriska och praktiska argument, bland annat möjligheten att inrätta specialdomstolar.¹⁰

I sammanhanget kan det också vara värt att notera hur många remissinstanser kritiserade GLB:s betänkande i allmänhet på grund av dess tidsbundenhet. Det är kritik som alltjämt gör sig gällande och har gjort det under hela regeringsformens levnad, exempelvis detta yttrande från SACO:

Då grundlag skrives är det enligt SACO en naturlig utgångspunkt att söka ge lagen en utformning som i sina huvudlinjer står sig under lång tid. Dock saknas överväganden i motivtexterna om reglernas lämplighet sett i ett långt tidsperspektiv, om reglernas betydelse vid förändringar i balansen mellan skilda maktcentra i samhället, om möjligheten att med dessa regler möta sådana politiskt allvarliga situationer från vilka riket under nyare tid varit befriat.¹¹

Även regeringsrätten sågade förslaget i starka ordalag:

Motiven är genomgående knapphändiga och föga upplysande. Icke sällan består de i en deklaration att en viss rättsregel bör ha den eller den innebörden, utan att grunderna närmare redovisas. [...] Det sagda innebär å ena sidan att förslaget endast i ringa mån anknyter till den konstitutionella traditionen i Sverige eller tillgodogör sig andra staters erfarenheter i fråga om

⁶ Prop. 1973:90, bilaga 3 s. 77 f. och 235.

⁷ A.st.

⁸ Prop. 1973:90, bilaga 3, s. 235 f. och 239.

⁹ Prop. 1973:90, bilaga 3, s. 245.

¹⁰ Prop. 1973:90 s. 381 resp. KU 1973:26 s. 69.

¹¹ Prop. 1973:90, bilaga 3, s. 80.

konstitutionella problems lösning samt å andra sidan att förslaget innehåller föga av analys rörande framtida behov på det konstitutionella området. [...]

Grundlagberedningen drar ett streck över hela den hittillsvarande utvecklingen på det statsrättsliga området.¹²

Justitiekanslern, Svea hovrätt och chefen för armén hade liknande synpunkter om grundlagsförslaget som en utpräglad aktualitetsprodukt. I kontrast till denna kritik var kammarrätten i Göteborg huvudsakligen positiv till förslaget, och anförde att kritiken mot detsamma i huvudsak bottnade i en ovilja att

...helt förlika sig med folksuveränitetens idé utan gärna ser att maktbefogenheter ges åt minoriteter på majoritetens bekostnad eller att maktbefogenheterna ökas hos organ, som inte kan anses ha sin makt mer eller mindre direkt från folkmajoriteten.”¹³

Här gör sig kammarrätten till språkrör för den ideologiska föreställning som låg bakom stora delar av arbetet med regeringsformen, nämligen den om folkviljans omedelbara och fullständiga genomslag. Synsättet bygger på en nationalstatlig idé om rätten som sedan dess sprungits ifrån av samhällsutvecklingen. Historien, har det visat sig, har gett kritikerna av 1974 års regeringsform rätt.

2 Senare diskussioner kring domstolarna

Diskussionen om domstolarnas konstitutionella roll avslutades inte i och med regeringsformens ikraftträdande. Men det var andra frågor som kom i fokus för diskussionen. En av många kontroversiella frågor vid regeringsformens tillkomst var den om medborgerliga rättigheter, dels i vilken mån dessa överhuvudtaget skulle finnas med i regeringsformen och dels hur det konstitutionella skyddet för rättigheterna skulle se ut. Skulle det vara möjligt att återropa medborgerliga rättigheter inför domstol och i vilken mån skulle konstitutionella rättigheter binda lagstifaren?

Själva rättighetsfrågan är givetvis en helt egen diskussion, som inte ska behandlas här. Det kan räcka att nämna att rättighetsskyddet successivt byggdes ut under andra halvan av 1970-talet, med några senare tillägg. Förekomsten av konstitutionellt garanterade medborgerliga rättigheter

¹² Prop. 1973:90, bilaga 3, s. 81 f.

¹³ Prop. 1973:90, bilaga 3, s. 87.

har emellertid stark bäring på domstolarnas konstitutionella roll i form av rätten och skyldigheten att lagpröva. Lagprövningsrätten visade sig bli den centrala konstitutionella diskussionsfrågan avseende domstolar från slutet av 1970-talet och fram till 2011, då de nya formuleringarna i regeringsformen 11 kap 14 § trädde i kraft och det så hett omdiskuterade uppenbarhetsrequisitet avskaffades. I nuläget torde alla vara överens om att lagprövningsrätten existerar och måhända ser vi en försiktigt ökande roll för domstolarna i detta avseende. Även avseende normprövning har regeringsformen i stor utsträckning emellertid sprungits förbi av rättsutvecklingen på andra områden. EU-rätten och Europakonventionen har sålunda medfört att ”lagprövning” varit en judiciell realitet långt före 2011 års ändringar; den svenska diskussionen förefaller stundom ha varit helt i det blå avseende detta. Alldeles oavsett avskaffandet av uppenbarhetsrequisitet i regeringsformen har det under relativt lång tid varit så, att föreskrifter beslutade av Europeiska unionen eller som har stått i strid med Europakonventionen inte har omfattats av kravet på uppenbarhet. Domstolarnas lagprövningsrätt och därmed deras konstitutionella funktion har alltså långsamt utökats under en längre tidsperiod.

Bortsett från rättighets- och lagprövningsfrågorna har frågor om utnämning av domare, och andra frågor mer direkt relaterade till domstolarnas oavhängighet, periodvis varit i fokus för debatten. De tydligaste förändringarna på detta område har under senare tid ägt rum utanför regeringsformens ram, exempelvis genom den nya lagen (2010:1390) om utnämning av ordinarie domare (se vidare nedan), som dock delvis kan sägas vara en följd av ändringar i regeringsformen.

De ordinarie domarnas rättsliga ställning har modifierats genom vissa ändringar i regeringsformen, exempelvis 11 kap 8 § som ger domarna i de högsta instanserna ett särskilt rättsligt skydd i ärenden om bl.a. skiljande från tjänsten. Domare i första och andra instans har garanterats en rätt till domstolsprövning vid frågor om disciplinansvar, och ordinarie domare ska alltid ingå i rätten när frågor om ordinarie domares skiljande från anställningen, avstängning eller skyldighet att genomgå läkarundersökning ska prövas (11 kap 9 §). Nytt är också att utnämningen av ordinarie domare förbehålls regeringen. Tidigare fanns en möjlighet för regeringen att delegera detta till en myndighet, vilket emellertid inte skedde.

3 Konstitutionell utveckling utanför regeringsformen

Som antytts inledningsvis är det inte givet att den positiva konstitutionella rätten ger en korrekt eller fullständig bild av hur det står till med domstolarna eller rättskipningen i ett land. Goda rättsstater kan ibland uppvisa en mycket knapphändig konstitutionell reglering av domstolarna. Omvänt kan andra stater, med långtgående judiciell självständighet garanterad i konstitutionen, vara genomsyrade av korruption och politisk styrning av domstolsväsendet. Något kausalsamband mellan utförlig konstitutionell reglering och verkligt judiciellt oberoende finns alltså inte.¹⁴ Det är av den anledningen studier av domstolarnas oberoende i en svensk kontext gör det nödvändigt att söka sig utanför regeringsformens ordalydelse.

1970-talet var en tid av stora förändringar i domstolsväsendet, och de viktigaste reformerna – även sådana av konstitutionell betydelse – ägde rum utanför den formellt konstitutionella ram som utgörs av regeringsformen. Bland sådana förändringar kan nämnas övergången från härads- och rådhusrätter till tingsrätter, utvecklingen av det administrativa domstolsväsendet, uppluckringen av ämbetsmannaansvaret, inrättandet av Domstolsverket och nämndemännens ökade betydelse. Med möjligt undantag av den första reformen är alla dessa förändringar av konstitutionellt intresse. I detta sammanhang kommer förvaltningsdomstolarna, Domstolsverket och nämndemännen tas upp till kortfattad behandling ur ett konstitutionellt perspektiv. Frågan om tjänstemannaansvaret har behandlats utförligt av exempelvis Thomas Bull, varför det lämnas åt sidan här.¹⁵

3.1 Förvaltningsdomstolarna och förhållandet mellan medborgare och myndighet

1971 tillkom lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar och förvaltningsprocesslagen (1971:291). Det var inledningen på ett långvarigt reformarbete som allttjämt pågår. Den mest påtagliga förändringen

¹⁴ För en utförligare diskussion om domstolarnas oavhängighet de jure och de facto, se Sandgren, Claes: *God rättskipning – särskilt om rättskipningens oberoende som kvalitetskriterium*, i Festskrift till Johan Hirschfeldt, Iustus 2008, s. 469 ff.

¹⁵ Bull, Thomas: *Tjänstefelet och den goda förvaltningen*, de Lege 2006, Iustus Förlag 2006, s. 69–114.

över tid som förvaltningsdomstolarnas utökade verksamhet har medfört, är sannolikt den kraftigt utökade möjligheten (sedan 1971) att överklaga förvaltningsbeslut av de mest skilda slag. Tvåpartsprocess i förvaltningsdomstolarna infördes år 1996 (7a § förvaltningsprocesslagen), vilket innebar att beslutsmyndigheten i ett förvaltningsärende blev motpart till den enskilde i en eventuell efterföljande domstolsprocess. Genom en ändring i förvaltningslagen 22a § 1998 fastställdes dessutom som ny huvudregel att förvaltningsbeslut får överklagas hos allmän förvaltningsdomstol. Domstolsprövning i ett tvåpartsförfarande ersatte alltså den tidigare modellen där förvaltningsdomstolarna i av lagen särskilt angivna fall prövade överklaganden i en inkvisitionsliknande process. Till detta kommer den första gången år 1988 införda lagen om rättsprövning, som sedan 2006 endast gäller vissa regeringsbeslut.

Huruvida de aktuella reformerna förstärkt rättssäkerheten för den enskilde i reell mening kanske kan diskuteras. Det kan ju exempelvis vara väl så betungande för en enskild medborgare att föra sin egen skriftliga talan i förvaltningsprocessen, ofta utan juridiskt biträde, och det verkar oklart hur förvaltningsdomstolarna ser på sin egen roll i relation till förvaltningsmyndigheterna. Men förhållandet mellan medborgare och myndighet har i rättslig mening ändrats såtillvida att den enskilde nu nästan alltid kan påkalla en opartisk rättslig prövning av ett förvaltningsbeslut. Denna förändring är i huvudsak en effekt av Europakonventionens ökade betydelse för svensk rätt, och i konstitutionell mening ger den uttryck för en annan syn på förhållandet mellan medborgare och myndigheter än den tidigare ordningen. Domstolarna har åtminstone i formell mening fått uppgiften att bevaka att förvaltningsmyndigheterna inte överträder de rättsliga ramarna för sin verksamhet och att medborgaren i domstolen i formell mening är på jämställd fot med myndigheten. Konstitutionellt innebär detta en tydligare roll för förvaltningsdomstolarna i kontrollhänseende.

3.2 Domstolsverket – instrument för styrning eller service?

Domstolsverket inrättades år 1975 och är alltså nästan jämgammalt med regeringsformen. Liksom i fråga om regleringen av domstolarna i RF fanns det på sina håll starka invändningar mot inrättandet av verket, eftersom det befarades att det skulle kunna komma att inkräkta på domstolarnas självständighet, fastän den uttryckliga avsikten var att tillvara ta alla möjligheter till rationalisering av domstolsväsendet med be-

aktande av domstolarnas självständighet och integritet i den dömande verksamheten.¹⁶ Diskussionen kring Domstolsverkets roll har gått i olika riktningar under decennierna, men det kan noteras att ett förslag om att lägga ner verket lades fram 1992.¹⁷ Våra nordiska grannländer har utvecklat sina centrala domstolsadministrativa organ på annat sätt än i Sverige. I stället för den svenska modellen med en centraladministration underställd regeringen har man i Norge och Danmark valt modeller med större inflytande för domarprofessionen.

Sedan slutet av 1990-talet har Domstolsverket på regeringens uppdrag varit pådrivande i ett intensivt reformarbete avseende domstolarna.¹⁸ Syftet var att effektivisera domstolarna, som på sina håll hade avsevärda problem med stora balanser och långsam genomströmning. Modernitet och effektivitet har varit ledorden i detta sammanhang. För att genomföra reformarbetet i en till vissa delar motsträvig domarkår har man från verkets håll gärna velat framhålla att en stark administrativ styrning av domstolarna inte står i konflikt med den av regeringsformen garanterade självständigheten i dömandet. Självständigheten gäller enbart den dömande verksamheten liksom tillämpning av rättsregler, heter det då.¹⁹ Den judiciella självständighetens innebörd har i och med detta kommit att definieras precis så snävt som regeringsformens ordalydelse medger.²⁰ Till saken hör emellertid att den judiciella självständigheten i själva verket omfattar fler regler i regeringsformen, inte minst 11 kap. 7–9 §§ om ordinarie domares rättsställning. Givetvis kan även dessa tolkas snävt men bestämmelsernas syfte är att garantera domarna en ställning som andra

¹⁶ Se t.ex. prop. 1974:149 s. 27 och G Petré i SvJT s. 651–656.

¹⁷ Ds 1992:38.

¹⁸ Prop. 1998/99:1, utgiftsområde 4, s. 76.

¹⁹ De tidigare generaldirektörerna för Domstolsverket Stefan Strömberg (1998–2004), Thomas Rolén (2005–2007) och Barbro Thorblad (2008–2014) har härvidlag intagit liknande ståndpunkter. Se t.ex. Strömberg i SvJT 2004 s. 312 ("viktigt att få loss domarna ur det intellektuella brottargrepp som föreställningen om den absoluta självständigheten innebär"), Thorblad i *Domaren, domstolschefen och Domstolsverket – ett arbetsgivarperspektiv* i Svea Hovrätt 400 år, Norstedts Juridik 2014, s. 357 ("Självständigheten gäller dömande och övrig tillämpning av rättsregler. I övrigt gäller samma regler för domare som för andra arbetstagare.") samt Rolén i *Domstolar i förändring* i Festskrift till Johan Hirschfeldt, Iustus Förlag 2008, s. 431 ff.

²⁰ 11 kap 3 § regeringsformen: "Ingen myndighet, inte heller riksdagen, får bestämma hur en domstol ska döma i det enskilda fallet eller hur en domstol ska tillämpa en rättsregel i ett särskilt fall. Ingen annan myndighet får heller bestämma hur dömande uppgifter ska fördelas mellan enskilda domare."

statsanställda inte har. Bakgrunden till detta är givetvis att domarna ska skyddas från otillbörlig påverkan i den dömande verksamheten. När man nu de senaste 15 åren eller så i ökande omfattning har betonat betydelsen av ledning och styrning, i den övertygelsen att domarna behöver ledas och styras för att utföra ett tillfredsställande arbete, ligger man ganska nära gränsen för att riskera otillbörlig påverkan. Inte minst kan sådan påverkan åstadkommas genom den individuella lönesättning som infördes för några år sedan, som innebär att lönen för den enskilda domaren sätts efter utvärdering av domstolschefen. Även en ökad utbytbart till följd av rotlarnas avskaffande på de flesta domstolar torde göra det enklare att manövrera ut besvärliga domare. I dagens läge är det kanske inget problem att göra det i effektivitetens namn, men det konstitutionella skyddet för domares självständighet är inte avsett för lugna tider utan för oroliga och bör utformas därefter. Risken är att de senaste årens reformarbete i effektivitetshöjande riktning har ändrat den konstitutionella innebörden av judiciell självständighet, något man kan komma att ångra i andra och oroligare tider då självständiga och orädda domstolar är nödvändiga värn för demokrati och rättssäkerhet.

3.3 Nämndemän – i vilket syfte?

Medverkan av nämndemän i domstolarna vilar som bekant på urgammal tradition i Sverige och nämndens inflytande har varierat avsevärt under seklernas lopp. Detta har dock i första hand gällt underrätterna i på landsbygden och, i och med rättegångsbalken 1942, även i städerna. I hovrätterna och kammarrätterna infördes emellertid medverkan av nämndemän först 1977, i huvudsak på grundval av insyns- och förtroendeargument.²¹ Hovrätterna ansågs slutna och avskilda och skulle öppnas upp med hjälp av politiskt valda lekmän.²²

Många argument kan anföras för och emot medverkan av lekmän i rättsskipningen, och under vilka former den ska äga rum. I konstitutionellt hänseende kan det vara värt att uppmärksamma i vilken mån sådan medverkan kan inverka på domstolarnas självständighet. Det kan knappast råda någon tvekan om att införandet av nämndemän i överrätterna vilade på en misstro mot de där verksamma juristerna. I annat fall hade något behov av insyn inte förelegat, och inte heller skulle införandet av

²¹ Prop. 1975/76:153, s. 35 f.

²² Hirschfeldt 2014 s. 141 f.

nämndemän ha haft någon förtroendeskapande inverkan. Själva föreställningen om att rättskipningen – speciellt i överrätt – skulle behöva kontrolleras genom insyn av politiskt valda lekmän tyder emellertid på att man från politiskt håll snarast varit oroad över vad alltför självständiga domstolar skulle kunna tänkas ställa till med. Några särskilda empiriska belägg för behovet av insyn och så kallade förtroendeskapande åtgärder synes inte heller ha förelegat, utan verkar snarast ha vilat på renodlad politisk övertygelse om sådana behov.

Under 2013 presenterade Nämndemannautredningen ett förslag med innebörden att nämndemän inte längre skulle medverka i hovrätter och kammarrätter. Utredningen föreslog även en förändrad medverkan av nämndemän i tingsrätter och förvaltningsrätter.²³ Utredningens förslag i dessa delar ignorerades av regeringen, som valde att lägga fram en proposition med enbart skärpta lämplighetskrav för nämndemän.²⁴ Frågan om nämndemannamedverkan i domstolarna förefaller alltså vara politiskt känslig. Domstolarnas konstitutionella roll har utvecklats sedan regeringsformens tillkomst, och detsamma gäller domarnas yrkesroll och domstolsorganisationen. Men med avseende på lekmanamedverkan i domstolarna står vi kvar i 1970-talet, i allt väsentligt motiverat av skäl som formulerades då.

3.4 Utnämningsfrågorna

Vilket statsorgan som utnämner domare, och hur det sker, är av utomordentlig betydelse för domstolarnas oberoende, ja hela deras funktion i en rättsstat. Som nämnt ovan fanns fram till 2010 en möjlighet för regeringen att delegera utnämningssmakten till en myndighet, en möjlighet som numera tagits bort av principskäl.²⁵

Den viktigaste förändringen i utnämningshänseende som har samband med 2010 års ändringar av regeringsformen är sannolikt avskaffandet av det så kallade kallelseförfarandet. Detta förfarande, med rötter i den kungliga ensamrätten att utnämna sina ämbetsmän, innebar att de högsta ordinarie domartjänsterna tillsattes av regeringen efter kallelse av den berörda personen, utan ansökningsförfarande och utan öppen

²³ SOU 2013:49 *Nämndemannauppdraget – breddad rekrytering och kvalificerad medverkan*.

²⁴ Prop. 2013/14:169 *Nämndemannauppdraget – stärkt förtroende och högre krav*.

²⁵ Bet. 2009/10:KU19 s. 38.

granskning av dennes meriter. Även om de sålunda utnämnda domarna säkerligen var personer med hög kompetens och integritet, lämnade den obefintliga transparensen öppet för spekulationer kring den dömande maktens kopplingar till regeringen. Det nuvarande systemet, i vilket alla domartjänster är öppna för ansökan, framstår som betydligt mer modernt och öppet. Möjligen har det också på kort tid ökat mångfalden bland ledamöterna i de högsta instanserna med avseende på bakgrund och tidigare verksamhet. På sikt kan detta komma att få betydelse för domstolarnas förhållande till den verkställande makten.

4 Domstolarna 1974 och 2014

Som anförts i det föregående har de formellt konstitutionella förändringarna av domstolsväsendet under regeringsformens existens varit ganska blygsamma. Icke desto mindre kan det vara motiverat att påstå, att domstolarnas konstitutionella ställning i formell bemärkelse har stärkts i viss utsträckning. Frågan är om denna förstärkning uppvägs av tendenser i motsatt riktning i andra delar av rättsordningen. I frågan om nämndemännens roll har i stort sett ingenting hänt sedan 1970-talet. Domarna har under tiden fått finna sig i att få sina arbetsinsatser bedömda av överordnade på grund av den individualiserade lönesättningen och att få arbetsformerna styrda av en central förvaltningsmyndighet, Domstolsverket. Det rättsliga landskapet har under samma tid blivit oerhört mycket mer komplext i och med Europarättens inträde och lagprövningsrättens slutliga erkännande, vilket har skapat en starkare position för domstolarna som garant för rättsordningen. Detsamma kan sägas om den kraftigt utökade rätten till domstolsprövning i förvaltningsrättsliga sammanhang. Det sistnämnda kan emellertid riskera att skapa en sorts inflation i domstolsavgöranden, speciellt i första instans.

Bilden av domstolarnas konstitutionella ställning, och dennas förändring över 40 års tid, är således komplex. Avgörande för framtiden torde vara om domstolarna lyckas rekrytera skickliga jurister som besitter såväl goda juridiska kunskaper som hög personlig och yrkesmässig integritet. Oavsett regeringsformens ordalydelse kommer domstolarnas konstitutionella ställning till syvende och sist att avgöras av de personer som förkroppsligar dem.

Lena Marcusson

Förvaltningen i konstitutionen

1 Inledning

I regeringsformen 1974 och dess förarbeten kan knappast frågor kring den offentliga förvaltningens funktioner sägas ha varit särskilt framträdande. Finns det mot den bakgrunden anledning att diskutera om reglering av viktiga, principiella frågor kring den offentliga förvaltningen borde ha ett större utrymme i våra konstitutionella grundstatuter? Förvaltningen är ju en del av den verkställande makten och som sådan ett viktigt instrument för att förbereda, planlägga och förverkliga politiska reformer i enlighet med regeringens intentioner. Det är också förvaltningen som står för det dagliga genomförandet av de beslut som riksdagen uttryckt i lagstiftningen och regeringen i förordningar om hur olika samhällsliga funktioner ska utformas. Den statliga förvaltningen är regeringens verktyg för att styra landet.

Mot den bakgrunden kan det tyckas förvånande att frågorna om förvaltningen sällan står i centrum för den konstitutionella debatten. Som Sterzel har påpekat har t.ex. frågan om regeringens styrning av förvaltningen varit ett återkommande tema för ett antal utredningar, men diskussionen har förts utan att grundlagen har aktualiseras i någon större utsträckning.¹ Det går i allmänhet inte heller att i politiska eller konstitutionella diskussioner utläsa något klart svar på frågan om vilka bestämmelser om den offentliga förvaltningen som borde komma till uttryck just i författningen. Vilka frågor är så centrala och avgörande i ett konstitutionellt perspektiv att grundlagsreglering bör krävas eller åtminstone skulle vara önskvärd?

¹ Sterzel, F, Författning i utveckling, Uppsala 2009, s. 14.

En grundlag, eller en konstitution, är ett viktigt instrument för att skapa legitimitet åt staten och ge uttryck för vilka förutsättningar som gäller för den offentliga maktutövningen i ett samhälle. Konstitutionen ska i vårt fall lägga grunden för en demokratisk rättsstat. Konstitutionen måste då innehålla de centrala bestämmelserna om hur statens organ ska vara utformade och organiserade och vilken makt de ska ha. Kaarlo Tuori har ställt frågan om vilken funktion en modern grundlag egentligen har eller bör ha.² I sitt svar anger han att grundlagens uppgift är att ”förmedla relationerna mellan samhällets rättsliga och politiska system”; den ska ange den politiska maktens organisation och gränser och formerna för produktionen av rättsnormer. Han tillägger att en grundlag också bör innehålla mekanismer för det han kallar ”rättens självbegränsning”, det vill säga former för kontroll av konstitutionsenlighet. Det kan röra sig om vad vi i Sverige kallar lagprövning men också förhandskontroll som lagrådsgranskning.

Eivind Smith har i sitt stora arbete *Konstitusjonelt demokrati* utgått från att den utövande maktens former och gränser utgör konstitutionella frågor, medan utövandet av delegerad kompetens normalt hänvisas till förvaltningsrätten.³ Trots det ovan sagda står det klart att han menar att mänskliga rättigheter som konstitutionella rättigheter också innebär en reglering av den utövande makten och sätter gränser även för förvaltningens befogenheter.⁴ När han behandlar rätten till dokument- och mötesoffentlighet, påpekar han att sådana regler i Sverige sedan länge haft konstitutionell status, medan den norska grundlagens reglering av dem tillkom först 2004.⁵

Förvaltningsrättsliga aspekter som är av konstitutionell betydelse anknyter alltså till organiseringen av den utövande makten, exekutiven eller regeringsmakten, men också till uppbyggnaden av den offentliga förvaltningen i vidare mening, med frågor om kompetens och gränser för maktutövningen i fokus. I den svenska moderna demokratin, där en utgångspunkt är att demokratin förverkligas genom ett representativt

² Tuori, K, Vad ska vi ha en ”grundlag” till? I Grundlagens makt. Konstitutionen som politiskt redskap och som rättslig norm (Smith, E, red.) SNS förlag 2002, s. 217–228.

³ Smith, E, Konstitusjonelt demokrati, Fagbogforlaget 2009, s. 265. Smith har delat in sin framställning i tre huvudavsnitt: Konstitutsjonen som rettssystemets grunnlag: De konstituerte makter, Lovgivning og kontroll och slutligen Konstitusjonens grenser: Rettigheter.

⁴ Smith, E, Konstitusjonelt demokrati, Fagbogforlaget 2009, s. 347 ff.

⁵ Smith, E, Konstitusjonelt demokrati, Fagbogforlaget 2009, s. 412.

och parlamentariskt statsskick, har maktdelningen tonats ner och man brukar tala om att regeringsformen föreskriver en funktionsfördelning, inte en maktdelning. Vi ser dock i dag att maktdelningsperspektiv blivit vanligare i den konstitutionella debatten och frågan om förvaltningens utrymme i författningen kan därmed få större aktualitet. Det rör sig då om vilka gränser som ska dras upp för regeringens handlingsfrihet i konstitutionen men också i förlängningen om hur makten kan fördelas vertikalt i statsskicket.⁶

Hur står det till med den svenska konstitutionella situationen på den här punkten? Vilka förvaltningsrättsliga förhållanden har ansetts vara av den digniteten att en konstitutionell reglering har varit önskvärd? Och har vi i dag anledning att ifrågasätta den bedömningen? Frågorna har belysts kritiskt i en artikel av Sterzel, där han konstaterar att det skett ett nytänkande kring förvaltningen efter år 1974, dock utan att detta kommit till uttryck i grundlagen, ”*trots ämnenas klara konstitutionella relevans*”.⁷

I denna artikel ska jag belysa den frågan utifrån några kortfattade nedslag i utvecklingen mellan de båda versionerna av regeringsformen, alltså från 1974 års version till den revidering som slutfördes år 2011. Vid sidan av den jämförelsen som alltså bara avser ett, om än det mest centrala, av våra konstitutionella dokument, finns det naturligtvis anledning att understryka Sveriges långa tradition av att grundlagsfästa offentlighetsprincipen och den fria åsiktsbildningens betydelse genom bestämmelser i tryckfrihetsförordningen, alltså en utveckling vid sidan av regeringsformen men av största relevans för den offentliga förvaltningens öppenhet och tillgänglighet.

2 RF och förvaltningen 1974

Hur beskrevs och normerades då den offentliga förvaltningen i den regeringsform som antogs 1974?

All offentlig makt i Sverige utgår från folket. Det slås fast i den inledande portalparagrafen i den svenska regeringsformen, som anger grunderna för statsskicket, nämligen den fria åsiktsbildningen och den allmänna och

⁶ För en diskussion om horisontell och vertikal maktdelning i RF, se Bull, T, Fundamentala fragment. Ett konstitutionellt lapptäcke, kapitlet Självständighet och pluralism. Om vertikal maktdelning i Sverige, Uppsala 2013, s. 29 ff.

⁷ Sterzel, F, Författning i utveckling. Rikets styrelse och förvaltning. Regeringsformen som redskap eller hinder, Uppsala 2009, s. 325 ff.

lika rösträtten. Att folkstyret förverkligas genom det representativa och parlamentariska systemet och genom kommunalt självstyre proklamerats också. I sista stycket i samma paragraf anges att den offentliga makten utövas under lagarna. Hur och av vilka organ denna offentliga makt utövas framkommer i följande paragrafer i det första kapitlet. Särskilt ska i detta sammanhang lyftas fram bestämmelsen om att riksdagen granskar rikets förvaltning (RF 1 kap. 4 §). Sedan riksdagen, statschefen, regeringen och kommunerna presenterats kommer turen till domstolarna och den offentliga förvaltningen i RF 1 kap. 8 §. Den bestämmelsen är rent deskriptiv och anger att det för rättskipningen finns domstolar och att det för den offentliga förvaltningen finns statliga och kommunala förvaltningsmyndigheter.

Förvaltningen som en del av den offentliga makten är alltså lagbunden. Hur denna makt ska utövas återkommer i viss utsträckning senare i regeringsformen, men redan i det inledande kapitlet slås en grundläggande princip fast genom stadgandet i RF 1 kap. 9 §, den s.k. objektivitetsprincipen. För alla som fullgör offentliga förvaltningsuppgifter gäller kraven på saklighet och opartiskhet samt kravet att respektera allas likhet inför lagen. Detta för den offentliga förvaltningen centrala stadgande har ibland betraktats som mer av en programförklaring än som en bindande rättsregel. Men i dag är det tydligt att RF 1 kap. 9 § uttrycker en grundläggande rättsprincip med normativ tyngd.⁸ Objektivitetsprincipen med dess beståndsdelar återopas t.ex. av JO och JK i deras granskning av förvaltningen och även allt mer frekvent av domstolarna i den rättskipande verksamheten.

RF 1974 innehöll ett eget kapitel om domstolar och förvaltning, 11 kapitlet med rubriken *Rättskipning och förvaltning*, där reglerna om förvaltningens organisation och dess relation till regeringen och andra myndigheter återfanns. Den grundläggande bestämmelsen om den verkställande makten i första kapitlets sjätte paragraf anger kortfattat att regeringen styr riket och är ansvarig inför riksdagen, och regeringens sätt att arbeta beskrivs och normeras i sjunde kapitlet. Men regeringens verktyg i denna styrning av riket utgörs av de offentliga myndigheterna. Som bekant kan denna relation utformas på olika sätt och ”den svenska modellen” avviker från den gängse ministermodell som vi återfinner i våra grannländer Norge och Danmark och i de flesta europeiska länder. Jag ska inte gå in på denna omfattande diskussion nu utan endast konstatera

⁸ Se Eka, A m.fl., *Regeringsformen – med kommentarer*, Karnov 2012, s. 42.

att RF 1974 både anger stommen i den offentliga organisationen under regeringen (RF 11 kap. 6 § 1 st., nu RF 12 kap. 1 §) och normen om förvaltningens självständighet (RF 11 kap. 7 §, nu 12 kap. 2 §) som avgränsas till beslut i ärenden som rör myndighetsutövning mot enskild eller kommun eller tillämpning av lag. Den svenska modellen utgår också från regeringens kollektiva ansvar som föreskrivs i RF 7 kap. 3 §. Det är bakgrunden till de i den politiska debatten ofta förekommande beskyllningarna om ”ministerstyre”, medan normen om myndigheternas självständighet ska förhindra både situationer då regeringen sökt styra på ett oriktigt sätt och fall då en enskild minister tagit över ett beslutsfattande från en myndighet. Dessutom fanns i RF 1974 bestämmelser om stats-tjänstemännen och om möjligheterna att överlämna förvaltningsuppgifter till enskilda. Andra viktiga bestämmelser i RF om förutsättningarna för förvaltningsverksamheten rörde kommunernas verksamhet, normgivning och kontrollfunktionerna. I kapitlet om kontrollmakten fanns föreskrifter om JO och tillsynsverksamheten och om riksdagens revisorer. Bestämmelserna om finansmakten har dessutom givetvis den största betydelse för regeringsarbetet och för förvaltningens funktion,⁹ men jag går inte närmare in på dem i detta sammanhang.

Trots allt detta går det inte att komma ifrån att 1974 års RF i dess ursprungliga lydelse gav ett ganska anemiskt intryck, när det gäller frågan om hur den offentliga makten ska organiseras och utövas och kanske framför allt om vilka gränser för maktutövningen som ska gälla i den rättsstatliga demokrati som RF 1 kap. 1 § proklamerar. Fri åsiktsbildning anges visserligen som en av statsskickets grunder och vissa av de medborgliga fri- och rättigheterna reglerades, men det var först i samband med grundlagsrevideringen 1976, som följdes av nya revideringar 1980 och 1994, som Sverige fick en reell och omfattande reglering av fri- och rättigheterna i grundlag och Europakonventionen inkorporerades i svensk rätt.

3 Utvecklingen av RF sedan 1974

Som redan nämnts har den svenska regeringsformen förändrats steg för steg sedan 1974 och den mer omfattande revideringen 2011 är inte den enda utgångspunkten för denna betraktelse om förvaltningen i konsti-

⁹ För en omfattande framställning om detta, se Sterzel, F, Finansmakten i författningen, Uppsala 2013.

tutionen. De viktigaste konstitutionella frågor som berör förvaltningens verksamhet har handlat om förstärkningen av rättighetsskyddet, men också skärpningen och utvidgningen av målsättningsstadgandet i RF:s inledande kapitel bör noteras.

Programstadgandet eller målsättningsstadgandet i RF 1 kap. 2 § tillkom vid 1976 års revidering av RF men har sedan dess fått ett antal tillägg och förändrats språkligt i några avseenden. I kommentarer till grundlagen framhålls ofta att stadganden som detta har en särskild karaktär: ”De har inte karaktären av rättsligt bindande föreskrifter – den enskilde kan inte på grundval av dem påkalla domstols ingripande gentemot det allmänna – utan anger mål för den samhälleliga verksamheten”.¹⁰

Även om uppmaningen, att statsmakterna ska främja eller verka för olika värden, inte i sig kan anses ge uttryck för en rättsligt direkt bindande förpliktelse gentemot enskilda, utgör föreskrifterna i paragrafen viktiga element i vad man på senare tid har kallat ett offentligt etos eller den gemensamma värdegrunden för staten. En sådan värdegrund utgår också från de grundsatser som uttrycks i RF 1 kap. 1 § och 1 kap. 9 § samt i RF 2 kap. och som har påpekats kan de även ha indirekt rättslig betydelse vid tolkning och rättstillämpning och till exempel vid rättslig tillsyn.¹¹

Vid sidan av det stegvis förstärkta rättighetsskyddet i RF sedan 1974 ska här endast noteras några andra förändringar. 1980 infördes bestämmelser om domstolars och andra offentliga organs lagprövning. Förändringen 1994 innebar som nämnts att Europakonventionen inkorporerades men också att det infördes ett förbud mot normgivning som strider mot konventionen (RF 2 kap. 23 §, nu 2 kap. 19 §). Dessutom infördes föreskrifter om närings- och yrkesfrihet (RF 2 kap. 20 §, nu 2 kap. 17 §) och rätt till kostnadsfri grundläggande utbildning (RF 2 kap. 21 §, nu 2 kap. 18 §).

Riksrevisionens tillkomst 2003 innebar att riksdagens revisorer och regeringens myndighet Riksrevisionsverket avskaffades och revisionen fick en mer oberoende ställning genom att Riksrevisionen blev en självständig myndighet under riksdagen.

¹⁰ Se bland annat Holmberg, E, *Grundlagarna* 2 uppl., Stockholm 2006, s. 55.

¹¹ Eka, A m.fl., *Regeringsformen – med kommentarer*, Karnov 2012, s. 26.

4 Förvaltningen i RF 2011

I förberedelserna till grundlagsrevisionen 2011 ägnades relativt stor uppmärksamhet åt domstolarnas ställning och åt lagprövningsrätten. Resultatet blev att domstolarna och därmed också förvaltningen fick ett eget kapitel i grundlagen, liksom även kommunerna. Vid sidan av dessa ändringar kan tilläggas att en ny bestämmelse om forskningens frihet infördes i 2 kapitlet och att 1 kap. 2 § fick två nya inslag: kraven på att det allmänna ska verka för att barns rätt tas tillvara och att det samiska folkets möjligheter att behålla sin kultur ska främjas. Alla dessa ändringar har betydelse för hur olika förvaltningsmyndigheters maktbefogenheter i praktiken avgränsas.

Om vi sedan ser närmare på det nya kapitel 12 Förvaltningen är det för det första tydligt att där i de tio paragrafer som kapitlet omfattar inte återfinns några direkt uppseendeväckande nyheter. Det har påpekats att kapitlet om rättskipning är betydligt mer omfattande, samtidigt som regeringens viktigaste uppgift, att styra riket, innebär att kapitlet om förvaltningen är av central betydelse i RF.¹² Regeln om organisationen är ännu mer kortfattad än tidigare motsvarighet, medan förvaltningens självständighet, som rubriken lyder till 12 kap. 2 §, beskrivs på samma sätt som tidigare. Den enda materiella ändringen av betydelse återfinns i 12 kap. 6 § som motsvarar 11 kap. 9 § 3 st. i 1974 års version av RF. Enligt den nya bestämmelsen krävs att riksdagens ombudsmän, riksrevisorerna och justitiekanslern ska vara svenska medborgare. Övriga krav på svenskt medborgarskap för anställning eller uppdrag i stat eller kommun får bestämmas i lag. Det innebär att den tidigare grundlagsbestämmelsen om att chef eller ledamot av styrelse som lyder omedelbart under regeringen skulle vara svensk medborgare inte längre gäller utan att man i lag i och för sig kan bestämma om ett medborgarkrav för anställning eller uppdrag hos stat och kommun men att detta alltså inte ses som en konstitutionell fråga.

Skyldigheten att utföra lagprövning överfördes från det tidigare 11 kapitlet även för förvaltningens del med de ändringar som främst diskuteras i samband med utformningen av domstolarnas lagprövningsrätt. Det har från en del håll uttryckts förvåning över denna ordning som anses vara mycket ovanlig. Inte bara det förhållandet att förvaltningsmyndigheterna ges samma kompetens som domstolarna på den här punkten kan förefalla

¹² Bull, T och Sterzel, F, Regeringsformen – en kommentar, s. 31.

anmärkningsvärd utan också att denna kompetens även uttryckligen ges till enskilda, genom uttrycket ”offentligt organ”.¹³ En förklaring till att denna ordning ansetts rimlig i den svenska kontexten kan vara att den rättstillämpning, som förvaltningstjänstemän (och enskilda som sysslar med överlämnad myndighetsutövning) ägnar sig åt, enligt svensk tradition anses stå rättskipningen nära och att beslutsfattarna i enlighet med den svenska modellen har ett åtminstone teoretiskt omfattande tjänsteansvar för sina beslut som ska fattas självständigt utan hänvisningar till ansvariga ministrars uppfattning.

I vår nya version av RF från 2011 har den offentliga förvaltningen i praktiken reglerats i större utsträckning än i den ursprungliga versionen av RF, främst genom att programstadganden och ett fri- och rättighetskapitel tillkommit och genom att Europakonventionen införlivats. Det nya kapitlet om förvaltningen innehåller däremot inga större förändringar. Av förarbetena kan man ändå utläsa att frågan ägnats ett visst intresse. Grundlagsutredningen konstaterade att det fanns ett antal frågor som behandlats eller var under behandling i olika utredningar avseende framför allt regeringens sätt att styra förvaltningen och att förslag om grundlagsreglering av några frågor skulle kunna aktualiseras framöver, men man fann skäl att avvakta.¹⁴ Regeringen valde att inte gå vidare i dessa frågor sedan de åsyftade utredningarna slutförts.¹⁵ Regeringens hållning överensstämmer väl med det som konstaterats i en kommentar till RF: *”Kortheten beror främst på vakthållning kring regeringens revir. Bestämmelser i grundlag eller lag ges ju av riksdagen och den bör inte släppas in på styrområdet.”*¹⁶

Jag ska nu avslutningsvis diskutera om det ändå finns ett behov av att framöver göra justeringar i RF just när det gäller regleringen av den offentliga förvaltningen. En fråga som kan ställas är ju om det i längden är rimligt att förvaltningen i så stor utsträckning som nu är fallet ses som en intern angelägenhet för en regering, som kanske dessutom har ett bräckligt parlamentariskt underlag. Grundläggande frågor kring förvaltningens sätt att fungera skulle behöva en starkare konstitutionell anknytning.

¹³ För redogörelse och kommentarer kring lagprövningen, se Eka, A m.fl., Regeringsformen – med kommentarer, Karnov 2012, s. 495 f. Om termen offentligt organ, se även Marcusson, L, Offentlig förvaltning utanför myndighetsområdet (akad.avh), Iustus Förlag 1989, s. 112 f.

¹⁴ SOU 2008:125, s. 353 f.

¹⁵ Prop. 2009/10:175.

¹⁶ Bull, T och Sterzel, F, Regeringsformen – en kommentar, s. 31.

En annan problematik rör regeringens förmåga att styra förvaltningen på ett effektivt sätt. En ökad grundlagsreglering av förvaltningen måste balansera dessa krav.¹⁷

5 Konstitutionella utgångspunkter för en modern förvaltning

Våra grundlagar anger viktiga förutsättningar för den svenska offentliga förvaltningen, grundläggande principer som brukar anses bära upp den traditionella ”svenska modellen”. Det är fråga om offentlighetsprincipen, medborgarnas och medias möjlighet att få insyn, vilket är betydelsefullt både för den demokratiska politiska debatten i allmänhet och för rättslig och politisk kontroll av hur förvaltningen sköts. Det är också fråga om principen om myndigheternas självständighet och ansvar, vilket kan förhindra en styrning från regeringen som skulle kunna innebära godtycke och lagstridiga förfaranden. Slutligen har alla som utför offentliga förvaltningsuppgifter skyldighet att iaktta saklighet och opartiskhet och beakta allas likhet inför lagen. Den s.k. objektivitetsprincipen i RF 1 kap. 9 § anses vara ett uttryck för den traditionella ämbetsmannens oväld som ska garantera likformighet och konsekvens i beslutsfattandet och förhindra godtycke och maktmissbruk.

Dessa för den offentliga förvaltningen grundläggande principer läggs alltså fast i vår konstitution och kom tydligt till uttryck i förarbetena till 1974 års regeringsform liksom i den nya versionen 2011. Som jag redovisat har under mellantiden därutöver i RF tillkommit ett antal regleringar som ytterligare avgränsar den offentliga makten.

Finns det då anledning att fråga sig om grundlagen i dag ändå borde gå vidare och reglera förvaltningen i grundlagen på ett mer omfattande sätt?

Det är två utvecklingsdrag som enligt min mening talar för att man borde överväga en sådan inriktning. Det första gäller Sveriges allt intensivare deltagande i internationellt samarbete i allmänhet och det svenska medlemskapet i den europeiska unionen i synnerhet. Det andra har att göra med förvaltningspolitikens utveckling sedan början av 1970-talet.

¹⁷ Se vidare Sterzel, F, Författning i utveckling. Rikets styrelse och förvaltning. Rege-
ringsformen som redskap eller hinder, Uppsala 2009, s. 335, där han utförligt behandlar
frågan och understryker att en lag på området inte får innebära att regeringens ställning
gentemot förvaltningen försvagas.

5.1 RF och det europeiska samarbetet

Att RF 2011 explicit anger Sveriges delaktighet i internationellt arbete och vårt medlemskap i EU (se RF 1 kap. 10 §) är gott och väl. Reglerna om överlåtelse av kompetenser och regeringens skyldighet att informera och samråda med riksdagen i RF 10 kap. är också centrala liksom bland annat regeln i RF 10 kap. 13 § om statliga myndigheters skyldighet att underrätta UD, när det uppkommit en fråga av betydelse för internationellt samarbete hos myndigheten.

Frågor kring hur EU-medlemskapet påverkar den svenska modellen med kollektivt ansvar för regeringen och självständiga myndigheter har analyserats i flera utredningar. Förvaltningskommittén föreslog 2008 att regeringens hantering av EU-frågorna borde tydliggöras i lag och att det borde säkerställas att EU-ärenden i princip borde betraktas som regeringsärenden och alltså handläggas i enlighet med RF 7 kap.¹⁸ De otydligheter som kommittén belyste kring hanteringen av EU-ärendena tyder på att frågan om reglering på grundlags- eller åtminstone lagnivå borde aktualiseras igen framöver, trots att kommitténs förslag inte ledde någon vart på det här området.

EU-medlemskapet och Sveriges deltagande i Europarådet m.m. gör också att frågan om *god förvaltning* kan ställas. I det europeiska samarbetet har detta varit en levande diskussion som bland annat kommit till uttryck i Europarådets arbete och senare i EU:s stadga om grundläggande rättigheter. Där kan noteras att artikel 41 som anses innehålla en minimistandard, har lydelsen: *Rätt till god förvaltning. Var och en har rätt att få sina angelägenheter behandlade opartiskt, rättvist och inom skälig tid av unionens institutioner och organ*. I samband med EU:s utvidgning var det viktigt att granska hur ansökarländerna kunde anses leva upp till principerna som kan sammanfattas i termen god förvaltning och i den finska grundlagen återfinns ett principiellt stadgande i 2 kap. 21 § om att garantier för god förvaltning ska tryggas genom lag.¹⁹

I ljuset av stadgandet i RF 2 kap. om en rättvis rättegång och skälig tid för domstols handläggning, under rubriken Rättssäkerhet (RF 2 kap. 11 §) känns det inte heller alls främmande att även för svensk del införa principen om god förvaltning i grundlagen. Principerna om en rättvis rättegång förtydligas genom ett antal regler som återfinns i t.ex. rättegångs-

¹⁸ SOU 2008:118 Styra och ställa – förslag till en effektivare statsförvaltning, s. 80 ff.

¹⁹ För en sammanfattning av denna utveckling, se Marcusson, L, Den goda förvaltningen – en mänsklig rättighet i välfärdsstaten? i Nordisk Administrativ Tidsskrift, 2012.

balken. På samma sätt skulle ett grundlagsstadgande om god förvaltning underbyggas genom bestämmelser i bland annat förvaltningslagen. Förvaltningslagskommittén föreslog för sin del att grundläggande principer för förvaltningsförfarandet skulle placeras i förvaltningslagen under just rubriken *Grunderna för god förvaltning*.²⁰ I förslaget ingick också att det skulle krävas lagstiftning för att frångå förvaltningslagens regler så att regeringen alltså inte skulle kunna göra undantag från dem genom förordning.²¹ Även på denna punkt skulle det finnas anledning att i regeringsformen införa en bestämmelse om att lagform krävs för bestämmelser om de statliga förvaltningsmyndigheternas ärendehandläggning och huvuddragen i deras organisation, med modell från bestämmelsen om domstolarnas rättskipning i RF 11 kap. 2 §. Förvaltningslagens betydelse för att upprätthålla god förvaltning skulle därmed få större tyngd.

5.2 Förvaltningspolitikens framväxt

Sedan 1970-talet har regeringens styrning av förvaltningen ägnats relativt stort intresse i betänkanden och även i forskningen. Frågor kring förvaltningens självständighet och regeringens skyldighet och förmåga att styra har diskuterats utan att det har fått direkta avtryck i form av förändringar i vår konstitution. Både i Förvaltningskommitténs och i Förvaltningslagskommitténs betänkanden²² föreslogs dock förändringar som direkt eller indirekt skulle kunna ha effekter på innehållet i regeringsformen. Förslagen kring EU-arbetet har redan nämnts här liksom förslagen från förvaltningslagskommittén.

I betänkandet *Styra och ställa* föreslog Förvaltningskommittén att en lag om statlig förvaltning skulle skapas. Betänkandet innehåller inte något konkret lagförslag men kommittén angav ett antal punkter som borde tas med i en sådan lag.²³ Det gällde bland annat regeringens befogenhet och skyldighet att styra myndigheterna, hur myndighetsformen ska användas, hur utnämningar i staten ska beredas och vilka ledningsformer som ska kunna användas. Även frågor kring hur EU-arbetet ska organiseras ingick i förslaget. Det är alltså frågor som måste betecknas som centrala

²⁰ SOU 2010:29 En ny förvaltningslag, s. 185.

²¹ SOU 2010:29 En ny förvaltningslag, s. 137 f.

²² SOU 2008:118 Styra och ställa – förslag till en effektivare statsförvaltning och SOU 2010:29 En ny förvaltningslag.

²³ SOU 2008:118 Styra och ställa – förslag till en effektivare statsförvaltning, s. 200 ff.

för hur den verkställande makten utövas. Det konstateras att en sådan lag som skulle reglera hur regeringen styr myndigheterna därmed berör frågan om maktindelningen mellan riksdagen och regeringen,²⁴ alltså en fråga med konstitutionella dimensioner. I förlängningen kan jag se ett behov av att en sådan lagstiftning liksom förvaltningslagen får ett stöd av att en bestämmelse i RF om att grundläggande bestämmelser om den statliga förvaltningen ska ges i lag.

Regeringen valde att inte gå vidare med förslaget om lagstiftning. En sådan skulle begränsa regeringens förmåga och handlingsfrihet, angavs det. Förbättringar kan man åstadkomma genom förändringar i förordning, och man såg därmed inte något behov av en lag om statlig förvaltning.

Förslaget har kommenterats av Sterzel, som ansåg att lagstiftning borde övervägas. Han konstaterade också att frågan har en konstitutionell dimension och såg ”grundlagens potential som utgångs- och upphängningspunkt för åtgärder”.²⁵

5.3 Värdegrunden i författningen

I en lag om statlig förvaltning borde enligt förvaltningskommittén också ingå en portalparagraf om iakttagande av god förvaltning inom staten. Det var här fråga om att ange ”vissa gemensamma förutsättningar för all statlig verksamhet”, t.ex. objektivitetsprincipens iakttagande. Detta förslag ska alltså inte förväxlas med det som jag här tidigare behandlat om god förvaltning som ett slags samlingsbegrepp för främst handläggningsprinciper för förvaltningsärenden. Här kopplar man i stället tillbaka till den frågeställning om etiska förhållningssätt och grundläggande värderingar som behandlas i betänkandet. Utredningen konstaterar att det finns behov av att sammanställa den gemensamma värdegrunden för alla anställda i staten i ett särskilt dokument och att aktivt arbeta med denna värdegrund i organisationen.²⁶ Denna del av kommitténs förslag föll i god jord och regeringen lät sammanställa det dokument som efterfrågats.²⁷ En ny myndighet, KRUS, fick i uppdrag att arbeta med ett

²⁴ SOU 2008:118 Styra och ställa – förslag till en effektivare statsförvaltning, s. 197.

²⁵ Sterzel, F, Författning i utveckling. Rikets styrelse och förvaltning. Regeringsformen som redskap eller hinder, Uppsala 2009, s. 335.

²⁶ SOU 2008:118 Styra och ställa – förslag till en effektivare statsförvaltning, s. 169 ff,

²⁷ Den gemensamma värdegrunden för de statsanställda från 2009 finns nu i ny upplaga från Regeringskansliet 2013.

offentligt etos.²⁸ Senare har ansvaret för att stärka kunskaperna om den gemensamma värdegrunden och främja myndigheternas arbete på detta område lagts över på en delegation i Regeringskansliet.²⁹ Det som kallas för en gemensam värdegrund går tillbaka på grundläggande värden av konstitutionell art och sammanfattas i punkterna *Demokrati, legalitet, objektivitet, respekt för allas lika värde och service och effektivitet*. För myndigheterna och för de statsanställda överlag är dessa punkter en viktig erinran om maktutövningens gränser och om de principer som vårt statskicks bygger på. Det blir härmed tydligt att till och med det vardagliga arbetet i förvaltningen har en fast konstitutionell anknytning, som regeringen och dess myndigheter ska utgå från. Den statliga värdegrunden är alltså inte något nyuppfunnet utan utgör en viktig sammanfattning av de grundläggande värderingar som bär upp vårt statsskick.

6 Slutord

Det kan konstateras att utvecklingen och diskussionen som här tecknats översiktligt visar ett ökande intresse för den offentliga förvaltningens funktionssätt och en växande insikt om betydelsen av att förvaltningsverksamheten präglas av tydliga regler och gemensamma värderingar. Om ideerna kan komma att omsättas i nya initiativ på lag- eller grundlagsnivå är svårt att bedöma, men temat förvaltningen i konstitutionen är knappast färdigbehandlat och avslutat så här fyrtio år efter att regeringsformen 1974 antogs av riksdagen.

²⁸ Prop. 2009/10:175 s. 36.

²⁹ Värdegrundsdelegationen, se www.Värdegrundsdelegationen.se.

Inger Österdahl

Regeringsformen och det internationaliserade svenska försvaret

1 Inledning

Under tiden efter det kalla kriget mellan förutvarande Sovjetunionen och USA har det svenska försvaret genomgått genomgripande förändringar. En del i förändringen har varit internationaliseringen av försvaret och försvarspolitikerna. Försvaret har framför allt inriktats på internationella operationer, ofta långt ifrån det svenska geografiska territoriet, och operationerna företas i intim internationell samverkan. De internationella organisationer inom vars ram Sverige har agerat militärt har framför allt varit FN, EU och Nato. Inriktningen är inte längre att försvara det svenska territoriet utan snarare att avvärja hot mot svensk och internationell säkerhet där hoten uppstår på olika platser i världen.

En annan aspekt av förändringen, som hänger samman med internationaliseringen, är att det svenska försvaret har utvecklats från att vara reaktivt, eller hotbildsstyrt som det brukar heta i de officiella dokumenten, till att vara aktivt, eller viljestyrt.

Den förändrade inriktningen för det svenska försvaret har genomförts snabbt. Fortfarande i slutet av 1980-talet ansågs den dåvarande neutralitetspolitiken utgöra ett absolut hinder för svenskt medlemskap i EU. Idag finns EU omnämnt i en ny paragraf i det första kapitlet i den reformerade svenska RF, i vilken konstateras att Sverige är medlem i den Europeiska Unionen (1 kap. 10 §). I samma paragraf omnämns FN och Europarådet samt görs en allmän hänvisning till internationellt samarbete även i andra sammanhang. I fråga om försvaret är det framför allt Nato och i viss mån Organisationen för säkerhet och samarbete i Europa (OSSE) som är de relevanta ytterligare sammanhangen.

Mot bakgrund av den dramatiska omläggningen av försvarspolitikerna har jag studerat den svenska konstitutionella regleringen av regeringens och riksdagens möjligheter att förfoga över försvarsmakten och i synnerhet att skicka svenska väpnade styrkor utomlands.

Den tidsperiod mitt forskningsprojekt omfattade var åren 1990–2010. Som Försvarsberedningen konstaterar i sin senaste säkerhetspolitiska respektive försvarspolitiska rapport från 2013 respektive 2014 sker den internationella utvecklingen idag med högre hastighet och är än mer komplex och svårförutsägbar än tidigare.¹ Utvecklingen i Ukraina och det ryska agerandet där har tillstött, vilket noteras och analyseras av Försvarsberedningen 2014. Utvecklingen i närområdet föreslås emellertid inte förändra den inriktning för försvaret som lades fast av riksdagen 2009. Tvärtom anser Försvarsberedningen att dagens utveckling, i bred bemärkelse, understryker behovet av att fullfölja den tidigare fastlagda kursen för försvaret. Enligt Försvarsberedningen är den enskilt viktigaste delen i den kommande försvarsinriktningsperioden efter 2015 att öka den operativa förmågan i krigsförbanden, med sikte på utmaningar i Sverige, i närområdet såväl som utanför närområdet.

Den svenska konstitutionella regleringen av försvaret, som förändrades lite men inte mycket i den reformerade RF 2010, samspelar med EU-fördraget och dess regler rörande den gemensamma säkerhets- och försvarspolitikerna samt med FN-stadgan som på global nivå reglerar när militärt våld får användas i internationella relationer. I forskningsprojektet studerade jag sålunda även RF:s samspel med sin omgivande internationella normmiljö.

Det allra mest intressanta i projektet var att undersöka om det i stort sett intakta svenska konstitutionella ramverket sedan 1974 – antaget bildligt talat i en annan värld – satte några som helst hinder i vägen för den omfattande internationalisering inklusive aktivering av försvaret som ägde rum efter det kalla krigets slut.

Föreliggande bidrag sammanfattar resultaten från det numera avslutade forskningsprojektet. För fördjupade resonemang och vidare referenser hänvisas till tre artiklar i *Nordic Journal of International Law*, 2009, 2010 och 2011.²

¹ Ds 2013:33 s. 213 respektive Ds 2014:20 s. 15, 16, 53, 105.

² "The Neutral Ally: The European Security and Defence Policy and the Swedish Constitution", vol. 78, issue 1, 2009, s. 95–132; "The Use of Force: Sweden, the *Jus ad Bellum* and the European Security and Defence Policy", vol. 79, issue 1, s. 141–188; "Challenge

2 Regeringsformens reglering av krig

Under forskningsprojektets gång reformerades den svenska RF grundligt, men inga större innehållsmässiga förändringar gjordes i de bestämmelser som är av betydelse för den internationaliserade försvarspolitiken. Bestämmelserna om insättandet av väpnade styrkor har flyttats från kapitel 10 om "Internationella förhållanden" till kapitel 15 med rubriken "Krig och krigsfara". Eftersom de innehållsmässiga förändringarna inte är så omfattande hänvisar jag genomgående till paragrafnumren i den reformerade RF. Om jag särskilt vill diskutera en paragraf i dess lydelse enligt den tidigare RF eller göra jämförelser mellan RF i dess gamla och nya lydelse kommer detta tydligt att framgå.

Regeringsformen handlar huvudsakligen om vem som får fatta besluten – regeringen och/eller riksdagen – om att sätta in svenska väpnade styrkor eller sända svenska väpnade styrkor till andra länder. Den svenska riksdagen befinner sig i den unika positionen internationellt att inga väpnade trupper alls får sändas utomlands eller i övrigt sättas in utan riksdagens uttryckliga godkännande. Detta gäller i samtliga fall utom vid väpnat angrepp mot riket, eller vid kränkning av rikets territorium, då regeringen ensam får fatta beslut utan att avvakta riksdagens godkännande (15 kap. 13 §). Även enligt RF i dess lydelse från 1974 fick regeringen ensam fatta beslut om att sätta in rikets försvarsmakt för att möta angrepp mot riket eller hindra kränkning av rikets territorium (10 kap. 9 § 1 och 3 st. i 1974 års RF).

Regeringen får sända svenska väpnade styrkor till andra länder eller i övrigt sätta in sådana styrkor, säger RF, för att fullgöra en internationell förpliktelse som har godkänts av riksdagen (15 kap. 16 § 1 st.). Den enda internationella förpliktelse som platsar här i nuläget är FN-stadgan, men de bestämmelser i kapitel VII i FN-stadgan som är aktuella (artikel 43 och följande) har med tiden blivit överspelade varför möjligheten att på grundval av en internationell förpliktelse sända trupper utomlands tills vidare är sovande.

Svenska väpnade styrkor får i övrigt sändas till andra länder, eller sättas in, om det är medgett i lag som anger förutsättningarna för åtgärden, eller riksdagen medger det i ett särskilt fall, enligt RF (15 kap. 16 § 2 st. 1–2 p.).

I RF i dess tidigare lydelse från 1974 var ordningen den motsatta i vilken förutsättningarna räknades upp för att regeringen skulle ha rätt att sända svensk väpnad styrka till annat land eller i övrigt sätta in sådan styrka (utom i självförsvar) (10 kap. 9 § 1 st. 1–3 p. i 1974 års RF). Först kom riksdagens särskilda medgivande, därefter lag som anger förutsättningarna och till sist en skyldighet som följer av en internationell förpliktelse godkänd av riksdagen.

Det rör sig visserligen endast om en redaktionell ändring, men kanske är det ett uttryck för ett internationaliserat tänkande i sak kring försvaret, och möjligen RF i stort, att internationell förpliktelse nu nämns först i RF som grund för att sätta in svensk trupp eller sända den till annat land. Till yttermera visso nämns internationell förpliktelse numera först trots att några aktuella internationella förpliktelser att sätta in eller sända svenska väpnade styrkor utomlands inte finns.

Det skulle kunna hävdas, men anses allmänt inte, att EU-fördragets ömsesidiga försvarsåtagande utgör en sådan förpliktelse (artikel 42 p. 7). Det skulle vidare kunna hävdas, men anses förmodligen inte, att EU:s solidaritetsklausul som stipulerar ömsesidigt bistånd inklusive med militära medel vid terroristattacker och andra katastrofer utgör en sådan förpliktelse (artikel 222 i Fördraget om europeiska unionens funktions-sätt). Kanske förutses i den reformerade RF:s (ännu) mer substantiella internationella förpliktelser i framtiden.

En ytterligare omkastning av ordningen i den paragraf som rör regeringens befogenhet att förfoga över försvarsmakten utom vid väpnat angrepp som till största delen är redaktionell, men som kanske också ger uttryck för en ändrad och internationaliserad syn på försvarets roll är att medan lydelsen tidigare var "[s]vensk väpnad styrka får i övrigt insättas i strid eller sändas till annat land" lydelsen numera är "[r]egeringen får sända svenska väpnade styrkor till andra länder eller i övrigt sätta in sådana styrkor". Den internationella aspekten – att sända svenska trupper utomlands – lyfts fram genom den redaktionella ändringen.

I praktiken är det förutsättningen att riksdagen medger det i ett särskilt fall som aktualiseras varje gång regeringen avser att sända väpnade trupper utomlands; alltså den förutsättning som nämns sist i den reformerade RF.

I den statliga offentliga utredning som föregick den reformerade grundlagen föreslogs att det skulle skrivas in i RF att svenska väpnade styrkor endast fick sändas utomlands, eller sättas in, *i fredsfrämjande syf-*

te.³ Ett sådant tillägg skulle ha begränsat regeringens och för den delen även riksdagens frihet att sända trupper utomlands i vilket syfte som helst och, enligt utredningen, knutit regleringen närmare till FN-stadgan och folkrätten. I den proposition som förelades riksdagen fanns emellertid inte detta tillägg kvar.⁴ Det enda syfte i vilket svenska trupper har sänts utomlands i modern tid har varit fredsfrämjande, först uteslutande i FN:s regi och på senare år mer och mer under Nato:s och EU:s ledning, men en uttrycklig begränsning till fredsfrämjande uppdrag ville regeringen inte skriva in i grundlagen. Det kan för övrigt noteras att begreppet fredsfrämjande är en svensk översättning av relevant Nato-terminologi som Sverige anammat sedan mitten av 1990-talet.

En skillnad mot den tidigare lydelsen av RF är emellertid att trupper numera får *sättas in* medan enligt den tidigare lydelsen trupperna fick *sättas in i strid*. ”Sättas in” är en vidare kategori än ”sättas in i strid” så det ökar snarast regeringens och riksdagens frihet att använda de väpnade styrkorna i olika syften. Å andra sidan är det inte lika kontroversiellt att använda väpnade styrkor till annat än strid som det är att sätta in dem i strid och är det tillåtet att sätta in dem i strid så följer nästan nödvändigtvis att det också är tillåtet att ge trupperna lättare uppgifter.

Motiveringen till att ”i strid” togs bort ur grundlagen är enligt propositionen att det skulle klargöras att även andra medel än strid står till försvarsmaktens förfogande. Att utredningen föreslog att ”i strid” skulle tas bort motiverades dessutom av det föreslagna – men i propositionen alltså borttagna – tillägget ”i fredsfrämjande syfte”; att bestämmelsens lydelse skulle bli att ”[r]egeringen får sända svenska väpnade styrkor till andra länder eller i övrigt sätta in sådana styrkor i strid i fredsfrämjande syfte” ansågs av utredningen av allt att döma ologiskt, även om det inte sällan är just detta som sker på marken när fredsfrämjande trupper sätts in.

Rubriken på den paragraf som behandlar sändandet av svenska väpnade styrkor utomlands eller insättandet av svenska trupper i övrigt ändrades i propositionen från den av utredningen föreslagna ”Fredsfrämjande insatser” till den mer neutrala ”Insättande av väpnade styrkor”.

Självförsvar mot väpnade angrepp har inte varit aktuellt för Sveriges del i modern tid. En förändring har gjorts i RF:s reglering av den tillåtna reaktionen på ett potentiellt väpnat angrepp, som för övrigt numera anses omfatta också ett storskaligt terroristangrepp. I paragrafen som tillåter

³ SOU 2008:125 s. 519, 705, 812.

⁴ Prop. 2009/10:80 s. 52, 205–206, 301.

regeringen att ensam besluta om att sätta in rikets försvarsmakt för att möta ett väpnat angrepp mot riket, eller hindra en kränkning av rikets territorium, har lagts till i *enlighet med internationell rätt* (15 kap. 13 §). Syftet är enligt propositionen, som följer utredningens förslag på denna punkt, att knyta regleringen närmare och tydligare till FN-stadgan och folkrätten.

I sak förändras ingenting eftersom Sveriges rätt till självförsvar redan tidigare reglerades och begränsades av folkrätten. Dessutom är tolkningen av FN-stadgan och folkrätten något föränderlig vad gäller självförsvarsrätten så tillägget ”i enlighet med internationell rätt” lägger inga större begränsningar på regeringens handlingsfrihet enligt den svenska RF. Det enda som står klart är att preventivt självförsvar inte är tillåtet. Detta var klart både i folkrätten och enligt den officiella tolkningen av den svenska RF redan i dess tidigare lydelse.⁵ Någon motsvarande uppknytning till folkrätten av regeringens och riksdagens frihet att i övrigt sätta in väpnad trupp eller att sända den utomlands i olika syften ville regeringen som sagt inte införa i RF.

Sammanfattningsvis lägger RF inte några hinder i vägen för en aktiv och internationaliserad försvarspolitik. Den genomgripande förändring som den svenska försvarspolitikern genomgått rymms inom det konstitutionella regelverket, åtminstone vad gäller regeringens och riksdagens befogenhet att sända väpnade styrkor utomlands.

3 I vilka syften skall Sverige använda militärt våld?

Regeringsformen innehåller som nämnts i stort sett inga begränsningar av regeringens och riksdagens rätt att sända svenska väpnade styrkor till andra länder. FN-stadgan förbjuder all användning av militärt våld i mellanstatliga relationer. Sverige har av hävd förhållit sig väldigt lojalt till FN-stadgan med dess våldsförbud vars enda undantag utgörs av självförsvar och våldsanvändning som är uttryckligen auktoriserad av FN:s säkerhetsråd.

När försvarspolitikern internationaliseras och aktiveras uppstår frågan om denna utveckling kommer att medföra att Sveriges syn på i vilka syften militärt våld får användas internationellt förändras. Frågan är om

⁵ SOU 1972:15 s. 189.

Sveriges hållning till våldsanvändning, potentiellt utan FN:s säkerhetsråds medgivande, i praktiken utvecklats till att bli att sådan våldsanvändning kan accepteras i vissa fall.

Den typ av situationer som aktualiserats hittills har varit humanitära nödsituationer där omvärlden skulle kunna ingripa med militärt våld för att skydda människor och mänskliga rättigheter. Humanitära interventioner kallas denna typ av militära ingripanden och humanitär intervention har diskuterats livligt internationellt och i Sverige under hela perioden efter det kalla krigets slut.

När Nato:s intervention i Serbien ägde rum år 1999 utan FN:s säkerhetsråds godkännande fick den svenska riksdagen tillfälle att diskutera Kosovofrågan ur bland annat folkrättsligt perspektiv. Något svenskt deltagande i Nato:s militära intervention var inte aktuellt, men svenskt truppbidrag till den säkerhetsstyrka med FN:s säkerhetsråds godkännande och i Nato:s faktiska regi aktualiserades när Nato fick Serbien på fall.

När Nato:s militära ingripande i Serbien debatterades i Sveriges riksdag ansåg de flesta som yttrade sig att Nato:s FN-stadgevidriga våldsanvändning var beklaglig men nödvändig. Eftersom FN:s säkerhetsråd inte tog sitt ansvar för situationen var det till och med bra att en annan organisation tog på sig ansvaret att internera till skydd för kosovoalbanerna.

Regeringens ståndpunkt var att Nato-aktionen inte hade något entydigt stöd i folkrätten. Det är korrekt, men får betraktas som ett "understatement", något som också indikerar att regeringen intog en väldigt förstående hållning till Nato:s intervention trots att den i princip stred mot folkrätten och FN-stadgan. Regeringens hållning delades med den överväldigande majoriteten i riksdagen att döma av debatten. Det verkar finnas en utbredd förståelse i riksdagen för att det kan uppkomma situationer i vilka ett internationellt ingripande är befogat även om FN:s säkerhetsråd inte kan komma överens så pass att ett beslut om militär intervention kan fattas av rådet.

När USA med allierade internerade militärt i norra Irak 1991 i syfte att upprätta en skyddszon för kurderna fick den svenska regeringen också tillfälle att ta ställning till en humanitär intervention, den första i raden efter det kalla krigets slut. Interventionen i Irak hade inte heller något uttryckligt säkerhetsrådsmandat. Den svenska regeringens reaktion då var strängare än i Kosovo-fallet år 1999 fast inte fördömande. En rad humanitära interventioner har också auktoriserats av FN:s säkerhetsråd under de senaste två decennierna.

Efter det som betraktades som FN:s misslyckande och i praktiken framtvingande av Nato:s ingripande i Kosovo år 1999 i kombination med FN:s tidigare passivitet och bristande ansvarstagande under folk-mordet i Rwanda 1994 lanserades tanken på en så kallad skyldighet att skydda, *responsibility to protect* på engelska. Idén lanserades i en rapport författad av en oberoende internationell tänkargrupp inspirerad av en uppmaning av den dåvarande generalsekreteraren för FN, Kofi Annan, till det internationella samfundet att finna en lösning på dilemmat vad som skall göras när FN:s säkerhetsråd är passivt inför humanitära katastrofsituationer.

Gruppens rapport *The Responsibility to Protect* kom ut samtidigt med terrorangreppet på World Trade Center i New York 2001, vilket gjorde att dess budskap till att börja med helt kom i skuggan av den internationella terrordiskussionen. Med tiden har idén om en skyldighet att skydda utvecklats och vuxit sig starkare och utgör nu en potentiell normativ ram för internationella militära ingripanden till skydd för mänskliga rättigheter. Dock skall betonas att doktrinen innefattar en klar presumtion för att ingripandena måste föregås av ett medgivande av FN:s säkerhetsråd. Faktum är att såsom idén lagts ner i FN:s egna officiella dokument är det ett krav att skyldigheten att skydda utövas inom FN:s ram.

Idén har dock potential att utvecklas till en självständig grund för internationella militära ingripanden vid storskaliga brott mot mänskliga rättigheter och alltså att juridiskt legitimera humanitära interventioner. Skyldigheten att skydda innehåller mycket mer än en skyldighet att ingripa till skydd för befolkningar som utsätts för allvarliga övergrepp. Ett tidigare led i skyldigheten att skydda är skyldigheten att förebygga konflikt och ett senare led är skyldigheten att återuppbygga efter konflikt. Den militära mittendelen brukar preciseras som skyldigheten att reagera, men eftersom det är denna del som orsakat mest debatt används ofta den övergripande termen skyldigheten att skydda för att beteckna enbart det internationella samfundets rätt eller skyldighet att ingripa i sista hand med militära medel till skydd för mänskliga rättigheter.

Sverige har spelat en aktiv roll i formulerandet av skyldigheten att skydda inom FN och följaktligen är både regeringen och riksdagen positivt inställda till idén. Idén bygger på att varje stat är suverän, men att suveräniteten bygger på att staten tar sitt ansvar för att skydda sin befolkning. Om staten själv inte skyddar befolkningen utan t.ex. begår allvarliga övergrepp mot den egna befolkningen eller mot särskilda grup-

per går ansvaret att skydda över på det internationella samfundet, enligt FN representerat av FN:s säkerhetsråd.

Mycket tyder på att regeringen – åtminstone fram till och med år 2010 – är beredd att acceptera att skyldigheten att skydda får utövas utanför säkerhetsrådets ram för det fall säkerhetsrådet förblir passivt på grund av oenighet. När skyldigheten att skydda kommer upp i riksdagsdebatter stöds idén av de allra flesta. Vissa riksdagsledamöter håller fast vid att FN måste auktorisera även interventioner i namn av skyldigheten att skydda medan andra rakt ut argumenterar för att ingripanden även utan säkerhetsrådets medgivande är berättigade i extrema situationer. Skillnaden mellan de två linjerna i debatten är inte stor och sannolikt finns en grund lagd bland riksdagsledamöterna för ett accepterande av interventioner i namn av skyldigheten att skydda även utan säkerhetsrådsmedgivande.

Internationaliseringen och aktiveringen av den svenska försvarspolitik kan underlätta ett sådant accepterande i riksdagen: skydd av mänskliga rättigheter även långt borta anses vara ett försvar av Sverige. Det finns inga hinder i RF för en sådan utveckling.

EU-fördraget vittnar om en lojalitet mot FN-stadgans regler när EU formulerar och exekverar sin gemensamma säkerhets- och försvarspolitik som omfattar hela skalan av militära insatser. ”Effektiv multilateralism” var ledmotiv för när EU formulerade sin första och hittills enda säkerhetsstrategi 2003. Vissa tvetydigheter i fördragstexten ger emellertid utrymme för att tolka in ett agerande utan säkerhetsrådets medgivande inom EU:s ram; det talas alltid om ”FN-stadgans principer” och inte enbart om FN-stadgan som sådan och det är fullt möjligt att argumentera för att ett militärt ingripande till skydd mot storskaliga människorättsövergrepp är i linje med FN-stadgans principer. Formuleringen ”FN-stadgans principer” är sannolikt inte slumpmässig och används även i Nato-sammanhang.

Om ett EU-ingripande i namn av skyldigheten att skydda någonsin skulle bli aktuellt måste emellertid beslutet fattas enhälligt. Alla beslut i EU med militära implikationer måste fattas enhälligt.

4 Utgör riksdagen en motvikt till regeringen?

Givet riksdagens formellt mycket starka position i den svenska beslutsprocessen om att sända väpnade styrkor utomlands eller i övrigt sätta in svensk trupp (utom i självförsvar) blir frågan intressant om den pågående internationaliseringen och aktiveringen av den svenska försvarspolitiken

påverkar riksdagens ställning på något sätt. Om fler och fler beslut om att sända trupper utomlands behöver fattas och med kort varsel vore en möjlig utveckling att riksdagens roll som motvikt till och kontroll av regeringen försvagas.

Ett tänkbart scenario vore att regeringen på olika sätt försökte kringgå kravet på att tillfråga riksdagen varje gång väpnade trupper skulle sändas utomlands, i syfte att göra den svenska beslutsprocessen snabbare och flexiblare. Det finns många sätt på vilka regeringen skulle kunna beskära riksdagens inflytande i beslutsprocessen utan att RF formligen förändrades. Några tecken på planerade inskränkningar i RF:s grundläggande regler om riksdagens roll i beslutsprocessen finns inte.

I syfte att undersöka frågan om och i så fall hur riksdagens roll påverkas av internationaliseringen har jag gått igenom de beslut som fattats om att sända väpnade styrkor utomlands sedan början av 1990-talet till och med år 2010. Jag har även studerat riksdagsdebatterna som föregått dessa beslut för att se vilka argument av mer konstitutionell natur som framförs i riksdagsdebatterna angående regeringens hantering av de internationella förfrågningarna om svenska truppbidrag samt de efterföljande propositionerna till riksdagen om sådana bidrag till internationella fredsoperationer, som det alltid har rört sig om.

I samband med den nya RF 1974 antogs en lag (1974:614) om beredskapsstyrka för FN-tjänst som sedermera blev lag (2003:169) om väpnad styrka för tjänstgöring utomlands. Lagen reviderades i samband med revideringen av RF 2010, men inte på den punkt som diskuteras här. Enligt denna lag delegerar riksdagen till regeringen, i enlighet med 15 kap. 16 § 2 st. 1 p. i RF att, om den senare så önskar ("[regeringen] får"), på begäran av FN eller enligt beslut som fattats av OSSE ställa en väpnad styrka till förfogande för fredsbevarande verksamhet utomlands. OSSE lades till vid en revidering av lagen 1992. Dessförinnan nämndes enbart FN. Den svenska regeringen har således rätt att ensam besluta om att sända svenska trupper utomlands för fredsbevarande verksamhet.

Det visar sig emellertid att regeringen i praktiken alltid tillfrågar riksdagen om dess medgivande till att väpnade trupper sänds till annat land och det syns inga tendenser till att denna praxis skulle förändras mot bakgrund av internationaliseringen. Snarare har regeringen blivit ännu mer angelägen om att få riksdagens medgivande ju mer internationaliserad och aktiverad den svenska försvarspolitik blivit. Av olika skäl är det positivt för regeringen om ansvaret för de ofta riskfyllda internationella fredsoperationerna delas med riksdagen och ju bredare stödet är i riksdagen

gen desto bättre. Såvitt kan bedömas anser regeringen att beslutsfattandet är tillräckligt smidigt, i alla fall tills vidare, för att Sverige effektivt skall kunna delta i det internationella samarbetet kring fredsfrämjande insatser på olika platser i världen, ofta med kort betänketid och alltså kort tid för nationella beslutsprocesser.

Riksdagen å sin sida är medveten om sin konstitutionella roll, att döma av debattprotokollen, det vill säga det påpekas inte sällan i debatterna att riksdagens medverkan i beslutet att sända trupper utomlands är nödvändig och att riksdagen bör bevaka sin position i detta avseende. Riksdagen har emellertid aldrig svarat nej på en propå från regeringen att sända trupper utomlands. En del kritiska synpunkter på hanteringen av besluten om svenska truppbidrag framförs i riksdagsdebatterna och påvisar punkter i beslutsprocessen som riskerar att försvaga riksdagens ställning. Riksdagen ger besluten demokratisk förankring och har det demokratiska ansvaret så om riksdagens roll försvagas formellt och/eller i praktiken så försvagas det demokratiska inslaget i beslutsprocessen.

När det förekommer kritiska synpunkter i riksdagsdebatterna på den nationella beslutsprocessen rör de ungefär samma saker år till år.

Tidsfaktorn klagas ofta över i debatterna det vill säga det faktum att riksdagen har mycket kort tid till sitt förfogande för att själv fatta ett välgrundat beslut rörande operationen ifråga. Det kan handla om några dagar från det att propositionen kommer till riksdagen till dess att beslut måste fattas. Ibland klagar riksdagsledamöterna över att olika aspekter av det tilltänkta svenska truppbidraget inte preciserats tillräckligt väl i propositionen så att riksdagens medgivande riskerar att bli alltför öppet och därmed ge regeringen för stor handlingsfrihet i verkställandet av truppbidraget.

En praxis har utvecklats att riksdagen ger sitt medgivande till att sända ett större antal soldater utomlands än som faktiskt är beräknade att delta i operationen ifråga. Säkerhetsmarginalen är tänkt att underlätta beslut om förstärkning av trupperna eller hjälp med evakuering om situationen skulle förändras eller allvarligt försämrats. Riksdagsledamöterna framför inte sällan synpunkten att skillnaden mellan det antal soldater som egentligen skall utgöra det svenska bidraget och det antal som maximalt skulle kunna sändas ut i nödfall inte får vara för stor. Om skillnaden blir för stor anser riksdagen att den förlorar en del av kontrollen över hur mycket svensk väpnad trupp som skickas utomlands och att regeringen alltså får för stort svängrum i beslutsprocessen. Det påpekas i riksdagen att om regeringen vill ta säkerhetsmarginalen i anspråk så bör frågan återigen

hänskjutas till riksdagen för att säkra riksdagens inflytande även över beslutet att sända fler svenska trupper utomlands. Poängen med säkerhetsmarginalen är att regeringen skall kunna fatta beslutet ensam om en akut förstärkning av trupperna. Ur riksdagens synpunkt borde emellertid regeringens beslut åtminstone i efterhand underställas riksdagen för debatt.

Behovet av systematiskt tänkande och en svensk strategi för deltagandet i fredsoperationer betonades återkommande i riksdagsdebatterna i syfte att underlätta för riksdagsledamöterna att ta ställning till varje enskild operation. Om riksdagen fick något slags överblick över den svenska strategin skulle det vara lättare att utvärdera nyttan av det enskilda svenska truppbidraget till den enskilda internationella fredsoperationen mot bakgrund av strategin. År 2008 antogs en sådan strategi av regeringen, men frågan är om strategin motsvarar de önskemål riksdagen hade.⁶

En aspekt av beslutsfattandet som ofta betonas av riksdagsledamöterna är betydelsen av att det råder stor enighet bland riksdagsledamöterna kring besluten att skicka svenska trupper utomlands. I samtliga beslutade fall har det rått stor enighet. Ibland har det rått total enighet, men oftast enighet bland alla partier utom vänsterpartiet. Miljöpartiet är oftast men inte alltid enigt med majoriteten. Sverigedemokraterna kan också förväntas gå emot majoriteten i vissa fall. Hösten 2010 röstade vänsterpartiet och sverigedemokraterna nej till fortsatt svenskt deltagande i den internationella säkerhetsstyrkan i Afghanistan. I Libyen-fallet 2011 röstade sverigedemokraterna, vänsterpartiet och miljöpartiet nej till svenskt deltagande i den FN-sanktionerade Nato-ledda militära operationen i olika skeden av hanteringen i riksdagen.

Ur riksdagens synpunkt är det den svenska viljan som kraftfullare manifesteras om riksdagsledamöterna är eniga och de svenska trupperna som visas ett starkare stöd av en mer eller mindre enig riksdag. Mot bakgrund av de svåra och riskfyllda uppdragen behöver och förtjänar soldaterna ett starkt stöd anser riksdagsledamöterna. I och med internationaliseringen och aktiveringen blir uppdragen ständigt mer komplexa och farliga.

Det faktum att praktiskt taget inga fredsbevarande uppdrag idag är *fredsbevarande* i traditionell mening utan utgör mer aktiva ingripanden för att framtvinga fred och/eller skydda hjälparbetare och civilbefolkning och skapa en allmänt säker miljö för återuppbyggande av raserade samhällen bidrar på den svenska konstitutionella scenen till, att den delega-

⁶ Regeringens skrivelse 2007/08:51.

tionslag som faktiskt existerar och som ger regeringen rätt att ensam fatta beslut att sända trupper utomlands på begäran av FN eller enligt beslut av OSSE inte används.

Samtliga operationer som Sverige deltagit i har ytterst varit beslutade av FN så kravet i lagen på en begäran från FN eller OSSE har alltid varit uppfyllt. Haken är emellertid att lagen talar om *fredsbevarande* verksamhet. Mer aktivt militära uppdrag betraktas inte som fredsbevarande i den svenska praxisen. Detta gör att regeringen inte använder sig av delegationslagen för att ensam fatta beslut om svenska truppbidrag till internationella fredsoperationer.

En fråga som uppstår är om inte delegationslagen borde ändras för att motsvara dagens behov alternativt upphävas eftersom den inte motsvarar dagens behov, men inga diskussioner har förts i internationaliseringens spår om att på så sätt ändra lagen. Inga diskussioner har heller förts om att tolka uttrycket "fredsbevarande" så att det omfattar också mer aktiva militära insatser, något som i sig inte vore orimligt mot bakgrund av hur uttrycket "fredsbevarande" används internationellt. Även efter de omvälvande förändringarna av försvarspolitikens står delegationslagen kvar oförändrad. Att delegationslagen inte används stärker riksdagens ställning i beslutsprocessen eftersom riksdagen nu engageras i varje enskilt fall av beslut om svenska truppbidrag till internationella fredsoperationer.

5 Avslutning

Samspelet mellan de globala, regionala och nationella rättssystemen på försvarspolitikens område och den ständigt pågående normutvecklingen kan komma att leda till ytterligare ändringar i den svenska RF:s kapitel om krig och krigsfara än de hittillsvarande mestadels redaktionella.

Under arbetet med den nya RF diskuterades att ändra regleringen av regeringens respektive riksdagens befogenheter i Sverige under krigstillstånd och vid krigsfara. Utredningen föreslog till exempel att reglerna om en inom riksdagen utsedd krigsdelegation uttryckligen endast skulle vara tillämpliga i fall "rikets bestånd eller territoriella integritet" var hotade, inte vid väpnade konflikter långt hemifrån. Någon sådan precisering infördes emellertid inte. Regeringen ansåg att frågan behövde utredas ytterligare innan någon ändring eventuellt kunde göras.

Mot bakgrund av att Sverige kan komma att bli indraget i väpnade konflikter – krig – inom ramen för FN-auktoriserade internationella militära operationer av olika slag, inklusive "fredsbevarande" eller "freds-

främjande” uppdrag, liksom mot bakgrund av den ensidiga solidaritetsförklaring som regering och riksdag utfärdat i förhållande till EU:s medlemsstater och de nordiska grannländerna, har frågan om vad som kan utgöra krig och krigsfara för svenska rikets del blivit mer komplex än tidigare.⁷ Relativiseringen av begreppen krig och krigsfara – i förhållande till den traditionella förståelsen av krig som något absolut, som företrädesvis äger rum mellan två eller flera stater och för Sveriges del endast när rikets bestånd eller territoriella interitet var hotade – kan på sikt tänkas komma att leda till ändringar i RF.

Utredningen föreslog också att regeringens befogenheter vid krig och krigsfara skulle inskränkas i de fall regeringen under krig under vissa omständigheter får ta över riksdagens och den inom riksdagen utsedda krigsdelegationens uppgifter och alltså ha den totala politiska makten i Sverige. Detta får enligt RF ske om varken riksdagen eller krigsdelegationen kan fullgöra sina uppgifter i den utsträckning det behövs för att skydda riket och slutföra kriget. Utredningen hade velat att det tillades ”till rikets försvar” eftersom, enligt utredningen, försvarskrig är den enda form för internationell våldsanvändning som är tillåten enligt folkrätten.

Regeringen ville inte införa en sådan inskränkning eftersom Sverige kan komma att bli indraget i lagenliga krig inte bara i självförsvar utan även på grundval av en operation beslutad av FN:s säkerhetsråd samt, om tillägget skulle göras, Sverige kanske inte kunde uppfylla sina åtaganden enligt den ensidiga svenska solidaritetsförklaringen och enligt EU:s egen solidaritetsklausul som stipulerar ömsesidig hjälp inklusive möjlig militär hjälp vid terroristattacker och andra katastrofer inom EU (artikel 222 i Fördraget om europeiska unionens funktionssätt; även EU-fördragets ömsesidiga försvarsåtagande i artikel 42, p. 7 brukar ibland kallas solidaritetsklausul, men avses förmodligen inte här) eftersom kriget orsakat av de senare förpliktelserna inte skulle ske ”till rikets försvar”.

Folkrättsenliga krig inskränker sig sålunda inte enbart till rena försvarskrig och utvecklingen hittills pekar mot att krig blir en alltmer realistisk situation för Sverige att råka in i, i olika former och på olika sätt som vi bara för ett par decennier sedan inte hade kunnat föreställa oss. Både vidare statliga utredningar av normutvecklingen och vidare forskning på området torde vara motiverad.

Många andra rättsområden både på nationell och internationell nivå aktualiseras i samband med internationaliseringen av det svenska försva-

⁷ Ds 2007:46, Ds 2008:48, prop. 2008/09:140, bet. 2008/09:FöU10, rskr. 2008/09:292.

ret. Ett internationellt rättsområde som inte alls diskuterats i det här bidraget, men som är av stor betydelse på marken är den internationella humanitära rätten framför allt manifesterad genom de fyra Genèvekonventionerna och i synnerhet den fjärde Genèvekonventionen om skyddet av civila under krig. Genèvekonventionerna tillämpas i väpnade konflikter, men tillämpningen kompliceras av att Genèvekonventionerna kom till långt före den utbredda förekomsten av komplexa internationella fredsoperationer. Här finns många frågetecken att rätta ut och ju mer aktiv och internationaliserad försvarspolitik blir desto mer påträngande blir behovet av klargörande.

Om författarna

Håkan Andersson – Professor i civilrätt

Jan Bjuvberg – Docent i företagsrätt

Patrik Bremdal – Jur. dr i konstitutionell rätt

Iain Cameron – Professor i folkrätt

Victoria Enkvist – Jur. dr i konstitutionell rätt

Johan Hirschfeldt – F.d. president i Svea hovrätt, hedersdoktor vid Juridiska fakulteten, Uppsala universitet

Bert Lehrberg – Professor i civilrätt

Anna-Sara Lind – Docent i offentlig rätt

Lena Marcusson – Professor em. i förvaltningsrätt

Peter Nobel – F.d. Diskrimineringsombudsman, hedersdoktor vid Juridiska fakulteten, Uppsala universitet

Fredrik Sterzel – Professor em. i konstitutionell rätt, f.d. justitieråd

Olof Wilske – Jur. dr i konstitutionell rätt

Karin Åhman – Professor i offentlig rätt

Inger Österdahl – Professor i folkrätt

